جامعة مولود معمري – تيزي وزو
كلية الحقوق والعلوم السياسية

القانون الواجب التطبيق على عقد المقاولة الدولي

أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون
تخصص: قانون

من إعداد الطالب | **تحـــــت إشـــــــراف**
رافد فاطمة | **أ.د/ صبايحي ربيعة**

أعضاء لجنة المناقشة:

أ.د/ **ولد رابح إقلولي صافية** : أستاذة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو..... **رئيســـــا**
أ.د/ **صبايحي ربيعة** : أستاذة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي ووز... **.مشرفـة ومقـــــررة**
أ.د/**زايدي حميد**: أستاذ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وز.... .....**.ممتحنـــــا**
د/ **بن زيدان زوينة**: أستاذة محاضر"أ" ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر1... **ممتحنـــــا**
د/**مجاهدي خديجة**: أستاذة محاضر"أ"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البليدة،.... **..ممتحنـــــا**
د/**لوني نصيرة**: أستاذة محاضرة "أ"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البويرة.....**.ممتحنـــــا**

السنة الدراسية 2024/2023

بسم الله الرحمن الرحيم

إهـــــــــــداء

إلى

من نذرت عمرها في أداء رسالة العطاء والوفاء

إلى

من كان دعاؤها سر نجاحي ... إليك أمي أهدي هذا العمل.

إلى

روح والدي رحمه الله وأخوالي وإخوتي الذين ساعدوني ول يبخلوا علي بشيء

وإلى بنات أختي مروى وفداح وإسراء متمنية لهم النجاح في مشوارهم العلمي وإلى كل الأهل والأقارب أهدي هذا العمل

إلى كل من علمني حرفا من أساتذة ومعلمين في جميع أطوار حياة العلمية بدءا من المرحلة الابتدائية إلى المرحلة الجامعية..... ....أهدي هذا العمل

إلى مسؤولوا مكتبة الحقوق بجامعة تيزي وزو والبويرة وبودواو.. اهدي هذا العمل.

إلى كل الصديقات والزميلات خديجة وحميدة وبالأخص إلى روح عائشة رحمها الله

.....أهدي هذا العمل

الحمد لله الذي أعانني على إتمام هذا البحث العلمي

فالحمد لله حمدا كثيرا

أتقدم بالشكر والامتنان إلى حاملي أقدس رسالة في الحياة... إلى الذين مهدوا لنا طريق العلم والمعرفة...

إلى جميع أساتذتي الأفاضل

وأخص بالذكر أ.د صبايحي ربيعة التي قبلت الإشراف على رسالتي فجزاها الله عنى خير جزاء

كما أتقدم بالشكر إلى أعضاء لجنة المناقشة

كما أتقدم بالشكر الموصول إلى كل من ساعدني في إتمام هذه الرسالة

إلى كل زملائي في الدفعة

الطالبة : رافد فاطمة

قائمة المختصرات

1/ مختصرات باللغة العربية

- **ق.إ.م.إ** :..... قانـون الإجراءات المدنية والإدارية
- ق. م.ف: ..... قانون المدني الفرنسي
- ق. م.ج:..... قانون المدني الجزائري
- ق. م.إ:..... قانون المدني الإيطالي
- ق.ت. ف:..... قانون التجاري الفرنسي
- ق.ت. ج: ..... قانون التجاري الجزائري
- إ.أ. م. ب:.....اتفاقية الأمم المتحدة للعقد البيع الدولي للبضائع
- **مد:** .....المجلـــــــــــــــــــــــــــــــد

–ق. إ.م .ف.....قانون إجراءات مدنية الفرنسي

–ق.إ.م.....قانون إجراءات مدنية

–ق.ص.ع.....قانون الصفقات العمومية

–ق.و.ج.....قانون الولاية الجزائري

–ق.ب.ج.....قانون البلدية الجزائري

–ق.أ.ج.....قانون الأسرة الجزائري

–ق.م.م.....قانون المدني المصري

–ق.م.ع.....قانون المدني العراقي

ق.م.أ.....قانون المدني الأردني

–ق.ت.م.....قانون التحكيم المصري

–م.م.ت.د..... مجموعة المبادئ المتعلقة بعقود التجارة الدولية

2/ Abréviations en langue Française

Ed :.....Edition
- **L.G.D.J** : .....Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
- **Op.cit** :..... Ouvrage précédemment cité
- **T** : .....Tome
- **Vol** :..... Volume
- PUF :.. …… ……..……..Presse Universitaire de France
- O.P.U……Office publication Universitaire

EMS :……..……. Edition Management et Société
R.T.D.CIV :…….Revue Trimestrielle Droit Civil

مقدمة

تراجعت الدول في عصرنا الحالي عن الاعتماد على إمكانياتها لتلبية حاجاتها الكثيرة بل وقد تطور بها الأمر إلى الاستعانة بخبرات دول اخرى في مجالات متعددة لاسيما الاقتصادية منها، من هذا المنظور سعت الجزائر في النهوض بالاقتصاد نحو تطبيق سياسة استقطاب جميع المتعاملين الاقتصاديين لإبرام عقود استثمار تركزت معظمها على إقامة صناعة وطنية قوية مما دفعها إلى تغيير وتعديل في منظومتها القانونية من خلال تبني مبدأ التحكيم التجاري الدولي الذي يسمح بتحفيز المتعاملين الاقتصاديين الأجانب للاستثمار وتمكينهم من تحصيل حقوقهم في حالة تعسف الدولة المستضيفة لهم.

استعانت الدولة من أجل تنمية القطاعات الاقتصادية وتحقيق عدالة اجتماعية بالاستثمارات الأجنبية من خلال فتح باب الشراكة مع المتعامل الأجنبي، حيث أبرمت الجزائر في إطار تعميم الإصلاحات على جميع القطاعات الإنتاجية عدة اتفاقيات دولية لضمان نجاح مختلف برامج التنمية[1].

يعد عقد المقاولة الدولي من قبيل العقود ذات الطبيعة الخاصة بالنظر إلى طبيعة العلاقات فيما يخص أطرافه من جهة أو من حيث الجوانب الفنية محل العقد من جهة اخرى. إذ يحرص أطرافه على تنظيم أحكامه استنادا إلى نصوص يتفقون عليها ويعتمدون في ذلك على جملة من الشروط والأحكام التي تضعها هيئات متخصصة، والتي تهدف إلى خلق فضاء اقتصادي يسمح لمقاولة هذه الأنظمة من تسويق منتجاتها، وقد تزامن ذلك مع ظهور بعض الدول النامية حديثة العهد بالاستقلال التي اتخذت من هذه العقود المتعلقة

(1) الاتفاقية المبرمة بين الحكومة الجزائرية الديمقراطية الشعبية، وحكومة جمهورية مصر العربية حول تشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، موقع عليها في القاهرة بتاريخ 29 مارس 1997، ومصادق عليها بموجب مرسوم رئاسي رقم 98-320 مؤرخ بتاريخ 11-10- 1998، ج ر ع 76 لسنة 1998، انظر أيضا الاتفاقية المبرمة بين الجزائر وسوريا موقع عليها في دمشق بتاريخ 19-09-1997، ومصادق عليها بموجب مرسوم رئاسي رقم 98-430، المؤرخ في 27-12-1998، ج ر 97 لسنة 1998، انظر أيضا الاتفاق المبرم بين الجزائر والمملكة المتحدة لبريطانيا العظمى وإيرلندا الشمالية في مجال النقل الجوي الدولي موقع عليها في 27 ماي 1981 بالجزائر ومصادق عليها بموجب مرسوم رئاسي رقم 82-466 المؤرخ في 11 :ديسمبر 1982 ج ر ع 06 لسنة 1982، انظر أيضا لاتفاقية المتعلقة بالتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات بين الجزائر والاتحاد البلجيكي اللوكسومبورجي موقع عليها بالجزائر في 24-1991/04 ومصادق عليها بمرسوم الرئاسي 518-345 مؤرخ في05 -10-1991، ج ر عدد 46 سنة 1991.

بالمقاولات الدولية وسيلة لبناء قاعدة اقتصادية تساعدها على تحقيق التنمية الداخلية وسد حاجاتها المختلفة.

ولأهمية عقود المقاولات الدولية اقتصاديا تم توسيع العمل بهذه العقود من قبل عديد من الدول منها الجزائر حيث توجهت الكثير منها إلى إبرام عقود نقل البوت وذلك لبناء قاعدة صناعية معتمدة حيث أدى ذلك إلى تشييد مجموعة من المصانع .

يبرم عقد المقاولة الدولي عدة أطراف متعددة متداخلة بصفة مباشرة أو غير مباشرة في العملية التعاقدية حسب نوع العقد وضخامته، فتضفي على عقد المقاولة الدولي نوع من الخصوصية تستوجب إلمام قدر المستطاع بجميع جوانبه القانونية ، لاسيما وأن هذا العقد يبرم عادة بين مقاول أو عدة مقاولين ينتمون إلى الدول المتقدمة صناعيا واقتصاديا وبين الدولة التي يقام فيها المشروع وتكون غالبا من الدول النامية التي تفتقر لعناصر إنجاز مثل هكذا المشاريع أو افتقارها إلى التمويل، مما يحتم عليها اللجوء إلى الدول المتقدمة التي ينتمي إليها المقاول الأصلي للحصول على قرض أو معونة لتمويل عملية انشاء المشروع.

ولا يفوتنا التذكير بأن عقود المقاولة الدولية يثير مشاكل عديدة بحكم تدخل أطراف خارجية في تنفيذه كالمقاول من الباطن أو بعض الهيئات الحكومية في كل من دولة المقاول ورب العمل، مما يترتب عليه صعوبة في إيجاد مفهوم موحد لعقد المقاولة الدولي وانعدام نظام قانوني خاص، ولذلك لجأ الفقهاء إلى عدة معايير للتفريق فيها بين ما إذا كان نشاط مقاولة عقدا دوليا أو داخليا وهذه المعايير تختلف من دولة إلى أخرى، وبسبب تنوع هذه العقود والتطور المستمر الذي تشهده فإنه لم يتم التوصل إلى وضع تعريف شامل لها وهذا رغم المحاولات العديدة في هذا المجال.

ونظرا لأن القواعد الوطنية غير فعالة لحل مشاكل التي تتعلق بعقود المقاولة الدولي لافتقارها للصفة الدولية ولكونها وضعت في الأساس لمعالجة العقود الداخلية، ولا يخفى علينا أيضا أن قواعد القانون الدولي الخاص المتعلق بتنازع الاختصاص القضائي أو القانوني أصبحت عاجزة عن حل المنازعات الناشئة عن العقد السالف الذكر لذا لابد من إيجاد حلول موضوعية تلائم المعطيات الجديدة.

يتم اختيار القانون الواجب التطبيق على عقد المقاولة الدولي من قبل المتعاقدين، تطبيقا لإرادتهم في اختيار القانون الذي يحكمهم تسوية للخلاف أو النزاع الناشئ عن

مختلف مسائل مرتبطة بالعقد المبرم بينهم، كاختلاف في تأويل وشرح نصوص وبنود العقد أو في حالة استعمال مصطلحات ذات معان متعددة وكل طرف يحاول أن يفسرها حسب مفهومه الخاص.

تبرز أهمية قواعد الإسناد في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقد مقاولة الدولي من خلال حرية الأطراف في اختيار القانون الذي يحكم العقد، إلا أن هذه الحرية مقيدة بمبادئ عديدة من بينها مبدأ النظام العام والآداب العامة الذي له مفهوم نسبي يختلف من دولة إلى أخرى، ويؤدي بالقاضي إلى رفض الفصل في النزاع وفق تطبيق القانون الذي اختاره المتعاقدان لكونه يتعارض مع مبدأ النظام العام.

تثير الطبيعة المركبة لهذه العقود وتخطيها لحدود الدول الكثير من الجدل سواء أثناء ابرامها أو أثناء تنفيذها فإبرام هذه العقود يتم بين أطراف أجنبية من جنسيات مختلفة، مما يثير القلق والتخوف من عدم الوفاء بالالتزامات الملقاة على عاتق أطرافها لأنها تحتاج إلى الكثير من التخطيط والتفكير أثناء إبرامها.

إضافة إلى الصعوبات التي تواجه هذه العقود أثناء إبرامها فإنها تواجه صعوبات أكثر أثناء تنفيذها خصوصا لو أخل أحد أطراف العقد بأحكامه أو رفض تنفيذ الالتزام أصلا أو قام بتنفيذه على غير ما تم الاتفاق عليه.

إن قلة الدراسات في هذا المجال كانت دافعا لاختيار هذا العنوان وذلك بغرض إثراء منظومتنا القانونية لاسيما مع اعتماد الجزائر في الوقت الحالي على الشراكة الأجنبية بغرض تحقيق نمو اقتصادي يخرجها من دائرة التبعية الاقتصادية وتحقيق الاكتفاء الذاتي وتركيزها على مبدأ المقاولاتية سواء في مجال السكن أو الصناعة أو الفلاحة غيرها....

من خلال تحديد الأسباب والدوافع التي أدت إلى اختيار القانون الواجب التطبيق على عقد المقاولة الدولي ومن خلال تبيان أهمية هذا الموضوع ارتأينا طرح الإشكالية الآتية: **هل يوجد نظام قانوني خاص بتحديد القانون الواجب التطبيق على عقد المقاولة الدولي؟**

يتطلب تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد المقاولة الدولي إتباع أكثر من منهج، نظرا لكون هذه الدراسة لا تقتصر على التشريع الجزائري فحسب أو نظام قانوني معين، لذا وجب تناول الموضوع من خلال إتباع المنهج المقارن والمنهج التحليلي الوصفي عن طريق استقراء وتحليل النصوص القانونية المتعلقة بالموضوع سواء بالتشريع الجزائري أو تشريعات أجنبية أخرى.

ومحاولة منا لمعالجة الموضوع والإجابة على الإشكالية المطروحة ارتأينا ابراز فكرة تحديد القانون الواجب التطبيق على تكوين عقد المقاولة الدولي، بدءا من تحديد مفهوم عقد المقاولة وتمييزه عن بقية العقود الأخرى وأنواعه للوصول إلى تعريف موحد خاص بعقد المقاولة الدولي، مع تبيان مختلف المعايير التي تميز صفة الدولية لهذا العقد والتي تجعله يخضع لأكثر من نظام قانوني معين، ما يجعله مختلفا عن عقود الداخلية التي تخضع لقانون الوطني لدولة واحدة، بالإضافة إلى تحديد أركان عقد المقاولة الدولي من التراضي والمحل والسبب والشكلية والقانون التي تخضع له في حالة حدوث نزاع بين أطرافه حول ركن من هذه الأركان **(الباب الأول)**. كما لا يخفى علينا أنه بمجرد ابرام عقد المقاولة الدولي ينتج اثاره ويرتب حقوق والتزامات لكلا الأطراف، مما قد يثير خلاف ونزاع من أجل تنفيذ هذا العقد، وتحديد القانون الذي يطبق عليه، و كذا الجهة المختصة في حل النزاع سواء كانت الجهة القضائية أو الجهة التحكيمية **(الباب الثاني)**.

الباب الأول

القانون الواجب التطبيق على تكوين عقد المقاولة الدولي

لجأ الأفراد إلى إبرام العقود منذ زمن بعيد كوسيلة وطريقة لقضاء حاجياتهم ولتسوية الأمور العالقة بينهم، حيث أدى تطور الفرد تدريجيا إلى إبرام العقود عن بعد عبر وسائل اتصال بدأت بالهاتف والفاكس وشبكة الأنترنت، وإذا كان الأصل أن يتم التعاقد بين أشخاص يقيمون في دولة واحدة، فإن حركة التعامل تطورت لتشمل عقود تجمع أشخاص من جنسيات مختلفة، ويعرف هذا النوع من العقود بالعقد الدولي بغض النظر عن طبيعة العقد ونوعه، وتتضمن العقود الدولية عنصرا أجنبيا سواء من حيث أطرافها أو محلها أو مكان إبرامها أو تنفيذها.

تعتبر العقود الدولية ومن بينها –**عقد المقاولة الدولي**– من أسباب الرئيسية في نشأة القانون الدولي الخاص بسبب اشتمالها على عنصر الأجنبي، ويهتم هذا القانون بحل مشكلة تعدد الأنظمة القانونية التي تحكم علاقة قانونية واحدة أو أكثر، وذلك عن طريق ما **يعرف بقواعد تنازع** التي تكمن وظيفتها في اختيار وتحديد القانون الأكثر ملائمة للتطبيق.

يتوقف تكييف عقد المقاولة على أنه عقد دولي بشرط احتوائه على عنصر أجنبي، ولقد اختلف الفقهاء في إضفاء صفة الدولية على عقد مقاولة مما أدى إلى ظهور معايير تميز بين عقد المقاولة الداخلي وعقد المقاولة الدولي، مع اختلاف كل دولة في تبني المعايير كل بما يناسبها في تحديد عقد المقاولة الدولي **(الفصل الأول)**.

تنطبق على عقد المقاولة الدولي نفس أحكام القانون الداخلي للمقاولة من حيث إبرامه حيث يشترط فيه توفر ركن التراضي والمحل والسبب، والشكلية التي لا تعتبر ركنا من أركان عقد المقاولة الدولي لكنها ضرورية كشرط للاثبات ولكون هذه العقود تقوم على مبالغ مالية ضخمة يشترط فيها أن تخضع لإجراءات شكلية معينة لابد من دراستها وتحديد القانون الذي تخضع إليه في حالة وجود خلاف حول العقد.

يكمن اختلاف في كون عقد المقاولة الداخلي تكون كل عناصر إبرامه وطنية في حين عقد المقاولة الدولي لا بد من أن تكون أحد عناصر إبرامه أو تنفيذه تحتوي على عنصر أجنبي، فقد يؤدي ذلك إلى ظهور نزاع حول عناصر إبرام عقد المقاولة، لهذا لابد من البحث عن القانون الواجب التطبيق لحل هذه المشاكل بما يرضي جميع الأطراف بناء على العدل والإنصاف (**الفصل الثاني**).

الفصل الأول

تحديد صفة الدولية في عقد المقاولة الدولي

إن إضفاء صفة الدولية على عقد المقاولة في القانون الداخلي ليس بأمر سهل نظرا للصراعات الفقهية القائمة بين رجال القانون الدولي الخاص حول وجود ما يسمى بدولية العقد، فهناك من ينكر ويستبعد هذه الفكرة على أساس واحد أن الدولة وحدها هي التي تعتبر شخصا من أشخاص القانون الدولي والتي لها صفة الدولية ويستندون في رأيهم إلى قرار محكمة العدل الدولية في قضايا القروض الصربية والبرازيلية لعام 1929 التي تقضي بأن:« **كل عقد لم يوجد بين الدول بوصفها أشخاصا للقانون الدولي إنما أساسه في القانون الوطني، ومسألة تحديد هذا القانون تعتمد على القانون الذي سمي اليوم عادة بالقانون الدولي الخاص أو بنظرية تنازع القوانين، الذي قد تشترك قواعده بين عدة دول، وقد تنشأ من الاتفاقات أو العرف الدولي، وقد تحمل في هذه الحالة صفات القانون الدولي، الذي يحكم العلاقات بين الدول، بيد أن هذه القواعد تشكل جزءا من القانون الوطني»** [1].

يستخلص أصحاب هذا التوجه[2] من القرار أعلاه أن الفرد لا يتمتع بالشخصية الدولية ولا يعتبر فردا من أفراد القانون الدولي، وعليه فالعقود التي تبرمها الدولة مع أشخاص القانون الخاص، تدخل ضمن العقود الإدارية التي ينضمها القانون الإداري[3].

ذهب اتجاه آخر[4] إلى منح الشخصية الدولية للأشخاص الأجنبية التي تبرم العقود مع الدول السائرة في طريق النمو، لاكتساب صفة الشخص الدولي مثلهم مثل الدولة[5].

---

(1) محمد عبد العزيز بكر، منازعات الاستثمار في آسيا بين القانون والمصلحة لأحكام منازعات الاستثمار في آسيا، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2001، ص 14. وانظر كذلك:

Dominique BERLIN, Contrat D'Etat, Ed Dalloz, Paris, 1998, p4.

(2) ومن أصحاب هذا التوجه **G.VEDAL** و **GARCIA Amador** وغيرهم... . نقلا عن حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2003، ص 687.

(3) عمار معاشو، الضمانات في العقود الإقتصادية الدولية في التجربة الجزائرية في عقود المفتاح في اليد والانتاج في اليد، اطروحة لنيل درجة دكتوراه الدولة في القانون والعلاقات الدولية، معهد العلوم القانونية والإدارية، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 1999، ص 34 .

(4) من أصحاب هذا التوجه الفقيه الأمريكي **JESSUP** و **G. Scelles** و **P.Weil** وغيرهم. نقلا عن عمار معاشو، مرجع سابق، ص 36.

نظرا لكون موضوع الأطروحة مرتبط بعقد المقاولة الدولي ولتشعب مفهوم عقد مقاولة في القانون وتشابهه مع بعض العقود في القانون الوطني ارتأينا دراسة مفهوم عقد مقاولة في قوانين الداخلية **(المبحث الأول)**، وتحديد معايير إضفاء صفة الدولية على عقد المقاولة وفق القوانين الأجنبية والقانون الجزائري **(المبحث الثاني)**.

المبحث الأول
مفهوم عقد المقاولة الدولي

تهيمن المقاولة على الحياة الاقتصادية بأكملها لأن تنظيمها الدائم والمستمر وحده الكفيل بتحقيق إنتاج السلع والخدمات وتداولها، استجابة لحاجيات المجتمع وتحقيقا للتنمية الإقتصادية والإجتماعية، مما دفع برجال الاقتصاد الاعتراف بأهميتها ودورها في التأثير على التطور التكنولوجي، وتشكل القلب النابض للنشاط الاقتصادي المعاصر، وأساس الثروة المادية ومنبع العمل والحياة الاجتماعية للمتعاملين الاقتصاديين، كما تعتبر مكان تمارس فيه مختلف طرق التسيير لبلوغ الأهداف الاقتصادية والاجتماعية[6].

هناك عدة تعاريف للمقاولة سواء من الناحية القانونية أو الفقهية ، فهناك من وسع في مفهوم المقاولة لتشتمل عقودا أخرى وهناك من حصرها في عقود معينة، كما تشتبه المقاولة مع بعض العقود حتى تكاد تختلط بها مثل عقد العمل وغيره **(المطلب الأول)**.

تعتبر المقاولة مجموعة متنوعة ومتعددة من تأجير الأعمال، وقد أخذت عدة أشكال في العصر الحديث والتي منها عقد البوت، عقد الأشغال العامة الدولي، وغيرها **(المطلب الثاني)**.

---

(5) عبد الكريم محمد عدلي، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، رسالة لنيل درجة دكتوراه الدولة في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان ، 2011، ص 54.

(6) صافية ولد رابح، المركز القانوني للمقاولة الخاصة في القانون الجزائري، رسالة لنيل درجة دكتوراه الدولة في القانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2007، ص 01.

المطلب الأول

تعريف عقد المقاولة الدولي وتمييزه عما يشابهه من عقود

يرجع أصل عقد المقاولة[7] إلى العهد الروماني، حيث أدرج المشرع انذاك عقد المقاولة ضمن عقود الإيجار، ولقد حذا المشرع الفرنسي حذوه من خلال نص المادة 1708 من **ق.م.ف**[8] والتي قسمت عقد الإيجار إلى نوعين، الأول عقد إيجار الأشياء لأن موضوعه يتضمن الانتفاع بالشئ والذي مازال ساريا إلى يومنا هذا، في حين الثاني عقد إيجار الأعمال وموضوعه الانتفاع بعمل الإنسان الحر، فعقد إيجار الأعمال عقد مرن يمكن إدخال فيه جميع الفئات المهنية والتي تشمل فئة المقاولين كالمهندسين المعماريين. والسبب الذي يجعل العقد يتصف بالمرونة هو تطبيق لقاعدة كل طرف يؤدي عملا أو يقوم بتقديم خدمة للطرف الثاني مقابل مكافأة أو أجر يعد عقد مقاولة[9].

للمقاولة الدولية عدة تعاريف فقهية وقانونية من خلالها استنتجنا خصائص متعددة للمقاولة الدولية **(الفرع الأول)**، وهو ما يسمح لنا بتمييزها عن بعض العقود المشابهة لها من العقود **(الفرع الثاني)**.

---

(7) إن أصل كلمة مقاولة مأخوذ من فعل قاول مقاولة في الأمر، أي باحثه وجادله، ومن هذا المعنى اصطلح على عقد المقاولة بهذه التسمية لما يكون من جدال ومباحثة عند إبرام العقد. انظر في ذلك: أبو الفضل جمال الدين بن مكرم بن منظور، لسان العرب، مد 6، دار صادر، بيروت، لبنان، 1980، ص 220.

(8) **Article 1708 du code civil français : Création loi 1804-03-07 promulguée le 17 mars 1804 « Il y deux sortes de contrats de louage**
Celui des choses,
Et celui d'ouvrages ». https://www.legifrance.gouv.fr

(9) Philipe Delbecque : le contrat d'entreprise, Ed Dalloz, Paris, 1993, p 01.

الفرع الأول
تعريف عقد المقاولة

أدى اعتبار العمل سلعة تباع في الأسواق، ويتحدد سعرها طبقا لقانون العرض والطلب، إلى تعديل في الفكرة القانونية من خلال فصل القوانين الحديثة العقود عن بعضها البعض[10]. ويتم تعريف عقد المقاولة حسب الزاوية التي يتم النظر فيها وهذا إما تعريفا فقهيا(**أولا**)، قانونيا (**ثانيا**)، من خلال هذه التعاريف نستنتج خصائص عقد المقاولة (**ثالثا**).

أولا: التعريف الفقهي لعقد المقاولة

اتفق معظم الفقهاء على اعتبار المقاولة بأنها العقد الذي عن طريقه يتعهد شخص المقاول أو مؤجر هذا العمل في مواجهة شخص آخر هو رب العمل بأن ينفذ له عملا مقابل أجر مستقل عنه له صفة تمثيلية[11] ورأى الفقيه **LOIC CADIE**T عند تعريفه لهذا العقد صفة العمل الذي يلتزم به المقاول والذي لا يقتصر على الأعمال المادية وإنما يكون على الأعمال الذهنية فقط[12].

(10) أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على العمل (المقاولة– الوكالة – الوديعة– الحراسة)، مد 8، ج8، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 2000، ص. ص. 5–6.

(11) عبد الرزاق حسين يس، المسؤولية الخاصة بالمهندس المعماري، ومقاول البناء، شروطها، نطاق تطبيقها، الضمانات المستحدثة فيها، دراسة مقارنة في القانون المدني، أسيوط، مصر، 1987، ص 83، انظر أيضا: نعيم مغبغب، عقود مقاولات البناء والأشغال الخاصة والعامة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1997، ص 12، انظر أيضا: فتيحة قرة ، أحكام عقد المقاولة دراسة فقية قضائية للعقد في القانون المدني والتجاري، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1992، ص. ص. 17–18، انظر أيضا: أحمد عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على العمل (المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة)، مرجع سابق، ص. ص. 5–6.

(12) **« Par le contrat d'entreprise , quelqu'un s'engage contre une rémunération à exécuter un travail matériel ou intellectuel pour autrui (obligation de faire) , de façon indépandante , et sans le représenter ».V**oir Philippe Tourneau, Loic Cadiet, droit de la responsabilité (responsabilité civile et pénale), Ed dalloz, Paris, France, 1996, p 479.

عرف الأستاذ GEROME أيضا عقد المقاولة « **عقد المقاولة يتضمن مهام أو أعمال مادية وفكرية**»[13].

إلا أني آثرت تعريفا لعقد المقاولة هو **عقد يتعهد متعاقد فيه بصنع شيء أو بأداء عمل لحساب متعاقد آخر لقاء أجر يكون مستقلا عن إدارته وإشرافه.**

يمكن تعريف المقاولة من الناحية الاقتصادية على أنها «**كل تنظيم يكون غرضه تزويد الإنتاج أو التبادل أو التداول بالسلع أو الخدمات**»، فالمقاولة هي «**الوحدة الاقتصادية والقانونية التي تجتمع فيها العناصر البشرية والمادية للنشاط الاقتصادي**»[14].

وهناك من يعرف المقاولة بأنها:

« L'entreprise est une unité économique qui implique la mise en œuvre de moyens humains et matériels de production ou de distribution des richesses reposant sur une organisation préétablie »[15].

أخذ الفقه والقضاء في تعريفهما للمقاولة بالمفهوم الإقتصادي الذي يطلق عليه رجال الاقتصاد عبارة مشروع **Entreprise** ، ولم تظهر كفكرة مستقلة ومتميزة عن قواعد القانون التجاري سواء في القانون الفرنسي أو الجزائري حيث ورد مصطلح مقاولة في المادة 632 من **ق ت ف**[16]، وكذلك الحال بالنسبة **ق. ت. ج.** الذي سكت عن وضع تعريف لفكرة المقاولة، واكتفى بالإشارة إليها، لما كان بصدد تقرير الصفة التجارية لبعض الأعمال المنصوص عليها في المادة الثانية من **ق.ت. ج.**[17].

نلاحظ بالرجوع إلى المادة 549 من **ق. م. ج** أنه وردت عبارة مقاولة في النص باللغة العربية في حين ترجمته باللغة الفرنسية أطلق مصطلح عقد المقاولة، ولا ندري إن كان ذلك سهوا أو خطأ متعمدا، يتعلق التعريف الوارد في هذه المادة بعقد المقاولة الذي يرد على

(13) Jérome HUET, Traité de droit civil, les principaux contrats spéciaux , L. G.D.J, Paris, 1996, p 116.

(14) محمود سمير الشرقاوي، القانون التجاري، النظرية العامة للمشروع، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ص 21.

(15) Brigitte HESS- FALLON et Anne marie SIMON, Droit des affaires, 12 éme Ed, sirey,Paris, 1999, p11.

(16) ART 632 « **Toute entreprise de manufacture, de commission, de contrat, de transport, toute entreprise de fourniture, d'agence ou bureau d'affaire, de banque, de change ou de courtage, de spectacles publics est acte de commerce** » cite par Réné SAVATIER, Jean SAVATIER et Jean-marie LELOUP, Droit des affaires, 3éme Ed, Sirey, Paris, 1970, p181.

(17) نصت المادة 2 من **ق.ت.ج على أنه « يعد عملا تجاريا بحسب موضوعه.... كل مقاولة لتأجير المنقولات أو العقارات، كل مقاولة للبناء او الحفر أو لتمهيد الأرض، كل مقاولة للتوريد أو الخدمات....** ....». أمر رقم 75-59 مؤرخ 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون التجاري، ج .ر .ع 101، صادر 19 ديسمبر 1975 المعدل والمتمم بقانون 15-20مؤرخ في 30 ديسمبر2015، ج. ر .ع 71، صادر في 30 ديسمبر 2015.

أساس العمل وجمعت في بعض الأحيان بين كلمتي مقاولة وعمل ما يدل على أن المشرع يريد إضفاء الصفة التجارية على هذه الأعمال حتى ولو تمت على نحو منفرد أو أنه يشترط ممارستها في شكل مقاولة [18].

استعمل المشرع الجزائري كلمة مقاولة في المادة 02 من **ق.ت.ج.** وهي ترجمة لكلمة **ENTREPRISE** التي تقابلها باللغة العربية"مشروع" وهي أوضح دلالة في المعنى [19].

عرف المقاولة **François PEERROUX** على أنها « **شكل من أشكال الإنتاج بواسطته وضمن ذمته تدمج أسعار مختلف عوامل الإنتاج المقدمة من طرف أعوان متميزين عن مالك المؤسسة، بهدف بيع سلعة أو خدمات في السوق، من أجل الحصول على دخل نقدي ينتج عن الفرق بين سلسلتين من الأسعار**» [20] .

وبذلك عرف الأستاذ **Escara** " **المقاولة على انها** «**استعمال وسائل الإنتاج في منظمة دائمة قائمة على أساس منشأة مادية**"

« L entreprise est la mise en œuvre de moyens de production dans une organisation permanente fondée sur une installation matérielle »[21]

عرفت محكمة باريس " **المقاولة** " في حكمها الصادر بتاريخ 28 ماي 1986 **بأنها « تنظيم مستقل يقوم بالتنسيق بين مجموعة من العوامل (الموارد الطبيعية والرأسمال والعمل) بغرض الإنتاج لبعض السلع أو الخدمات لتغطية السوق»** [22]

---

(18) صافية ولد رابح، مرجع سابق، ص. ص. 13-14.

(19) ولقد حاول المشرع الجزائري تعريف المؤسسة في المادة 3 من قانون 03-03 المتعلق بالمنافسة على أنها« **كل شخص طبيعي أو معنوي أيا كانت طبيعته يمارس بصفة دائمة، نشاطات الإنتاج أو التوزيع أو الخدمات أو الاستيراد**». انظر في ذلك: قانون رقم 03-03 مؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلق بقانون المنافسة، ج. ر. ع 43، صادر بتاريخ 20 جويلية 2003، معدل ومتمم بقانون 08-12 مؤرخ في 25 جوان 2008، ج. ر. ع 36، صادر في 2 جويلية 2008، وبقانون رقم 10-05 مؤرخ في 15 أوت 2010 ج. ر. ع 46، صادر 18 أوت 2010.

(20) لقد استثنى هذا التعريف المؤسسة التعاونية والحرفية، ولا يميز مالكي وسائل الانتاج وصاحب المؤسسة، فمالك المؤسسة هو الذي يقدم مختلف عوامل الانتاج بالإضافة إلى أنه أهمل الجانب القانوني للمقاولة. انظر في ذلك: ناصر دادي عدون : اقتصاد المؤسسة ، دار المحمدية العامة، الجزائر، 1991، ص 9.

(21) (J) ESCARA, COURS DE DROIT COMMERCIAL, Ed Dalloz, Paris, France, 1952, p 60

(22) علي بن غانم، الوجيز في قانون التجاري وقانون الأعمال، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 2002، ص 108.

يرى الأستاذ صبحي عرب أنه من الصعب وضع تعريف جامع ومانع لكلمة مقاولة الواردة في المادة الثانية من **ق. ت. ج** إلا أنه يمكن بالمقابل تحديد تعريف لها حسب عناصرها وصفاتها الخارجية ولذا عرفها كالتالي: «**هي أن يضع شخص نفسه في خدمة المجتمع لإشباع حاجة معينة ويحشد لها طاقات مادية وبشرية ويعمل على سبيل الاعتراف والتكرار والتنظيم والتنسيق والتكامل من أجل تحقيق الربح** »[23].

لقد بقيت فكرة المقاولة لمدة طويلة فكرة اقتصادية بحتة قبل أن تصبح نظرية قانونية فهي حسب رجال الاقتصاد كل تنظيم يرمي إلى الإنتاج والمبادلة بغية الحصول على الربح ويكون مستقلا ماليا عن كل تنظيم آخر[24].

تعتمد مقاولة باعتبارها خلية أساسية للنشاط الإقتصادي على مجموعة من وسائل الإنتاج، تتمثل في عناصر بشرية، ومادية، وأموال، تتمثل العناصر البشرية في مجموعة من الأفراد تقوم بتسيير المقاولة وتربطهم بها علاقة عمل كالمديرين، والمسيرين، والعاملين، وغيرهم، وقد تربطهم علاقة وكالة بالنسبة لمديري شركات الأشخاص، أو أعضاء مجالس إدارة شركات الأموال، وتخضع عملية تنظيم العلاقة القانونية بين المقاول والعاملين فيها لأحكام قانون العمل، فالمورد البشري يعد أهم الموارد الإستراتيجية للمقاولة فهو يحدد فرص المقاولة في البقاء والنجاح والتقدم، وقدرتها على المنافسة والتفوق في السوق [25]

(23) صبحي عرب، تسويق النفط الجزائري (عقد التسويق)، رسالة لنيل درجة دكتوراه الدولة، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 1989، ص165.

(24) يرى بعض أن المقاولة تقوم على فكرة اقتصادية تتمثل في المشروع، حيث أن المشروع يعني وجود منشأة تباشر نشاط إقتصادي بصفة متكررة ومعتادة، وتمتلك وسائل مادية وبشرية لازمة لمباشرة ذلك النشاط، وأن تكون المنشأة على قدر من تنظيم بين رب العمل والعمال، لتحقيق هدف رب العمل المتمثل في المضاربة وتحقيق الربح معتمدا على القوة الإقتصادية للمنشأة بما فيها من عناصر مادية وبشرية نقلا عن: صافية ولد رابح، مرجع سابق، ص 18.

(25) محمود سمير شرقاوي، مرجع سابق، ص25، انظر أيضا: وسيلة حمداوي: إدارة الموارد البشرية، مديرية النشر قالمة، الجزائر، 2004، ص 15.

يرتبط نجاح المقاولة في السوق بالثقافة التنظيمية، مبنية على عدة عوامل محددة لنجاح المقاولة في سوق المنافسة، منها طريقة عمل المقاولة والتوجهات الإستراتيجية والقيم الأساسية والتصرفات والإعتقادات المسيطرة داخل المقاولة كلها. انظر في ذلك: صافية ولد رابح، مرجع سابق، ص 32.

تتكون المقاولة من عناصر مادية تتمثل في الأصول الثابتة والمتداولة المستعملة في العملية الإنتاجية، وهي الأشياء الثابتة المستقرة في مكانها كالمباني والعقارات[26]، أما الأصول المتداولة فتتمثل في المنقولات المادية والمعنوية[27]. كما تتشكل المقاولة من رؤوس أموال قد تكون خاصة يكون مصدرها صاحب المقاولة (المقاولة الفردية)، أو من أموال المساهمين في الشركة التي تسير المقاولة (المقاولة الجماعية) التي تظهر في شكل شركة تجارية أو مساعدات مالية تقدمها البنوك في شكل القروض[28].

(26) **نصت المادة 1/683 من ق.م.ج « كل شيء مستقر بحيزه وثابت فيه ولا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار، وكل ماعدا ذلك من شيء فهو منقول».انظر في ذلك:** قانون رقم 07-05 مؤرخ في 13 ماي 2007، يعدل ويتمم الأمر 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني، ج ر ع 31، صادر بتاريخ 13 ماي 2007.

(27) المنقولات المعنوية هي تلك الأشياء المعنوية التي لا تدرك بالحس وليس لها حيز ويمكن تصورها بالفكر والتخيل وتشمل ما يعرف بالحقوق الملكية الصناعية والفنية والتي تظهر في براءة الإختراع والنماذج الصناعية والعلامات التجارية والاسم التجاري وسائر الحقوق المتعلقة بالعملاء والمحل التجاري وغيرها. انظر في ذلك: محمد حسنين، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام، الأشخاص والأموال والإثبات في القانون المدني، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1985، ص. ص. 187 -218.

(28) ولم يعرف المشرع الجزائري رأسمال الشركة بل ذكره في مواضع متعددة ، لكن الفقه عرفه بأنه مجموع من الأموال التي اتفق المساهمون على تقديمها كحصص في الشركة لغرض استعمالها في المتاجر بقصد تحقيق الربح عن طريق القيام بالأغراض التي أسست من أجلها الشركة، وما يضاف إلى ذلك من أموال عن طريق زيادة رأس المال أو ما يقتطع من الأرباح بقصد إعادة الإستثمار في أثناء حياة الشركة أو ما يتبقى منه بعد حصول الخسائر أو بعد اتخاذ قرارات تخفيض رأسمال وتنفيذها. ولرأسمال أنواع منها رأسمال الثابت هو الذي لا يجوز المساس به أو الانتقاص منه أو توزيعه على المساهمين، ويتم تحديد مقداره في عقد الشركة، وهناك رأسمال متغير وهو قابل للتغيير في كل وقت بالزيادة أو التخفيض دون المساس بالعقد، ضف إلى ذلك رأسمال المكتتب وهو الذي يحدده المؤسسون في شركة عند تأسيسها، ورأسمال المرخص به وهو المصرح به لشركة المساهمة المبلغ الذي تم تحديده في عقد الشركة ونظامها، ويظهر في البيانات التي سجلت الشركة بموجبها. انظر في ذلك: علي سيد قاسم، المشروع التجاري الفردي ، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1997، ص5، انظر أيضا: نغم حنا رؤوس ننس، النظام القانوني لزيادة رأسمال الشركة المساهمة، الدار العلمية، عمان، الأردن، 2002، ص 17.

ثانيا: التعريف القانوني لعقد المقاولة

لقد تطرق الدستور الجزائري الصادر في سنة 2020 لفكرة حرية المقاولة في المادة 61 منه وذلك بنصها على أن « **حرية التجارة والاستثمار والمقاولة مضمونة، وتمارس في إطار القانون**[29].

حذا المشرع الجزائري حذو المشرع الفرنسي[30] في تعريفه لعقد المقاولة بنص المادة **549 من ق. م. ج :« المقاولة عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا أو أن يؤدي عملا مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر**»

نصت المادة 1779 من ق. م. ف [31] ثلاث فئات من عقود إيجار الأعمال والصناعة وهي: عقد رجال الأعمال، عقد إيجار سائقي السيارات، عقد إيجار المقاولين والمهندسين والتقنيين السامين.

لا يدخل عقد العمل في إطار عقد إيجار الأعمال بل ضمن فئة عقد إيجار الخدمات وهو محل تنظيم خاص، كما نجد أن عقد النقل بالمفهوم القانوني هو عبارة عن مقاولة وأخرج من مفهوم المقاولة ونضم بموجب قانون خاص[32].

عرف المشرع الإيطالي المقاولة في المادة 1570 من ق. م. إ[33] بأنه : «عقد يتعهد بموجبه أحد الطرفين لصنع شيئا ما من أجل طرف آخر مقابل أجر يتفق عليه الطرفان». وبذلك يمكن القول أن المقاولة تنظيم يباشر نشاطا إقتصاديا منظما، سواء أكان

---

(29) دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، مؤرخ في 30 ديسمبر 2020، ج ر عدد 82، الصادر في 30 ديسمبر 2020

(30) Art 1710 du code civil français : **« Le louage d'ouvrage est un contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre, moyennant un prix convenu entre elles** ». https://www.legifrance.gouv.fr

(31) Article 1779 CODE CIVIL FRANÇAIS **« Il y a trois espèces principales de louage d'ouvrage et d'industrie**
1 Le louage de service
2 Celui des voituriers, tant par terre que par eau, qui se chargents du transport des personnes ou des marchandises
3 Celui des architectes, entrepreneurs d'ouvrages et techniciens par suite d'études, devis ou marchés »
https://www.legifrance.gouv.fr

(32) Bernard BOUBLI, Contrat d'entreprise, T 3, Répertoire de droit civil, Encyclopédie juridique, Ed Dalloz, Paris,1997, p4

(33) Article 1570 code civil italie **: « Le louage d ouvrage est un contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre, moyennant un prix convenu entres elles »**
Code civil Italie traduction par francais
. https://law-platform.jp/refs/it_18650625civ a la date 17/10/2022 heure 13 : 8

صناعيا أم زراعيا نتيجة تظافر عناصر بشرية ومادية، وعليه فإنها خلية إقتصادية وإجتماعية في آن واحد[34].

رابعا: خصائص عقد المقاولة

1- **عقد رضائي:** يعتبر الرضا ركن أساسي يتميز به في إبرام عقد المقاولة، وهذا طبقا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، ونجد أن مبدأ سلطان الإرادة هو الذي يطغى على العقد، حيث لا يشترط لانعقاد التراضي شكل معين بل يكفي تحقق القبول والإيجاب لانشاء الرابطة العقدية، غير أن الواقع العملي يفرض الكتابة عند إبرام عقد المقاولة الدولي، وذلك نظرا لأهمية ومكانة العقد، إذ يمس مصالح تجارية لبلدين، بالإضافة إلى أنه يحتاج إلى إمكانيات مادية ضخمة لإبرام مثل العقود، بحيث تعتبر عقودا ذات اعتبارات كبيرة لدى الأطراف[35]،

لا تعد الكتابة شرطا للانعقاد يترتب على تخلفها البطلان، وإنما هي ضرورية للإثبات، وقد أشارت المادة 11 من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقد البيع الدولي للبضائع على شرط الكتابة، وهي لا تعد شرطا لانعقاد العقد فهو ينعقد بمجرد التراضي بين طرفين، والتحرر من الشكلية يستجيب لمتطلبات التجارة الدولية التي تتسم بالسرعة والائتمان[36].

---

(34) نقلا عن محمود سمير الشرقاوي، القانون التجاري، النظرية العامة للمشروع، مرجع سابق، ص. ص. 32-33.

(35) عدنان إبراهيم السرحان، شرح القانون المدني، العقود المسماة (المقاولة- الوكالة- الكفالة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2013، ص 15، انظر أيضا: محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد المقاولة، ط 2، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2004، ص 16.

« Contrat entreprise est contrat consensuel lorsqu'il se forme dés le seul échange de consentement, sans qu'il soit besoin de respecter une formalité particuliére, mais dans la realité du travail il faut conclu le contrat entreprise une forme special. Donc contrat entreprise est un contrat consensul et solennel ». Voir Pierre CATALA, droit des obligations, Ed DELTA, Paris, 2006, P6.

(36) موسى طالب حسن، الموجز في قانون التجارة الدولية، الدار العلمية الدولية، مكتبة دار الثقافة للنشر، عمان، الأردن، 2001، ص 103.

Article 11 convention vienne 1980 dispose que **« Le contrat de vente n'a pas à être conclu ni constaté par écrit et n'est soumis à au-cune autre condition de forme. Il peut être prouvé par tous moyens, y compris par témoins ».**https://www.idit.fr › legislation › documents › Co.

2- **عقد معاوضة** : هو عقد يأخذ كل طرف فيه مقابل لما أعطى، فالمقاول يؤدي العمل المطلوب منه مقابل أجرة، وبذلك عقد بمقابل وليس عقد تبرع[37].

3- **عقد ملزم لجانبين:** هو من العقود الملزمة لجانبين والتي تتقرر بموجبها التزامات متبادلة لكل طرف اتجاه طرف آخر، وتقضي بعدم إمكانية لكل منهما ممارسة ضغوط اتجاه الآخر مع إمكانية اختيار الحلول المناسبة لكل منهما، ولهذا لكل طرف عليه أن يكون على دراية كافية بما يتمتع به من حقوق وما يتحمله من التزامات بموجب هذا العقد، وما يمكنه أن يعتريه من صعوبات خلال تنفيذ بنود هذا العقد[38].

4- **عقد وارد على عمل:** يعد الأداء الرئيسي في العقد بالنسبة للمقاول هو القيام بعمل معين، ورغم أن هذا العمل يتم في مقابل هذا أجر، وقد يكون هذا الأجر عبارة عن نقل ملكية شيء مثلي أو قيمي إلى المقاول، وحين يقوم المقاول بالعمل المكلف به يفعل ذلك باسمه الخاص مستقلا عن أي إدارة أو إشراف من جانب رب العمل بحيث يحدد العمل أو النتيجة التي أرادها المتعاقدين، كما أنه يختار الوسائل والأدوات التي يراها مؤدية لإنجاز العمل أو تحقيق النتيجة المرجوة دون أن يكون لرب العمل الحق في التدخل لتوجيه وتصويب اختيار المقاول[39].

الفرع الثاني

تمييز عقد المقاولة عن غيره من العقود المشابهة له

انفصل عقد المقاولة في معظم التشريعات المدنية الحديثة عن عقدي العمل وعقد الايجار، لكون عقد الإيجار يرد على منفعة الشيء، وتقع المقاولة على عمل، وفرضا كان كل من عقدي العمل والمقاولة يردان على العمل، فإن الأول يرد على العمل في ذاته، أما الثاني فيرد على نتيجته، وحتى يصف القاضي عقدا بأنه عقد مقاولة يجب أن يتبين له بعد تفسيره ودراسته أن الغرض الأساسي والهدف الحقيقي الذي اتجهت إليه إرادة المتعاقدين هو

(37) أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في القانون المدني، العقود الواردة على عمل، مرجع سابق، ص 7.

(38) فتيحة قرة، مرجع سابق، ص 19؛

« Contrat entreprise est un contrat cummutatif parce qu il peut apprécier les avantages que leur procure le contrat ainsi qu il leur assigne dés sa conclusion ». Voir Pierre CATALA, op.cit, p7, Voir aussi : Jérôme HUET, Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux, op. cit, p1122.

(39) أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على العمل، مرجع سابق، ص 7.

قيام أحدهما (المقاول) مستقلا وباسمه بإنجاز عمل معين لحساب المتعاقد الآخر (صاحب المقاولة) في مقابل أجر[40]، وهما ما تميزان عقد المقاولة عن غيرهما من العقود المشابهة له وهذا ما سنراه فيما يلي:

أولا: عقد **المقاولة وعقد العمل:** يتشابه عقد المقاولة مع عقد العمل[41] في أن كلاهما من عقود رضائية، ومن عقود المعاوضة فيأخذ كل من المتعاقدين مقابلا لما يعطي، فضلا عن أن كلا العقدين من العقود التبادلية الملزمة لجانبين، وكلا عقدين طرفاهما يؤدي عملا لحساب الغير ويأخذان أجرا مقابل العمل الذي يقومان به[42]، بالرغم من التشابه الكبير بينهما إلا أنه هذان العقدان يختلفان ولكل منهما نظام خاص وتتمثل أهمية بينهما في:

يسأل رب العمل عن الضرر الذي يحدثه بفعله غير المشروع متى وقع منه في حالة تأدية عمله أو بسببه لاعتبار العامل تابعا لرب العمل، إلا أن المقاول يعمل مستقلا دون خضوعه لعمله لرقابة أو إشراف من جانب رب العمل، فهو لا يعتبر تابعا له، وغير مسؤول عن أعماله الضارة، إلا إذا كان قد ارتكب بدوره خطأ شخصيا أو كان قد تدخل فعلا في توجيه العمل من الناحية الفنية، وفرض أوامره وتعليماته على المقاول وعلى عماله[43].

يتحمل المقاول تعويض عن الضرر الذي يصيب الغير، ولو خول رب العمل لنفسه حق الإشراف البسيط على العمل لضمان حسن سيره بشرط أن لا يكون تدخل حقيقي وألا يتلقى عمال المقاول الأوامر إلا منه، وإذا كان العمل متعلق بشيء معين وهلك هذا الشيء

---

(40) عدنان إبراهيم السرحان، شرح القانون المدني، العقود المسماة، مرجع سابق، ص 20، انظر أيضا: رمضان سيد محمود: الوسيط في شرح قانون العمل، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2006، ص 118، أنظر أيضا: جلال علي العدوي، وعصام أنور سليم، قانون العمل، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1995، ص 56.

(41)عقد العمل هو عقد يلتزم بمقتضاه العامل بالعمل لصالح صاحب العمل أو المستخدم تحت إشرافه وتوجيهه مقابل أجر محدد ولمدة محددة أو غير محددة. انظر في ذلك: بشير هدفي، الوجيز في شرح قانون العمل، جسور، الجزائر، 2015، ص 54.

(42) أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على العمل(المقاولة، الوكالة والوديعة)، مرجع سابق، ص 10.

(43) بجاوي المدني، التفرقة بين عقد العمل وعقد المقاولة، دار هومة، الجزائر، 2008، ص95.

Voir aussi : Louiza IGOUDJIL, Le Régime des contrats d'entreprise, mémoire pour le master recherche droit privé des contrats, Université Versailles saint, Paris, 2006, p29.

بسبب أجنبي فليس للمقاول أن يطالبه لا بأجر عمله ولا برد نفقاته، أما إذا كان القائم بالعمل عاملا فإنه يستحق الأجرة بالرغم من هلاك الشيء[44].

تسقط بالتقادم الدعاوى الناشئة عن عقد العمل بانقضاء سنة تبدأ من وقت انتهاء العقد وتتقادم حقوق العمال في الأجر بمقتضى سنة واحدة على استحقاقه إذا كان العقد لا يزال قائما، أما الدعاوى الناشئة عن عقد المقاولة وبصفة خاصة دعوى المقاول بمطالبة بأجره فلا تسقط إلا بمضي خمسة عشر سنة، وينفسخ عقد العمل بوفاة العامل بقوة القانون، أما عقد المقاولة فلا ينقضي بوفاة المقاول إلا إذا كانت مؤهلاته محل اعتبار في العقد[45].

لا يستفيد المقاول بما يتمتع به العامل من الرعاية المقررة في القوانين والقرارات الخاصة بالتأمينات الاجتماعية وتحديد الأجور وساعات العمل والعطل وغيرها[46].

ثانيا: عقد المقاولة وعقد الإيجار:

عرف المشرع الجزائري عقد الإيجار في المادة **467 من ق. م. ج** بأنه « **الإيجار عقد يمكن المؤجر بمقتضاه المستأجر من الانتفاع بشيء لمدة محدودة مقابل بدل إيجار معلوم**»، وعليه فعقد الايجار[47] يرد على الانتفاع بشيء المؤجر، فهو يرد على شيء معين، فيتسلم المستأجر هذا الشيء لقاء أجرة يدفعها في مقابل هذه المنفعة، مقابل رد الشيء محل الانتفاع إلى المؤجر، ويكون مسؤولا عن تقصيره في حفظه وعن عدم رده، بينما عقد المقاولة فهو يرد على عمل لقاء أجر معلوم سواء استخدم المقاول أدوات من عنده، أو قدمها رب العمل فالأجر يكون هنا مقابل العمل، وبالرغم من ذلك يصعب أحيانا تحديد ما إذا كان العقد مقاولة أو إيجار، إذ قد يستخدم المقاول في عمله بعض الأشياء

---

(44) بشير هدفي، الوجيز في شرح قانون العمل، دار الريحانة للكتاب، الجزائر، 2003، ص 57

(45) بجاوي المدني، التفرقة بين عقد العمل وعقد المقاولة، مرجع سابق، ص. ص.160-166، انظر أيضا: محمد لبيب شنب، مرجع سابق، ص. ص. 31-39، انظر أيضا: عبد الرزاق حسين ياسين، مرجع سابق، ص. ص. 98-99.

(46) قانون رقم 90-11 مؤرخ في 21 ابريل 1990، متعلق بعلاقات العمل، ج. ر. ع 17، صادر بتاريخ 25 أفريل 1990 معدل ومتمم.

(47) « Louage est un contrat par lequel une des parties s'oblige à laisser l'usage d'une chose à l'autre pendant un certain temps moyennant un certain prix (louage de choses) ou à exécuter des travaux rentrant dans l'exercise de sa profession pour le compte d'une entre personne qui s'oblige, en contre partie , à lui payer un salaire convenu (louage de services ou contrat de travail ». Voir : Ibtissem GARRAM, Terminologie juridique dans la législation algérienne, Ed Palais du livre, Blida, 1998, p178

ينتفع بها رب العمل بطريق غير مباشر، مما قد يحدث تداخل ملموس بين عقد المقاولة والإيجار[48].

ثالثا: عقد المقاولة وعقد الشركة

لقد عرف نص المادة **416 من ق. م. ج** بأنه « **الشركة عقد يلتزم بمقتضاه شخصان طبيعيان أو اعتباريان أو أكثر، على المساهمة في نشاط مشترك بتقديم حصة من عمل أو مال أو نقد، بهدف اقتسام الربح الذي قد ينتج أو تحقيق اقتصاد، أو بلوغ هدف إقتصادي ذي منفعة مشتركة.**

كما يتحملون الخسائر التي قد تنجر عن ذلك».

يلتزم الشريك في عقد الشركة[49] بتقديم حصة من مال أو نقد أو عمل، وفي هذه الحالة قد يتداخل العقدين –المقاولة والشركة– وللوصول إلى حقيقتهما، يجب البحث عن المقابل الذي يأخذه من شارك بعمله، فإن كان هذا المقابل نسبة محددة من أرباح الشركة، كيف العقد على أنه عقد الشركة، أما إذا كان ذلك المقابل أجرا معينا، اعتبر عقد مقاولة.

---

(48) حيث قد يتم الاتفاق بين شخص ومالك البناء على نشر إعلان على جدران المبنى، فهل يعتبر ذلك إيجارا للجدران أو مقاولة، فالحقيقة أن تمكين صاحب المبنى الشخص من القيام بالإعلان على جدران المبنى، يعد إيجارا، أما إذا ساعده على إجراء إعلانه، فالعقد يكون مقاولة. ونفس الحال بالنسبة للشخص الذي توضع تحت تصرفه الهاتف والخط والأسلاك، كي يستعملها مقابل أجر معين، أيعتبر هذا الاشتراك عقد إيجار لتلك الآلات، الظاهر أن الحيازة لهذه الالات لا قيمة لذاتها، إلا بعد قيام مصلحة الهواتف بتسيير التيار الكهربائي، وعليه لا يمكن تكييف اشتراك الهاتف بأنه عقد الإيجار فحسب، بل هو عقد مقاولة، وما وضع الآلة المذكورة والأسلاك إلا وسيلة لتنفيذ الالتزام الأصلي، وهو التمكين من الاتصال = إذ أن ذلك هو الغرض الرئيسي من العقد، فيكون المشترك حارسا للآلات التي تحت يده، إذ لو أصيبت بخلل، غير راجع إلى سير العمل في المصلحة، كان عليه إصلاحها ولعل هذا ما حدا الفقه الفرنسي إلى تكييف هذا العقد على أنه إيجارا لتلك الآلات. انظر في ذلك: محمد لبيب شنب، مرجع سابق، ص23، انظر أيضا: فتيحة قرة: مرجع سابق، ص 37، انظر أيضا: أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء(الإيجار والعارية)، ج6، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2000، ص 12، انظر أيضا: سليمان مرقس، مرجع سابق، ص 26؛ نظر أيضا: أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني– عقد الإيجار– (إيجار الأشياء) المجمع العلمي العربي الإسلامي، منشورات محمد الدابة، بيروت، لبنان،1990، ص 26.

(49) « **Contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de contribuer à une entreprise d'ordre pécuniaire ».Voir :** Ibtissem GARRAM, op.cit, p 251.

رابعا: عقد **المقاولة وعقد الوكالة**

تعرف المادة **571 من ق. م. ج** الوكالة بأنه « **الوكالة أو الإنابة عقد بمقتضاه يفوض شخص شخصا آخر، للقيام بعمل شيء لحساب الموكل وباسمه**»، وبذلك عقد المقاولة يتفق مع عقد الوكالة(50)، في أن محل التزام المدين في كل منهما، هو القيام بعمل لحساب الآخر، ولكنهما يتميزان في طبيعة العمل الذي تم العقد من أجل تأديته بأمرين هما شخصي وموضوعي.

يتعلق العامل الموضوعي بالأداء المطلوب وهو العمل المادي في عقد المقاولة، بينما هو عمل قانوني في عقد الوكالة. أما العامل الشخصي فيظهر في قيام الصفة التمثيلية بين الموكل ووكيله، وانعدامها بين المقاول ورب العمل، فالوكيل والمقاول كل منهما يؤدي عمله لحساب غيره، إلا أن الوكيل يؤدي عمله لحساب الموكل وباسمه، بمعنى أن كل ما يبرمه الوكيل من تصرفات قانونية تنصرف آثارها إلى الموكل مباشرة، إذا لم يتجاوز حدود هذه الوكالة، أما المقاول فهو وإن عمل لحساب رب العمل، إلا أنه يعمل باسمه الخاص، وبالتالي فإن هذه التصرفات تضاف إليه شخصيا، ولا تنصرف إلى رب العمل.

لا تتم المقاولة إلا بأجر، فهي من عقود المعاوضة، بينما الوكالة فهي تبرعية تتم دون أجر(51)، ويتمتع المقاول بالاستقلالية التامة عن رب العمل في ممارسته لعمله وبالتالي لا يكون هذا الأخير مسؤولا عنه مسؤولية المتبوع عن التابع، بينما يعمل الوكيل تحت رقابة وتوجيه الموكل، فهو تابع له، ويكون الموكل مسؤولا عنه مسؤولية المتبوع عن تابعه.

يهدف المقاول من وراء عمله تحقيق الربح، في حين أن الوكيل لا يبتغي الربح لأن عمله دون مقابل، وكذلك المقاولة لا تنتهي بموت رب العمل ولا بموت المقاول إلا إذا كانت شخصية هذا الأخير محل اعتبار في العقد حسب المادة 569 **من ق.م.ج**، بينما تنتهي الوكالة بموت الموكل أو الوكيل(52).

(50) « Procuration est un contrat qui permet à une personne appelée mandat de se faire représenter par une autre personne appelée mandataire qui accepte le pouvoir de faire quelque chose pour le compte du premier et son nom ».Cité par : Ibtissem GARRAM, op.cit, p182.

(51) Pierre GOUTIER, **«contrat spéciaux»**, R.T.D CIV, n° 01, 2004, Ed Dalloz, Paris , p. p. 115-116.

(52) أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 14، انظر أيضا:

Philippe Tourneau, Loic Cadiet, Droit de la responsabilité, responsabilité civile et penale, op.cit, p479.

رابعا: عقد المقاولة وعقد البيع:

عرفت المادة 351 من **ق.م.ج** عقد البيع بأنه « **البيع عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل ملكية شيء أو حقا ماليا أخر، في مقابل ثمن نقدي**»[53]. فمن خلال ذلك يتضح لنا أن عقد المقاولة قد لا يتعارض مع عقد البيع، إذ المقاولة ترد على العمل، أما البيع فيرد على نقل شيء يملكه البائع، وليس من طبيعة المقاولة نقل الملكية، لكن قد يكون محل العقد تعهدا بصنع شيء، والتزام المقاول في نفس الوقت بتوريد المواد اللازمة لذلك، في هذه الحالة إما أن يعتبر عقد مقاولة محله صنع شيء، أو عقد بيع لشيء مستقبل. [54]

اختلفت الآراء حول هذه المسألة فذهب جانب منهم[55] إلى أن العقد هو عقد مختلط يمتزج فيه كل من البيع والمقاولة، إذ يرد على عمل، وعلى انتقال ملكية الشيء مصنوع، ويؤخذ على هذا الرأي أنه يثير صعوبات فيما يتعلق بالمسائل التي تتعارض فيها أحكام البيع والمقاولة، كما هي فيما يتعلق بطبيعة العوض وتحديده، وإنهاء العقد بالإرادة المنفردة، فيتعين حينئذ المفاضلة بين العقدين[56]، كما يؤخذ عليه التعارض مع نص المادة 2/550 **ق.م.ج**، التي تجيز صراحة، أن يقدم المقاول العمل والمادة معا، وألا يقتصر على تقديم العمل فقط، حتى يوصف العقد بأنه مقاولة. في حين ذهب البعض الآخر[57] إلى أن العقد يعتبر مقاولة ابتداء، وبيعا انتهاء، ففي حالة قيام العمل واستمراره، يكون العقد مقاولة، أمام متى تم صنعه، وسلم لرب العمل، صار العقد بيعا لهذا الشيء المصنوع، وعليه تسري فيه أحكام العقدين بصفة متعاقبة، فهو مقاولة في انعقاده حتى تمام تنفيذه، ثم ينقلب بعد تنفيذه بيعا، ويؤخذ على هذا الرأي، أن التكييف للعقد يكون وقت انعقاده، بغض النظر عما يترتب عليه

(53) article 1582 du code civil français que dispose **« la vente est une convention par laquelle l' un s'oblige à livrer une chose, et l'autre à payer. ».** Voir aussi : contrat de vente est un contrat par lequel le vendeur s'engage à transférer la propriété d'une chose ou tout autre doit patrimonial à l'acheteur qui a l'obligation d'en verser le prix.Voir Ibtissem GARRAM, op.cit, P271.

(54) عبد الرزاق حسين يس، مرجع سابق، ص 101، انظر أيضا: خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري (عقد البيع)، ج4، ديوان المطبوعات الجامعية، 1994، ص. ص. 17-18.

(55) من هؤلاء الفقهاء لوران وبودري وليون كان وغيرهم انظر في ذلك: أحمد عبد الرزاق السنهوري: مرجع سابق، ص 25.

(56) محمد لبيب شنب، مرجع سابق، ص. ص. 16-17.

(57) من هؤلاء الفقهاء أوبري، ورو. أحمد عبد الرزاق السنهوري: مرجع سابق، ص 26.

بعد ذلك، إذ لا يجوز أن يتغير وصفه، ثم إن المقاولة لا تنتهي بمجرد اتمام العمل وتسليمه[58].

ذهب اتجاه آخر[59] إلى أن العقد قد يكيف بيعا أو مقاولة[60]، وذلك عند مقارنة مواد المستعملة بقيمة العمل، فإذا كانت قيمة العمل تفوق كثيرا تلك المواد، بحيث صارت قيمة المواد ثانوية، بالنسبة لقيمة العمل، كان العقد مقاولة، أما إذا كان المقاولة هو الذي ورد المادة التي يصنعها، وكانت تفوق قيمة العمل كان العقد بيعا، وإذا كان للمادة قيمة معتبرة إلى جانب قيمة العمل، ولوكانت أقل قيمة منه، ففي هذه الحالة، يمتزج كل من البيع والمقاولة، فيقع البيع على مادة العمل، وتطبق أحكام البيع، وتقع المقاولة على العمل، وتنطبق أحكامها عليه، ويؤخذ على هذا الرأي المعيار الذي أخذ به للتفرقة بين قيمة المادة وقيمة العمل، وكذلك العجز عن تحديد الأساس الذي يرتكز عليه، فليس من السهل تحديد العنصر الأساسي في العقد، هل هو العمل أو المادة المستخدمة، ضف إلى ذلك أنه يعجز عن تكييف العقد، ويجعله متأثرا بظروف الزمان والمكان وأثرهما على قيمة المادة والعمل، فقد يبرم العقد، ويكيف مقاولة إذا أخذ بعين الاعتبار قيمة العمل التي قد تكون أعلى من قيمة المادة، ولكن قبل تنفيذه قد ينقلب بيعا، وذلك إذا ماحدث تقلب في الأسعار، جعلت قيمة المواد أكبر بكثير من قيمة العمل، كما قد يحدث تأثرا بالمكان، فقد ينعقد العقد بيعا في مكان ما، ومثله تماما يكون مقاولة، وهذا لاختلاف قيمة كل من العمل والمادة في كل من المكانين[61].

ذهب الفقهاء[62] إلى اعتبار أن العقد هو عقد بيع محله شيء يتم صنعه في المستقبل، بحيث أن المتعاقدين، قصدا الحصول على شيء معين، وإلا لما ألزم المقاول

---

(58) محمد حسن قاسم، الموجز في عقد البيع، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 1996، ص. ص. 38-39.

(59) من هؤلاء الفقهاء بلانويول وريبير وهامل. انظر في ذلك: أحمد عبد الرزاق السنهوري: مرجع سابق، ص 26

(60) Philipe LE TOURNEAU , Loic CADIET, op .cit. p 480.

(61) أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد- العقود التي ترد على الملكية- (البيع والمقايضة)، ج4، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2002، ص 30، أنظر أيضا: رمضان أبو السعود، العقود المسماة (عقدي البيع والمقايضة) دراسة مقارنة في قانونين المصري واللبناني، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1990، ص 43، انظر أيضا: عبد الرزاق حسين يس، مرجع سابق، ص. ص. 119-120.

(62) ومن هؤلاء الفقهاء بودري وغيرهم. انظر في ذلك: أحمد عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 27.

بصنعه في المستقبل، لهذا كان العقد بيعا لشيء مستقبل، وقد استند أنصار هذا الرأي في فرنسا إلى ما استخلصوه من نص المادة 1711 **ق.م.ف** التي نصت « **بأن العقد يكون مقاولة، إذا كانت المادة مقدمة من رب العمل**».[63].

يعاب على هذا الرأي، أنه لا يأخذ بعين الاعتبار سوى نقل ملكية الشيء، الذي تم صنعه دون المبالاة بالتزام المقاول بصنع هذا الشيء والذي يعد جوهر عقد المقاولة، وركن من أركانه، وكان بعض الفقه يرى بأن المقاولة تنقل ملكية الشيء المصنوع إلى رب العمل، مع الاحتفاظ بوصفها مقاولة، ولكن انتقد على أساس أنه يجعل للمقاولة طبيعة أخرى مختلفة عن طبيعتها الأصلية، فهي من العقود التي ترد على العمل لا على نقل الملكية، وهي إن وردت على نقل ملكية فيكون ذلك عند اختلاطها بعقد البيع، ولا مانع من هذا الاختلاط، ليكون للمقاول دوران، دور البائع الذي قدم المادة، ودور المقاول الذي قدم العمل، إلا أن هذا الرأي يبقى منتقدا، طالما أن الجوهر في هذا العقد هو العمل، وما المادة إلا تابعة له، في حين يذهب رأي آخر إلى اعتبار العقد مقاولة خالصة، وليس بيعا لشيء مستقبل، فالتزام المتعهد هو صنع الشيء المطلوب منه، وتملك رب العمل لهذا الشيء المصنوع، ماهو إلا نتيجة ضرورية لكون المقاول يقوم بصنع لحساب رب العمل[64].

تظهر التفرقة بين المقاولة والبيع في أن إبرام عقد البيع لا بد أن يتفق الطرفان على الثمن، فإذا لم يحدد ولم يتضمن العقد الأسس التي تسمح بتعيينه في المستقبل كان البيع باطلا بطلانا مطلقا، أما في المقاولة فإنه لا يشترط تحديد الأجر ولا بيان حتى العناصر التي تسمح بتحديده فيما بعد ووجب الرجوع في تحديده إلى قيمة العمل ونفقات المقاول[65].

لا يجوز في عقد البيع لطرفي العقد التخلص من العقد بإرادة المنفردة، أما المقاولة فلرب العمل له أن يتحلل من العقد وأن يوقف تنفيذه في أي وقت قبل إتمامه بإرادته المنفردة،

محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ط 3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1990، ص. ص. 16-17.

(63) Article 1711du code civil français : « **sont aussi un louage d'ouvrage lorsque la matière est fournie par celui pour qui l'ouvrage se fait… »**

(64)عبد الرزاق حسين يس، مرجع سابق، ص 121.

(65) عدنان إبراهيم السرحان، شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 21.

للبائع حق امتياز على البيع ولو كان منقولا، أما في المقاولة فإن مناط الامتياز لا يكون للمقاول إلا إذا كان العمل تشييد بناء أو منشآت أخرى أو إعادة تشييدها أو صيانتها[66].

تسري في عقد البيع الفوائد عن الثمن المستحق للبائع من يوم إعذار المشتري بدفعه، أو من يوم تسليم المبيع إليه إذا كان قابلا لإنتاج ثمرات، أما في المقاولة فلا يستحق المقاول فوائد على الأجر المستحق له إلا من يوم المطالبة القضائية وفقا للقواعد العامة[67].

المطلب الثاني

أنواع عقود المقاولات الدولية

اتخذ عقد المقاولة الدولي العديد من الأنواع في العصر الحديث وذلك لوجود الكثير من المتغيرات الإقتصادية المفروضة من قبل العديد من الدول، ونذكر على سبيل المثال عقد الأشغال العامة الدولي وعقود البوت،

تعد عقود البوت الركيزة التي يتم بواسطتها بناء الهياكل الاقتصادية الثابتة وتنظيم بنيتها الأساسية لاسيما تشييد صرح صناعاتها الوطنية الثقيلة، مما جعلها تتصل بشكل وثيق بالاستثمار الأجنبي الذي تسعى غالبية الدول إلى جذبه عن طريق توفير الضمانات اللازمة لتشجيعه على القدوم إلى الاقتصاد الوطني والاستقرار في الدولة **(الفرع الأول)**، ونوع ثاني من عقد المقاولات الدولية هو عقد الأشغال العامة الدولي الذي يتم ابرامه بين شخص عام وشخص أجنبي لانجاز مشروع ما وذلك تحقيقا للمصلحة العامة بالنسبة للطرف العام وتحقيق الربح بالنسبة للطرف الخاص ويتطلب هذا العقد أموال طائلة لأنه يستخدم لتنفيذ مشاريع كبرى تقوم بإنجازها شركات عالمية معروفة **(الفرع الثاني)**.

(66) عبد الرزاق حسين يس، مرجع سابق، ص 122.

(67) أحمد عبد الرزاق السنهوري، مرجع السابق، ص 7، انظر أيضا: خليل أحمد حسن قدادة ، مرجع سابق، ص. ص. 17-18.

الفرع الأول

عقد البوت

يقصد بعبارة البوت BOT بالبناء Build، التشغيل Operate، نقل الملكية Tranfert[68]، وهي المشروعات التي تعهد بها الحكومة إلى إحدى الشركات الأجنبية سواء كانت شركة من شركات القطاع العام أو القطاع الخاص، وذلك لإنشاء مرفق عام و تشغيله لحسابها مدة من الزمن ثم نقل ملكيته إلى الدولة[69].

تعد عقود البوت ذات أهمية كبيرة خصوصا في السنوات الأخيرة بسبب تزايد مشروعات البنية الأساسية الكبرى المبرمة عن طريق هذه العقود، وترجع هذه الأهمية بسبب الدور الفعال للقطاع الخاص في تمويل هذه المشروعات الكبرى، حيث لم يعد يقتصر تمويل هذه المشروعات على أجهزة الدولة فحسب بل أصبح القطاع الخاص يمثل دور كبير في تمويل هذه المشروعات لتخفيف العبء الملقى على عاتق الدول النامية، وتمويل القطاع الخاص للمشروعات البنية التحتية عن طريق عقود البوت له أثر كبير على الدول النامية فهو يكفل تغطية عجز وقصور التمويل الحكومي من جهة، وتوفير العملة الأجنبية وتحقيق التنمية الإقتصادية والإجتماعية ونقل التكنولوجيا للدول المضيفة مع رفع كفاءة التشغيل، وتوفير الخدمات الفنية للمرفق وخلق فرص عمل للأفراد و الشركات الوطنية من جهة اخرى [70].

جاء في تقرير لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي أن مشاريع البوت هي أساسا شكل من أشكال تمويل المشاريع، تمنح بمقتضاه حكومة ما مجموعة من المستثمرين، أو أحد الكيانات الخاصة، امتياز لصياغة مشروع معين وتشغيله وإدارته، واستغلاله تجاريا لعدد من السنين تكون كافية لاسترداد تكاليف البناء، إلى جانب تحقيق أرباح مناسبة من

---

(68) سلام أحمد رشاد محمود، عقد الإنشاء والإدارة والتحويل، في مجال العلاقات الدولية الخاصة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2004، ص 31، انظر أيضا:

(M) LYONNET DU MOUTIER, Financement sur projet et partenariat Public-Privé, Ed EMS, Paris, 2006, p.10.

(69) حامد ماهر محمد، النظام القانوني لعقود الانشاء والتشغيل وإعادة المشروع ، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2005، ص 30.

(70) محمد عبد المجيد إسماعيل، عقود الاشغال الدولية، مرجع سابق، ص. ص. 48-49.

العائدات الحاصل عليها من تشغيل المشروع، وفي نهاية المدة تنتقل ملكية المشروع إلى الحكومة دون أي تكلفة أو مقابل تكلفة مناسبة يكون قد تم الاتفاق عليها مسبقا[71].

استعملت الدولة الجزائرية هذه الصيغة بالأخص في مجال تحلية مياه البحر أو نزع الأملاح والمعادن من المياه المالحة[72]، وذلك بتشجيع من الشركة العامة الجزائرية للمياه، التي أخذت على عاتقها مسؤولية تنفيذ السياسة الوطنية بتنمية وتسيير قطاع المياه في الجزائر.

لجأت الحكومة إلى تمويل مشروعاتها العامة عن طريق اتفاقات البوت في مجالات عديدة من أبرزها: مشروعات البنية الأساسية المتعلقة بالمرافق العامة الأساسية، المجمعات الصناعية، تنمية واستغلال الأراضي المملوكة للدولة ملكية خاصة.

تتعدد عقود البوت وتتباين، فعلاوة على الصورة الرئيسية وهي البناء والتشغيل ونقل الملكية، فإن التعامل قد أفرز صورا عديدة من هذه العقود أهمها:

-عقود البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية B.O.O.T : حدد هذا المصطلح ملكية المشروع للطرف الخاص خلال مدة التشغيل وذلك عندما اضيف حرف O الثاني إلى مصطلح BOT ، وهو الحرف المأخوذ من كلمة Owen والتي تعني تملك، والذي يقصد به تملك المستثمر للمشروع الذي قام بإنشائه. تتولى الشركة الخاصة في العقود بصيغة BOOT مهام إقامة المشروع وتملكه مؤقتا وتشغيله لفترة متفق عليها ويستفيد من أرباح خلال استغلاله للمشروع وفي نهاية المدة تنتقل الملكية إلى السلطة المتعاقدة، هذا عكس العقد بصيغة BOT، حيث تبقى الملكية خالصة للدولة [73].

---

(71) تقرير لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي بعنوان: الأعمال المقبلة المتعلقة بمشاريع البناء والتشغيل ونقل الملكية، دورة التاسعة وعشرون، نيويورك من 28 مايو إلى 14 يونيو 1996، ص 3.

(72) تميزت أغلب مشاريع إنشاء وتشغيل محطات تحلية مياه البحر بالجزائر، بالاعتماد على الشركات الإسبانية منذ 2004، والمستعملة للتكنولوجيات الفرنسية والأمريكية التي حظيت على الثقة العالمية لخبرتها الواسعة في هذا المجال، ومن أهم مشاريعها إنشاء وتشغيل وصيانة محطة تحلية المياه بمستغانم بمساهمة الوكالة الحزائرية للطاقة.

(M) BENACHNHOU, les nouvaux investisseur, alpha, design, Paris, 2006, p.p.76-77.

(73). انظر في ذلك: حامد ماهر محمد: النظام القانوني لعقود الانشاء والتشغيل، وإعادة المشروع، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2005، ص 29، انظر أيضا: غانم محمد أحمد، مشروعات البنية الأساسية بنظام الBOT ، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، مصر، 2009، ص 28.

-**عقود البناء والتملك والتشغيل B. O. O :** تبرم هذه العقود بين الحكومة والطرف الخاص من أجل إقامة مشروع وتشغيله وتملكه، دون الالتزام بتحويله إلى الجهة الحكومية المتعاقدة [74]

-**عقود البناء والايجار ونقل الملكية B.L.T:** ويطلق عليها بعض الفقهاء عقود البناء والتأجير ثم التحويل ، حيث تقوم شركة المشروع في هذه الصورة بانشاء المرفق على نفقتها وبعد ذلك تقوم الجهة الادارية المتعاقدة باستئجار المرفق واستغلاله من شركة المشروع على مقابل مالي وبشكل دوري طيلة مدة العقد، وفي نهاية مدة العقد يؤول المرفق إلى الجهة الادارية المتعاقدة وتقوم باستغلاله دون اي التزام تجاه شركة المشروع [75]

-**عقود التصميم والبناء والتمويل والتشغيل D.B.F.O** : تقوم الشركة الخاصة في هذا النوع من العقود بتصميم المشروع منذ البداية وبعدها ببنائه وتوفير التمويل اللازم له، ثم تشغيله فيحصل الطرف الخاص على إيرادات المشروع وبعدها تؤول الملكية إلى الدول[76] .

ترتب عقود البوت على الدولة بعض التزامات التي من شأنها أن تعمل على جلب استثمارات بصفة عامة، والاستثمار من خلال مشاريع البوت بصفة خاصة، و بالأخص أن اللجوء إلى إبرام هذا النوع من العقود يعني الاستعانة بالقطاع الخاص الأجنبي عموما، و من جهة أخرى يمنحها بعض الحقوق التي تتناسب و المقتضيات التي تطرحها هذه العقود وتتمثل في:

أولا: التزامات وحقوق السلطة المتعاقدة: تتمتع السلطة المتعاقدة بمجموعة من حقوق وترتب عليها مجموعة من التزامات نذكر منها:

1- **التزامات السلطة المتعاقدة:** تلتزم الدولة الراغبة في تطوير و إنجاز مشاريع البوت بتعزيز الثقة لدى المستثمرين الأجانب، ولا يتأتى ذلك إلا من خلال توفير مناخ استثماري ملائم، عن طريق وضع إطار قانوني محكم يسمح بالاستثمار الخاص، و يكفل تحصيل عائداته. و يتبلور هذا الاطار أساسا

(74) تبرم هذه العقود بين الحكومة والطرف الخاص من أجل إقامة مشروع وتشغيله وتملكه، دون الالتزام بتحويله إلى الجهة الحكومية المتعاقدة. انظر في ذلك: أحمد عصام البهجي، عقود البوت، الطريق لبناء مرافق الدولة الحديثة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2008، ص 23.

(75). انظر في ذلك: حامد ماهر محمد، مرجع سابق، 39.

(76) محمد طاجين رجب، عقود الشراكة دراسة مقارنة لبعض جوانبها في القانون الإداري الفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2007، ص. ص. 12-13.

في شكل قوانين تكبح أي إعاقة لمشاركة القطاع الخاص في مشاريع البنية الأساسية. كما يجب ضمان انتقال دور السلطة العامة من ممثل و محتكر لهذه المشاريع إلى منظم لها[77].

تتعهد السلطة المتعاقدة أيضا بأن تقدم لشركة المشروع كل المساعدات الممكنة من أجل تمركزها على إقليمها، و يتم ذلك عن طريق منحها التراخيص اللازمة، أو تنشيط و تسهيل إجراءات الحصول عليها، حيث تتضمن عقود الاستثمار عادة شرط الدولة المضيفة بتوفير الحماية المناسبة والكافية للاستثمارات التي يقام على أراضيها، بل أن الدولة عادة ما تضع القوانين الخاصة المتعلقة بتشجيع الاستثمارات على إقليمها نصوصا تعزز تلك الحماية، فاهتمام بتشريعات الاستثمار أمر ضروري، باعتباره أداة الدولة في التعبير عن سياستها نحو المستثمر في مجال البنية الأساسية وغيرها من المشاريع التنموية[78].

2-حقوق السلطة المتعاقدة: تتمتع الدولة في إطار سيادتها بسلطة الرقابة على الاستثمارات الأجنبية المنجزة داخل حدودها الإقليمية، و ذلك في كل مراحل عملية الاستثمار، والهدف من ذلك هو توجيه هذه الاستثمارات لتحقيق أهدافها التنموية والمصلحة العمومية. كما يكتسي حق الرقابة في عقود البوت أهمية خاصة بالنظر لطول مدة التشغيل والاستغلال من جهة، و من جهة أخرى فإن التزام الشركة بإعادة المشروع بحالة جيدة عند انتهاء المدة المحددة للاستغلال، لا يمكن أن يتحقق الا إذا سلمنا بحق الجهة الحكومية في الرقابة والاشراف والتوجيه على المشروع .وتتم الرقابة على هذا النوع من العقود، من خلال تعيين أعضاء ممثلين للجهة الإدارية في مجلس إدارة الشركة صاحبة المشروع، بالإضافة إلى تضافر الوزارات المختصة في الرقابة على المشروع و تأمين سلامته. هذا وتفرض العديد من القوانين، التزاما على مقدمي الخدمات العمومية بأن يزودوا جهاز الرقابة التنظيمية أو الحكومية بمعلومات دقيقة و في حينيها عن عملياتهم، و تمنح هذه الأجهزة حقوقا قد تتضمن توجيه الإستفسارات أو مراجعة الحسابات، بما في ذلك إجراء مراجعات تفصيلية للأداء و امتثال، و فرض جزاءات على الشركات غير المتعاونة[79].

---

(77) أكلي نعيمة : النظام القانوني لعقد الامتياز الاداري في الجزائر، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه، جامعة الجزائر، 2013، ص 359.

(78)حصايم سميرة : عقود البوت إطار استقبال القطاع الخاص في مشاريع البنية التحتية، اطروحة لنيل درجة الدكتوراه، جامعة دمشق، 2011، ص 254.

(79) مروان محي الدين القطب: طرق خصخصة المرافق العامة، الامتياز، شركات مختلطة. B.O.T. تفويض المرفق العام دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2000، ص 55.

عرفت سلطة الدولة في تعديل العقد بإرادتها المنفردة جدال فقهيا عميقا استقر على تمسك الدولة بموقفها الخاص بصفتها شخص ذو سيادة، إلى سلطة الدولة في تعديل العقد بإرادتها، وذلك تحقيقا لمصلحة العامة، حيث يمكن استخدام السلطة المتعاقدة لحقها في تعديل عقود البوت، خاصة و أنها تتضمن شروطا اللائحية غير قابلة للمفاوضة بشأنها مع الملتزم فللإدارة سلطة تغييرها و تعديلها بما يتلاءم وحاجة المرفق، شريطة عدم المساس بالمزايا والضمانات المقررة للملتزم وفق الشروط المتفق عليها في العقد، التي تقتضيها الطبيعة الخاصة لعقود البوت. ويحق للملتزم الحصول على التعويض عن الأضرار التي لحقته جراء التعديل و أدت إلى زيادة أعبائه[80].

ثانيا: التزامات و حقوق شركة صاحبة المشروع: يرتب عقد البوت التزامات وحقوق بالنسبة للشركة وتتمثل في :

1- **التزامات الشركة صاحبة المشروع:** يمثل الالتزام الجوهري لشركة المشروع في تصميم المرفق و إنشائه على نفقتها الخاصة، وفقا للشروط و الموصفات المتفق عليها، حيث يعد هذا الالتزام التزام بتحقيق نتيجة، لذلك لا يكفي أن تثبت الشركة أنها قامت ببذل العناية الكافية لتنفيذ العمل، فقد جرى العمل الدولي على أن يقتصر دور جهة الادارة في تحديد المواصفات العامة الوظيفية والغاية النهائية المرجوة من المشروع، كطاقته الانتاجية وكفاءته الفنية والمواصفات البيئية، على أن تترك كافة التفاصيل لتحقيق هذه الغايات لشركة المشروع، و هو ما يؤدي إلى نقل مخاطر التصميم إلى عاتق القطاع الخاص و الاستفادة من خبراته[81].

تحرص السلطة المتعاقدة جديا على تضمين المشاريع المتعاقد عليها بنظام البوت نصوصا تحدد مدد التنفيذ، لتعلق هذا النوع من المشاريع بتأدية خدمة عامة للجمهور. وتتمثل هذه الأوقات في الفترة التي تلتزم شركة المشروع خلالها بإقامة المنشآت و تأمين الأجهزة، و المعدات اللازمة لاستغلال المرفق العام، وكذا الفترة التي تمنح لشركة المشروع لاستغلال المرفق، وأيضا المواعيد الدورية لأداء الخدمات للمنتفعين بمرفق الامتياز، كمواعيد تسير القطارات و الطائرات، حيث ترجع أهمية العنصر الزمني في عقود البوت لتحقيقها لنتيجة هامة تعد من أهم الاثار القانونية المترتبة على العقد، ألا و هي انتقال ملكية

(80) بومزبر باديس: عقود البوت (B.O.T) وتطبيقاتها في الجزائر، مج 32، ع 2، مجلة العلوم الانسانية، جامعة أحمد منتوري قسنطينة، 2021، ص ص 95-112 .

(81) أكلي نعيمة: المرجع السابق، ص 361.

المشروع بعد انتهاء مدة الالتزام إلى الدولة، لذلك من الطبيعي أن يشكل تأخر المتعاقد عن الوفاء بالتزاماته في الموعد المحدد خطأ عقديا يوجب التعويض[82]

تلتزم شركة المشروع بالتنفيذ بنفسها حيث يتم اختيار شركة المشروع في عقود البوت في إطار من المنافسة والعلانية والحياد، كما أن كفاءة المتعاقد وقدراته المالية والفنية وخبرته، من العناصر التي توضع في الاعتبار عند اختياره، هذا إلى جانب طول مدة تنفيذ العقد، كل هذه الأمور تضاعف من أهمية الاعتبار الشخصي في العقد[83].

يقع على عاتق شركة المشروع بعد الانتهاء من إنشاء المشروع الالتزام بالتشغيل والصيانة وبنقل التكنولوجيا و تدريب العاملين عليها، وذلك من خلال استخدام أحدث وسائل التكنولوجيا الحديثة في بناء المرفق و تدريب العاملين الوطنيين على استخدامها، خاصة وأن هذه العقود من عقود الاستثمار لنقل التكنولوجيا[84].

تلتزم شركة المشروع أيضا بعد انتهاء الفترة التعاقدية بنقل المرفق محل العقد إلى الجهة الإدارية بحالة جيدة، وللطرفين أن يتفقا على تحديد مكتب خبرة لإعداد تقرير عن الحالة الفنية للمشروع، فقد جرى العمل الدولي على أن لا تقل صلاحية أصول المرفق للتشغيل بعد إعادة تسليمها على الدولة لمدة لا تقل عن نصف مدة العقد

2- حقوق شركة صاحبة المشروع: يتمثل هذا الحق في حصول الشركة على المقابل المالي سواء كان في شكل رسم أو في صورة ثمن، فهو من الشروط التعاقدية التي لا يجوز تعديلها إلا باتفاق الطرفين، وذلك مراعاة لتكاليف إنشاء وإدارة المشروع. والعمل بغير ذلك سيصعب على الدولة أمر جلب الاستثمارات الخاصة للمشاركة في إنشاء وتشغيل مشاريع البنية التحتية بنظام البوت من جهة، ومن جهة أخرى فإن هذه المبالغ ستكون أقل من التعويضات التي يستلزم على الحكومة دفعها أمام هيئات التحكيم،

(82) بن ديدة نجاة : عقد ال **BOT** في القانون الجزائري، مج 1، مجلة القانون العام الجزائري والمقارن، مج 1، ع 02، جامعة جيلالي ليابس، سيدي بلعباس، الجزائر، 2015، ص ص 9-19.

شماشمة هاجر: عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية وتطبيقاتها في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام،

(83) جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي، الجزائر، 2013- 2014، ص 20.

(84) مروان محي الدين القطب: المرجع السابق، ص 57.

جراء عدم تمكين شركة المشروع من الحصول على حقها في المقابل المالي المتفق، أو تعديله بصورة انفرادية[85]

لابد من منح الجهة الادارية مانحة التزام مركزا متميزا باعتبارها سلطة عامة يقع على عاتقها مسؤولية تسيير المرفق العام، فإن هذا المركز لابد وأن تقابله حقوق للمتعاقد معها تعادله تطبيقا لمبدأ التوازن المالي للعقد، الذي أخذ بعدا متميزا في عقود البوت ليستهدف إيجاد التلاءم الكامل بين مصالح الأطراف المتعاقدة، ويعادل كفة ميزان العقد بينهم، بتعويض المتعاقد في أحوال وشروط معينة، حتى ولو لم يصدر خطأ من جانب الإدارة[86].

الفرع الثاني
عقد الأشغال العامة الدولي

يعرف عقد الأشغال العامة الدولي بأنه « توافق إرادتي جهة الإدارة وشخص أجنبي خاص، من أجل تنفيذ أعمال عقارية معينة لحساب شخص معنوي عام، وتحقيقا لمصلحة عامة على نحو معين ولقاء ثمن معين »[87].

وعليه ليكون عقد الأشغال العامة[88] الدولي يستلزم توافر العناصر التالية:

---

(85) سديرة محمد علي: عقود البوت ودورها في تسيير المرافق العمومية، ع 2، مجلة الفكر القانوني والسياسي، جامعة عمار ثليجي الأغواط، 2018، ص ص 321-336.

(86) اكلي نعيمة: المرجع السابق، ص362.

(87) محمد عبد المجيد إسماعيل، عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2003، ص 41.

(88) يعرف عقد الأشغال العامة بأنه عقد تبرمه الإدارة، ويخضع للنظام القانوني العام، للقيام بأداء أشغال عامة في عقار، ولحساب شخص من أشخاص القانون العام بهدف تحقيق النفع العام. وهذا ما توصلت إليه محكمة القضاء الإداري المصري على اعتبار عقد الأشغال العامة بأنه عقد مقاولة بين شخص من أشخاص القانون العام، أو فرد أو شركة، بمقتضاه يتعهد المقاول بالقيام بعمل من أعمال البناء أو الترميم أو الصيانة في عقار لحساب هذا الشخص المعنوي العام، وتحقيقا لمصلحة عامة، مقابل ثمن يحدد في العقد. وقد توسع مجلس الدولة الفرنسي في فكرة الأشغال العامة، فأضاف إليها بعض العقود التي خالفت حقيقة تعريفها، وأهم هذه العقود – عقد التوريد– وهذا في حالة ما إذا اقتصر دور المورد على توريد المواد المستخدمة، لإنجاز الأشغال العامة دون المشاركة في عملية التنفيذ. أما القضاء الفرنسي فقد أضفى صفة الأشغال العامة حتى على العقود التي تبرم بين أشخاص القانون الخاص، إذ أصبغ هذه الصفة الإدارية، على العقود

-أن ينصب موضوع العقد على عقار: لكي يوصف عقد ما بأنه عقد أشغال عامة، فلابد أن يكون محل هذا العقد عقارا وليس منقولا، كإنشاء سد أو مطار أو ميترو أنفاق، مما قد يرد على العقار من أعمال إنشائية ، فتعتبر عقود أشغال عامة، تلك الاتفاقات التي يكون موضوعها منصبا على عقار بالطبيعة أو بالتخصيص[89].

وقد أكد القضاء الإداري في مصر وفرنسا أن فكرة الأشغال العمومية تتصل اتصال وثيقا بالعقارات، وأدخل فيها كافة الأعمال المتعلقة بها كصيانة وتنظيف الطرق وأعمال الهدم والردم، وغيره من الأعمال دون أن يأخذ في الاعتبار أهميتها وصفتها الدائمة أو المؤقتة، وعليه فإن عقد الأشغال العامة ينصب على العقارات دون المنقولات كبناء سفينة أو باخرة التي تعتبر مال منقول.

-أن تكون الغاية من تنفيذ الأشغال العامة تحقيق نفع عام: وهو العنصر الثاني الذي يجب توفره حسب التعاريف المختلفة لوصف العقد بأنه عقد أشغال عامة ، حيث يجب أن يكون الهدف من الأشغال العامة هو تحقيق النفع العام، وهذا الشرط هو الذي يبرر القواعد القانونية غير المألوفة التي تخضع لها الأشغال العامة، يعتبر هذا الشرط أكثر الشروط تطورا في قضاء مجلس الدولة الفرنسي، فقد ارتبطت فكرة الأشغال العامة في أول الأمر بفكرة الدومين العام، فاقتصرت الأشغال العامة على الأعمال التي تتم على عقارات تدخل في نطاق الدومين العام، بحيث لو تمت الأشغال على عقار يدخل في نطاق الدومين الخاص لما اعتبر العقد إداريا، [90].

-أن يتم تنفيذ الأشغال العامة لحساب شخص معنوي عام: يكفي أن يتم العمل لحساب شخص معنوي عام ولو كان العقار خاص لكي يمكن أن نسبغ الصفقة العامة على عقد الأشغال، ويكون العمل قد تم لحساب شخص معنوي عام في هذه الحالة إذا كان للشخص المعنوي العام إشراف مباشر ودقيق على الأعمال موضوع الدعوى، أو كان مآل العقار إلى الشخص العام بعد مدة معينة، وقد أقر القضاء

=المبرمة بين شركات الإقتصاد المختلط وبين مقاولين من القطاع الخاص. انظر في ذلك: حمدي ياسين عكاشة، العقود الإدارية في التطبيق العملي- المبادئ والأسس العامة، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1998، ص 403.

« le marché des travaux publics est un contrat (toujours administratif) par le quel une personne charge entrepreneur d'exécuter un travail public moyennant le paiement d'un prix » Cité par : André Delaubadere Yves Gaudemet,Traité De Droit Administratif, droit Administratif Des Biens-Les Domaines Administratifs, L'expropriation, La Réquisition, Les Travaux Publics ,T 2, 11ème Ed, L.G.D.J. Paris, 1998, P377.

(89)عادل عبد الرحمان خليل، عمر حلمي فهمي: العقود الإدارية، معيار تمييزها، أنواعها، إبرامها، دراسة مقارنة، دار الثقافة الجامعية، الاردن، 1995، ص 85.

(90) أحمد حسان حافظ مطاوع، التحكيم في العقود الدولية للانشاءات، رسالة لنيل درجة دكتوراه الدولة في القانون، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، القاهرة، 1998، ص 106 .

الفرنسي الصفة العامة لعقود الأشغال التي يبرمها أشخاص القانون الخاص بالوكالة عن أحد الأشخاص العامة[91]

-أن يكون عقد الأشغال العامة دوليا: إن تطور الأوضاع المحيطة بعقد الأشغال العامة الدولي في العصر الحديث يجعل لهذا العقد أهمية كبرى ومكانة بارزة على صعيد العلاقات الدولي، حيث تبدو أهمية صفة الدولية في العقد الدولي للأشغال العامة في أنه إذا كان هذا العقد داخليا فلا يوجد شك في أنه سيخضع للقانون الوطني للدولة المتعاقدة، إلا أنه إذا كان العقد دوليا فإن ذلك قد يكون محل الاجتهادات كثيرة حول إمكانية خضوع هذا النوع من العقود لقانون أجنبي يختلف عن القانون الوطني للدولة المتعاقدة وهو أحد مقتضيات الطبيعة القانونية الجديدة لهذه العقود[92].

-أن يكون عقد الأشغال العامة الدولي عقد معقد طويل المدة: من أهم خصائص عقد الأشغال الدولي أنه عقد معقد متشابك في علاقاته القانونية ويحتاج مدة طويلة لتنفيذه، فعندما تبرم الدولة عقد أشغال مع أحد الأشخاص الأجنبية لتنفيذ أحد مشروعات البنية الأساسية الكبرى فقد يستغرق المشرع عدة سنوات لتنفيذه، وبمقتضى هذا العقد تنشأ عدة التزامات وحقوق على عاتق عدة أطراف، فبصفة مبدئية تنشأ التزامات متبادلة على عاتق الدولة، والمتعاقد الأجنبي وذلك لتنفيذ الأعمال على نحو معين وإنهائها وتسليمها في ميعاد معين وذلك كله لقاء ثمن محدد بالعقد[93].

تعد عقود الأشغال العامة الدولية عقود إدارية متى توافرت الشروط السابقة الذكر، وباعتبار أنها تتطلب انتقال مستلزمات للانشاء من معدات ومواد وخدمات وأموال من دولة إلى اخرى فهي تكتسب الطابع الدولي، ولا يمكن إدراجها ضمن عقود القانون الخاص لأنها تتسم بذاتية خاصة تميزها عن بقية العقود المدنية الداخلية أو العقود الدولية الأخرى، وتتبع هذه الذاتية من الطبيعة الخاصة لأطراف هذا النوع من العقود الدولية، والعملية محل العقد، كما أن هذا النوع من العقود تحمل في طياتها شروط جديدة دخيلة على مفهوم العقد الإداري التقليدي كشرط اللجوء للتحكيم كطريق لحل المنازعات التي تنشأ أو نشأت. وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن الأشخاص الأجنبية التي تمارس نشاط البناء والتشييد يفضلون تسوية منازعاتهم تسوية داخلية على يد أشخاص على دراية بمقومات صناعة البناء والتشييد

(91)أنس جعفر : العقود الإدارية ، دراسة مقارنة لنظم المناقصات والمزايدات لسنة 2007 ،دار النهضة العربية ، بيروت، لبنان، 2007، ص 40.

(92)هيام مروة: القانون الإداري الخاص، المرافق العامة الكبرى وطرق إدارتها، الاستملاك، الأشغال العامة، التنظيم المدني، مجد المؤسسة الجامعية، بيروت، لبنان، 2003، ص ص 219-220.

(93) محمد عبد المجيد إسماعيل: عقود الأشغال الدولية والتحكم فيها، المرجع السابق، ص 40.

تستهدف في المقام الأول التوصل إلى حل توفيقي بين المصالح المتنازعة على أساس تجاري أو اقتصادي يكفل استمرار العلاقة ومن ثم انجاز المشروع محل التعاقد[94].

يضفي شرط الثبات التشريعي على عقد الأشغال العامة الدولي ميزة خاصة تميزه عن العقود الأخرى فهو يمنح العقد الخاصية المركبة من خلال تحوله من عقد إداري بحت إلى عقد ذي طبيعة مختلطة تتلاءم مع كافة المتغيرات والشروط التعاقدية المتواجدة به، حيث أنه بمقتضى شرط الثبات التشريعي المنصوص عليه من قبل الأطراف صراحة المؤكد على أن قانون الإدارة الذي يسري على العقد عند المنازعة هو القانون المختار بأحكامه وقواعده النافذة فقط وقت ابرام العقد مع استبعاد تطبيق أي تعديل يطرأ عليه في وقت لاحق.

يعد شرط الثبات التشريعي من الشروط المألوفة في عقود الدولة حيث تتعهد الدولة المتعاقدة بموجب هذه الشروط بوصفها سلطة تشريعية، بعدم إصدار أي تشريعات جديدة تسري على العقد المبرم بينها وبين الطرف الأجنبي المتعاقد معها، على نحو يؤدي إلى الإخلال بالتوازن الاقتصادي للعقد، والإضرار بالطرف الأجنبي المتعاقد معها [95].

لا يعد شرط ثبات التشريعي في عقود الأشغال العمومية الميزة الواحدة التي يتمتع بها هذا العقد، بل هناك ميزة أخرى وهي تتمثل في شرط ثبات العقد والذي لا يخول للدولة حق التعديل العقد بإرادتها المنفردة، في ظل هذا نوع من الشروط فهي تسلب حق الدولة في تعديل العقد حفاظا على مصلحة المتعاقد الأجنبي الطرف الآخر في العقد[96].

يتبين مما تقدم أن شرطي الثبات التشريعي وثبات العقد شرطان أساسيان للمتعاقد الأجنبي للحد من الصعوبات والعراقيل التي قد تطرأ في مستقبل بسبب تغيير القوانين، وتوفير قدر كبير من أمان والحماية للمتعاقد مع الدولة لالتزامها بهذين الشرطين فهما

---

(94) بولقواس سناء، الطرق البديلة لحل منازعات العقود الدولية ذات الطابع الدولي، بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير في دارة عامة، جامعة الحاج لخضر، باتنة، العلوم القانونية، تخصص قانون إداري وا 2011/2010 ، ص 56. .

(95) سيراج أبو زيد، التحكيم في عقد البترول، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 2000، ص 111.

(96) محمد عبد المجيد إسماعيل، القانون العام الاقتصادي والعقد الإداري الجديد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2003، ص. ص. 322- 332، انظر أيضا: محمد عبد المجيد اسماعيل، عقود الأشغال الدولية والتحكم فيها، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان ، 2010، ص. ص. 106-113.

يمثلان عنصرا مهما من عناصر الحماية التي تطلبها الشركات الأجنبية المتعاقدة مع الدولة، فهذه الشركات تتحصن ضد ممارسة السيادة والسلطة العامة مع شريكهم[97].

ولعقود الأشغال العامة الدولية أهمية كبيرة في مجال المعاملات الاقتصادية الدولية، حيث تمكن الدول من تطوير بنيتها الأساسية وتحديث مرافقها العامة، ودون اللجوء إلى الاستدانة من دول أخرى [98].

يرتب عقد الأشغال العامة الدولي آثارا بالنسبة لكلا طرفي العقد، فبالنسبة للإدارة كطرف في عقد الأشغال العامة الدولي وفي مواجهة المتعاقد معها لديها التزامات ليست بكثيرة ولا متنوعة اتجاه الطرف الآخر، ولكن هذا لا يمنع من وجود التزامات تقع على الإدارة بموجب القوة الملزمة للعقد يستلزم عليها تنفيذها والالتزام بها وإلا قامت مسؤوليتها في حالة اخلالها وعدم تنفيذها لهذه الالتزامات وترتبت عليها المسؤولية التعاقدية جراء إخلال بالتزام تعاقدي[99].

وتتمثل هذه الالتزامات في مساعدة المتعاقد الأجنبي وإزالة المعوقات التي تعترضه، وبتسليم موقع العمل وعدم المماطلة في الإجراءات ومنح الموافقة الإدارية على هذه المشاريع إذا كانت قانونية، وفي حالة ما إذا لم تقم الإدارة بتسليم موقع العمل، وأدى ذلك إلى وقف الأشغال لمدة طويلة عن الحد المعقول، شكل بذلك إخلال وخطأ جسيم من طرف الإدارة لعدم قيامها بواجباتها، فمن حق المتعاقد اللجوء للقضاء لمطالبتها للالتزام بالعمل وإلا ستواجه حكما قضائيا بفسخ العقد مع التعويض، بالإضافة إلى التزام الإدارة بمساعدة المتعاقد

(97) les clauses de gel ont une porté inhabutuelle : la stabilité engage l'ETAT à ne pas exercer ses compétances législatives inhérents à ses souvrainété en immobilisant son droit, d'ailleurs applicable à l'état ou il était lors de la passation du marché. En revanche l'intangibilité demande à l'etat concerné l'immunité des stipulations contractuelles librement négociés. Elle tend pallier les incovénients résultants pour l'investisseur de l'exercice par l' Etat de ses prérogatives à l'encontre des droits ou obligations prémunis contre tout changement.Ainsi, si l'objet de la clause de stabilisation est la loi de l'Etat concerné, celui de la clause d'intangibilité est les dispositions memes du marché . Ces clauses de protection ont ainsi une seule fonction ; la sécurité accrue des investisseurs étrangers contre les aléas politiques, qui pourraient affecter leurs droits ou aggraver leurs obligations. Elles soustraient les parties aux changements législatifs ou administratifs de l'Etat ou de ses démembrements.Voir Ibrahim EL BEHERRY, Théorie des contrats administratifs et marché public= internationnaux, Thése pour le doctorat en droit, Université de nice sophia- antipolis, Paris, 2004, p146.

(98) عثمان سعيد عبد العزيز، دراسات جدوى المشروعات بين النظرية والتطبيق، دار الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2006، ص 558.

(99) عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته، منشاة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2009، ص 134.

الأجنبي فإنها تلتزم أيضا بتنفيذ العقد بحسن النية وهو يعني عدم الإنحراف عن السلوك المعتاد وكل مخالفة يشكل خطأ عقديا يستوجب التعويض ممن تسبب في إلحاق الضرر بالمتعاقد الأجنبي[100].

يلتزم المتعاقد الأجنبي بتنفيذ العقد شخصيا اتجاه الإدارة دون تفويض شخصا آخر بصفة عامة، ولكن يجوز التنازل عن العقد للغير وذلك بشروط معينة مثل موافقة الإدارة على التنازل كتابة، أن يوفي المتعاقد الأجنبي بكل التزاماته الناجمة عن العقد لغاية تقديم التنازل، ويجب أن تكون الجهة المتنازل لها تملك قدرات المالية والفنية، وكما يمكن للمتعاقد أن يخول شخصا آخر محله في تنفيذ بعض أجزاء العقد اتجاه الإدارة ضف إلى ذلك يجب على المتعاقد الإلتزام بالتنفيذ في المواعيد المتفق عليها، وأن يلتزم بتدريب العمالة المحلية، وأن يلتزم بإطلاع جهة الادارة بكافة الظروف المحيطة بمسائل التعاقد[101].

(100) أحمد حلمي، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، ضمانات المتعاقد في مواجهتها، النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1996، ص 126.

(101) علي بن شعبان، آثار عقد الاشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري، رسالة مقدمة لنيل درجة دكتوراه الدولة في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم الساسية، جامعة الإخوة منتوري، ، قسنطية، الجزائر، 2012، ص 254 .

المبحث الثاني

إضفاء صفة الدولية على عقد المقاولة الدولي

يعد عقد المقاولة الدولي من قبيل العقود ذات الطبيعة الخاصة سواء من حيث طبيعة العلاقات فيما يخص أطرافه من جهة، أو من حيث الجوانب الفنية محل العقد من جهة أخرى، إذ يحرص أطرافه على تنظيم أحكامه استنادا إلى نصوص وقوانين يتفقون عليها وتحقق لهم الأهداف المرجوة من هذه العقود [102].

ترتبط المقاولات الدولية بأنظمة قانونية متعددة، فضلا عن طبيعتها المركبة التي تجعلها تحتوي على عدة أعمال ملزمة منها ما هو رئيسي ومنها ما هو ثانوي حسب طبيعة العمل وأهميته، مما يتطلب معه تجزئة تلك الأعمال وإخراجها في عقود اخرى مرتبطة بعقد المقاولة، وهذا بخلاف عقد المقاولة الداخلي الذي يتسم بالبساطة والسهولة في تكوينه لانتماء أطرافه لنظام قانوني واحد وخضوعه لقواعد محددة بالإضافة إلى أن المحل الذي ترد عليه تلك العقود هو القيام بأعمال بسيطة غير معقدة، حيث يصعب الأمر في تحديد الطرف في عقد المقاولة الدولي نظرا إلى خصوصية هذا النوع من العقود لمساسه باقتصاد أكثر من دولة وورودها على مشاريع ذات أهمية اقتصادية خاصة بالنسبة للدول النامية، فهناك عقود أولية وعقود متممة وعقود من الباطن، تتدخل بذلك عدة أطراف في العقد [103].

حدد الفقهاء معايير لتحديد أطراف عقد المقاولة الدولي وارتكزوا على معيارين أساسيين هما معيار القانوني والمعيار الاقتصادي **(المطلب الأول)**، ويبدو من الأهمية هنا تبيان موقف المشرع الجزائري من المسألة **(المطلب الثاني)**.

---

(102) صلاح الدين نامق، التجارة الدولية والتعاون الاقتصادي الدولي، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 1972، ص. ص. 8-9.

(103) الطيب زروتي، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن، رسالة لنيل درجة دكتوراه الدولة في القانون، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 1991، ص432، انظر أيضا: كمال فراحتية، عقد المقاولة الدولي، مذكرة لنيل درجة الماجستير، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2005، ص. ص. 01-05.

المطلب الأول

معايير تحديد أطراف عقد المقاولة الدولي وفق القوانين الأجنبية

لا يثار تحديد طرف في عقد المقاولة الدولي على اختلاف أنواعه إلا في حالة حدوث خلاف حول تعيين من هم الأطراف في العملية التعاقدية، ومن منهم يعتبر من الغير لا علاقة ولا صلة له بعقد، وتزداد الصعوبة في تحديد من هم أطراف العقد خصوصا في عقود التنمية مثل عقود المتعلقة بإنشاء مصانع وغيرها التي غالبا ما تكون الدولة أو أحد مؤسساتها العامة طرفا فيها.

ترجع صعوبة تحديد أطراف عقد المقاولة الدولي بسبب اختلاف وتنوع قواعد القانونية الواجبة التطبيق على الأشخاص المعنوية من جهة، وإلى صعوبة التوفيق في تحديد الاستقلال القانوني للشخص المعنوي من جهة اخرى، وذلك من خلال تحديد من هم أطراف العقد مباشرة ومن يمتد إليهم آثار العقد كالعقود التي تبرمها أحد المؤسسات التابعة للدولة أو تبرمها أحد الشركات المستقلة التابعة للشركة الأم كالشركات المتعددة الجنسية، وبالتالي اختلف في حصر أطراف العقد الموقعين عليه فقط دون أن يمتد إلى غيرهم، وبين إدخال أطراف أخرى غير الموقعة مادام أثار ذلك العقد يمتد إليهم [104].

لقد اعتمد الفقهاء في بداية الأمر على أخذ بالمعيار القانوني في تحديد الأطراف المبرمة لعقد المقاولة الدولي **(الفرع الأول)**، لكنه بعد انتقادات التي وجهت لهذا المعيار ظهر المعيار الاقتصاد لتحديد أطراف المبرمة لعقد المقاولة الدولي **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول

المعيار القانوني في تحديد أطراف عقد المقاولة الدولي

يعد من الأمور المهمة في عقد المقاولة الدولي تحديد أطرافه لكون معرفة جنسية أطراف العقد يترتب عليه الكثير من المسائل الهامة، أهمها تحديد الطابع الدولي أو الداخلي للعقد، تساهم أيضا معرفة أطراف العقد في بيان القضاء المختص بتسوية المنازعات وتعيين القانون الواجب التطبيق، وغير ذلك من المسائل التي يحكمها القانون الدولي، خاصة وأن

(104) سلامة فارس عرب، اختلال التوازن في العقود الدولية في قانون التجارة الدولية، بغداد، العراق، 1999، ص 94.

بعض الدول تضع قوانين خاصة بتسوية المنازعات التي تثيرها العقود الدولية. ويظهر المعيار القانوني في تحديد دولية عقد المقاولة إذا كان أحد أطراف عقد المقاولة أجنبيا **(أولا)** أو اشتمل أحد عناصر اخرى المكونة للعقد على عنصر أجنبي **(ثانيا)**.

أولا: وجود أحد أطراف أجنبي في عقد المقاولة الدولي

يحدد مفهوم الطرف في عقد المقاولة الدولي لما له من أهمية كبيرة خاصة في هذا النوع من العقود، والتي يكون أحد أطرافها في الغالب الشركات متعددة الجنسيات، فتحديد الطرف عند حدوث النزاع يرتكز على المعيار القانوني والإقتصادي، ولا يمكن تحديد أطراف عقد ما إلا من خلال التوقيع المادي للعقد، لكن قد تمتد آثار العقد إلى أطراف أخرى دون أن تكون قد وقعت عليه ويكون ذلك بقوة القانون مثل الخلف العام والخاص وغيرهم[105].

1- التوقيع المادي على العقد لتحديد طرف العقد

يرتكز المعيار القانوني لتحديد مفهوم أطراف عقد المقاولة الدولي على عنصر مادي بحت هو التوقيع[106] على العقد بوصفه دليل على رضا الأطراف في إبرام العقد بحيث لا يعد طرفا كل شخص لم يوقع في العقد إما عن طريق التوقيع أو البصمة [107].

تقوم الشركات المتعددة الجنسيات وبالرغم من تمتع فروعها بالاستقلال القانوني وذلك بانشائها وفقا لقوانين وطنية متعددة مع بقاء تلك الفروع تابعة من الناحية القانونية والاقتصادية والادارية لشركة الأم بإبرام المفاوضات مع متعامل آخر لصالح فروعها قصد ابرام العقد، حيث يكون مجرد دخولها في المفاوضات سببا كافيا لدفع المتعاقد الآخر في إبرام الصفقة، لكن يبقى التوقيع المادي على العقد من صلاحيات أحد فروع الشركة الأم

(105) سلامة فارس عرب، مرجع سابق، ص. ص. 95-96.

(106) « La signatuer est un nom d'une personne apposé à la fin d'un acte afin de le certifier ».Voir : Ibtissam GARRAM, op.cit, 250. Voir aussi :

محمد السعيد رشدي، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة ومدى حجيتها في الاثبات، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2007، ص. ص. 183-184.

(107) « La validité d'un acte instrument probatoire découlant uniquement de la signature des parties ».Voir : Farida KARA MOSTEFA, la preuve écrite en droit civil algérien, mémoire pour le diplôme de magister en droit option contrat et responsabilité, institut des scinece juridique et administrative, Université youcef ben khada, d'Alger, 1982, p 48.Voir aussi :

عبد العزيز محمودي، آليات تطهير وتسوية سندات الملكية العقارية في التشريع الجزائري، منشورات بغدادي، الجزائر، 2010، ص 128.

والمتعامل، فيعتبر من أطراف العقد الموقعين عليه فحسب دون الشركة الأم طبقا للمعايير القانونية الجامدة[108].

يترتب على التوقيع المادي على العقد حصر وتضييق من مقدار الضمان لاسيما في عقود البوت، وينجم عنه أيضا استبعاد أطراف أخرى لها دور فعال في تكوين العقد دون أن يوقعوا عليه كاستبعاد الشركة الأم عن الفرع وكذا استبعاد الدولة شخص معنوي مسؤول عن المؤسسات الإدارية العامة التابعة لها[109].

لا ينجم عن استبعاد أطراف اخرى بسبب توقيع على عقد كان طرفها مؤسسة عامة تتمتع بشخصية المعنوية مستقلة تماما عن الدولة مثل الشركات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري في النظام القانوني الجزائري، لكن هذه الشركات تعمل على تطبيق وتنفيذ سياسات محددة سلفا من طرف الدولة، مما يتعين القول أنه رغم أن عدم قيام الدولة بالتوقيع على العقد إلا أن استقلال هذه الشركات ظاهري فقط، لأنها تبقى تابعة فعليا للدولة الفعلية من خلال خضوع تلك الشركات للدولة التي لها حق الإشراف والتوجيه والرقابة[110].

وعليه يتعين الاعتماد على العنصر القانوني الذي يعتمد على المعيار المادي بحيث يرتكز على التوقيع في العقد لتحديد من هو الطرف ومن خارج الدائرة التعاقدية وما يستتبعه ذلك من أعمال مبدأ نسبية اثار الاتفاقات والعقود بالنظر إلى الاستقلال القانوني لكل فرع من فروع الشركة متعددة الجنسيات، أو النظر إلى الآثار والأرضية الاقتصادية التي ينشأها العقد وبالتالي تمديد أطراف العلاقة التعاقدية إلى أطراف غير موقعين عليه[111].

2- امتداد آثار عقد المقاولة الدولي إلى الغير

تنشأ آثار العقد فيما بين المتعاقدين ولكن يمكن أن تتصرف آثاره إلى غير الأطراف في عدة فروض: مثل الخلف العام والخاص، الدائنين وغيرهم.

---

(108) موسى طالب حسين، قانون التجارة الدولية، مرجع سابق، ص55.

Mahfoud BOUHACENE, op.cit, p 202.

(109) كمال فراحتية، عقد المقاولة الدولي، مرجع سابق ، ص 11.

(110) كمال فراحتية، عقد المقاولة الدولي مرجع سابق، ص 12.

(111) موسى طالب حسين، قانون التجارة الدولية، مرجع سابق، ص ص 55-56.

أ-فالخلف العام: هو من يخلف المتعاقد في ذمته المالية أو في جزء منها باعتبارها مجموعا من المال كالوارث أو الموصى له بنصيب في التركة كالثلث أو الربع، أو في حالة اندماج الشركات[112]، وعليه ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث ما لم يتبين من العقد أو من طبيعة التعامل أو من نص القانون، أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام [113].

لا تعد شخصية كل من طرفي عقد المقاولة محل اعتبار في التعاقد، وهذا بالنظر إلى أن المقاولة عقد من العقود المالية، وعليه يبقى نافذا وملزما لورثته ولو كان العمل الذي عهد به إلى المقاول ليس مفيدا لهم، ولكن يجوز لورثة رب العمل ما كان يجوز لمورثهم لو أنه كان حيا، وهو أن يتحللوا من المقاولة قبل إتمامها[114]، طبقا لأحكام المادة **566 من ق م ج.**

لا تنتهي المقاولة بموت المقاول، على اعتبار أن ما يهم رب العمل هو أن ينجز العمل وفقا للمواصفات المتفق عليها، بصرف النظر عمن يقوم بهذا العمل، و لذلك

---

(112) أحمد عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، مرجع سابق، ص. ص. 730-731.

ALI BENCHENEB, Théorie générale des contrats, 2éme Ed, Office des publications Universitaires, Alger, 1982, p 99, Voir aussi : Alex WEIL, François TERRE, Droit civil, les obligations, 2 eme Ed, Dalloz, Paris, France, 19 75, p566.

Voir aussi article 1122 du code civil français édicte **: « on est censé avoir stipulé pour soi et pour ses héritier et ayants cause, à moins que le contraire ne soit exprimé ou ne résulte de la nature de la convention»**

(113) حيث أن ما يبرمه المورث من عقود ينصرف أثره إلى ورثته، فالذمة تنتقل بما تشمله من حقوق والتزامات إلى الخلف العام، وعلى ذلك فانصراف أثر عقد يبرمه شخص إلى خلفه العام بعد وفاته يعني إمكان انتقال الحقوق الناشئة من هذا العقد إلى هذا الخلف، وكذا مطالبة الخلف العام بالالتزامات المترتبة على العقود التي أبرمها السلف، ولكن في حدود ما أل إليه من أموال التركة.إلا أن هناك حالات لا تنصرف فيها أثار العقد إلى الخلف العام وذلك إذا كانت ديون التركة تزيد عن حقوقها فإن الوارث لا تنصرف إليه الالتزامات التي عقدها المورث إلا في حدود ما آل إلى هذا الوارث من حقوق التركة، وكذلك إذا وجد اتفاق بين المتعاقدين على ألا ينصرف أثر عقدهما إلى ورثة، ضف إلى ذلك إذا كانت طبيعة العقد أو التعامل ذاتها تقتضي عدم انصراف آثار العقد إلى الورثة. انظر في ذلك: علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ط6، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 86، انظر أيضا: مشعل مهدي جوهر حياة، « **مدى جدية عنصر الاعتبار الشخصي في عقد الوكالة (دراسة وفقا للقانون الكويتي والقوانين المقارنة)**»، مجلة الحقوق،ع1 ، 2009، كلية الحقوق، جامعة الكويت، 2009، ص. ص.17-21، انظر أيضا: أحمد عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، مرجع سابق، ص 734.

(114) عدنان إبراهيم السرحان، شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 97.

يستطيعون انجاز العمل وفقا لما هو متفق عليه مع رب العمل، فلا يكون لهذا الأخير أن يتضرر عند عدم تنفيذ العمل بواسطة المقاول نفسه[115].

أما إذا لم تتوفر في ورثة المقاول الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل، سواء في ذلك المؤهلات الفنية والخبرة اللازمة والقدرة المالية لذلك أو الأمانة، فإنه يكون لرب العمل أن يطلب فسخ عقد المقاولة بسبب وفاة المقاول، ويقدر القاضي حينئذ ما إذا كان الورثة لا تتوفر فيهم الضمانات الكافية، فيحكم بفسخ العقد أويرفضه، كما يجوز لورثة المقاول من جهتهم أيضا، إذا كانوا لا يحترفون مهنة مورثهم، أن يطلبوا من القضاء فسخ العقد، متى أصر رب العمل على التنفيذ، ويكون للقاضي تقدير هذا الطلب به أو يرفضه، وفق للمادة 569 **ق م ج**[116].

لا يثير انتهاء عقد المقاولة إشكالا إذا كان المقاول قد توفي قبل أن يبدأ في تنفيذ العمل محل المقاولة، ودون أن يكون قد تعاقد على شراء شيء من الأدوات أو المواد اللازمة لإنجازه، إذ يتحلل منه كل من رب العمل وورثة المقاول دون الحاجة إلى تصفية لمركز كل منها، فلا يرجع أحد منهما بشيء على الآخر، إلا إذا كان رب العمل قد دفع جزء من الأجر إلى المقاولة قبل وفاته، فإن له أن يسترده حسب المادة 570 من **ق. م .ج**[117].

لايلزم المقاول بتسليم هذه المواد إلى رب العمل، طالما لم ينته كاصل عام ولكن أجازت المادة 2/570 [118] من **ق. م.ج** لرب العمل أن يطالب بتسليم المواد التي تم إعدادها و الرسوم التي بدء في تنفيذها على أن يدفع لورثة المقاول تعويضا عادلا، ويراعى في تقدير هذا التعويض قيمة تلك المواد وفائدتها بالنسبة للورثة أنفسهم، فقد تنعدم هذه الفائدة

---

(115) بجاوي المدني، التفرقة بين عقد العمل وعقد المقاولة، مرجع سابق، 2008، ص 102

(116) نصت المادة 569 من **ق.م.ج** على أنه « **ينقضي عقد المقاولة بموت المقاول إذا أخذت بعين الاعتبار مؤهلاته الشخصية وقت التعاقد وإن كان الأمر خلاف ذلك فإن العقد لا ينتهي تلقائيا ولا يجوز لرب العمل فسخه في غير الحالات التي تطبق فيها المادة 552 الفقرة الثانية إلا إذا لم تتوفر في ورثة المقاول الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل»**

(117) نصت المادة 1/570 من **ق.م.ج** « **اذا انقضى العقد بموت المقاول وجب على رب العمل أن يدفع للتركة قيمة ماتم من الاعمال وما انفق لتنفيذ مالم يتم، وذلك بقدر النفع الذي يعود عليه من الاعمال والنفقات»**

(118) نصت المادة 2/570 من **ق.م.ج**« **ويجوز لرب العمل في نظير ذلك أن يطالب بتسلم المواد التي تم اعدادها والرسوم التي بدئ في تنفيذها، على ان يدفع عنها تعويضا عادلا»**

بالنسبة لهم، فيجد القاضي في ذلك مبررا لان يكون ما يحكم به من تعويض أقل من القيمة التي تحملها المقاولة عند شراء تلك المواد.

ب- الخلف الخاص: وهو من يخلف السلف في حق عيني على شيء محدد أو في ملكية مال معين(119)، وعليه فآثار العقد الذي يبرمه السلف لا تنصرف إلى الخلف الخاص متى كان العقد لا يمس الشيء الذي انتقل هذا الخلف، أما العقود التي يبرمها السلف والتي تتصل بالشيء الذي انتقل بعد ذلك إلى الخلف ترتب آثارها من حقوق والتزامات بالنسبة لهذا الخلف(120).

ينطبق تماما على الخلف الخاص في عقد المقاولة فرب العمل مثلا ليس هو بالضرورة الذي يقام من أجله العمل، إذ أصبح عمليا وواقعيا في الوقت الحاضر أن يكون المنتفع الحقيقي بالبناء المزمع تشييد شخصا آخر هو غير رب العمل الذي تعاقد بالفعل على اقامة البناء بمقتضى عقد المقاولة، ويحدث هذا عمليا في حالة المقاول البائع للبناء، أي عندما يتولى المقاول بنفسه عملية البناء ولحسابه الخاص دون الارتباط بأحد بعقد مقاولة بقصد بيعه للغير سواء ابرم عقد البيع بعد تمام البناء أو قبله.

يمكن للخلف الخاص الحق في الاستفادة من الضمان الخاص في عقد المقاولة، فمثلا المشتري للبناء يستطيع أن يرجع بالضمان الخاص في عقد المقاولة على المسؤول من المشيدين حول ما قد يظهر في البناء المشيد من عيوب خلال المدة القانونية للضمان الخاص في المقاولة ويكون هذا عن طريق رفع دعوى الضمان الخاص في عقد المقاولة مباشرة اتجاه المسؤول الخاص في الضمان الخاص، وهذا يعني أن يكون للخلف الخاص دعوتين، يرفع أحدهما ضد البائع طبقا للقواعد العامة في ضمان العيوب الخفية في الشيء المبيع ، أما الاخرى تكون ضد المسؤول من المشيدين طبقا للقواعد الخاصة بالضمان

(119) Ayant cause à titre particulier est un personne qui n' a acquis de droit que sur un bien déterminé venant de son auteur. C'est notamment le cas de l'acheteur, du créancier... etc. Voir : Ibtissem GARRAM, op.cit, p37

(120) فالخلف الخاص لاتتصرف إليه إلا آثار العقود التي تمس نفس الشيء الذي انتقل إليه، وآثار العقود التي أبرمها الخلف قبل التعاقد مع السلف وكانت ثابتة التاريخ في هذا الوقت، ولاتنتقل إليه سوى الحقوق والالتزامات التي تعتبر من مستلزمات الشيء الذي تعلق به العقد. انظر في ذلك: أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2006، ص 186.

Christian LARROUMET, les obligations, le contrat, T3, 5 ème Ed, economica, Paris, 2003, p916.

الخاص في عقد المقاولة وإن كان يمكن له بطبيعة الحال بموجب هاتين الدعوتين الحصول على ازيد مما أصابه من ضرر جراء هذا العيب[121].

وهذا ما عمل به المشرع الفرنسي المشتري مستفيدا وفقا لقواعد الضمان الخاص في عقد المقاولة بالرغم من عدم ابرامه عقد مقاولة بل يكفي ان يكون الشخص مالكا للبناء، فيمكن أن يستفاد المالك من قواعد الضمان الخاص في عقد المقاولة وان كان العقد هو بيع أو وكالة[122].

د-أثر العقد بالنسبة للدائنين: يتأثر الدائنون بعقود مدينهم عن طريق تأثير هذه العقود في صافي أمواله التي لهم عليها حق ضمان عام. فالدائنون يعدون من الغير بالنسبة لآثار عقود مدينهم وتأثرهم بها هو تأثير غير مباشر، ورغم عدم انصراف أثار عقود المدين إلى الدائنين مباشرة فإن القانون يعطى للدائنين في بعض الأحوال الحق في عدم الاعتداد بالتصرفات التي يبرمها إضرارا بهم ويعطيهم الحق في الطعن فيها بدعوى عدم نفاذ التصرفات التي تسمى بالدعوى البوليصية. ونظرا لأن الدائن يتأثر بالعقود التي يبرمها المدين، فإن القانون قد أقام لمصلحة الدائن عدة دعاوى للحفاظ على ملائمة الذمة المالية لمدينه مثل الدعاوى المباشرة وغير المباشرة والصورية وغيرها[123].

---

(121) ابراهيم عنتر فتحي الحياني، عامر عاشور عبد الله، «**نطاق الضمان الخاص في عقد المقاولة**»، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، 1995، جامعة كركوك، العراق، ، ص. ص. 21- 23.

(122) **Article1792 code civile français dispose : « Tout constructeur d'un ouvrage est responsable de plein droit, envers le maître ou l'acquéreur de l'ouvrage, des dommages, même résultant d'un vice du sol, qui compromettent la solidité de l'ouvrage ou qui, l'affectant dans l'un de ses éléments constitutifs ou l'un de ses éléments d'équipement, le rendent impropre à sa destination.**
Une telle responsabilité n'a point lieu si le constructeur prouve que les dommages proviennent d'une cause étrangère ».

(123) جاك غستان، كريستوف جامان مارك بيو، ترجمة منصور قاضي، المطول في القانون المدني ، مفاعيل العقد، مجد المؤسسة الجامعية، دمشق، سوريا، 2008، ص. ص. 444-445، انظر أيضا: ياسين محمد الجبوري، «**الدعوى المباشرة في القانون المدني الأردني**»، مجلة الشريعة الوقانون، ع 52، اكتوبر 2012، كلية القانون جامعة الإمارات العربية المتحدة، ص 82، انظر أيضا: فريدة زواوي، مبدأ نسبية العقد، اطروحة لنيل درجة دكتوراه الدولة في القانون، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 1992، ص. ص. 51-53،

François CHABAS, Introduction à l'étude du droit, T1, Vol 11, 11éme Ed , Montchrestien Delta, Paris, 2000 ,p390.

Voir aussi 1166 du code civil français édicte **« Néanmoins, les créancier peuvent exercer tous les droits et et actions de leur débiteur, à exeption de ceux qui sont exclusivement attachés a la personne»**

يعتبر التزام رب العمل بدفع الأجر أهم التزام يقع على عاتقه، لأنه يمثل المقابل الذي قصد المقاول الحصول عليه، فيلتزم رب العمل بدفع الأجر المتفق عليه إلى المقاول دون زيادة أو نقصان ، غير أن المشرع الجزائري أورد حالات معينة، أجاز فيها تعديل الأجر المتفق عليه بين المتعاقدين، وعليه يلتزم رب العمل بدفع الأجر المتفق عليه، أو الذي حدده القانون في حالة سكوت الطرفين عن ذلك، بحيث يدفع إلى المقاول أو ورثته أوخلفه الخاص كما لو حول حقه في الأجر إلى الغير، إذ يجب وفاءه إلى المحال له[124].

إن الأصل هو وفاء الأجر إلى المقاول الذي أنجز العمل، و أنه لا يجوز لدائنه مطالبة رب العمل بدفع هذاالأجر إليهم، إلا عن طريق الدعوى غير المباشرة، فنجد المشرع قد خرج عن الأصل إذ قرر في المادة 1/565 من **ق م ج** على أنه« **يكون للمقاولين الفرعيين والعمال الذين يشتغلون لحساب المقاول في تنفيذ العمل، حق مطالبة رب العمل مباشرة بما يجاوز القدر الذي يكون مدينا به المقاول الأصلي وقت رفع الدعوى، لعمال المقاول الفرعي مثل هذا الحق تجاه كل من المقاول الأصلي و رب العمل...**» ، وعلى ذلك يكون لعمال المقاول الأصلي وللمقاول الفرعي الحق في تقاضي أجورهم المترتبة في ذمة المقاول الأصلي مباشرة من الأجر الواجب على رب العمل للمقاول الأصلي، ولا يشترط في ذلك أن يكون المقاول الأصلي معسرا أو أن لا يكون دائنوه قد رجعوا عليه أولا[125].

و في حالة ما قام المقاول الفرعي بمقاولة من الباطن، فهنا نجد المقاول الفرعي الثاني يرجع على المقاول الأصلي الذي يعتبر رب العمل للمقاول الفرعي الأول، لأن نص المادة السابق يسمح برفع الدعوى على رب العمل الذي قاول مقاولهم وهذا ما صارت عليه المحكمة العليا. ويتحدد المبلغ الواجب على رب العمل دفعه إلى دائني المقاول الأصلي، بالقدر الذي يكون مدينا به له وقت رفع الدعوى، و بالتالي إذا كان رب العمل قد وفى جزءا من الأجر قبل رفع الدعوى عليه من قبل دائني المقاول الأصلي، فإنه يحتج عليهم بهذا الوفاء، فلا يلزم رب العمل بأن يدفع لهم إلا ما بقي في ذمته، وهنا نجد أن المشرع قد أخطأ

(124) قدري عبد الفتاح الشهاوي، عقد المقاولة في تشريعي المصري والمقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2002، ص 227.

(125) عمر بن سعيد، الاجتهاد القضائي وفقا لأحكام القانون المدني، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2001، ص 205، انظر أيضا: محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد المقاولة في ضوء الفقه والقضاء، مرجع سابق، ص 202.

في صياغة المادة565/1 **من ق م ج** سالفة الذكر، تفيد بأن يرجع دائن المقاول الأصلي على رب العمل بالقدر الذي يكون هذا الأخير مدينا به للمقاول الأصلي وقت رفع الدعوى، و لذلك يتعين عليه ، تغييرها بما تسمح المطالبة به إلا في الجزء الذي يكون مدينا به للمقاول الأصلي وقت رفع الدعوى.

وعليه رب العمل ملزم بدفع الأجر عند تسلم العمل وهذا ما نصت عليه المادة 559 من **ق م ج** على أنه": **تدفع الأجرة عند تسلم العمل، إلا إذا اقتضى العرف أو الاتفاق خلاف ذلك**"، والأصل أنه متى اتفقا الطرفان على الأجر لا يجوز لطرفي العقد تعديله، سواء بزيادة أو نقصان، إلا أنه يجوز لهما الاتفاق على ذلك، ولا يجوز أن يكون بالإرادة المنفردة،غير أن المشرع أورد استثناء أنه يجوز تعديل العقد دون حاجة لاتفاق الطرفين.

ذ- أثر العقد بالنسبة للغير: طبقا لمبدأ نسبية أثر العقد فإن أثاره لا تنصرف إلا إلى أطرافه وخلفهم دون الغير[126] الأجنبي عن العقد، وعليه هذا لا يرتب العقد التزاما في ذمة الغير ولكن يجوز أن يكسبه حقا، فالغير الأجنبي عن العقد يمكن على سبيل الاستثناء – أن يكتسب حقا من العقد ويكون ذلك عن طريق الاشتراط لمصلحة الغير، كما يجوز أن يرتب العقد التزاما في ذمة الغير ويظهر ذلك من خلال نظرية التعهد عن الغير.

ذ1-الاشتراط لمصلحة الغير: يتم الاشتراط لمصلحة الغير عندما يتعاقد شخص مع آخر، فيشترط أحدهما مع الآخر انشاء حق لشخص ثالث ليس طرفا في الاتفاق. أي هو اتفاق لمصلحة شخص من الغير ينشأ له بمقتضاه حق خاص به أي مباشرة[127].

ينشئ عقد الاشتراط علاقة بين المشترط والمتعهد، وتتحدد هذه العلاقة بحسب الغاية من ذلك اشتراط إن كان على سبيل التبرع أو معاوضة، ولكل من الطرفين مطالبة الآخر

(126) «Le tiers n'a aucun lien avec le contrat ou avec les parties contractantes : ils sont totalement étrangers aux rapports obligatoires». Patrick CANIN, Droit civil, les obligations, 3 éme Ed, Hachets livres, Paris, 2007, p67.

(127) فتحي عبد الرحيم عبد الله، شرح النظرية العامة للالتزامات ، مصادر الالتزام، ط3، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2001، ص 295، انظر أيضا: عبد الرزاق دربال، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، مركز العلوم، عنابة، الجزائر، 2004، ص. ص. 60-61، انظر أيضا: إدريس فاضلي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2009، ص 141.

Il ya stipulation pour autrui lorsque, dans un contrat, une des parties, appelée les tipulant,stipule de l'autre, celle-ci appelé le promettant, qu'elle donnera ou fera quelque chose au profit d'un tiers étranger, le bénéficiaire,devient ainsi créancier sans avoir été partie au contrat.Voir : Alex WEILL, François TERRE, Droit civil, les obligations, 2 eme Ed, Dalloz, Paris, 1975, p590.

بتنفيذ الالتزامات التي يفرضها عليه العقد، كما يرتب الاشتراط حقا مباشرا للمنتفع في مواجهة المتعهد، فهو لا يكسبه عن طريق ذمة المشترط، ويكون للمنتفع مطالبة المتعهد بحقه الناشئ من عقد الاشتراط، وينشأ هذا الحق منذ إبرام ذلك العقد، ويستطيع المشترط أيضا أن ينقض حق المنتفع طالما لم يظهر هذا رغبته في الاستفادة من الاشتراط.

يتحقق هذا الغرض إذا كان للمتعهد ذاته مصلحة في تنفيذ الاشتراط. هنا لا يجوز النقض إلا بموافقة المتعهد، كما لو اشترط البائع على المشترى أن يدفع الثمن أو جزء منه للدائن صاحب حق الرهن على المبيع هنا يكون للمتعهد مصلحة في تنفيذ الاشتراط والوفاء بالثمن للدائن حتى ينقضي الرهن ويخلص المبيع له [128].

في حالة تضامن المقاول من الباطن مع المقاول الأصلي فيمكن لرب العمل الرجوع عليه على أساس المسؤولية التضامنية للتعويض عن الأضرار التي الحقت به وقد يدرج في عقد المقاولة من الباطن، خاصة في مجال عقود تجهيز وانشاء وتسيير مجمعات صناعية، بعض الشروط التي تخول لرب العمل الحق في امكانية التحقق من الأعمال التي يقوم بها المقاول من الباطن، ويعتبر ذلك اشتراطا لمصلحة الغير، وإذا توفر في المقاولة من الباطن هذا الشرط يجب مراعاته، ويتم في صورة مطالبة المقاول الأصلي للمقاول عن الباطن بتنفيذ العمل لمصلحة رب العمل. وميزة هذا الإجراء هي ربط رب العمل والمقاول من الباطن رغم أنهما خارجان عن العلاقة التعاقدية، وبهذا يكتسب رب العمل حقا شخصيا ومباشرا على المقاول من الباطن عن طريق الاشتراط لمصلحة الغير، ويصبح رب العمل مستفيدا من العقد، ودائنا مباشرا بالأداء الذي يقوم به المقاول من الباطن، ويكون بذلك ملتزما اتجاهه[129].

ذ-2 التعهد عن الغير: الحالة التي يتعاقد فيها شخص مع آخر على أن يتعهد شخصيا بأن يحمل الغير على إبرام عقد معين فهو اتفاق بمقتضاه يتعهد شخص بعمل هو أن يحمل

---

(128) فريدة زواوي، مبدأ نسبية العقد، مرجع سابق، ص 162.

Alain SERIEUX, Droit des obligations, 2 eme Ed, PUF, Paris , 1992 , pp 206-207.

انظر أيضا: عبتوت السيد بلحاكم، أثر العقد بالنسبة إلى الخلف الخاص، مذكرة لنيل درجة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2000، ص. ص. 62-63.

(129) نصيرة بوجمعة السعدي، عقود نقل التكنولوجيا في مجال التبادل الدولي، ديوان الوطني للمطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992، ، ص. ص. 101-103.

شخصا آخر على قبول التزام معين[130]. والتعهد عن الغير لا يلزم الغير، فالمتعهد يلتزم شخصيا بالعقد الذي يبرمه فهو ليس وكيلا للغير أو نائبا عنه ولا سلطة له في الزام الغير ولكنه يلتزم بأن يحصل على رضاء هذا الغير بالعقد، فمحل التزام المتعهد هو دائما التزام بعمل يتمثل في أن يحمل الغير على قبول التزام معين. ولا يرتب التزاما في ذمة الغير الذي يظل حرا في أن يقبل العقد الذي تم التعهد به عنه أو أن يرفضه[131].

والتعهد نادر في الحياة العملية ويمكن في حالة ما إذا قام بإبرام عقد المقاولة مجموعة من المقاولين من عائلة واحدة وهم شركاء في شركة بناء على ميراث وكان أحدهم غير

---

(130) ويعرف أيضا بأنه: « **يلتزم أحد الطرفين في عقد بحمل أجنبي عنه على قبول التزام معين**»، أو «**هو أن يلتزم شخص بأن يجعل غيره يقوم بإبرام عقد، فهو يلتزم بالتزام بعمل فقط ولايخرج المسعى عن قبوله من الغير أو رفضه**»، أو هو «**اتفاق يتعهد فيه أحد الطرفين بأن يجعل شخصا من الغير يلتزم بالتزام معين قبل الطرف الآخر**». انظر في ذلك: محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الإلتزام، العقد والإرادة المنفردة، دار الهدى، الجزائر، 2012، ص 331.

Voir aussi : « la convention de porte fort est disposition conventionnelle par laquelle une personne s'engage envers une autre à rapporter le consentement d' un tiers à la constitution d'un rapport de droit déterminé.En l'absence de ratification le porte- for devra payer des dommages- intérets.Caractérise une promesse de porte for la convention par laquelle un associé s'engage à faire agréer à certaines conditions un tiers qui souhaite acquerir des parts sociales dont il est prpriétaire. (J-F) BABIERI, le porte- fort, engagement de faire sans formalisme, n°9 bulletin joly Société, Paris, 2013, p 540-542.

Article 1204 du code civil français : **«On peut se porter fort en promettant le fait d'un tiers.**
Le promettant est libéré de toute obligation si le tiers accomplit le fait promis. Dans le cas contraire, il peut être condamné à des dommages et intérêts.
Lorsque le porte-fort a pour objet la ratification d'un engagement, celui-ci est rétroactivement validé à la date à laquelle le porte-fort a été souscrit ».

(131) لقد نصت المادة 114 من **ق.م.ج** « **إذا تعهد شخص عن الغير فلا يتقيد الغير بتعهده، فإذا رفض الغير أن يلتزم، وجب على المتعهد أن يعوض من تعاقد معه ويجوز له مع ذلك أن يتخلص من التعويض بأن يقوم هو بنفسه بتنفيذ ماالتزم. أما إذا قبل الغير هذا التعهد، فإن قبوله لاينتج أثرا إلا من وقت صدوره، مالم يتبين أنه قصد صراحة أو ضمنا أن يستند أثر هذا القبول إلى الوقت الذي صدر فيه هذا التعهد**». فاذا قبل الغير الارتباط بالتعهد الذي عقده عنه المتعهد الأصلي فإنه يصبح ملتزما بالعقد بناء على هذا الرضاء الصادر منه، ومنذ هذا القبول والإقرار، وتنشأ رابطة عقدية جديدة بين المتعاقد مع المتعهد وبين الغير الذي أقر التعهد وقبل العقد المعروض. وهو اتفاق جديد غير الاتفاق بين المتعهد والمتعهد له. أما إذا رفض الغير التعهد، فلا مسؤولية عليه لأنه لم يلتزم بشي، ولم يتدخل في العقد. وتقع المسؤولية على عاتق المتعهد الذي يعتبر مخلا بالتزامه بمجرد رفض الغير قبول العقد. وجزاء المسؤولية هنا هو تعويض المتعهد له عن الأضرار التي لحقته من جراء ذلك. ومع ذلك يجوز للمتعهد أن يتفادى الحكم عليه بالتعويض إذا قام هو بتنفيذ الالتزام الذي رفضه الغير. أنظر في ذلك: العربي بلحاج، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، التصرف القانوني، العقد والارادة المنفردة، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، 1999، ص 217، انظر أيضا: محمد حسنين، الوجيز في نظرية الإلتزام، مصادر الالتزامات وأحكامها في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص205، انظر أيضا: علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر، 2010، ص 416.

حاضر وقت ابرام العقد ولا يمكن انتظاره خوفا من ضياع الصفقة فيتعاقد الشركاء الذي يصح لهم التعاقد عن أنفسهم وملزمين عن غيرهم ممن لايستطيع التعاقد[132].

ثانيا: وجود عنصر أجنبي في أحد عناصر عقد المقاولة الدولي

يكون العقد دوليا حسب هذا المعيار عندما يكون على اتصال بأكثر من نظام قانوني[133]، وهذا من خلال البحث في عناصر الرابطة التعاقدية من خلال اتصال هذه العناصر بأكثر من دولة بما فيها دولة القاضي المعروض عليه النزاع ، ويتحقق توفر العنصر الأجنبي في الرابطة العقدية في حالة اختلاف دولة إبرام العقد عن تلك التي ينتمي إليها أحد أطرافه أو في حالة اختلاف مكان الإبرام عن مكان التنفيذ، فإذا ما اتصلت هذه العناصر بأكثر من نظام قانوني اعتبر العقد دوليا[134]، يتوقف ثبوت الصفة الدولية في العلاقة التعاقدية من عدمها على طبيعة الرابطة التعاقدية باعتبارها مسألة نسبية، وهذا ما أخذ به الفقيه BATIFOUL، حيث يرى أنه يكفي لاعتبار العقد دوليا توفر الصفة الأجنبية في أي عنصر من عناصر العلاقة العقدية ولا يهم تأثير ذلك العنصر على العقد من عدمه، ولقد كان BATIFOUL يعتبر العقد دوليا إذا كانت الأعمال المتعلقة بانعقاده أو تنفيذه، أو حالة أطرافه، سواء من حيث جنسيتهم أو محل إقامتهم ، أو من حيث تركيز موضوعهم تتصل بصلات أو روابط مع أكثر من نظام قانوني[135].

---

(132) أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مرجع سابق، ص 616.

(133) « **Le contrat international est un contrat qui présente des rapports avec le droit de plusieurs Etats ou meme le droit international ou transnational. Nous envisageons à ce stade la qualification du contrat international. Nous envisageons à ce stade la qualification du contrat international** ».Voir : Ratchaneekorn LARPVANICHAR, Les contrats internationaux : étude comparative franco-thailandaise, Thése pour obtenir le grade de docteur en droit, faculte du droit international privé, Université Lille 2, France, 2013, p 26.

(134) هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية(دراسة تحليلية ومقارنة)، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1995، ص 60، انظر أيضا: عمران علي السائح، التحكيم والقانون الواجب التطبيق على منازعات عقود التجارة الإلكترونية، أطروحة لنيل درجة دكتوراه الدولة في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2006، ص. ص. 20- 23. وهو ما أكده العميد باتيفول عندما اعتبر العقد دوليا إذا كانت الأعمال المتعلقة بانعقاده أو تنفيذه أو حالة الأطراف فيه ، سواء من جهة جنسيتهم أو مجال إقامتهم أو من ناحية تركيز موضوعه، تتصل بصلات أو روابط مع أكثر من نظام قانوني، وهو نفس الاتجاه أكدت عليه محكمة باريس في قرارها الصادر 1970 الذي أكد على أنه: « **يعتبر دوليا العقد الذي يرتبط بعدة معايير قانونية مصدرها دول متعددة**. نقلا عن فارس عرب سلامة، مرجع سابق، ص.ص. 35-39.

(135) ثروت حبيب: دراسة في قانون التجارة الدولية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية، مصر، 1973، ص 205، انظر أيضا: هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 61.

يرى بعض الفقهاء ومن بينهم الفقيه MAYER أن طبيعة الرابطة التعاقدية نسبية حيث لا يمكن الأخذ بمحل الإبرام كأساس لتحديد الصفة الدولية للعلاقة العقدية، فهي تختلف من عقد لآخر بحسب طبيعة كل عقد ولا يمكن التأكيد مسبقا أن لمحل الإبرام تأثير على العلاقة التعاقدية، ذلك في حالة حصول غش نحو القانون من قبل الأطراف العقد كتحديد مكان إبرام وهمي مثلا[136]، كما أن لمكان تنفيذ العقد وموطن المتعاقدين والجنسية تأثير نسبي على العقد، فيكون اختلاف محل تنفيذ العقد عن مكان ابرامه، أو موطن المتعاقدين أو اختلاف الجنسية من عناصر الهامة والمؤثرة في منح العقد الصفة الدولية، وبناء على ذلك يمكن اعتبار العقد دوليا عندما يتم إبرامه بين طرفين ينتميان بجنسيتهما إلى دولة واحدة ولكن أحدهما يقيم بدولة اخرى أو أن يبرم العقد في الجزائر بين جزائريين على أن يتم تنفيذ في دولة اخرى[137].

لا يعتبر التوقيع المادي للعقد معيار قانوني وحيد لتحديد أطرافه رغم أن هذا المعيار وان كان يقصر العلاقة بين أطراف العقد على الموقعين عليه فقط فإنه يؤدي في الوقت نفسه إلى استقرار الروابط القانونية بين أطرافه.

=Voir aussi : **« le contrat est international si, par les actes concernant sa conclusion ou son exécution, ou la situation des parties quand à leur nationalité ou leur domicile, ou la localisation de son objet il a des liens avec plus d'un systéme juridique »**.Voir Henri BATIFFOL, répertoire de droit internationale **« contrats et conventions »**, Encyclopédie juridique ,n09, Ed Dalloz, Paris, p564.

(136) خالد شويرب، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، اطروحة لنيل درجة دكتوراه في الحقوق، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2009، ص16.

Voir aussi

« En droit international privé thai, l'extrainéité de contrat doit etre considérée en vérifiant le point de rattachement avec au moins deux pays.Quant aux critéres de qualification d'une situation internationale. la doctrine thaïe admet ainsi : la différence de nationalité des partiescontractantes, le lieu de conclusion du contrat à l'étranger, le lieu d'exécution du contrat àl'étranger, l'objet du contrat se situe à l'étranger, et le domicile ou la résidence habituelle des parties contractantes. ». Saisoonthorn KANCHANACHITRA, Droit international privé, bangkok, 2003, pp24-34.

(137) إبراهيم أحمد سعيد زمزمي، القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود التجارة الالكترونية، دراسة مقارنة ، اطروحة لنيل درجة الدكتوراه، كلية الحقوق، قسم الدراسات العليا، جامعة عين الشمس، مصر، 2006، ص 164، انظر أيضا: صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية، مصر، 2006، ص 239، انظر أيضا: محمد إبراهيم عرسان أبو الهيجاء، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، اطروحة لنيل درجة الدكتوراه في القانون التجاري، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2004، ص 106، انظر أيضا: فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز، الحماية القانونية لعقود التجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة ، 2000، ص 697.

نصت المادة الأولى[138]من اتفاقية الأمم المتحدة بشان العقد البيع الدولي للبضائع في أخذ باختلاف أماكن العمل بين المتعاقدين ووجود هذه الأماكن في دول مختلفة، ولا أهمية لجنسية الأطراف ولا الصفة المدنية أو التجارية للأطراف لاعتبار العقد دوليا[139].

الفرع الثاني

المعيار الاقتصادي في تحديد أطراف عقد المقاولة الدولي

لا تعتمد الهيآت الدولية في تحديد الطرف في عقد المقاولة الدولي في الوقت الحالي على المعيار القانوني فحسب، والذي يقوم على توقيع باعتباره دليلا لايقبل اثبات العكس، بل تعتمد أيضا على المعيار الاقتصادي ويرجع السبب ذلك في حصر جميع المسائل الخارجة عن العقد وتحديد الأطراف الذين يستترون خلف الشخص الموقع على العقد، حيث أن هذا الاتجاه الذي سلكته الهيأت الدولية في توسيع مفهوم الطرف في العقد فهو يوسع في الضمان وبالتالي زيادة نسبة الأطراف في الحصول على حقوقهم التعاقدية

أولا: تعيين أطراف في عقد المقاولة الدولي وفق المعيار الاقتصادي

يأخذ المعيار الاقتصادي[140] بالأبعاد والآثار الاقتصادية الناشئة عن العقد لأشخاص امتدت إليهم آثار هذا العقد أو لأشخاص ساهموا بشكل كبير في تكوينه إلا أنهم لم يوقعوا عليه، ويصعب الأخذ بأحد هذين المعيارين في عدة حالات عملية منها ما يتعلق

(138) Article 01 du convention du vienne 1980 dispose **: « 1- La présente Convention s'applique aux contrats de vente de marchandises entre des parties ayant leur établissement dans des Etats différents:**
a) lorsque ces Etats sont des Etats contractants; ou
b) lorsque les règles du droit international privé mènent à l'application de la loi d'un Etat contrant.
2 Il n'est pas tenu compte du fait que les parties ont leur établissement dans des Etats différents lorsque ce fait ne ressort ni du contrat, ni de transactions antérieures entre les parties, ni de renseignements donnés par elles à un moment quelconque avant la conclusion ou lors de la conclusion du contrat.
3 Ni la nationalité des parties ni le caractère civil ou commercial des parties ou ducontrat ne sont pris en considération pour l'application de la présente Convention

(139) محمد شكري سرور، «**أحكام عقد البيع الدولي للبضائع وفقا لاتفاقية فيينا 1980**»، مجلة الحقوق، ع 3، س18، 1984، جامعة الكويت، ص 119.

(140) **« ; selon lui, le contrat est international dés lors qu'il est susceptible d'entraîner un phénomène de flux et reflux de marchandises et de capitaux par de là des frontières. Selon le critère économique, le contrat doit mettre en cause des intérêts du commerce internationale. En effet d'autres éléments pourraient être ainsi pris en compte : lanationalité des parties, le domicile, la résidence habituelle ou le siège social de la personne morale, par ailleurs le lieu de conclusion ou d'exécution d'une obligation contractuelle, le lie de situation de l'objet du contrat peuvent être également pris en compte.».** Ratchaneekorn LARPVANICHAR, op, cit, p27.

بابرام عقود مع الشركات متعددة الجنسيات التي تعتبر مراكز لعقود البناءات الضخمة التي تتطلب أموال كثيرة ووقت طويل[141]، ويتعين في هذه الحالة الأخذ بعين الاعتبار الاثار الاقتصادية الناتجة عن العقد التي تؤثر ايجابا أو سلبا على الذمة المالية للشركة الأم وبالتالي الأخذ بالمعيار الاقتصادي في تحديد مفهوم الطرف في العقد.

لا يكفي اكتساب الشركة الفرع للشخصية القانونية المتميزة عن الشركة الأم تحقيق استقلال شخصيتها لتعلق كيانها بالشركة الأم خاصة إذا كانت تبرم عقودها بصفتها منفذة وخاضعة لسياسة أو أوامر الشركة الأم مما يترتب معه أن كافة الاثار العقدية المبرمة في جل العقود الدولية تسري على الشركة الأم[142].

يتأثر الأشخاص الذين ساهموا في الأعمال المتعلقة بتكوين العقد أو بتنفيذه حتى وان انعدم توقيعهم المادي على العقد بالأبعاد والاثار الاقتصادية المترتبة عن العقد، فأصبحوا أطرافا في العقد بالرغم من أن تلك الأطراف يمارسون دورهم سواء في مرحلة التكوين أو مرحلة التنفيذ بصورة خفية وبواسطة الأطراف الموقعة والمتمتعة بالشخصية القانونية المستقلة، وفي هذا المجال قامت الدول الأجنبية بإنشاء مجموعة من الشركات في مجال المقاولة أطلقت عليها تسميات مختلفة نذكر منها ما يلي:

1- نادي المؤسسات: LE CLUB D ENTREPRISE

يقصد به مجموعة كبيرة من الشركات تجتمع لانجاز مشروع واحد، والغرض من ذلك هو تجميع كفاءات وطاقات الأعضاء لإنجاح وإنجاز المشاريع الضخمة بفعالية أكبر، ويتم ذلك عن طريق عقد تقني أكثر مما هو قانوني، ولا يتمتع نادي المؤسسات بالشخصية القانونية، مما يترتب عنه انتفاء تضامن الشركات في مسؤوليتها تجاه الغير، وفي حالة وقوع الضرر للغير فعليه اثبات ذلك بايجاد المسؤول المتسبب للضرر[143].

---

(141) كمال فراحتية، مرجع سابق، ص 11.

(142) Mahfoud BOUHACENE : Droit international de la cooperation industrielle, op.cit, 1982, p202.
« Personne morale est un groupement de personnes formant une association, société ou une fondation ou autre : jouissant de meme qu'une personne physique d'une personnalité juridique, un patrimoine collectif, d'une nationnalité juridique, et d'un nom ; de meme, elle est titulaire d'un domicile et d'une capacité juridique qui lui permet d'agir en justice et d'etre partie à des contrats ». Voir : Ibtissem GARRAM, op.cit, P213.

(143)« **Un club inter-entreprise** est avant tout un réseau qui permet à des chefs d'entreprises, des cadres dirigeants de se rencontrer et de pouvoir échanger sur leurs activités.

2-الكونسورسيوم: CONSORTIUM إن كلمة كونسورسيوم ذات أصل لاتيني استخدمت لأول مرة في سنة 1900 وهي مشتقة من كلمة كنسور التي تعني تقسيم الأقدار ويعرفها البعض بأنها « **عقد يبرم بين مؤسستين أو أكثر تعرض الحصول على صفقة توريد سلع أو تقديم خدمات أو تنفيذ صفقة بصفة مشتركة أو تضامنية»**

تفتقر هذه التجمعات من المؤسسات أو الشركات إلى الوجود القانوني، لكنها تتمتع بمظهر خارجي شكلي تظهر به اتجاه الغير وذلك بالرغم من عدم خضوعها لأي نظام أو قانون أساسي للشركات المحدد للحقوق والالتزامات المترتبة عن هذه التجمعات، وتتخذ هذه الشركات أشكالا مختلفة بحسب طبيعة النشاط المناط بها وهي: كونسورسيوم المواد الطبيعية، كونسورسيوم المشروعات المعقدة (المركبات الصناعية)، كونسورسيوم الخدمات، كونسورسيوم التصدير[144].

اختلف الفقه في الطبيعة القانونية لهذا النوع من الشراكة، فذهب رأي إلى أن الشركة الكونسورسيوم تعتبر شركة محاصة، غير أن هذا الرأي انتقد على أساس أن جميع الشركاء معلومون لرب العمل ويتعاملون مع الغير كشركاء، فيستطيع الرجوع على أحدهم أو على جميعهم متضامنين وهو عكس ما تقوم عليه شركة المحاصة[145].

يرى الرأي الثاني أن اتفاق كونسورسيوم قد يعتبر شركة تضامن مكونة وفق القوانين الأساسية لهذه الشركات، لكنها تختلف عن شركة تضامن الفعلية التي تخضع لمختلف إجراءات النشر والشهر منذ البداية، فيهملون هؤلاء الشركاء في مثل هذه التجمعات هذا

=Le réseau est tout à fait nécessaire pour espérer voir une entreprise se développer. Les dirigeants ont donc besoin de se rencontrer, d'échanger, de se former parfois même ». (CI) BRENNER, le contrat- coopération : contribution à la théorie de doctorat droit privé, université panthéon- Assas paris, 2010, p15

ناصر حمودي، المفاوضات في العقود الإقتصادية الدولية، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، 2001، ص 17.

(144) سعدية مالك، عقد المقاولة الدولي، مذكرة لنيل درجة الماجستير في الحقوق، قانون الأعمال، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، 1990، ص 74.

=« Un consortium est une entente entre plusieurs personnes, associations ou entreprises en vue d'une coopération pour l'exécution d'une ou plusieurs opérations économiques, financières, scientifiques ou culturelles. Sa durée est celle de l'activité pour laquelle ses fondateurs l'ont prévu. Il constitue un groupement dépourvu de personnalité morale. Généralement en application de la convention qui règlemente les rapports des consorts, les membres peuvent se constituer solidaires et se représenter mutuellement comme le feraient les associés d'une société en nom collectif ».Voir : (CI) BRENNER, le contrat- coopération : contribution à la théorie de doctorat droit privé,op.cit, p16.

(145) سمير شرقاوي، مرجع سابق، ص 8، انظر أيضا: عمار معاشو، مرجع سابق، ص 38.

الإجراء، لذلك فهي شركة ينوي الشركاء من البداية التعامل مع الغير، وتختلف هذه الشركة الفعلية أو الواقعية التي سيكون الشركاء منذ البداية لهم نية الاشهار إلا أنهم لا يقومون بهذا الاجراء[146].

ولهذه التجمعات خصائص ومميزات وهي:

أ- لا تتمتع شركات كونسورسيوم بالشخصية المعنوية، لأنها تجمعات تتنهي في فترة مؤقتة

ب-في بعض الأحيان تحتوي هذه التجمعات على مؤسسة أم تدعى " المؤسسة الرائدة" مهامها إجراء تصرفات باسم ولحساب التجمع.

ج-المسؤولية بين أعضاء التجمع عادة ما تكون تضامنية.

ظهر هذا النوع من التجمعات بفعل المتغيرات الاقتصادية العالمية المتطورة والتي حملت في طياتها ظهور شركات عملاقة ذات رأسمال كبير سيطرت واستحوذت على السوق العالمية واحتكرتها وهيمنت عليها بصفة دائمة، وفرضت سياسة تنافسية قوية وصعبة على الشركات الاخرى التي تنافسها داخل السوق .

تقوم عدة شركات إلى تجميع الجهود خاصة من جانب المالي بحيث تحتاج إلى مبالغ مالية كبيرة تفوق مقدرة مؤسسة منفردة من أجل تنفيذ مخططات لمشاريع كبرى لتطوير وتوفير حاجات الدول النامية في تحقيق الإزدهار والرقي للشعوب، وجاء تظافر مؤسسات كونسورسيوم لاسترجاع قوتها و تحقيق انتاج كبير وتسويقه عبر الدول، مما ساعدها على سيطرة على معظم المشاريع الضخمة التي تطلبها الدول النامية من أجل تنمية وتطوير اقتصادها المحلي، وهذا مكنها من التربع على مكانة استراتيجية في السوق العالمية [147].

(146) ناصر حمودي، مرجع سابق، ص 17.

Cependant l'utilisation de l'appellation "**consortium**" n'est réglementée par aucun texte légal ou règlementaire. Le consortium ne constitue donc pas un type de société civile ou commerciale, de sorte que, ce qui peut porter à confusion, son utilisation étant libre, on constate que le mot "**consortium**" entre couramment dans la raison sociale d'entreprises sociétaires ou de groupements d'entreprises. (CH- H) CHENET, le contrat de consortium, LGDJ, Paris, 2003. P27.

(147) نصيرة بوجمعة سعدي، عقود نقل التكنولوجيا في مجال التبادل الدولي، مرجع سابق، ص. ص. 105-106.

3-تجمع المنفعة الاقتصادية: GROUPEMENT DINTERET ECONOMIQUE

يقصد به ذلك التجمع الذي يتم بين شخصين أو أكثر من الأشخاص الطبيعية أو المعنوية، ويحتفظ تجمع المنفعة الإقتصادية بالشخصية المعنوية ويتمتع بالاستقلال القانوني، وتقوم مسؤولية في حالة حدوث ضرر للغير على المسؤولية التضامنية والفردية لجميع أعضاء التجمع، ويبقى هذا التجمع لمدة زمنية محددة، ورغم الصفات والمميزات التي يتصف بها هذا النوع من التجمعات، أبرمت الجزائر عدة عقود مع هذه المؤسسات المتخصصة في ميدان البناءات الميكانيكية والغاز والحديد والصلب[148].

4-المؤسسة الواحدة المسؤولة INSTITUTION RESPONSABLE UNIQUE: يفهم من عنوان الشركة رغم تجمع مجموع الشركات داخل شركة واحدة، إلا أنه يجب أن تعلن هذه الأخيرة عن مسؤوليتها تجاه الغير، في حالة إخلال إحداهما بالتزاماتها التعاقدية، وعادة ما يطلق على هذه الشركة تسمية " الشركة الأم" وهي التي تقدم ضمان حسن تنفيذ فروعها للدول التي تتعاقد معها وتأخذ هذه الشركات شكل التضامن والشركة ذات المسؤولية المحدودة والشركة المغفلة[149].

تسعى الدولة الجزائرية لتحديد مسؤولية كل الشركات الأجنبية التي تتعاقد معها، لتجنب تهرب هذه الأخيرة من مسؤوليتها عن الأضرار الناجمة عن فروعها، لقد لاحظت وجود نوع يظهر عند دراسة الأشكال المختلفة للشركات الأجنبية في كل مرة في هذه التجمعات، وهي الشركات المتعددة الجنسيات، مما يؤكد أهمية هذه الشركات العملاقة التي تساهم بشكل كبير في انجاز معظم المشاريع الدولية واستحواذها على حصة الأسد في الأسواق العالمية وتطرق الى تعريف بها العديد من المنظمات الدولية[150].

---

(148) عمار معاشو، مرجع سابق، ص 41.

Un Groupement d'intérêt économique qui est crée entre deux ou plusieurs personnes physiques ou morales en vue du développement de l'activité de ses membres. L'objet de cette activité peut etre commercial, mais aussi civil. Il peut réunir des personnes exerçant des professions libérales réglementées. Les gérants personne morale désignes une personne physique qui assure les memes responsabilités que s'il était administrateur en son propre. Le contrôle de la gestion financiére est réalisé de la meme manière que pour les societés comerciales. (j-p) BABANDO, groupements d'entreprises et co traitance, op.cit, p 31

(149) سعدية مالك، مرجع سابق، ص 76.

(150) غرفة التجارة الدولية على أنها « **مشروع المتعدد الجنسيات يمكن تمييزه على أنه الشركة أو مجموعة من الشركات التي تعمل على نطاق عالمي ويساهم بشكل أساسي في تدفق الاستثمارات المباشرة بين الدول المختلفة**».

تعتبر الشركات المتعددة الجنسيات[151] الواجهة التنافسية الأولى للدول الصناعية الكبرى على الدول المتخلفة صناعيا لأنها صاحبة المعارف والتقنيات الفنية العالية كما تعتبر ميدان التواصل للبحوث والدراسات التكنولوجية الحديثة بحيث تمتلك أحدث الاختراعات، خاصة المتعلقة بالمجال الصناعي.

تستعمل العديد من الشركات المتعددة الجنسيات طرق ووسائل التحايل والتلاعب، وذلك من أجل تهريب أرباحها وعدم اضطرارها إلى استثمارها في الدول النامية مما زاد من تخوف هذه الأخيرة في التعامل مع هذه الشركات التي فرضت سياسة قمعية على جميع الموارد الانتاجية، أدى ذلك إلى غياب تام للمؤسسات الوطنية المحلية عن الاقتصاد الوطني جراء المنافسة الشرسة التي تمارسها الشركات المتعددة الجنسيات عليها وهو ما أثرا سلبا على اقتصاديات هذه الدول[152].

اضطرت بعض الدول النامية إلى إقامة الرقابة على هذه الشركات وهي على نوعين: رقابة داخلية تشمل المساهمة المحلية في رأسمال الشركة الأجنبية أو المساهمة في إدارتها، ورقابة خارجية تكفلت بها المجالس الإقتصادية والاجتماعية لهيئة الامم المتحدة من خلال منح هذه المهمة لمجموعة من الشخصيات ذات القدرات المهنية العالية، كما قام

= وعرفه المجلس الاقتصادي والاجتماعي لمنظمة الامم المتحدة بانه «**كل مشروع يمتلك أو يسيطر على موجودات واصول ومصانع ومناجم ومكاتب بيع وماشابهها في دولتين أو أكثر يمكن اعتباره شركة متعددة الجنسية**».

التعريف الاقتصادي: يقسم إلى احتكارات عاملة على نطاق عالمي إلى مجموعتين:

1- **الاحتكارات عبر القومية:** وهي التي تمتلك أصولا بالخارج بينما تظل ملكية رأسمالها قومية ومن ثم تتخذ صيغة الدولية في مجال عملياتها ونشاطاتها.

2- **الاحتكارات الدولية:** وهي الشركات التي تتوزع ملكية رأسمالها على عدة دول، وبالتالي تكون ملكية المجموعات المختلفة من الراسماليين، وكذا مجالس ادراة هذه الشركات المتعددة الجنسيات لاكثر من دولة.

وهناك من يعرفها بأنها الشركة التي تستمد أصلها من دولة معينة ولها نشاط في دولتين أجنبيتين على الأقل، وتحقق أكثر من 10 بالمئة من رقم أعمالها في الخارج، في حين يعرفها اخرون بأنها الشركات التي تحقق أكثر 20 بالمئة من رقم اعمالها في الخارج وتتواجد في ستة بلدان على الأقل. انظر في ذلك: موسى طالب حسن، الموجز في قانون التجارة الدولية، مرجع سابق، ص. ص. 56-57.

(151) « **Multinationale est groupe financier, commercial ou industriel dont les activités et les capitaux sont répartis entre plusieurs pays ».** Voir : Ibtissem GARRAM, op.cit, P194.

(152) سعدية مالك، مرجع سابق، ص 77.

المجلس بانشاء لجنة الشركة المتعددة الجنسيات، ومهام هذه اللجنة هي وضع إطار لتنسيق سياسات الدول تجاه الشركات ووصل إلى درجة وضع وثيقة سميت بقانون أو نظام حسن السلوك للشركات المتعددة الجنسيات(153).

ثانيا: وجود عنصر أجنبي في عقد المقاولة الدولي وفق المعيار الإقتصادي

يرتكز المعيار الإقتصادي على موضوع العقد، من خلال تحليل محتواه المادي والإقتصادي ودراسة أثره على الاقتصاد العام لمختلف الدول المعنية وعلى مصالح التجارة الدولية، حيث عرف العقد الدولي مهما كان نوعه في مفهوم المعيار الإقتصادي، بأنه العقد الذي يمس بمصالح التجارة الدولية(154)، أو العقد الذي يترتب عليه نقل البضاعة من حدود دولة إلى حدود دولة أخرى في مقابل انتقال ثمنها(155).

كان للقضاء الفرنسي السبق في وضع أسس هذا المعيار، وذلك من خلال قرار محكمة النقض الفرنسية سنة 1927(156)، أين تعرضت لمدى صحة شروط التعاقد المتعلقة بتحديد العملة التي يتعين الوفاء على أساسها، فقد ارتأت أن شرط التعامل بالذهب لا يمكن أن يكون جائزا إلا في العقود الدولية.

انتقد هذا المعيار نظرا لغموضه وعدم وضوحه، فهو حسب هؤلاء غير قابل للتعامل به في الواقع العملي، والمعيار الإقتصادي لا يتعارض مع المعيار القانوني، إذ يتداخلان، وذلك لأن الرابطة الإقتصادية تتصل بأكثر من نظام قانوني واحد.

يختلف المعيار الإقتصادي من دولة إلى دولة أخرى وهذا راجع لاختلاف الأنظمة السياسية والإقتصادية للدول، حيث تأخذ الدول الغربية الخاضعة للنظام الرأسمالي بهذا المعيار، ويتجلى ذلك تحريك رؤوس الأموال شركاتها حسب إرادتها دون قيد أو شرط، فهذه

---

(153) موسى طالب حسن، مرجع سابق، ص 57.

(154) **« le contrat qui met en cause les intérets du commerce international ». cette définition, souvent présenté comme la définition economique ou substantielle du contrat international met l'accent sur le ressort profond de l'internationalité d'un contrat. Elle se révèle cependant constituer davantage une directive qu'une définition directement opératoire**.Voir : Najla MESTIRI,op.cit, p 70.

(155) محمد حبار، قانون العقد والمسؤولية العقدية في القانون الجزائري والمقارن، اطروحة لنيل درجة دكتوراه، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، كلية الحقوق، 1987، ص 14، انظر أيضا: هشام علي الصادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 104، انظر أيضا: فارس عرب سلامة، وسائل معالجة اختلال توازن العقود الدولية في قانون التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 25.

(156) CIV, 17 mai 1927, DP 1928.I.25, NOTE H, CAPITANT. CITE PAR Philipe FOUCHARD et autre, Traité de l arbitrage commercial international, Ed Delta, Paris, 1996, p59.

الشركات تتمتع بحرية مطلقة في مختلف المجالات، الصناعية منها، التجارة والمالية وغيرها وهذا عكس ما نجده في الدول الخاضعة للنظام الاشتراكي التي لها نصوص قانونية صارمة ومقيدة في مجال تحريك رؤوس الأموال[157]، ويتمثل محتوى المعيار الاقتصادي في:

1- حركة رؤوس أموال عبر الحدود (دخول وخروج الأموال): تسمى كذلك حركة مد وجزر لرؤوس الأموال عبر الحدود، وعليه يتم تحرك رؤوس الأموال عدة مرات بين الدول التي تقوم بعملية التصدير والاستيراد[158] وهذا ما أخذ به القضاء الفرنسي في قضية pellissier لسنة 1927، الذي على أساسه تم تعريف العقد الدولي على أنه تحريك رؤوس الأموال خارج فرنسا وداخلها، ولقد ورد على الرأي عدة انتقادات:

أ- لم يأخذ بالمعيارين القانوني والإقتصادي، فهذا الرأي بعيد كل البعد عن المعيارين المألوفين لتحديد دولية العقد.

ب-لم يشتمل هذا المعيار على كل حالات حركة المد والجزر للأموال عبر الحدود، بل اشتمل فقط على المبادلات المالية وعلى إثر هذه الانتقادات ظهر معيار أخر.

2- تجاوز العقد لحدود اقتصاد دولة واحدة

لجأ القضاء الفرنسي إلى استخدام هذا المعيار في قضية الرهون المصرفية التي حدثت بين بنك فرنسا وبنك الأرجنتين، وظهر ذلك في الحكم الصادر سنة 1934. حيث صرح في حكمه أنه ركز على عناصر المختلفة التي في مجملها تخضع لها رؤوس الأموال،

---

(157) محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي (بين النظرية والتطبيق)، دراسة تحليلية ومقارنة في ضوء الاتجاهات الحديثة، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 2000، ص52

(158) **« Un critère très proche avait déjà été utilisé par la célèbre jurisprudence Matter de 1927 lorsqu'il s'agissait de qualifier les contrats comportant unpaiement international de nature à autoriser les clauses-or ou valeur-orprohibées alors par la loi française. Le paiement était considéré commeinternational dés que le contrat produisait « comme un mouvement de flux et dereflux au dessus des frontières, des conséquences réciproques dans un pays etdans un autre »** Cass Civ, 17 mai 1927, les grands arréts de la jurisprudance civille, 9ème, Ed Dalloz, PARIS, 1991, p630.

« L'exemple type du contrat impliquant un mouvement de biens, deservices ou un paiement à travers les frontières est celui d'une vente lorsquel'acheteur et le vendeur résident dans des États différents. La livraison de lamarchandise et le paiement se croisent et ce flux est révélateur del'internationalité économique de l'opération. Comme cas de figure supposeque les parties résident dans des États différents, ce critère, plus simple, estsouvent préféré au critère économique ». Voir : Najla MESTIRI, op.cit, p58.

ولم يعتمد على مقر إقامة المتعاقدين أو على جنسيتهم، وبالتالي أخذ بمعيار تجاوز الاقتصاد الوطني، لكن هذا الرأي لم يسلم من الإنتقادات وهذا ما أدى بظهور معيار أخر [159].

3- اشتراك العقد الدولي لمصالح العديد من اقتصاديات الدول:

يعد العقد دوليا متى مس بمصالح التجارة الدولية، حيث تم استنتاجه من خلال العديد من الأحكام القضائية التي أقرت بدولية العقد في حالة توفر اشتراط المصالح الدولية.

يعاب على هذا المعيار انه مفهوم نسبي يختلف تفسيره من دولة إلى أخرى وفق ما تتطلبه مصالحها الشخصية، فما يعد من المصالح التجارية للدولة معينة، لا يعد كذلك بالنسبة لدولة أخرى، حيث لم يصل هذا المعيار إلى درجة الوضوح والدقة لأنه يمس بالمصالح التجارية للدولة، وهو ما حدث في قضية عقد لنقل البترول الخام بين شركتين فرنسيتين وشركة الجزائرية لسوناطراك، فالمحكمة الفرنسية رفضت إضفاء الطابع الدولي للعقد المبرم بين هاتين الشركتين رغم كون موضوعه يدخل في صميم المصالح الاقتصادية الدولية، ومن ثم يعد العقد دوليا[160].

إن انتقادات التي ظهرت للمعيارين السابقين دفعت بالقضاء الفرنسي لمحاولة إيجاد حل ملائم، تمثل في الجمع بين المعيارين سابقين، وذلك لسد النقائص والوصول إلى إعطاء معيار جامع ومانع لتحديد صفة الدولية للعقد الاقتصادي الدولي.

يرى أصحاب المعيار المزدوج أن دولية العقد تتحقق بتوافر جميع العناصر المؤثرة للعقد، حيث يشترط توفر العنصر الأجنبي وفي الوقت نفسه أن يتعلق بمصالح التجارة الدولية، لكونه ليس من الممكن القيام بدراسة وتحليل عناصر عقد معين في ضوء معيار

---

(159) عمار معاشو، مرجع سابق، ص. ص.51-51.

Un contrat international, au sens de la définition juridique (présentant unélément d'extranéité) n'est pas forcément international au sens de la définition économique: si deux citoyens britanniques résidant en France y concluent un contrat de vente sur un bien se trouvant en France, la nationalité étrangère des parties par rapport au pays dans lequel se concentrent tous les autres élémentsde l'opération, ne suffit pas à provoquer la mise en jeu des intérêts ducommerce international.

La Cour de cassation et la cour de Paris ont parfois refusé de considérerun contrat comme international dans des hypothèses où la question de validitéd'une clause compromissoire imposait la constatation du caractèreéconomiquement international du contrat

Mais, plus fréquemment, les tribunaux n'hésitent pas à déclarer qu'estinternational, du point de vue de la définition économique, un contrat qui ne leserait sans doute pas du point de vue de la définition juridique ».Voir : Najla MESTIRI, op.cit, p59.

(160) عمار معاشو، مرجع سابق، ص 53.

واحد دون اعتداد بالمعيار الآخر، فيؤدي إلى غياب عناصر هامة في العقد وظهور عناصر أخرى غير مؤثرة، هذا ما يحدث نقصا في إضفاء صفة الدولية على العقد،

وعليه العقد الدولي حسب المعايير السابقة هو العقد الذي يشتمل على عنصر أجنبي وينتج عنه في نفس الوقت دخول وخروج لرؤوس الأموال(161)

وبالرغم من الجمع بين المعيارين إلا أن الفقه الحديث ظل يرجح كفة المعيار القانوني الحديث المرن بوصفه أكثر المعايير مقدرة على تخطي عقبة التباين في طبيعة العلاقات التعاقدية على نحو يصعب معه أعمال معيار موحد في شأنها ما لم يتصف هذا المعيار بالمرونة التي تمكنه من إدراك هدفه(162).

المطلب الثاني

تحديد أطراف عقد المقاولة الدولي وفق التشريع الجزائري

عرفت الدولة الجزائرية تطورا وانفتاحا على العالم الخارجي في إطار التعاون الدولي، ولهذا أصدرت قوانين تتماشى مع جلب الاستثمارات، ومع نظرة الدولة الجزائرية بخصوص العقود الاقتصادية الدولية (163).

لا يخفى علينا دور التشريع الجزائري في تحديد أطراف عقد المقاولة الدولي، وهذا من خلال قانون الإجراءات المدنية والإدارية الذي تطرق إلى المعيار القانوني والاقتصادي للكشف عن عنصر أجنبي لعقد المقاولة الدولي سواء من حيث أطرافه أو من حيث مكونات العقد **(الفرع الأول)**، وفي نفس التوجه صدر قانون الصفقات العمومية **(الفرع الثاني)**.

(161) Dans la même voie, la jurisprudence récente admet souvent que l'internationalité du contrat au sens économique existe dans un contrat necomportant pas d'éléments d'extranéité, mais où il apparaît que les marchandises sont d'origine étrangère, ou destinées à une exportation, ouencore dans lequel il apparaît que l'activité future de l'une des parties (sous-traitant, agent commerciaL.) doit se dérouler à l'étranger.Voir : Najla MESTIRI, op.cit, P61.

(162) كمال فراحتية، مرجع سابق، ص 100.

(163) أمر رقم 01-03 مؤرخ في 20 أوت 2001 يتعلق بتطوير الاستثمار، ج ر ع 47، صادر بتاريخ 22 أوت 2001 معدل ومتمم بأمر رقم 06-08 مؤرخ في 15 جويلية 2006، ج ر عدد 47، صادر بتاريخ 19 جويلية 2006، وبالقانون رقم 16-09 مؤرخ في 03 أوت 2016، يتعلق بترقية الاستثمار، ج ر ع 46، صادر 3 أوت 2016، وبقانون رقم 22-18 مؤرخ في 22 جويلية، ج ر ع 50، صادر 28 جويلية 2022.

الفرع الأول

تحديد العنصر الأجنبي لعقد المقاولة الدولي وفق قانون الإجراءات المدنية والإدارية

لم يتطرق المشرع الجزائري لتعريف العقد الدولي صراحة، فلم تنص أي مادة صراحة عل ذلك، مع ذلك يمكننا استخلاص موقف المشرع الجزائري من تعريفه لدولية العقد بانتقال إلى التحكيم التجاري الدولي من خلال تحديد الطابع الدولي للتحكيم التجاري، لأن المقصود هو تحديد التحكيم الذي يتعلق بمنازعة دولية، وفي هذا الصدد ينبغي التمييز بين فترتين الفترة التي تسبق صدور قانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية والفترة التي تلي صدوره.

أولا: المعيار القانوني والإقتصادي في ظل قانون الإجراءات المدنية القديم

بعد انضمام الجزائر في 07 فبراير 1989 إلى اتفاقية نيويورك المبرمة في 10 جوان 1958 المتعلقة باعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية المصادق عليها من قبل الجزائر بمقتضى القانون 88-18 المؤرخ في 12 جويلية 1988[(164)]، صدر المرسوم التشريعي رقم 93-03 المؤرخ في 25 أبريل 1993 المعدل والمتمم لقانون الاجراءات المدنية، حيث أحدث بموجب المادة 02 منه فصلا رابعا ضمن الكتاب الثامن من الأمر رقم 66 154 المؤرخ في 08 يونيو 1966 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية، بعنوان في الأحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي

نصت المادة **458 مكرر** من **ق. إ.م** على أنه « **يعتبر دوليا، بمفهوم هذا الفصل التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بمصالح التجارة الدولية والذي يكون فيه مقر أو موطن أحد الطرفين على الأقل في الخارج**» [(165)].

(164) تحفظت الجزائر على هذه الاتفاقية في نقطتين: الأولى تتعلق بتطبيق الاتفاقية فقط إذا كان حكم التحكيم صادر عن دولة أخرى مصادقة على اتفاقية نيويورك. التحفظ الثاني يتعلق بتطبيق الاتفاقية على المواد التجارية فقط دون المدنية. انظر في ذلك: مرسوم رئاسي رقم 88-233 المؤرخ في 05 نوفمبر 1988 يتضمن الانضمام بتحفظ ألى الاتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الامم المتحدة في نيويورك بتاريخ 10 يونيو 1958، والخاصة باعتمادات القرارات التحكيمية الاجنبية وتنفيذها، ج ر ع 48، صادر بتاريخ 23 نوفمبر 1988.

(165) مرسوم تشريعي 93-09 مؤرخ في 25 أفريل1993 يعدل ويتمم الأمر قم 66-154 المؤرخ في 8 يونيو والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر ع 27، صادر بتاريخ 27 أفريل 1993.

نصت المادة 1492 **ق. إ.م.ف** على أنه « **يعتبر دوليا التحكيم المتعلق بمصالح التجارة الدولية**»، يفهم من خلال هذه المادة أنه كلما كان النزاع متعلقا بالتجارة الخارجية اعتبر التحكيم دوليا بغض النظر عن أطراف النزاع أو القانون الواجب التطبيق على التحكيم، فالعبرة بالمعيار الموضوعي الإقتصادي المتعلق بمصالح التجارة وليس القانوني متعلق بأطراف العلاقة التعاقدية[166].

تبنى المشرع الجزائري من الوهلة الأولى من خلال المادة 458 مكرر من **ق. إ.م** معيار مصالح التجارة الدولية، لكنه اشترط في النهاية الفقرة أن يكون يكون مقر أو موطن أحد الطرفين على الأقل في الخارج، ونفهم من ذلك أنه أخذ بالمعيار المزدوج، غير أنه لم يوضح المقصود بعبارة على " **الأقل في الخارج**" وما يمكن أن تثيره من المشاكل لغموض فهمها، لكن يمكن أن تفهم تقرأ المادة على النحو التالي يعتبر دوليا بمفهوم هذا الفصل التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بمصالح التجارة الدولية، والذي يكون فيه مقر أو موطن أحد الطرفين في الخارج[167].

يختص التحكيم الدولي طبقا للقانون الجزائري بمصالح التجارة الدولية، على أن لا يتواجد مقر أو موطن كل الأطراف في الجزائر، حيث أن موطن أو مقر أحد الأطراف في الخارج وفق المشرع الجزائري عامل هام وفعال لاكتساب صفة دولية لاتصاله وارتباطه بأكثر من نظام قانوني، وقد فرق بين الشخص الاعتباري والطبيعي فإذا كان أحد الطرفين شخصا طبيعيا فيتم تركيزه في الموطن[168].

يصعب تفسير موقف المشرع الجزائري حول معايير دولية العقد، على أنه أخذ بالمعيار المزدوج، لأن اختلاف مقر أو موطن طرفي النزاع عنصر مؤثر في مفهوم هذه المادة لأنه يمكن أن يشكل عنصرا أجنبيا بمفهوم المعيار القانوني، ولا يخفى علينا كذلك ارتباط التحكيم بمصالح التجارة الدولية يجسد الصفة الأجنبية للرابطة على نحو أفضل من المعيار القانوني[169].

---

(166) Mohand ISSAD, «**le decret législatif algérien du 23 avril 1993 relatif à l'arbitrage commercial Interational**» , Revue d'arbitrage, n° 03 , 1993, Institut pour l'arbitrage international, Paris,p380 .

(167) كمال عليوش قربوع، القانون الدولي الخاص الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2011، ص 321.

(168) كمال عليوش قربوع، التحكيم التجاري الدولي، ديوان المطبوعات الجامعية، 2004، ص. ص. 32-33.

(169) Kerboua Meziani ALLIOUCH: les mécanismes internationaux de transfert technologie vers l'algérie, thése doctorat, Strasbourg, 1981, p32 .

يفهم المعنى الذي قصده المشرع الجزائري وفق المادة 458 مكرر من ق.إ.م تبنيه للمعيار المزدوج شكلي أو جامع، لأن الجمع بين المعيار القانوني ومعيار مصالح التجارة الدولية لم يحقق أفضلية إضفاء الطابع المؤثر للعنصر الأجنبي الذي تطرق إليه العقد .

يرى الأستاذ يسعد في هذا المجال أن وضع معيار منعزل عن المعيار الآخر يبدو غير كافيا، لأن الضمان البنكي الذي يمنح لحساب مؤسسة جزائرية يكون طبعا لتحقيق مصالح تجارية دولية ولكن يؤدي على انتقال الحدود عبر الحدود وهو ما يعبر عنه بعملية مد القيمة وجزر البضاعة وعليه فالمشرع الجزائري في المادة 458 سابقة الذكر لم يكتف لإسباغ صفة الدولية على التحكيم التجاري بتحقق عنصر أجنبي في العلاقة ولكن أكثر من ذلك يجب أن يتعلق الأمر بمصالح التجارة الدولية[170].

يكتسب العقد الصفة الدولية وفقا للمادة 458 مكرر من **ق.إ.م** يجب أن يكون موطن أو مقر أحد طرفيه في الخارج، وإن يتعلق بمصالح التجارة الدولية.

ثانيا: المعيار القانوني والاقتصادي في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد فترة صدور قانون رقم 08-09[171] والمتضمن قانون الإجراءات المدنية المعدل والمتمم بموجب المادة 1064 منه

تنص المادة 1039 من قانون رقم 08-09 على أنه:

«يعد التحكيم دوليا، بمفهوم هذا القانون، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل»

نستنتج من نص المادة أن المشرع قد تبنى معيارا جديدا في تحديد دولية التحكيم التجاري يختلف عن نص المادة 458 مكرر من ق.إ.م التي تبنت أن يكون موطن أو مقر الأطراف في الخارج، إذ يعد دوليا متى كان محله نزاعا يتعلق بتبادل قيم اقتصادية في مقابل، أي انتقال قيم اقتصادية عبر الحدود بشكل متبادل، أي مد وجزر وهذا ما يستفاد من

(170) ISSAD Mohand, op .cit. p382-383.

(171) قانون 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر ع 21، صادر بتاريخ 23 أفريل 2008، معدل ومتمم بقانون 22-13 مؤرخ في 12 يوليو 2022، ج ر ع 48 صادر بتاريخ 17 يوليو 2022.

عبارة المصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل[172]، وهو ما أخذ به التشريع المصري رقم 67 من سنة 1994 [173].

اختلف الفقهاء في تفسير مصطلح المصلحة الإقتصادية، فهناك من يضيق من استعمال مصطلح المصلحة الإقتصادية لأن الدول تعطي التحكيم في العلاقات الإقتصادية الدولية أضيق نطاق ممكن وذلك هو المفهوم المستعمل لمصطلح المصالح التجارية الدولية، ومنها ما تبنى اتجاه متحررا في تحكيم العلاقات الاقتصادية الدولية فتأخذ بأوسع نطاق ممكن، وعليه مصطلح المصلحة الإقتصادية أدى إلى توسيع في العلاقات الدولية التي تخضع للتحكيم التجاري الدولي، لكونه أشمل وأعم بحيث يشمل المعاملات التجارية والمدنية[174].

يجب التنبه إلى التفرقة بين معيار دولية التحكيم ومعيار دولية العقد فبالرغم من أن المشرع الجزائري أخذ بالمعيار الإقتصادي في صورته تحريك رؤوس الأموال عبر الحدود وفق مايعرف بحركة المد والجزر حسب المادة 1039 من **ق.إ.م.إ**، لأن التحكيم الدولي وفق التشريع أو المعاهدة الدولية لا يبحث عن المعيار الموضوعي عندما يعد التحكيم دوليا، ولكنه يضع الحدود للنظام المتحرر الذي يتميز به التحكيم التجاري الدولي لأنه يقتصر على المنازعات التي التي تتصف بالطبيعة التجارية وفقا لمعيار تقسيم المنازعات إلى تجارية ومدنية، حيث أصبحت هذه المعاهدات تشجع التحكيم في العلاقات الاقتصادية الدولية من خلال توفير أطر قانونية المناسبة.

---

(172) سفيان شبه، عقد البيع الدولي، اطروحة لنيل درجة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2012، ص 28

(173) نصت المادة 03 من التشريع المدني المصري رقم 67 على ما يلي « **يكون التحكيم تجاريا في حكم هذا القانون إذا نشأ النزاع حول علاقة قانونية ذات طابع إقتصادي عقدية كانت أو غير عقدية ويشمل ذلك توريد السلع أو الخدمات، والوكلات التجارية، عقود التسديد والخبرة الهندسية أو الفنية ومنح تراخيص الصناعية والسياحية وغيرها، ونقل التكنولوجيا والاستثمار وعقود التنمية وعمليات البنوك والتأمين والنقل وعمليات التنقيب واستخراج الثروات الطبيعية وتوريد الطاقة ومد أنابيب الغاز أو النفط وشق الطرق والأنفاق واستصلاح الأراضي الزراعية وحماية البيئة وإقامة المفاعلات النووية**» نقلا عن: عبد المنعم دسوقي، التحكيم التجاري الدولي والداخلي في القانون الجديد رقم 67 لسنة 1994 تشريعا وفقها وقضاء، مكتبة مدبولي، القاهرة، مصر ، 1995، ص46.

(174) نادر محمد محمد الإبراهيمي، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الإقتصادي الدولي ، منشأة المعارف، القاهرة، مصر، 2000، ص 20.

احتفظ المشرع الجزائري في ظل كل من قانون الإجراءات المدنية الملغى وقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد فيهما "**بعنوان التحكيم التجاري الدولي**"، والذي يؤدي إلى التباس وخلط في مفهومه ومقصود به، ففي قانون الاجراءات المدنية الملغى أخذ بالتحكيم الدولي الذي يتعلق بمصالح التجارية، في حين قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد أخذ بالتحكيم الدولي الذي يمس بمصالح الإقتصادية، وبناء على ذلك احتفظ بالمفهوم الثاني للتحكيم التجاري الدولي، وهو الذي لا يأخذ بمفهوم التجاري المحدد وفقا لمعيار تقسيم المنازعات إلى تجارية ومدنية في القانون التجاري الدولي بل وفقا للنزاع الذي نتج عن عملية اقتصادية دولية، وهو بمثابة ضمانة قانونية وقضائية لطمأنة المستثمرين الأجانب بقبول عرض النزاعات على هيآت تحكيمية دولية.

يرتبط المعيار الحديث الذي أخذت به المادة 1039 سابقة الذكر بسياسات تشريعية تهدف إلى توسيع من مجال المنازعات الدولية الخاضعة للتحكيم، فكل مشروع يهدف إلى تحقيق المصلحة الإقتصادية سواء كانت تجارية أو مدنية أو بحري أو كان انتاجي أو بيع خدمات وغيرها فهو مشروع دولي قد يخضع في هذه الحالة إلى التحكيم الدولي إذا طالب به أطراف العقد.

تبنى المشرع في المادة 1039 من **ق.إ.م.إ** معيار المصلحة الاقتصادية لدولتين على الأقل، مما يطرح غموض في "**عبارة دولتين على الأقل**"، حيث أخلط المشرع بين القانون الدولي العام القائم بين عدة دول وبين القانون الذي يحكم العلاقات التجارية الدولية، فهذا الأخير لا يتعلق إلا بعلاقات وروابط المتصلة بالقانون الخاص دون النظر إلى صفة أطرافها، فالعبرة بموضوع العملية التعاقدية وطبيعتها المتصلة بقواعد القانون الخاص ومنه في هذا المعنى يتعين استبعاد المنازعات التي تكون فيها الدولة ذات سيادة التي تتسم بطابع السياسي في مجال المنازعات التي تتعلق بالتجارة الدولية كالقروض بين الدول، وعليه يتعين استبعاد منازعات التحكيم التجاري التي تجري بين الدول أو بين الدولة أو أحد أجهزتها العامة من ناحية وبين هيئة دولية اخرى لأنها ترتبط بأحكام القانون الدولي العام[175].

(175) منير عبد المجيد، التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي في الفقه والقضاء ، منشأة المعارف ، الإسكندرية، مصر، 1997، ص 27؛ انظر أيضا: فيروز الموهاب، القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في التحكيم التجاري الدولي طبقا للقانون الجزائري، مذكرة لنيل درجة ماجستير في الحقوق ، جامعة الجزائر، 2009، ص 31.

إن استعمال المشرع مصطلح المصالح الاقتصادية لدولتين أو أكثر هو أن يشمل موضوع النزاع ومحله مصلحة اقتصادية ويرتبط بأكثر من دولة واحدة حيث يكون واردا على عملية من العمليات التي يترتب عليها حركة خروج ودخول رؤوس الأموال عبر الحدود.

وعليه لا يوجد تعريف محدد للعقد الدولي يستهدى به في سبيل تمييزه عن العقود الوطنية وفي المقابل تختلف المواقف حول معيار دولية العقد بسبب تنوع العلاقات الاقتصادية الدولية في ظل تغير اقتصاد العالم الى اقتصاد رقمي مع ظهور شبكة الانترنت.

الفرع الثاني

تحديد الأجنبي في عقد المقاولة الدولي وفق قانون الصفقات العمومية

كرس المشرع الجزائري المعيار القانوني في المادة 2 من المرسوم الرئاسي رقم 23-12 الصادر في 5 أوت 2023 والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية حيث نص صراحة على أنه « **الصفقات العمومية هي عقود مكتوبة، تبرم بمقابل من قبل المشتري العمومي المسمى " المصلحة المتعاقدة"، مع متعامل اقتصادي واحد أو أكثر والمسمى "المتعامل المتعاقد" لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال واللوازم والخدمات والدراسات وفق الشروط المنصوص عليها في القانون وفي التشريع والتنظيم المعمول بهما**»[176]، حيث يستنتج أن المشرع تمسك بفكرة تطبيق القانون الجزائري فيما يتعلق بالصفقات العمومية، ولم يترك حرية تحديده للمصلحة المتعاقدة، بمعنى في الصفقات العمومية لم يأخذ المشرع بمبدأ حرية المتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق، وهذا بخلاف ما تفرضه قواعد اقتصاد السوق الذي يقوم على مبدأ استقلالية الإرادة في جميع جوانبه.

وبناء على ذلك فإن العقود المبرمة بين الشركات الوطنية والمتعاملين الأجانب في معضمها تتضمن وتشترط بند تطبيق القانون الجزائري، فالمشرع من خلال قانون الصفقات العمومية قبل تعديله قيد حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على الصفقات

(176) مرسوم رئاسي 23-12 مؤرخ في في 5 أوت 2023، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، ج ر ع 51، صادر 06 أوت2023.

العمومية وهو تقييد يتعارض مع التحولات الاقتصادية المتبعة والتي تقوم على قواعد الحرية الاقتصادية.

يكون الطرف في العقد الدولي شخصا طبيعيا أو معنويا، وقد يكون من أشخاص القانون العام كالدولة أو إحدى الأجهزة أو المؤسسات التابعة لها، أو من أشخاص القانون الخاص كالشركات والجمعيات، وكذلك المنظمات الدولية والإقليمية.

أولا: الطرف الوطني:

عرفت الجزائر منذ حصولها على الاستقلال السياسي تغييرات جذرية في أنظمتها السياسية والاقتصادية، وأدى ذلك إلى عدم استقرار قوانينها الداخلية وحيث طرأت على قوانينها تعديلات وتغييرات كثيرة لكي تتماشى مع الوضعية الإقتصادية والسياسية التي تعيشها البلاد، بحيث مرت الجزائر بفترتين زمنيتين اختلفت فيهما أنظمة سياسية واقتصادية لهذه الدولة، فظهر في البداية النظام الاشتراكي الذي كان ينادي بوحدة وسائل الانتاج وأن الدولة هي مالكة للثروة، وأخذت بالطابع الإجتماعي وبعدها توجهت إلى مرحلة دخول اقتصاد السوق التي ظهر فيها مبدأ المنافسة الحرة وأن الأفراد هم المالكين لوسائل الانتاج غيرها، وكل هذا انعكس على تحديد الأشخاص المخول لهم بابرام العقود الاقتصاية الدولية سواء من حيث نوعيتها أو من حيث تسميتها[177]. وعليه الأطراف الوطنية التي يمكنها التعاقد وابرام العقود الدولية الاقتصادية حسب قانون الصفقات العمومية هي:

1-الدولة: إن الدولة[178] كطرف مبرم لعقد من العقود الإقتصادية الدولية التي أبرمتها الجزائر كان منصوصا عليه في قوانين الصفقات العمومية قبل 1991، حيث اعتبرت المادة الأولى من أمر 1967[179] الدولة شخصا عاديا ليس له الإمتيازات التي تتصف بها الاشخاص الدولية، لذا لا يمكن لها ابرام صفقات عامة باسمها ولحسابها، ولكن نشير إلى الاتفاقيات الدولية التي تبرمها الدولة مع دولة أخرى بقصد تنفيذ بعض الأشغال أو اقتناء

---

(177) سعدية مالك، مرجع سابق، ص 65، انظر أيضا: ناصر حمودي: المرجع السابق، ص 12.

(178) ETAT est un sujet de droit international qui se défini par ses éléments constitutifs et son statut, létat est une entité juridique formée de la réunion de ceux-ci. C'est également une personne morale de droit public, territoriale et souvraine. Ibtissem GARRAM,op.cit, P122.

(179) أمر رقم 67-90 مؤرخ في 17 جوان 1967، المتضمن قانون الصفقات العمومية، ج ر ع 52، صادر 27 جوان 1967 (ملغى).

بعض الخدمات وفي هذه الحالة يجب الأخذ بمفهوم الدولة باعتبارها شخصا من أشخاص القانون الدولي[180].

تجدر الاشارة أن الدولة ليست من بين الأشخاص المتعاقدة للعقود الدولية حسب نص المادة 4 قانون رقم 23-12 من **ق.ص.ع.ج** [181] التي ذكرت الأشخاص الذين يبرمون الصفقات نيابة عن الدولة وهي تتمثل في وزاراتها ومؤسساتها، وبذلك تمثل الوزارات والمؤسسات الدولة، وذلك نظرا للأهمية والمكانة والطبيعة الخاصة غير المألوفة لهذه العقود، فالدولة باعتبارها سلطة عامة تتمتع بامتيازات واسعة أكثر من أي شخص أو مؤسسة إدارية تمثلها، فهي بذلك أكثر قدرة على تحمل عبء ومسؤولية التصرفات التي تقوم بها، وباعتبار أن التعامل مع الأشخاص الأجنبية المبرمة للعقود الدولية سهل من حيث الإجراءات والمعاملات يجب إبقاء الدولة كطرف عادي أو شخص عادي له نفس الحقوق والالتزامات مع الشخص المتعاقد معه، فوجود الدولة ضروري في مثل هذه المعاملات الدولية.

تعمل الوزارات التي هي هيآت إدارية مستقلة لها كيان معنوي خاص بها في حدود مجالها واختصاصها، حيث تمنح الفرصة لهذه الوزارات في ابرام العقود مما يتيح لها فرصة التعامل مع الأشخاص الأجنبية، وبذلك تساهم في تنمية وتطوير المشاريع التنموية لكل وزارة، لأن هذه الأخيرة على علم ودراية كافية بكل النقائص التي تعاني منها قطاعاتها، فإبرام وزارة الاشغال العمومية عقدا دوليا مع شخص أو شركة أجنبية في مجال بناء أحياء سكنية مثلا، يعني دخول وزارة الأشغال العمومية بمؤسساتها في مجال التعاقد مع الأشخاص الأجنبية لها اعتبار دولي ملحوظ يساعدها على استفادة من تجربة ميدانية هامة تؤدي إلى إعادة الاعتبار إلى هذه القطاعات، وإعطائها بعدا عمليا دوليا إلى جانب البعد العملي الداخلي، والذي يتمثل في مهمة التنظيم والتسيير، فالوزير له سلطة في اتخاذ القرارات

---

(180) عمار معاشو، مرجع سابق، ص34.

(181) نصت المادة 10 من **ق.ص.ع.ج** « **لا تصح الصفقات ولا تكون نهائية إلا إذا وافقت عليها السلطة المختصة المذكورة أدناه، حسب الحالة : مسؤول الهيئة العمومية، الوزير، الوالي، رئيس المجلس الشعبي البلدي، المدير العام أو مدير المؤسسة العمومية**

يمكن كل سلطة من هذه السلطات أن تفوض صلاحياتها في هذا المجال إلى المسؤولين الموضوعين تحت سلطتها».

الادارية والتصرف في كافة الأعمال القانونية والمادية باسم ولحساب الدولة في نطاق إختصاصه الوظيفي[182].

2-الولاية:

عرفت المادة الأولى من القانون رقم 12-07[183] المتعلق ب **ق.و.ج** أنها « **تعتبر جماعة عمومية اقليمية تتمتع بالشخصية معنوية واستقلال مالي وتشكل مقاطعة إدارية للدولة وتنشأ الولاية بقانون**».

يفهم من هذا النص أن الولاية هي شخص معنوي لها كيان مالي مستقل عن الدولة، وبذلك هي هيئة أو مجموعة اقليمية إدارية لامركزية لها مواصفات قانونية ، وكما لها اختصاصات تقوم بها وتتمثل اختصاصات باعتبارها ممثلة للدولة حسب المادة 58 من **ق.و.ج** « **تشمل اختصاصات المجلس الشعبي الولائي بصفة عامة التنمية الاقتصادية والاجتماعية والثقافية وتهيئة اقليم الولاية وحماية البيئة وترقية خصائصها النوعية** »، كما نصت المادة 113 **من ق.و.ج** على منح الولاية الحق في ابرام الصفقات وفق ما يلي« **تبرم الصفقات الخاصة بالأشغال والخدمات أو التوريد للولاية ومؤسساتها العمومية ذات الطابع الإداري وفقا للتشريع المعمول به**».

يستنتج من نص المادة السالفة الذكر أن منح مثل هذه الاختصاصات للولاية نظرا للدور الهام والفعال الذي تلعبه في تنمية وترقية المشاريع الاقتصادية على المستوى المحلي والمستوى الوطني من جهة، ولتخفيف العبء على السلطات المركزية من جهة أخرى، وعلى الرغم من الصلاحيات والمهام الممنوحة لها بموجب القانون لكي تلعب دورا هاما على المستوى اللامركزي، وتمكين هيآتها في تسيير وتنظيم مشاريع إقتصادية ضخمة ذات بعد اقتصادي عالمي وإقليمي، لكن يبقى الواقع العملي في الجزائر يفتقر إلى تجسيد مثل هذه الإختصاصات في الميدان، خاصة منها المتمثلة في إبرام الصفقات العمومية مع أشخاص

(182) عمار عوابدي، دروس في القانون الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 1989، ص. ص. 168-169.

قانون رقم 12-07 مؤرخ في 12 فبراير 2012، يتعلق بالولاية، ج ر ع 12، صادر ب 29 فيفري 2012.

(183) Voir aussi : « collectivité publique, territoriale circonscription administrative de l'Etat, doté de la personnalité morale et de l'autonomie financière, ayant des attributions politiques, économiques, sociales et culturelles ». Ibtissem GARRAM, op.cit, p277.

أجنبية، لتضييق الدولة على حدود اختصاصات الولاية وجعلتها لا تتجاوز إقليمها إلا أننا نقول أن الدولة ضيقت من حدود اختصاصاتها وجعلتها لا تتعدى إقليمها، ويظهر هذا جليا في قانون الصفقات العمومية حيث يذكر بشكل صريح أن لها الأهلية والقدرة في إبرام هذه الصفقات، حيث نجد هذا الأخير لا يتماشى مع الأوضاع الإقتصادية العالمية التي تتميز بالحركية والديناميكية، فهو رغم تجديده في كل مرة إلا أن تعديلات التي تمسه طفيفة لا تتماشى مع التطورات الاقتصادية الدولية.

3-البلدية:

هي عبارة عن جماعة إقليمية سياسية وادارية واقتصادية وثقافية محلية وتتمتع بنفس الاختصاصات التي تتمتع بها الولاية في حدود اقليمها، فهي شخصية معنوية ذات استقلال مالي لها اهلية القيام بكافة التصرفات القانونية حسب المادة 60 من **ق.ب.ج** والمادة 117 من ذات القانون[184].

4-المؤسسات العمومية:

المؤسسات العامة هي شخص معنوي تابع للقانون العام قد خصصت مواردها لمصلحته[185].

تعرف بأنها طريقة من طرق التي تدار بها المرافق العامة وهي عبارة عن مرافق تتمتع بالشخصية المعنوية مستقلة عن السلطة الادارية في إدارتها، وهذا الاستقلال يجعل المؤسسة العامة مرفقا عاما يدار بطريقة اللامركزية .

تم ادراج نوع جديد من المؤسسات ألا وهي المؤسسات العامة ذات الطابع الإقتصادي، حيث عرفها بيير كونسو **(Pierre COUNSO)** المؤسسة العامة ذات الطابع الاقتصادي بأنها كيان اقتصادي، وبأنها تفاعل مجموعة من العوامل المسخرة بهدف الانتاج أو تبادل الأموال والخدمات مع أعوان اقتصاديين[186].

---

(184) قانون رقم 11-10 مؤرخ في 22 جويلية 2011، يتعلق بالبلدية، ج ر ع 37، صادر بتاريخ 3 جويلية 2011 معدل ومتمم بأمر رقم 21-13 مؤرخ في 31 أوت 2021، ج ر ع67، صادر 31 أوت 2021.

Voir aussi : « Collectivité territoriale, politique, administrative, économique, sociale et culturelle de base, elle est créée par la loi ; elle est administrée par une assemblée élue ; l'assemblée populaire communale est formée de délégués communaux.Voir : Ibtissem GARRAM, op.cit, P55.

(185) Etablissement public est un organisme de droit public doté de la personnalité morale etgérant un service public, administratif, industriel et commercial.Voir : Ibtissem GARRAM, op.cit, P122.

(186) نقلا عن سعدية مالك، مرجع سابق، ص71.

تسعى المؤسسة العمومية سواء كانت إدارية أو إقتصادية لتنفيذ خطة الاقتصادية من خلال ما تحتويه صلاحياتها في ابرام صفقات ذات تكاليف ضخمة، وما يؤكد هذه الوظيفة على سبيل المثال المادة 04 من **ق. ص.ع. ج السابق الذكر** التي تؤكد على أن صفقات المتعامل العمومي تبرم لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة.

يقصد بالمصلحة المتعاقدة وفقا لنص المادة 9 من **ق. ص.ع. ج السابق الذكر** هي كل من الدولة، الجماعات الإقليمية، المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري، عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة، كليا أو جزئيا، بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو من الجماعات الإقليمية فمعظم العقود التي أبرمتها الجزائر في المجال الصناعي تمت بواسطة هذه المؤسسات، كل واحدة في مجالها الخاص فاعطاء مهمة ابرام العقود الداخلية والدولية لهذه المؤسسات يشجع على خروج الاقتصاد الوطني من دائرة الركود والتخلف إلى التطور والرقي ومواكبة الدول المتطورة[187].

ثانيا: الطرف الأجنبي:

نصت المادة 03 **من ق.ص.ع. ج السابق الذكر** على أنه « **يمكن أن يكون المتعامل الإقتصادي شخصا أو عدة أشخاص طبيعيين أو معنويين ملتزمين بالصفقة إما بصفة فردية وإما في إطار تجمع مؤقت لمؤسسات**».

يستنتج من هذا النص القانوني أن لتلبية احتياجات المصلحة المتعاقدة أن تبرم صفقات مع المؤسسات الأجنبية طبقا لأحكام هذا المرسوم، حيث تلتزم هذه المؤسسات الأجنبية بتطبيق أحكام قانون الصفقات العمومية حيث يسري عليها ما يسري على المؤسسات الوطنية، ومعظم العقود التي أبرمتها الجزائر كانت مع المؤسسات الأجنبية التي تقدم ضمانات بنفسها.

(187) محفوظ لعشب، الوجيز في القانون الإقتصادي، النظرية العامة وتطبيقاتها في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1993، ص 115.

فمعظم عقود المقاولات الدولية وباعتبارها أنها ترد على مشروعات إنشائية ضخمة يتحدد أطرافها وفق توسيع في دائرة منفذيه أو تضييق منها بحسب كيفية التنفيذ فهو قد يقتصر العقد على المقاول ورب العمل في تنفيذ المشروع المتفق وقد يتدخل طرف آخر[188]، أو قد يبرم رب العمل لإقامة منشأة صناعية واحدة عدة عقود مع عدة أطراف بحيث يختص كل طرف بجزء المتفق عليه ويتعدد المنفذون للمشروع [189] .

(188) **حالة وحدة التنفيذ:** فهي تقتضي تدخل طرف واحد يكون ملتزما بكافة بنود العقد في مواجهة رب العمل دون أن تتعداه إلى الغير، إلا أنه يستطيع المقاول الاستعانة بأطراف اخرى في سبيل القيام ببعض الاعمال الفنية أو التقنية، دون أن تنشأ أي علاقة عقدية بين المقاولة من الباطن ورب العمل فتبقى بذلك وحدة التنفيذ قائمة بين الأطراف الأصلية طالما العبرة في هذه الحالة يكون بقيام رب العمل بابرام عقد المقاولة مع مقاول واحد فقط يتفق معه على جميع موضوعات العقد. والمقاول العام في مجال تنفيذ تعهداته التعاقدية يشترط فيه السيطرة على كافة الفنون لذلك فإنه يقع على المقاول التزامات رئيسية تتمحور أساسا في تنفيذ الأعمال وفقا للمخطط المتف عليه واستنادا إلى الوثائق التعاقدية وصولا إلى انتهاء العمل وتسليمه في الوقت المتفق عليه في العقد. وحتى ينجح المقاول في تنفيذ العمل سواء كان التجهيز المجمع الصناعي أو تسليم المصنع والمنتوج في اليد أن يكون للمقاول كافة الفنون المعقدة والمتنوعة من كفاءات عالية ووسائل بشرية متخصصة تضمن للمقاول عدم لجوء المستخدم إلى ابرام عقود لاحقة مع أطراف اخرى مكملة لعمل المقاول الاصلي لتفادي التداخل. انظر في ذلك: كمال فراحتية، مرجع سابق، ص 56

(189) يبرم رب العمل عقد مع عدة مقاولين حول نفس المشروع حيث تربطهم برب العمل عدة عقود مستقلة وفي نفس الوقت مكملة لبعضها البعض لانجاز العمل المتفق عليه، فيختص كل منهم بنوع معين من عمل المتعلق بالمشروع، مثلا مقاول يتعاقد لوضع تصاميم واخر لتشييد البناء الخ. غير أن تنفيذ العمل مع مجموعة من المقاولين يزيد من أعباء رب العمل، لكن يمكن تخفيف هذه الاعباء باعتماد رب العمل على مهندس استشاري يقدم له الرأي في تنفيذ المشروع ومراقبة أعمال مقاولين نيابة عن رب العمل ويتسلم منهم العمل. انظر في ذلك: سعدية مالك، مرجع سابق، ص40.

الفصل الثاني

القانون الواجب التطبيق على ابرام عقد المقاولة الدولي

يبرم عقد المقاولة الدولي بين مجموعة من الأشخاص سواء مواطنين في إقليم دولة واحدة أو أجانب لا ينتمون إلى إقليم دولة واحدة ، سواء كانوا طبيعيين أو معنويين عامين مثل الأشخاص الوطنية كالدولة وأجهزتها ومؤسساتها العامة، والأشخاص الدولية كالمنظمات الدولية العامة والمتخصصة، وهي مستبعدة من الدراسة لكونها تخضع للقانون العام، أو أشخاص معنوية خاصة مثل الشركات والجمعيات والمؤسسات وغيرها، وهذا النوع الأخير من الأشخاص الاعتبارية هو ما يعنينا في مجال الدراسة، ذلك أن نشاط هذا النوع من الأشخاص يمتد إلى إقليم دولة اخرى ولا يقتصر على النطاق الوطني للدولة الواحدة، كما هو الحال بالنسبة للشركات متعددة الجنسيات والتي تمارس نشاط إقتصادي واسع في عدة دول في ذات الوقت، ويرتكز عقد المقاولة على التراضي بين أطرافه، ففي حالة وجود نزاع حول تراضي بين طرفين فيما يخص بنود العقد وكان طرفان من دولتين مختلفتين يخضعان لقانونين مختلفين لابد من اختيار أحد قانونين لحل نزاع بينهما **(المبحث الأول)**.

كما لا يخفى علينا أن المحل والسبب عنصران أساسيان في إبرام عقد المقاولة الدولي، في حين الشكلية قد لا تعتبر شرطا للانعقاد وإنما شرط للاثبات، ولكنها ضرورية ومهمة في عقود دولية لكون الكتابة شرط أساسي في هذه العقود التي تتطلب أموالا ضخمة، ومن خلالها يتم حل كثير من النزاعات التي تثار بشأن هذه العقود من خلال نص صراحة في عقد المقاولة الدولي على ذلك أو من خلال تفسير وتحليل بنود العقد واستنتاج الحل الموافق لرغبة المتعاقدين **(المبحث الثاني)**.

المبحث الأول

التراضي في عقد المقاولة الدولي

العقد هو اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخرين نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين للقيام بمنح أو قيام بفعل أو امتناع عن قيام فعل ما[190]، ولإبرام عقد ما لابد من توفر أركان نذكر منها: التراضي، المحل والسبب والشكل إذا اشترطت بعض العقود ذلك، ويعد التراضي ركنا أساسيا في إبرام العقود لا سيما عقد المقاولة الدولي لكونه اداة ووسيلة مهمة في دائرة المعاملات المالية والتجارية، والسبيل الأفضل والأحسن للحفاظ على حقوق الأشخاص واستقرار المعاملات، وتكريس الثقة والإئتمان في المجتمع، والتراضي جوهره ومضمونه اتفاق إرادتين على إحداث أثر قانوني[191]،

ولا يتحقق التراضي إلا بتطابق القبول والإيجاب، حيث تمر مرحلة الايجاب بمرحلة أساسية في العقود الدولية وهي مرحلة المفاوضات التي تتم بين أطرافه، ويتم فيها اتفاق على مسائل كثيرة قد تثير نزاعات فيما بعد بين طرفين، وكما لا يخفى علينا أن التراضي يشترط فيه أن يكون موجودا وخاليا من عيوب الإرادة، وأن تكون الإرادة غير مشوبة بعارض من عوارضها مثل الجنون والعته والسفه **(المطلب الأول)**، وقد يحدث أثناء فترة التراضي بين طرفين نزاعات ومشاكل خصوصا في مرحلة مفاوضات، وقد يمس الإرادة عارض من عوارض وعيب من عيوبها الغلط والتدليس والسفه ولهذا لابد من تحديد القانون الذي يطبق في حالة حدوث نزاع حولهم **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول

مفهوم تراضي في عقد المقاولة الدولي

تظهر صورة التراضي في تطابق الإيجاب والقبول على عناصر العقد فيقع التراضي في عقد المقاولة بين رب العمل والمقاول على ماهية العقد والعمل المطلوب على إنجازه

(190) Article 1101 du code civil français **« convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose »**

(191) التراضي في عقد المقاولة الدولي تعبير إرادتين أو مشيئتين بشكل صريح على إحداث أو إنشاء الرابطة أو علاقة عقدية. انظر في ذلك: عمار معاشو، الضمانات في العقود الاقتصادية، مرجع سابق، ص 25.

والأجرة [192]، وهذا ما ينطبق على عقود المقاولات الدولية بمختلف أنواعها التي يتم فيها التراضي حول بناء منشآت إقتصادية مرتبطة بإقتصاد دولة ما، حيث تتدخل هذه الأخيرة بواسطة متعامليها بإعطاء المخططات التي تراها ملائمة ومناقشتها و كيفية تنفيذها بما تراه مناسبا لمصلحتها للوصول إلى أكبر قدر من الملائمة للمقاولة المراد إنشائها[193].

ولا يتحقق التراضي في عقد إلا بوجود الإرادة الجادة (الإيجاب) التي تهدف إلى إحداث أثر قانوني، وتقابلها إرادة أخرى متطابقة مع الإرادة الأولى (القبول) لإبرام العقد[194] **(الفرع الأول)**، وتستدعي الإرادة نشاطا ذهنيا معينا، لذا يشترط المشرع الجزائري ممن صدر عنه التعبير عن الإرادة أن يكون متمتعا بنصيب معين من القوة الذهنية، وهذه القوة لا تتوفر إلا إذا بلغ الشخص سنا معينا وكان سليما من سائر الآفات العقلية وخالية من الظروف التي تحد من حريتها وسلامتها والتي تؤدي إلى قابلية العقد للإبطال[195] **(الفرع الثاني)**

الفرع الأول

وجود التراضي في عقد المقاولة الدولي

يتم التراضي في عقد المقاولة بتبادل طرفا العقد التعبير عن إرادتهما متطابقتين، بقصد أن يقوم أحدهما مستقلا عن الآخر بعمل معين، في مقابل أجر يلتزم به المتعاقد الآخر ويجب أن تتوافر لدى كلا المتعاقدين إرادة معترف بها قانونا[196].

يقوم التراضي عندما تتجه الإرادتين إلى التعاقد مما يؤدي إلى تطابقهما ولا يتأتى ذلك إلا عند صدور تعبير عن الإرادة الأولى يطلق عليها بالإيجاب **(أولا)**، وتعبير عن

---

(192) توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دراسة مقارنة بالقوانين العربية، ط3، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 1998، ص ص 76-77، انظر أيضا: نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2009، ص 95.

(193) عمار معاشو، الضمانات الإقتصادية، مرجع سابق، ص 28.

(194) ياسين محمد جبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، مد1 ، ج1، دار وائل للنشر، عمان، الأردن ، 2002، ص 172 .

(195) أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، مد 1، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، 1998، ص 36.

(196) محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد المقاولة، مرجع سابق، ص72.

الإرادة الثانية بالموافقة يطلق عليها القبول **(ثانيا)**، وتطابق الإرادتين يستلزم بالضرورة كذلك أن يعبر كلاهما عن إرادتيهما علنا باعتبار أن الإرادة ظاهرة نفسية لا يعتد بها القانون **(ثالثا)**[197].

أولا: المفاوضات أساس الايجاب في عقد المقاولة الدولي: فالإيجاب هو التعبير الصادر عن إرادة أحد الأطراف يعرض فيه على الطرف الآخر أن يتعاقد معه، فهو أول العنصر يظهر في العقد، فالهدف الجوهري في الإيجاب هو إحداث آثار قانونية لتكوين العقد من خلال اقتران القبول بالإيجاب مباشرة [198].

---

(197) Artcle 178 code civile français édicte : le consentement c'est « **le concours de deux ou plusieurs volenté, l'entente en vue de l'établissement de rapports obligatoires entres les parties ». Il se décompose en deux élémént l'offre ou policitation et l'acceptation**.

انظر المادة 60 من **ق.م.ج.« التعبير عن الارادة يكون باللفظ وبالكتابة أو بالاشارة المتداولة عرفا، كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه، ويجوز أن يكون التعبير عن الارادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا».**

الإرادة ظاهرة نفسية إذا تم الإعلان عنها تصبح ظاهرة إجتماعية وللإرادة صور وهي الإرادة الظاهرة والباطنة ولهذا اختلف الفقه حول نوع الإرادة التي يمكن الإعتداد بها فظهرت نظرية الإرادة الباطنية والتي ذهب أنصارها إلى الأخذ بالإرادة الحقيقية للأطراف، لأن العقد يستمد قوته الملزمة من الإرادة الحقيقية للأطراف، في حين ظهرت نظرية الإرادة الظاهرة والتي يعتد أصحابها بأن القانون يأخذ بالظواهر الخارجية لذا يجب الإعلان عن هذه الإرادة. انظر في ذلك: محمد صبري سعدي، الواضح في شرح النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة في القوانين العربية، مرجع سابق، ص89، العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص63. ويكون التعبير عن الإرادة صراحة سواء باللفظ أو الكتابة أو الإشارة المتداولة عرفا أو باتخاذ أي موقف لايدع أي شك للدلالة على مقصود صاحبه، بينما التعبير الضمني فهو التعبير الذي يتخذ مظهرا لايكشف في ذاته عن إرادة من صدر منه، انظر في ذلك: محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديد، مصر ، 2006، ص 111، انظر أيضا عبد القادر الفار، مصادر الالتزام، مصادر حق الشخصي في القانون المدني، دار الثقافة ، عمان، الأردن،2000، ص. ص. 38-39، انظر أيضا: جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1995، ص 26. وإنما يتم استنتاجها من ظروف =الحال، ضف إلى ذلك يعتبر السكوت كطريقة استثنائية للتعبير عن الإرادة والذي تم تحديد حالات السكوت التي يمكن الاعتداد بها على سبيل الحصر في 68 من **ق.م.ج.**

(198) عبد المنعم فرج الصده، نظرية العقد، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 1984، ص 117 .

« L'offre est une déclaration unilatérale de volenté par laquelle l'offrant ou la pollicitation peut etre faite à personne déterminée ou au public. Cette offre doit etre ferme, précise et non équivoque. Elle doit renfermer les

يصف الإيجاب ملامح العرض الكامل للعقد، فهو يحتوي على كل عناصر موضوع العقد باعتباره متسما بالسهولة والبساطة، ويتجلى ذلك من خلال تحديد التصاميم المبنية على أساس العمل والمقايسة، والتي تعتبر هذه الأخيرة بمثابة بيان تفصيلي للأعمال الواجب دفعها ولدفتر الشروط، وقد لا يتسم الإيجاب ببساطة والسهولة لأنه لم يحدث أثرا قانونيا نهائيا للعقد مثل أن يتعاقد رب العمل مع مقاول أجنبي بتقديم المقايسة والتصاميم للمشروع، حيث يمكن لرب العمل في هذه الحالة رفض المقايسة أو عدم موافقة على التصاميم المقترحة عليه، فيقوم برفض العقد مما يؤدي إلى عدم نشوء المقاولة بين الطرفين، وفي هذه الحالة لا يعتبر إيجابا بل دعوى للتعاقد [199].

ينشأ الايجاب لفترة زمنية قصيرة جدا ينتهي أثره بانتهاء مجلس المنعقد بين الطرفين، كما يحتاج الإيجاب في عقد المقاولة الدولي لمدة زمنية محددة من طرف الموجب أو العرف التجاري الدولي من إجراء مباحثات ومفاوضات لإبرام العقد، لذا نص المشرع على حدود زمنية للايجاب في المادة 63 من **ق.م. ج** التي تنص أنه « **إذا عين أجل القبول ألتزم الموجب بالبقاء على ايجابه إلى انقضاء هذا الأجل**»، وقد يستخلص الأجل من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة وإذا رجع الموجب عن ايجابه قبل انتهاء الأجل فتقوم مسؤوليته

=éléments essentiels du contrat.En principe, elle doit etre assortie d'un délai avant de pouvoir etre rétractée. Ce délai peut etre expressement convenu.Mais si tel n'est pas le cas, il peut résulter des circonstances, donc etre implicite. Tant que le délai n'est pas expiré, l'offrant ne peut retirer son offre ». Voir : Pierre CATALA: droit des obligations, op.cit, p18.

(199) أحمد عبد الرزاق السنهوري، العقود الواردة على العمل، مرجع سابق، ص 98 . انظر أيضا: المادة 14 من اتفاقية فيينا التي نصت « **العرض الذي لا يوجه إلى شخص أو أشخاص معنيين يعتبر مجرد دعوة إلى عمل إيجاب مالم يكن الشخص الذي صدر عنه هذا العرض قد أبان بوضوح عن اتجاه قصده إلى خلاف ذلك**». من خلال هذه المادة أن العرض كي يكون مكون للإيجاب أم لا في حالتين في: في حالة توجيه العرض إلى كافة الأشخاص دون تحديد فئة معينة منهم مثل عرض منتوجات وترويجها في الإسواق ويطلق عليها بالإشهار دون قصد العارض من وراء ذلك إلى التعاقد مع الأشخاص المقبلين لمعرفة منتوجاته، أما الحالة الثانية وهي عندما لا يقوم العارض بتعيين فئة محددة من الأشخاص لكي يوجه إليهم العرض ولكن نيته تتجه إلى التعاقد مع أي شخص يقبل عرضه، وفي الحالة يعد إيجابا" اتفاقية فيينا 1980 بشأن عقد البيع الدولي للبضائع. انظر في ذلك: موسى طالب حسين، الموجز في قانون التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 103.

عن هذا التراجع على أساس مسؤولية تقصيرية وليس تعاقدية لعدم نشوء العقد لكونه كان فقط في مرحلة المفاوضات."[200].

يتميز الإيجاب في عقد المقاولة الدولي بفترة زمنية قصيرة كانت أوطويلة تسبق إبرام العقد النهائي تعرف بمرحلة المفاوضات التي تقوم على المناقشات وتبادل الوثائق ودراستها لمعرفة مدى مصداقية والزامية هذه الوثائق التي سيبرم بفضلها العقد، لذلك يشمل التفاوض على هذا النحو كل الاتصالات والمحررات والمستندات والخطابات المتبادلة في المرحلة ما قبل التعاقد وبالتالي فهي مرحلة واقعة بين الإيجاب والقبول[201].

تناقش عادة المفاوضات في أغلب العقود الدولية بما فيها عقود المقاولات الدولية تحديد سعر الصفقة وحالات مراجعة الأسعار وكيفية الدفع وأجاله والعملة المتفق عليها، وتحديد أجال تنفيذ الصفقة وتحديد مسؤولية الأطراف والتزاماتهم والضمانات المقدمة من طرف كل واحد من المتعاقدين، وتحديد الآثار المترتبة عن الإمتناع عن التنفيذ، والاتفاق

(200) بالرجوع إلى اتفاقية فيينا لسنة 1980 المتعلقة بعقد البيع الدولي للبضائع لم تشترط شكلا معينا للإيجاب ماعدا التحفظ الذي تعلنه الدول وأشارت المادة أن الإيجاب يحدث أثره من وقت وصوله إلى المخاطب، وحسب المادة 24 من ذات الاتفاقية **يعتبر الإيجاب قد وصل إذا أبلغ إلى المخاطب شفويا أو سلم بأي وسيلة للاتصال إليه شخصيا أو في مكان عمله التجاري أو عنوانه البريدي أو في محل إقامته المعتاد في حالة عدم وجود عنوان بريدي أو عنوان تجاري.**

On enseigne traditionnellement que le consentement est formé par la rencontre de l'offre et de l'acceptation la loi perturbe parfois l'instantaneité de la rencontre des consentement en imposant un délai de réflexion pendant lequel le contrat ne peut pas etre conclu.D' une manière plus générale, si ce schéma du 'coup de foudre' contractuel correspond à la réalité pour la plupart des contrats de la vie courante portant portant sur des prestations de faible valeur économique, les gros contrats sont au contraire le fruit de négociations qui s'étalent dans le temps. Ces négociations doivent etre menées de bonne foi. : si chaque partie reste libre de conclure ou pas le contrat définitif, elle engagera sa responsabilité ». Roche FRISON, «**Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats»**, RTD CIV, Université lyon,Paris, 1995, p 573.

(201) التفاوض هو عملية يتفاعل من خلالها الأطراف المتناقشة حول المصالح المشتركة ومتداخلة، وأن تحقيق تلك الأهداف يتطلب حصولهم على نتائج مرغوبة تتطلب الاتصال بينهم كوسيلة أكثر ملائمة لتضييق نطاق الاختلاف وتوسيع نقاط التفاهم بينهم بشأن موضوعات أو قضايا محل التفاوض بشأنها. انظر في ذلك: هاني صلاح سري الدين، «**المفاوضات في العقود التجارية الدولية– دراسة مقارنة في القانونين المصري والانجليزي**»، مجلة اتحاد جامعات العربية للدراسات والبحوث القانونية، ع 4، 1996، جامعة القاهرة ، ص102، انظر أيضا: حسن الحسن، التفاوض والعلاقات العامة، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، بيروت، لبنان، 1993، ص 11.

Voir aussi :J. M. MOUSSERON, la durée dans la formation du contrat, in Mélange Alfred Jauffret, Aix-Marsilles, Ed dalloz,Paris, 1974, p. 509

على القانون الواجب التطبيق في حالة حدوث نزاع وتحديد الجهة القضائية المختصة بحل النزاعات المستقبلية، وكذا توضيح حالات توقيف العقد مؤقتا أو فسخه[202].

تختلف عقود المقاولات الدولية كل الاختلاف بالنسبة للعقود الأخرى، حيث أنه يصعب في هذا النوع من عقود مقاولات الوصول إلى اتفاق النهائي بسبب طول المفاوضات وما قد يتخللها من محادثات وتبادل الوثائق بينهما، ورغم ذلك قد لا يصلان إلى اتفاق لاختلاف وجهات النظر بينهم، حيث تنطوي فكرة المباحثات على حوار مبدئي قبل الوصول الى إبرام العقد بشكل نهائي وتلعب فيه هذه فترة دورا أساسيا في التقاء ارادة الطرفين[203].

اختلف الفقهاء حول إلزامية المستندات والمحاضر المتفق عليها خلال المفاوضات فهي مسألة ليست بهذه البساطة خاصة في المجال العمل الدولي فكثيرا ما يثير الغموض حول الطبيعة القانونية لتلك المحاضر والمستندات بالنظر الى النية الحقيقية للأطراف فيما إذا كانت اتجهت الى الدخول في اتفاق تعاقدي ملزم أم لا ، لذلك ظهرت نظرية ألمانية حيث عندما تحرر الأطراف وثائق تدون فيها النقاط المتفق عليها من البداية، ففي هذه الحالة قد تكون الأطراف أمام عقد تمهيدي يتضمن التزاما للتفاوض مستقبلا للوصول الى اتفاق نهائي، مما يؤدي إلى منح القيمة القانونية الالزامية للمحادثات الأولية، ويكيف هذا الالتزام بالتزام ببذل عناية[204].

تعرضت هذه النظرية للنقد حيث لا يمكن تصور وجود هيأة تحكيمية مختصة أو بند تحكيمي يحال بموجبه النزاع إلى محكم دولي لانعدام وجود عقد مقاولة دولي أصلا، وفي حالة ما إذا تم إحالة النزاع إلى قاضي فلا يكيف حكمه على أساس إخلال بالتزام تعاقدي،

---

(202) عمار معاشو، مرجع سابق، ص. 49، انظر أيضا: محمود سمير الشرقاوي، مرجع سابق، ص 89، انظر أيضا: محسن شفيق، مرجع سابق، ص. ص. 91-92.

(203) والنتيجة الأولية للمفاوضات بين الطرفين عند الوصول الى اتفاقات مبدئية على بعض النقاط والمسائل الموضوع العقد تحرر بشأنها وثائق بين الطرفين ترصد فيها تلك المسائل المتفق عليها وتمتاز تلك الوثائق بخصائص ثلاث، الأولى أنها تنشأ قبل التعاقد تهدف إلى مجرد تلخيص، الخطوات والنقاط الرئيسية المستقر عليها من أطراف التفاوض والثانية أن تلك المستندات مادامت تنشا قبل التعاقد فهي تستخدم لتأكد حق الأطراف في قطع المفاوضات. انظر في ذلك: نصيرة بوجمعة سعدي، مرجع سابق، ص 119، انظر أيضا: هاني صلاح سري الدين، مرجع سابق، ص 102.

(204) كمال فراحتية، مرجع سابق، ص 28.

وإنما يكيف إخلال أحد الأطراف بالتزاماته التفاوضية إخلالا على أساس المسؤولية التقصيرية، يرجع ذلك أن المفاوضات بين الطرفين لم تكتمل حلقاتها بعد لإبرام العقد النهائي.

وبالتالي يتبين من النظرية السابقة إن القيمة القانونية للاتفاقات التمهيدية يكمن في القوة الإلزامية للمحادثات التمهيدية صادرة عن إرادة الأطراف، ففي حالة اتفق رب العمل مع المقاول على جميع عناصر المشروع مع تحديد الالتزامات المتبادلة كالاتفاق على طريقة الصنع أو المساعدة الفنية، فيبرم العقد هنا بصفة نهائية، أما إذا كان الأطراف أثناء المفاوضات قد قاموا بالاتفاق على تحديد الالتزامات المتبادلة فقط نكون بصدد اتفاق مؤقت وليس نهائي[205].

إن إفراغ جميع ما تم اتفاق عليه في المفاوضات في بنود ومواد قانونية على شكل محاضر له أهمية كبيرة في استقرار المراكز القانونية المنشأة بموجب العقد النهائي وبالتالي حماية تلك المراكز القانونية من أي مشكل في مستقبل ناتج عن نزاع في تفسير إرادة

(205) لذلك فإنه يمكن القول بأنه ليس كل ما اتفق عليه أثناء المسلسل التفاوضي والمدرجة في محاضر ملزمة للطرفين إلا إذا تم إلحاق تلك المحاضر بالعقد وتفسير ذلك أن محاضر التفاوض لا تعتبر عقدا وإنما العقد هو ما يمثل الإرادة المتطابقة للأطراف والمفرغة في العقد النهائي غير أن اعتبار محاضر التفاوض لا تعتبر عقدا وإنما العقد هو ما يمثل الإرادة المتطابقة للأطراف والمفرغة في العقد النهائي، غير أن اعتبار محاضر التفاوض لا ترقى لمرتبة العقد استبعادها تماما بل أن هذه المحاضر تستعمل كوسيلة للإثبات وتفسير العقد بعد إبرامه في حالة حدوث نزاع حول تفسير بعض بنود العقد التي كانت محل تفاوض سابق، غير أنه إذا أدرج أطراف العقد بند في العقد النهائي مفاده إتلاف جميع محاضر التفاوض، فإنه في هذه الحالة تصبح تلك المحاضر منعدمة لأي أثر قانوني وتصبح كأن لم تكن والهدف من إدراج هذه البنود هو إجتناب أطراف العقد في الدخول في منازعات حول إثبات المفاوضات. انظر في ذلك: فراحتية كمال، مرجع سابق، ص 29، انظر ايضا: نصيرة بوجمعة سعدي، مرجع سابق، 145، جمال فاخر النكاس، «**العقود والاتفاقيات الممهدة للتعاقد وأهمية التفرقة بين العقد والانعقاد في المرحلة السابقة عن العقد**»، مجلة اتحاد الجامعات العربية للدراسات والبحوث القانونية، ع 04، 1996، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ص 06، محمد عبد الظاهر حسين، «**الجوانب القانونية للمرحلة السابقة عن التعاقد**»، مجلة الحقوق، ع 04، س 19، 1995، جامعة الكويت ، ص. ص. 102-103.

Joanna SCHMITHT, négociation et conclusion de contrats, Ed dalloz, Paris, 1982, p.p.172-176..

الأطراف ويمنع من أي احتمال لتعديل بنود العقد أو تغييرها بالكامل بسبب شكوك في نية وإرادة الأطراف المتفاوضة.

ابتكر المتعاملون الاقتصاديون لتفادي المشاكل الناجمة عن المفاوضات وسيلة ومنهجا أكثر وضوحا في مرحلة المفاوضات وهي مايعرف حاليا برسالة النية أو خطاب النية، حيث يهدف من ورائها رجال الأعمال تحقيق حماية أكبر للمفاوضات من خلال قيام أحد الأطراف بإصدار الإيجاب دون الدخول في التعاقد أو القيام بتحديد مدة الإيجاب في تلك الرسالة بناء عليها يستطيع سحب إيجابه بعد النهاية المدة المحددة في خطاب النية، وحتى في حالة اقتران القبول بالإيجاب لا يشكل ذلك إلتزاما بتنفيذ العقد مادامت تلك الرسالة تمهد للعقد النهائي فقط وليست عقدا نهائيا [206].

تتلخص النتيجة النهائية للمفاوضات في الوصول إما إلى توقيع العقد النهائي بين الطرفين اعتمادا على ما تم الاتفاق بينهما، أو إما إلى قطع المفاوضات وما قد يترتب عنه من قيام المسؤولية في حالة حدوث خطأ كالإخلال بالالتزامات الناشئة عن مفاوضات مثلا في حالة سهو عن تقديم المعلومات اللازمة للمشروع موضوع العقد أو الغلط في الحساب أو الخطأ في التصميم فيترتب الجزاء على أساس المسؤولية التعاقدية إذا ابرم العقد بصفة نهائية، وفي حالة عدم قيام العقد النهائي تقع المسؤولية التقصيرية وهو أخذ به القضاء الفرنسي في حالة عدم تقديم المعلومات خلال المفاوضات، وعليه عموما أن أي خطأ يرتكب خلال المفاوضات وقبل انعقاد العقد تترتب عنه المسؤولية تقصيرية، وإذا ابرم العقد بصفة نهائية بين الأطراف وحدث أي خطأ في المفاوضات تقوم المسؤولية التعاقدية[207].

---

(206) لجوء المتعاملون الإقتصاديون إلى هذه الرسالة لما تتميز به مرونة وسهولة استعمالها تمهد لإبرام العقد النهائي، حيث تكيف كإيجاب لذا فهي لها نفس القوة القانونية للإيجاب، فقد تشتمل رسالة النية على العناصر الأساسية للعقد يطابقها = قبول حول تلك العناصر وبعد قبول مماثل يتكون العقد لذلك فإن رسالة النية تعتبر عقدا مستقلا يرتكز عليه العقد النهائي في تحديد النواحي الثانوية خاصة ما يتعلق منها بالأمور الفنية. ويشترط في هذه الرسالة أن يتعامل أصحابها بنية حقيقية للوصول إلى اتفاق، وإثبات إنعدام هذه النية تعتبر من المسائل الصعبة. انظر في ذلك: كمال فراحتية، مرجع سابق، ص 29.

(207) نصيرة بوجمعة سعدي، مرجع سابق، ص. ص. 126-127.

ARTICLE 3.10 du Principes UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international **«La nullité du contrat ou de l‟une de ses clauses pour cause de lésion peut être invoquée par une partielorsqu‟au moment de sa conclusion, le contrat ou la clause accorde injustement un avantage excessif àl‟autre partie. On doit, notamment, prendre en considération : a) le fait que l‟autre partie a profité d‟une manière déloyale de l‟état de dépendance, de la détresseéconomique, de l‟urgence des besoins, de l‟imprévoyance,**

تتم المفاوضات في عقود المقاولة الدولي لاسيما منها عقود نقل التكنولوجيا عادة في سرية تامة، إذ يحرص الأطراف على عدم انتشار أي معلومة حول موضوع الصفقة ذلك أن التكنولوجيا محل التفاوض بشأنها قد تكون في شأن معرفة فنية أي تكنولوجيا غير مغطاة ببراءة الاختراع وسرية الابتكار قد تكون في المنتج ذاته أو في الآلة أو في طريقة التركيب أو طريقة التصنيع[208].

يحكم المفاوضات في عقود المقاولات الدولية بين المورد والمستورد مصلحتان متعارضتان، حيث يحاول المورد المحافظة على سرية المعلومات المملوكة له من تسربها للغير، مما يفقده في حالة تسربها السيطرة عليها واستغلالها أو انتفاع بها بشكل استأثاري، في حين يحاول متلقي التكنولوجيا أو المستورد في نفس الوقت الإطلاع والتعرف على الجوانب المختلفة لتلك التكنولوجيا والحصول عليها حتى يتبين له جدواها وفعاليتها والتأكد أن المال الذي دفعه يعتبر ثمنا عادلا لما سيحصل عليه من التكنولوجيا، وهنا يحتد الصراع بين الطرفين فالمورد يعمل على المحافظة على السرية إلى أقصى حد ممكن، في حين يسعى المستورد لكشف تلك السرية للاستفادة من تكنولوجيا المتحصل عليها، غير أنه يمكن ترتيب المسؤولية جزاء الإخلال الإلتزام بالسرية بشرط أن تحدد بصفة دقيقة وواضحة نوع المعلومات التي تكون محلا للسرية مع تحديد نطاق الأشخاص الملتزمين بهذا الاتفاق وحيث قاموا

=de l‟ignorance, de l‟inexpérience ou del‟inaptitude à la négociation de la première ; etb) la nature et le but du contrat. 2) Le tribunal peut, à la demande de la partie lésée, adapter le contrat ou la clause afin de le rendreconforme aux exigences de la bonne foi en matière commerciale. 3) Le tribunal peut également adapter le contrat ou la clause à la demande de la partie ayant reçu unenotification d‟annulation pourvu que l‟expéditeur de la notification en soit informé sans tarder et qu‟il n‟aitpas agi en conséquence. Les dispositions du paragraphe 2 de l‟article 3.13 sont alors applicables. ».https://www.unidroit.org › *uploads* › *2021/06 › Uni...*

(208) ولما كانت عقود المقاولات الدولية متعلقة بمشاريع ضخمة تتطلب تقنيات معرفية خاصة عادة ما تكون الدول النامية مثل الجزائر طالبة لتلك المشاريع سواء لنقل التكنولوجيا أو لتغطية حاجيات آنية فإنه يتحتم عليها اتخاذ أكبر قدر ممكن من الحيطة الواجبة في مجال التفاوض لأنه هو الأساس والركيزة للنتائج المستقبلية المترتبة عن إبرام العقد النهائي، مما يستوجب معه الإسترشاد بالمبادئ العامة في المفاوضات الدولية منها توفير الإئتمان والثقة لأن من أهم الاعتبارات الواجب توافرها عند بدء المفاوضات هو كسب ثقة الطرف الأخر، واختيار لغة التفاوض واستغلال الوقت، هذا بالإضافة إلى الخصائص الواجب توافرها في المفاوض، لذلك فإن أساليب التفاوض أخذت عدة اتجاهات فالأسلوب الأمريكي في التفاوض من أكثر الأساليب نجاعة. انظر في ذلك: كمال فراحتية، مرجع سابق، ص 30.

باستخدام هذه البيانات أو المعلومات المطلوب الاحتفاظ بسريتها أثناء المفاوضات وبدون ترخيص [209].

تضع الأطراف في المفاوضات بعض الضمانات بهدف إبقاء جميع المعلومات التي انكشفت أثناء المفاوضات مقتصرة على الطرفين فقط، وعليه يتعهد المستورد بعدم إفشاء الأسرار التكنولوجية التي يتم الحصول عليها، ويقوم المستورد بالتوقيع على هذا التعهد ضمن الأوراق التي يرسلها المورد في المراحل التمهيدية للمفاوضات، ويترتب على ذلك تعهد الزام المتعهد(المستورد) في حالة عدم الالتزام بالسرية التعويض جزاء إفشاء السر المطلوب كتمانه، ويمكن للمورد أن يشترط على المستورد تقديم كفالة مالية مسبقة كخطاب ضمان أو إيداع مبلغ مالي في بنك ضمان، وذلك للتأكد من عدم اخلاله بشرط المحافظة على السرية، فإذا فشلت المفاوضات وأخل المستورد بالتزامه بالسرية فقد مبلغ الكفالة والذي يعتبر تعويض للمورد، وإذا نجحت المفاوضات وتم إبرام العقد فعادة ما تعتبر الكفالة المالية جزءا من الثمن الذي يدفع مقابل التكنولوجيا[210].

يبرم العقد قانونا بمجرد توافق الإيجاب والقبول فيرتب كافة الأثار القانونية لكلا الطرفين، مما يعني أن جميع العناصر المتفاوض بشأنها من تحديد الثمن وموضوع الصفقة وكافة الالتزامات التي يراها الطرفان ضرورية قد تمت الموافقة عليها وتترجم تلك الموافقة بالتوقيع النهائي على العقد[211].

يعتبر توقيع العقد اللحظة التي يتم فيها تلاقي الإيجاب والقبول وفي نفس الوقت الدليل على انتهاء المفاوضات، فتصبح الوثائق الثانوية كرسالة النية والاتفاقات التحضيرية من قبيل الأفعال ليست لها أية قيمة قانونية، حيث تقوم الأطراف في اطار اتخاذ تدابير وقائية عند ابرام العقد النهائي إدراج بند يتضمن إلغاء كل الوثائق التمهيدية والرسائل

---

(209) جلال وفاء محمدين، مرجع سابق، ص. ص. 18-19

Voir aussi : Article 2.1.16 du Principes UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international **« qu"il y ait ou non conclusion du contrat, la partie qui , au cours des négociation, reçoit une information atitre confidentiel par l autre partie, est tenue de ne pas la divulguer ni l"utiliser de façan indue a des fins personnelles, le manquement a ce devoir est susceptible de donner lieu a une indemnité comprenant, le cas échéant, le bénéfice qu"en aura retire l"autre partie »**

(210) كمال فراحتية، مرجع سابق، ص 32.

(211) نصيرة بوجمعة سعدي، مرجع سابق، ص 142.

المتبادلة أثناء المفاوضات وهذا لتجنب المشاكل تفسيرية لإرادتهم الحقيقية أمام القاضي أو محكم في حالة النزاع، لكون أن فترة المفاوضات قد تستغرق مدة طويلة فمن الممكن أن تتعارض الوثائق التي تعبر عن الإرادة المؤقتة مع الإرادة النهائية المعبر عنها في العقد، وفي حالة عدم إدراج مثل هذا البند في العقد يستطيع القاضي أو المحكم الرجوع إلى تلك الرسائل والاتفاقات التحضيرية لتفسير بنود الغامضة للعقد النهائي [212].

ثانيا: القبول رد إيجابي لتحقيق التراضي في عقد مقاولة الدولي: هو رد فعل لكل ما إشتمل عليه الإيجاب، تتكون بموجبه العلاقة التعاقدية بين الطرفين، فهو الوجه الثاني لعنصر التراضي بالإضافة إلى عنصر الإيجاب.[213]

يكتسي القبول نفس سمات الإيجاب، فإن القابل له مطلق الحرية في إختيار وسائل تعبيره عن إرادته فله أن يعدل عن القبول قبل وصوله للموجب وله أن يضع شروط لقبوله أو تحفظات له، ويساوي السكوت عن الإيجاب قبولا له إذا وجدت معاملات سابقة بين المقاول و رب العمل، ويشترط في القبول أن يكون الإيجاب قائما لترتيب آثاره، وأن يتم إبداء

(212) فالمفاوضات التي تجري بين الطرفين خاصة في عقود نقل التكنولوجيا يكون فيها وضعية كل طرف مختلفة عن وضعية الطرف الأخر، فمورد التكنولوجيا يأخذ عادة في مفاوضاته وضعية المحتكر لهذه التكنولوجيا، وبالتالي يأخذ قوته =التفاوضية من كونه أن له مركز سلطة والقوة في المجال التكنولوجي، أما طالب التكنولوجيا وباعتباره في حاجة إلى تلك التكنولوجيا فإن وضعيته تكون غالبا ضعيفة في المفاوضات ويتجلى ذلك في فقدان المكتسب للقدرة المعرفية للتحقق من مدى فعالية المشروع في النقل الحقيقي للتكنولوجيا والمعروض عليه من طرف المورد، وعليه يمكن القول أن المفاوضات في عقود المقاولات الدولية لا تحقق النتيجة المرجوة بالنسبة للمكتسب بقدر ما يحقق لمورث التكنولوجيا تطبيق كافة شروطه خاصة ما يتعلق منها بتكلفة المشروع بسبب احتكاره لتكنولوجيا خاصة إذا كانت مشمولة ببراءة الاختراع. انظر في ذلك: نصيرة بوجمعة سعدي، مرجع سابق، ص142.

(213) وهو أيضا التعبير عن رضا من وجه إليه بإبرام العقد والشروط التي عينها الموجب، والتي تكون عادة ثمرة المفاوضات، وقد يكون القبول صريحا كأن يقوم المخاطب في رده على الإيجاب، كما يمكن أن يكون ضمنيا إذا قام القابل بأي تصرف أو عمل يفيد الموافقة على الإيجاب دون أي يرد عليه صراحة. انظر في ذلك: عبد المنعم فرج الصده، مرجع سابق، ص 77، انظر أيضا: علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ط3، مرجع سابق، ص. ص. 33-34، وإذا لم يصدر من المخاطب أي قبول سواء أكان صريحا أوضمنيا وإنما ظل ساكتا فإن المادة 17 من اتفاقية فيينا نصت على أن « السكوت أو عدم القيام باي تصرف لا يعتبر بذاته قبولا».

L'acceptation « **c'est le second terme de l'accord. C'est la réponse positive apportée par le destinataire à l'offre de contracter. Elle doit etre identique à tout point de vue à l'offre. Elle peut etre express ou tacite, elle doit etre précise et non équivoque. Et, elle ne doit pas etre accompagné de réserves sinon, il s'agit d'une contre offre, d'une contre- proposition. L'acceptant devient nouvel offrant parce que du fait de la réserve ou de la modification de l'offre, les vont etre renversés** » Roche FRISON,op.cit, p19.

القبول في هذا الأجل أو يستخلص هذا الأجل من خلال الظروف والمعاملات السابقة، أما إذا كان الإيجاب قد صدر في مجلس العقد ولم تحدد له مدة فيجب أن يصدر القبول قبل انقضاء مجلس العقد وذلك طبقا لنص **المادة 68 من ق.م.ج** [214].

وينتج القبول أثره إلا إذا أعلن القبول وصدر ووصل وعلم الموجب به، إذ لا تحدث الإرادة هنا أثرها، إلا إذا علم بها ووجهت إليه، وكما علم القابل بإرادة الموجب عند الوصول الإيجاب إليه، فينبغي ألا يبرم العقد إلا إذا علم الموجب بدوره بإرادة القابل[215].

ثالثا: تطابق الإيجاب والقبول أساس إنتاج أثر قانوني لعقد المقاولة الدولي:

لا ينعقد العقد الا إذا اقترن القبول بايجاب قائم اقترانا تاما بحيث يجب أن يأتي مطابقا له في جميع المسائل التي تضمنها حتى ولو كانت ثانوية فكل تعديل للايجاب ولو كان طفيفا اعتبر رفضا له مما يؤدي إلى سقوطه و اعتبار هذا القبول ايجابا جديدا يحتاج إلى قبول مطابق له ممن عنه الايجاب الأول لانعقاد العقد، ويجب أن يأتي القبول مطابقا للايجاب في طبيعة العقد، والمسائل الجوهرية في العقد ، وحتى المسائل الثانوية[216].

---

(214) العربي بلحاج، مرجع سابق، ص 77.

(215) لقد ظهرت عدة النظريات حول متى ينتج القبول أثره وهي نظرية إعلان القبول ويتم فيها العقد بمجرد أن يعلن المخاطب قبوله، في حين يرى المذهب الثاني أنه يتم العقد ليس بمجرد إعلان القبول، ولكنه يتطلب أن يكون هذا الاعلان باتا ولا يكون كذلك إلا إذا صدر إلى الموجب وهذا بوضع الخطاب في صندوق البريد أو بتسليم برقية، بينما المذهب الثالث يتم العقد بمجرد تسلم القبول من طرف الموجب ولايهم إذا علم به أو لم يعلم به، ويذهب المذهب الرابع وهو المتفق عليه أن العقد يتم إلا علم الموجب بالقبول. انظر في ذلك: نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 167، انظر أيضا: رشيد شويخ، دروس في النظرية العامة للالتزام، دار الخلدونية، الجزائر، 2011، ص 58. وبالرجوع إلى اتفاقية فيينا نصت على المسألة في المادة 18 و23 و24، فتنص المادة 18 « **يحدث قبول الإيجاب أثره من اللحظة التي يصل فيها الموجب إعلان يفيد الموافقة على إيجابه**» ونصت المادة 23 « **ينعقد العقد في اللحظة التي يحدث فيها القبول أثره وفقا لأحكام الاتفاقية**» والمادة 24 نصت على أنه « ... **إذا ابلغ إليه شفويا أو سلم إليه بأي وسيلة للاتصال شخصيا أو في منشأته أو في عنوانه البريدي أو في محل إقامته المعتاد إذا لم يكن منشأة أو عنوان بريدي**».

(216) علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 34.

الفرع الثاني
شروط صحة تراضي في عقد المقاولة الدولي

لا يكفي وجود التراضي وحده لينتج العقد آثاره وإنما لا بد أن تصدر الإرادة من شخص يتمتع بالأهلية اللازمة لصدور العمل القانوني منه **(أولا)**، وأن يكون رضاه خاليا من العيوب التي تشوب أو تفسد الرضا مثل الغلط، التدليس ، الاكراه **(ثانيا)**.

أولا: الأهلية المطلوبة في ابرام عقد المقاولة الدولي

تعرف الأهلية على أنها صلاحية الشخص للإلزام وللالتزام، حيث يكون الشخص صالحا لأن يلزم غيره بحقوقه وصالحا أن يلتزم بحقوق غيره، فهي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات ومباشرة التصرفات القانونية التي تكون من شأنها أن ترتب له هذا الحق أو ذاك الالتزام[217].

تقسم معظم الأنظمة القانونية الأهلية إلى نوعان أهلية وجوب وأهلية أداء، فأهلية الوجوب هي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق، وكل شخص قانوني سواء كان طبيعيا أو معنويا يعتبر صالحا لأن تكون له حقوق وواجبات، وتثبت للشخص الطبيعي بمجرد ولادته حيا، وقد تكون قبل ذلك إذا توفرت شروط، كما هو الحال بالنسبة للجنين[218].

---

(217) حميد بن شنيتي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، ج2 ، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 2008، ص 113.

« L'exigence de capacité est rappelée par l article 57 du cocc qui dispose (toute personne peut contracter si elle n'en est déclaré incapable par la loi). Le principe c'est que toute personne est capable. La capacité étant l'aptitude à avoir des droits et à pouvoir les exercer.Il s'agit de la capacité de jouissance et de la capacité d'exercise. » Roche FRISON, op.cit, p15.

(218) تعرف أهلية الوجوب وفق الفقهاء الإسلاميين"بأنها صلاحية الانسان لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه" أو هي صفة تقوم بشخص تجعله صالحا لأن يتعلق به حق معين أو عليه. انظر في ذلك: أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في القانون المدني ، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، مد 1، ط 3، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت، لبنان، 2005، ص 23، انظر أيضا: أحمد محمد شريف، مصادر الالتزام ، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1999، ص 74.

Personne physique c'est un individu dont la personnalité commance avec la naissance accomplie de l'enfant vivant et fini par la mort. Il jouit des droit et devoirs qui lui sont conféres par la loi.Voir : Roche FRISON, op.cit P213.

تمثل الأهلية الوضع العادي للشخص، وبالتالي فإن انعدام الأهلية هو الذي يكون محل الدراسة، حيث يصنف القانون الداخلي انعدام الأهلية إلى انعدام أهلية الوجوب وانعدام أهلية الأداء[219] وهذا ماسنراه فيما يلي:

1-انعدام أهلية الوجوب: إن أهلية الوجوب هي صلاحية الشخص للتمتع بالحقوق والالتزام بالواجبات، وإنها تثبت للشخص بمجرد ميلاده، فهي من مظاهر الشخصية القانونية، ومع ذلك فهي قد تتقيد في بعض الأحوال بالنسبة لحقوق معينة يمتتع على الشخص أن يباشرها، تنقسم انعدام أهلية الوجوب إلى:

أ-انعدام أهلية وجوب عام: كنظام الموت المدني أو نظام الرق والذي يعتبر متعارضا مع النظام العام وبالتالي لا مجال للبحث على القانون الذي تخضع له.

ب- انعدام أهلية وجوب خاص: لا توضع بالنسبة لشخصية الذين يخضعون لها وبالتالي فهي لا تتعلق بالأحوال الشخصية، مع ذلك فإنها تشكل جانبا خاصا لمؤسسة قانونية. ومثل ما نصت عليه المادة **402 ق.م. ج « لا يجوز للقضاة ولا للمدافع ق.م. ج ق.م. ج ين ولا للمحامين ولا للموثقين ولا كتاب الضبط أن يشتروا بأنفسهم مباشرة ولا بواسطة اسم مستعار الحق المتنازع فيه كله أو بعضه إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يمارسون أعمالهم في دائرتها وإلا كان البيع باطلا»، ونفس الأمر بالنسبة للمادة 408 ق.م. ج**، لذا تخضع عدم أهلية وجوب خاص للقانون الذي يحكم التصرف ذاته، حيث كل تمييز مبني على أساس الجنس أو الدين يتعلق بعدم أهلية وجوب يكون متعارض مع النظام العام.

2-انعدام أهلية الأداء: تعرف أهلية الأداء على أنها صلاحية الشخص لإصدار التصرف القانوني وهي تخضع للقانون الشخصي وهو قانون الجنسية، وبناء على ذلك انعدام أهلية الأداء محورها التمييز وتتحدد حسب حالة كل شخص على حدى وهي تتعلق بكافة الأعمال القانونية، والهدف منها حماية عديم الأهلية ذاته، ووفقا لقانون جنسية الشخص يتم معرفة أسباب انعدام الأهلية، وكافة التصرفات التي يمكن للمحجور إبرامها والجزاءات المتعلقة

(219) C'est qu'il y a des cas ou l'on rencontre des personnes incapables parceque la loi en a décidé ainsi, soi pour les protéger, sois pour les sanctionner.Voir : Pierre CATALA, droit des obligations, op.cit, p15.

بالحجر، **ولقد نصت المادة 42 من ق.م. ج على ما يأتي: «لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون.**

يعتبر غير مميز من لم يبلغ الثالثة عشر سنة»

نصت **المادة 43** من **ق.م. ج** على أن « **كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة، يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون**»، وعليه إن القانون الشخصي هو الذي يحدد تدخل السلطة، إذا كانت ضرورة لذلك وهذا حسب ما نصت عليه المادة **103** من **ق. أ.ج**[220] « **يجب أن يكون الحجر بحكم، وللقاضي أن يستعين بأهل الخبرة في إثبات أسباب الحجر**»، يستنتج من خلال المواد السابقة أن نطاق أهلية الأداء هو التمييز والإدراك الذي يتوقف مع السن، وهي بذلك تتدرج أهلية مع السن فتختلف أهلية الأداء تبعا لذلك فتمر بأربعة مراحل تتفاوت فيها الأهلية بين العدم والكمال[221].

وعليه إذا بلغ الشخص سن الرشد وهي تسعة عشر سنة كاملة، يعتبر كامل الأهلية لإدارة أمواله والتصرف فيها كما يشاء، هذا إذا لم يكن قد أصيب بعارض من عوارض الأهلية[222] أو مانع من موانعها[223]، ويكون له في هذه المرحلة ممارسة كافة التصرفات القانونية أيا كانت طبيعتها نافعة أو ضارة، حيث يصبح مسؤولا عن أعماله وتصرفاته.

---

(220) قانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 جوان 1984، يتضمن قانون الأسرة، ج ر ع 24، صادر بتاريخ 12 جوان 1984 معدل ومتمم بأمر 05-02 مؤرخ في 27 فيفري 2005، ج ر ع 15، صادر في 27 فبراير 2005.

(221) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 154.

(222) تتمثل عوارض الأهلية في الجنون وهو كل من فقد عقله واختل توازنه وانعدم تمييزه فلا يعتد بأقواله وأعماله شأنه في ذلك شأن الصبي غير المميز وهو أنواع جنون الممتد، الجنون المتقطع. بينما العته هو خلل يضرب عقل الإنسان مما يجعل تدبيره للأمور السيء وهو مرض يصيب الشخص الذي يتقدم في السن. ونلاحظ أن المشرع الجزائري لم يفرق بين الجنون والعته واعتبرهما يعدمان الأهلية وتصبح تصرفاتهما في حكم الصبي عديم التمييز . بينما السفه هو من يبذر المال على غير مقتضى الشرع والعقل سواء كان في أوجه الخير أم لا، الغفلة هو ضعف في الملكات النفسية لشخص تجعل صاحبها بسبب طيبة قلبه، مما يسهل خداعه عند قيامه بتصرفاته القانونية ويعتبر كل من السفيه والغفلة ناقص الأهلية. لمزيد من التفاصيل انظر في ذلك: سليمان مرقص، الواضح في شرح القانون المدني، نظرية العقد والإرادة ، مد 1، ط 6، الجزائر، 1987، ص 786، انظر أيضا: عدنان إبراهيم السرحان، نوري حمد خاطر، شرح القانون المدني، مصادر الحق الشخصي، دار الثقافة للنشر، عمان، الأردن، 2008، ص 67، انظر أيضا: حسن كيرة، المدخل إلى القانون، مطبعة الأطلس، القاهرة، مصر، 1974، ص 584 ، أنظر أيضا: يوسف محمد عبيدات، مصادر الالتزام في القانون المدني ، ط2، دار المسيرة ، عمان، الأردن، 2009، ص 105، انظر أيضا: محمد سعيد جعفور، المدخل إلى علم القانون، دروس

يختلف سن الأهلية من بلد إلى آخر فما يعتبر أنه كامل الأهلية في بلد ما، قد يعتبر ناقص الأهلية في بلد آخر، فمثلا في الجزائر يكون الشخص كامل الأهلية إذا بلغ سن 19 سنة كاملة ، وفي بلد اخرى يعتبر كامل الأهلية إذا بلغ سن 18 سنة كاملة، وعليه يثير الاختلاف البين في النظام الموضوعي للأهلية وسن الرشد وعوارض الأهلية إشكالات في إبرام العقود الدولية لأن الشخص كامل الأهلية في بلد ما يتحمل كامل المسؤولية عن التصرفات التي يقوم بها، وفي نفس الوقت قد يعتبر ناقص الأهلية في بلد آخر وبالتالي لا يتحمل المسؤولية عن تصرفاته القانونية.

يبرم عقد المقاولة صحيحا إذا كان كل من متعاقدين يتمتعون بالأهلية للقيام بهذا التصرف، حيث إذا كان أحد الطرفين ناقص الأهلية كانت المقاولة قابلة للإبطال لمصلحته، فإذا التزم المقاول مثلا بتقديم المادة التي يتسخدمها إلى جانب عمله أو يقتصر على تقديم عمله فقط ففي هذه الحالة تصرفاته تكون دائرة بين النفع والضرر ووجب أن يكون أهلا لمباشرة تصرفاته القانونية، ويعد في حالة تقديمه المادة إلى جانب العمل ويقوم بالتصرف فيه بمثابة البائع [224]، وقد يقتصر التزامه على تقديم عمله فقط دون المادة فيكون مضاربا بعمله، فيكون معرضا للربح والخسارة، وقد يلحق أضرارا برب العمل، فيصبح مسؤولا بموجب

=في نظرية الحق ، ج2، ط 2، دار هومة، الجزائر، 2011، ص. ص. 35-36، انظر أيضا: فريدة محمدي زواوي، المدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق، المؤسسة الوطنية للفنون، الجزائر، 2002، ص 82.

(223) تتجلى موانع الأهلية في المانع المادي والمتمثل في غيبة وهو كل شخص غائب كامل الأهلية وإرادته سليمة إلا أنه نظرا لغيابه لا يمكن له أن يتولى إدارة شؤونه بنفسه، وحتى لاتتعطل مصالحه تتدخل المحكمة لتعين وكيلا عنه يتولى شؤونه، بينما المانع الطبيعي: يتمثل هذا المانع في إصابة الشخص بعاهة مستدامة وهي حالة خاصة من موانع الأهلية، بينما المانع القانوني: حسب المادة 7 من القانون يمتنع على المحكوم عليه بعقوبة جنائية دون جنحة أو مخالفة صلاحية مباشرة التصرفات القانونية وذلك كعقوبة تبعية تضاف إلى الأهلية ويكون محجورا عليه مدة تنفيذ العقوبة التي تبدأ مع الاعتقال وتنتهي معه ولا يمكنه القيام بأعماله أو التصرف فيها إلا بإذن المحكمة. لمزيد من =التفاصيل انظر في ذلك: حسن كيرة، المدخل إلى القانون، مطبعة الأطلس، القاهرة، مصر، 1994، ص 588، انظر أيضا: عبد الودود يحيى، الموجز في النظرية العامة للالتزام ، أحكام الاثبات، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1994، ص 112، انظر أيضا: رمضان أبو السعود، شرح المقدمة في القانون المدني، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة، مصر، 1994، ص ص 184-185، انظر أيضا: فتحي عبد الرحيم عبد الله، شرح النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص 113، انظر أيضا: خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام، ط2، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 48.

(224) عدنان إبراهيم سرحان، مرجع سابق، ص 32.

عقد المقاولة عن تعويضه ولذا استوجب القانون توافر أهلية التصرف في المقاول. بينما حين يلتزم رب العمل بدفع الأجر، يقدمه المقاول من عمل، فتكون المقاولة بالنسبة إليه من الأعمال الدائرة بين النفع والضرر، ولذا وجب أن تتوفر فيه أهلية التصرف[225].

ثانيا: عيوب الارادة في عقد المقاولة الدولي

لا يكفي أن يكون المتعاقدان كاملا الأهلية بل يجب أن تكون إرادة طرفيه سليمة غير مشوبة بعيب من عيوب الارادة، كالغلط، التدليس، الإكراه والاستغلال، ولبيان أحكام عيوب الإرادة لا بد من الرجوع إلى القواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني والتي تجعل العقد قابلا للابطال، إلا أن عيب الغلط يعد من أكثر العيوب مساسا بهذا العقد خاصة في شخص المقاول أو عند الحساب وغلطات القلم.

1-**الغلط** : وهم يقع في ذهن المتعاقد وقت إبرام العقد ويجعله يتصور الشيء الذي تعاقد عليه على غير حقيقته[226]، وليس كل وهم يقوم في ذهن المتعاقد يؤدي إلى إبطال العقد وذلك أن الغلط الذي يحيط بإبرام العقود قد يتخذ عدة صور، مما يؤدي إلى اختلاف الجزاء حسب ما يقع فيه المتعاقد في الغلط [227]وهو أنواع:

أ-قد يقع الغلط في طبيعة العقد أوسببه أو محله، فهذه الحالات تمس الغلط في وجود الإرادة وبذلك يؤدي إلى انعدامها، ويؤدي إلى بطلان العقد بطلانا مطلقا.[228]

ب-وقد يكون الغلط في الباعث حيث يدفع المتعاقد إلى إبرام العقد دون أن يكون متصلا بصفة جوهرية بالشيء أو بالشخص، ومادام ذات الشيء وصفته كان السبب الرئيسي الذي دفع المتعاقد إلى إبرام العقد، فيجعل العقد قابلا لابطال العقد[229].

---

(225) أحمد عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 48، انظر أيضا: بجاوي المدني، مرجع سابق، ص 101.

(226)« **L'erreur est habituellement définie comme une représentation erronée ».** Voir : Pierre CATALA, droit des obligations,op.cit, p48

(227)عبد الرزاق دربال، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 22، انظر أيضا: محمد حسام محمود لطفي، النظرية العامة للالتزام ، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، مصر، 1999، ص76

(228)« **L'erreur obstacle est l'erreur tellement grave qu'il n'y a pu avoir de contrat valablement formé, ça veut dire l'erreur doit etre considérée comme portant sur la substante de la chose lorsqu'elle est de telle nature que, sans elle, l'une des parties n'aurait pas contracté ».Voir :** Pierre CATALA, droit des obligations, op.cit,, p48

(229) فتحي عبد الرحيم عبد الله، مرجع سابق، ص182، انظر أيضا: مصطفى الجمال، مرجع سابق، ص. ص. 106-107؛ نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص. ص. 165-166، علي فيلالي، النظرية العامة للعقد (الالتزامات)، مرجع سابق، ص 101.

ج–وقد يكون الغلط أيضا في شخص المقاول، حيث لا تأثير لعيب الغلط في صحة العقد، إذا كان في شخص المقاول باستثناء إذا كان شخصيته محل اعتبار لدى رب العمل والتي بسببها قد ينقضي عقد المقاولة حسب المادة 569 و 564 **ق.م. ج** (230).

د–وكثيرا ما يقع الغلط في الحساب بالزيادة أو بالنقصان، كما قد يقع أيضا في القلم، وذلك عند وضع الأرقام بين صفحة وأخرى مغلوطة ففي كلا الحالتين تكون المقاولة صحيحة، ولكن يجب تصحيح الغلط دون أن يكون سببا في التمسك بإبطال هذا العقد حسب المادة 84 من **ق.م. ج.**

نصت المادة 82 و 81 من **ق.م. ج** على شروط الغلط حيث يشترط أن يكون الغلط جوهريا حتى يؤدي إلى إبطال العقد، ويكون جوهريا إذا كان هو الدافع الرئيسي إلى التعاقد، ويكون كذلك إذا انصب الغلظ على صفة أساسية في شيء محل التعاقد، أو إذا انصب في ذات المتعاقد أو صفة من صفاته (231).

2–التدليس: هو قيام الشخص باستعمال طرق احتيالية غير شريفة، خداعية بقصد إيهام شخص آخر بغير الحقيقة، مما يؤدي إلى وقوعه في غلط يدفعه للتعاقد(232)، ولقيام التدليس لا بد من توفر بعض الشروط نصت عليهم المادتين 86 و87 من **ق.م. ج** والمتمثلة في

=Lérreur ne constitue jamais un vice du consentement lorsqu'elle porte sur la valeur de la chose ou les motifs du contrat.par exemple qu'une personne vende un bien d'une valeur de 10000 euros pour 1000 euros elle ne peut demander la nullité.Voir : Pierre CATALA, droit des obligations, op.cit, p49

نصت المادة 569 من **ق.م.ج** « **ينقضي عقد المقاولة بموت المقاول، إذا اخذت بعين الاعتبار مؤهلاته الشخصية وقت التعاقد، وإن كان الأمر خلاف ذلك' فإن العقد لا ينتهي تلقائيا، ولا يجوز لرب العمل فسخه، في غير الحالات التي تطبق فيها المادة 552 الفقرة الثانية، إلا إذا لم تتوفر في ورقة المقاول الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل»**

ونصت المادة 1/564 من **ق.م.ج**« **يجوز للمقاول أن يوكل تنفيذ العمل في جملته، أو في جزء من إلى مقاول فرعي، إذا لم يمنعه من ذلك شرط في العقد، أو لم تكن طبيعة العمل تفرض الاعتماد على كفاءته الشخصية» .**

Voir aussi : L'erreur sur la personne du contractant constitue parfois un vice du consentement « elle peut etre invoquée si la considératon de la personne du cocontractant a été la cause principale de la convention.

Il y a erreur sur la personne lorsqu' un contractant se trompe sur l'identité civile de son partenaire.Voir : Pierre CATALA, droit des obligations, op. cit. p50

(231) محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 168، انظر أيضا: محمد سعيد جعفور، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقه الاسلامي، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 1998، ص 20، انظر أيضا: محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 152، انظر أيضا: توفيق فرج حسين، مرجع سابق، ص. ص. 132–133، انظر أيضا: حسن علي الذنون، محمد سعيد رحو، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص 112.

(232) Le dol consiste dans des manœuvres frauduleuses émanant intentionnelement d'un contractant et ayant déterminé son partenaire à conclure le contrat.Voir : Pierre CATALA, droit des obligations, op.cit, p53

استعمال الطرق الاحتيالية لتضليل المتعاقد للوصول إلى غرض غير مشروع ويكون ذلك باستعمال وسائل احتيالية من أقوال وأفعال يرتب عليها وقوع الشخص في غلط وأن يقصد المتعاقد خداع الطرف الآخر، ولا بد أن تكون تلك الحيل المستعملة مؤثرة بحيث تبلغ حدا من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف المدلس عليه العقد ويرجع تقدير الجسامة إلى المعيار الشخصي الذي يستخلصه القاضي من الظروف الحال[233].

3-الإكراه: هو ضعف يقع على الشخص بغير وجه حق فيبعث في نفسه رهبة أو خوفا يحمله على إبرام عقد لم يكن يقبل به لو كانت إرادته حرة ونصت عليه المادة 88 من **ق.م. ج** ، والإكراه قد يكون ماديا فينتزع الإرادة من شخص عنوة، فتكون الإرادة معدومة أصلا ويصبح العقد باطلا بطلانا مطلقا، أو معنويا بحيث يتم الإختيار الذهني للشخص الذي يكون تحت تأثير الخوف من الوقوع الأذى المهدد به حيث لو كان في ظروف عادية ما أبرم العقد. ولايتحقق الإكراه إلا إذا هناك ضغط يبعث في نفس المتعاقد رهبة دون وجه حق، وأن تكون هذه الرهبة هي الدافع والباعث إلى التعاقد بحث لولاها لما أبرم الطرف الآخر العقد[234].

---

(233) حسن علي الذنون، محمد سعيد رحو، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص 112، انظر أيضا: محمد سعيد جعفور، مرجع سابق، ص. ص. 40-42، انظر أيضا: توفيق فرج حسين، النظرية العامة للالتزام ، مرجع سابق، ص. ص. 144-145، انظر أيضا: محمد حسام لطفي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، أحكام الاثبات، قصر الدعاية والطباعة والإعلان، القاهرة، مصر، 2007، ص 85، انظر أيضا: العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج1، التصرف القانوني ، مرجع سابق، ص 112، رشيد بن شويخ، دروس في النظرية العامة للالتزام ، مرجع سابق، ص 82.

Voir aussi : le dol comporte un double aspect : objectif, le comportement fautif d'un contractant, et subjectif, l'erreur de son partenaire qui en a résulté.ainsi s'explique que la possibilité de la victime de demander la nullité du contrat. Voir : Pierre CATALA, droit des obligations, op.cit. , p53

(234) فتحي عبد الرحيم، مرجع سابق، ص 166، انظر أيضا: أحمد فرج حسين، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1999، ص 166، انظر أيضا: نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 182، انظر أيضا: مصطفى جمال ، مرجع سابق، ص 127، انظر أيضا: محمد سعيد جعفور، مرجع سابق، ص 69، انظر أيضا: إدريس فاضلي، مرجع سابق، ص 91.

La violence présente un double aspect : le comportement fautif d'un contractant, ayant vicié le consentement de se partenaire : la nullité du contrat peut ainsi etre accompagnée d'une condamnation à des dommages-intérets. Des violances de différentes natures peuvent etre physique(main tenue lors de la signature du contrat, séquestration…) ou morales (chantages).Voir : Pierre CATALA, op.cit, p54.

4-الإستغلال: هو اختلال فاحش أو تفاوت كبير في الأداء نتيجة استغلال المتعاقد ما في المتعاقد الآخر من ضعف نفسي، أو ذلك الضرر الذي تحمله المتعاقد في العقد المعاوضة نتيجة عدم تعادل الالتزامات المقابلة وقت إبرام العقد، وينطوي استغلال على عنصرين وهما عدم التكافؤ بين ما يدفعه المتعاقد وما يتحصل عليه (عنصر مادي)، الناتج عن ضعف في المتعاقد الآخر (عنصر معنوي)، ولا يتحقق الاستغلال إلا إذا تبين وجود طيش بين أو هوى جامح لدى متعاقد ويكون هو دافع إلى التعاقد قصد من خلاله للوصول إلى تفاوت كبير في الأخذ والعطاء بالنسبة للمتعاقد الآخر[235].

المطلب الثاني

القانون الواجب التطبيق على التراضي في عقد المقاولة الدولي

لا يقوم القاضي بإسناد الموضوع المطروح أمامه إلى القانون المختص بالفصل فيه إلا إذا تم معرفة الفئة المسندة المناسبة التي ينتمي إليها هذا الموضوع، ومن ثم تطبيقها عليه، ويتم تحديد الفئة المسندة عن طريق تكييف[236] المسألة المثارة، حيث تعد هذه العملية تفسيرا لقاعدة الاسناد الوطنية، كما يعتمد القاضي حتما عند قيامه بعملية التكييف الاستناد على قواعد قانون معين، وهو الأمر الذي عرف اختلافا حول القانون الذي يخضع له التكييف فيما إذا كان القانون الوطني للقاضي أو قانونا آخر، غير أن المشرع الجزائري حسم موقفه في هذا الشأن بأن خضع التكييف لقانون القاضي (الفرع الأول).

---

(235) محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص. ص. 192-193، انظر أيضا: فتحي عبد الرحيم عبد الله، مرجع سابق، ص 166، انظر أيضا: عبد الرزاق دربال، مرجع سابق، ص29، انظر أيضا: نبيل إبراهيم السيد، مرجع سابق، ص 193، انظر أيضا: العربي بلحاج، مرجع سابق، ص. ص. 147-151.

(236) يعرف التكييف بأنه هو تحديد طبيعة المسألة التي تتنازعها القوانين لوضعها في إحدى الفئات القانونية التي خصها المشرع بقاعدة الاسناد. انظر في ذلك: عمر بلمامي، دراسات في القانون الدولي الخاص المعاصر، نظرية التكييف، دراسة تحليلية ونقدية، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2010، ص. ص. 154-155، انظر أيضا: صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين (دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2006، ص. ص. 32-47، انظر أيضا: رمزي محمد علي دراز، فكرة تنازع القوانين في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، مصر، 2004، ص. ص. 87-94، انظر أيضا: إيناس محمد البهجي، يوسف المصري، دراسات في القانون الدولي الخاص، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، 2013، ص. ص. 12-15.

« Qualification est un fait de rattacher un acte juridique, les faits d'une affaire ou une situation juridique à un concept ou une catégorie préalablement existants ».Voir : Ibtissam GARRAM, op.cit, 231.

يعد تطابق الإيجاب والقبول لإحداث أثر قانوني معين هو التراضي بين الأطراف المتعاقدة كما رأينا سابقا، وللإرادة طرق للتعبير عنها سواء كان صريحا أو ضمنيا، أو عن طريق السكوت الملابس، ويجب أن يكون أطرافه متمتعين بالأهلية وخالية من عوارضها كالجنون والعته والسفه والغفلة، وفي حالة حدوث نزاع حول وجود التراضي لابد من تحديد القانون الذي يطبق في هذه الحالة، ولا بد أن يكون هذا التراضي خاليا من عيوب الإرادة كالغلط والتدليس والإكراه والاستغلال، وهو ما يعرف بصحة التراضي وفي حالة حدوث نزاع حوله لابد من تحديد القانون الواجب التطبيق عليه **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول

التكييف مرحلة أولية لتعيين القانون الواجب التطبيق على عقد المقاولة دولي

يقوم القاضي قبل تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد المقاولة الدولي تعيين قاعدة الإسناد الخاصة بالمسألة المطروحة أمامه المشتملة على عنصر أجنبي، وهي عبارة عن عملية أولية فنية يطلق عليها التكييف.

يرتكز التكييف وفق هذا المعنى[237] على التكييف الضروري السابق لتطبيق قواعد الإسناد، إذ يسعى القاضي أولا معرفة مجموعة المواد القانونية التي ينتمي اليها موضوع

---

(237) يقصد بالتكييف الضروري السابق أو الأولي التكييف اللازم لإعمال قاعدة الإسناد وتحديد القانون الواجب التطبيق، ويقابل التكييف الأولي التكييف الثانوي أو اللاحق والذي يقصد به تلك التكييفات التي تثار في مرحلة لاحقة على مرحلة الإسناد، أي التي تثار عند تطبيق القانون الذي أشارت قاعدة الإسناد باختصاصه. انظر في ذلك: حمزة قتال، دور القاضي في تطبيق القانون الأجنبي في القانون الجزائري والمقارن، اطروحة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، فرع القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2011، ص. ص. 60-61، انظر أيضا: صلاح الدين جمال الدين، قانون العلاقات الخاصة الدولية (دراسة في ضوء فقه الشريعة الإسلامية)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2006 ص. ص.168-169، انظر أيضا: عبد الرزاق دربال، الوافي في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول (النظرية العامة في تنازع القوانين)، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، 2012، ص. ص. 75-82، انظر أيضا: عامر محمد الكسواني، تنازع القوانين، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2010، ص. ص. 97-100، انظر أيضا: عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، أحكام التنازع الدولي للقوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان،2012، ص. ص. 43-45، انظر أيضا: صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص (الجنسية وتنازع القوانين) دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2008، ص. ص. 270-272، انظر أيضا: عز الدين عبد الله، «**اتجاهات القضاء في تطبيق قواعد الإسناد في مواد الأحوال الشخصية**»، مجلة القانون والاقتصاد، ع 1 و2، س24، 1954، جامعة القاهرة، ص. ص. 53-60.

النزاع ثم يطبق بعد ذلك قاعدة الاسناد الخاصة بهذه المجموعة، ولذلك فالتكييف يعني تعيين مضمون قاعدة الإسناد وتحديد نطاقها.

يهدف التكييف وبصفة خاصة في مجال القانون الدولي الخاص، باعتباره وسيلة فنية تقنية إلى تسمية القاعدة المعينة بقاعدة التنازع، إذ تتحدد على ضوء التكييف قاعدة التنازع التي بمجرد اختيارها سوف تقوم بصورة الية بتسمية وتحديد القانون الملائم لحل المسألة محل النزاع[238]، كما هو معلوم لا تضع قواعد التنازع أو الإسناد المعمول بها في مختلف الدول حلا موحدا لكل المسائل التي تطرح أمام القضاء، بل تقول بإرشاد وتوجيه القاضي إلى قانون الواجب التطبيق من خلال وضع الحلول لكل طائفة من المسائل دون أن تعطي لها حلا مباشرا ونهائيا[239].

نص المشرع الجزائري على التكييف الذي ينصب على العلاقات القانونية من خلال نص المادة **09 ق .م.ج** بنصها: « **يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب التطبيق**»[240]، وعليه أخضع التكييف لقانون القاضي كقاعدة عامة **(أولا)**، ثم أورد عدة استثناءات على هذه القاعدة **(ثانيا)**.

أولا: الأصل خضوع التكييف لقانون القاضي

يذهب الفقيه الفرنسي بارتن مؤسس نظرية التكييف إلى القول بأن التكييف مسألة أساسية لازمة لتحديد القانون الواجب التطبيق، من خلال اللجوء في الغالب إلى قانون القاضي، حيث تقوم المحاكم لتحديد الواقعة أو التصرف القانوني محل النزاع الاعتماد على قانون الوطني، وهي إذ تفعل ذلك لاتبرر عادة مسلكها وإنما هي تقوم بالتكييف وفقا لقانونها

---

(238) سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي ، المضمون الواسع المتعدد الموضوعات، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009، ص. ص. 601 – 602.

(239) سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص، تطور وتعدد طرق حل النزاعات الخاصة الدولية، تنازع القوانين، المعاهدات، التحكيم التجاري الدولي، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2004، ص. ص. 130-131، انظر أيضا: صادق محمد محمد الجبران، التصنيف في القانون الدولي الخاص المعاصر، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2006، ص 23.

(240) كمال عليوش قربوع، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص 100، انظر أيضا: الطيب زروتي: القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، ج1، تنازع القوانين، مطبعة الفسيلة، الجزائر، 2001، ص 90،

بطريقة ضمنية وغير محسوسة، وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري من خلال تنظيمه لنظرية التكييف بنص قانوني صريح في المادة 09 من ق.م.ج حيث أخذ فيه بنظرية خضوع التكييف إلى قانون القاضي التي نادى بها الفقيه الفرنسي بارتن[241].

على هذا الأساس، فإن الرجوع إلى القانون الجزائري لتحديد طبيعة النزاع المعروض على القاضي الجزائري وإدراجه ضمن نظام من النظم القانونية أمر لا يمكن تجاوزه[242].

يميز الفقيه بارتن بين التكييف الأولي أو السابق الذي غرضه إيجاد قاعدة الإسناد التي تندرج تحتها المسألة القانونية المطروحة لمعرفة القانون المختص بحكمها، والتكييف الثانوي أو اللاحق وهو الذي يتطلبه القانون الذي عينته قاعدة الإسناد بعد التوصل إليها، فالتكييف الأولي هو الذي يخضع لقانون القاضي، أما الثاني فيخضع للقانون الذي أشارت بتطبيقه قاعدة الإسناد[243].

---

(241) حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، المبادئ العامة في تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007، ص 110، انظر أيضا: عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، بيروت، لبنان، 2008، ص ص 57-78.

Jean-Paul NIBOYET, cours de droit international privé français, 2éme Ed , Dalloz, Paris, 1949, p 453, Voir aussi : Pierre MAYER, Heuzé VINCENT, droit international privé, 8éme Ed, Delta, Beyrouth, liban, 2005, p377

(242) إن المقصود بالقانون الجزائري هو المفهوم الواسع للقانون الجزائري والذي يشمل بطبيعة الحال كل القواعد القانونية مهما اختلفت مصادرها التي استمدت منها قوتها الإلزامية. ويترتب على ذلك أن القاضي الجزائري المعروض عليه النزاع في العلاقات القانونية ذات العنصر الاجنبي، ألا يتوقف بحثه عن طبيعة النزاع عند حد النص التشريعي، بل يتعدى ذلك إلى البحث عن التكييف في القواعد القانونية الأخرى الموجودة في الشريعة الاسلامية باعتبارها المصدر الموالي للتشريع، فإن لم يجد فيها تكييفا للمسألة المعروضة عليه رجع إلى المصادر القانونية الموالية المتمثلة في العرف وقواعد القانون الطبيعي وقواعد العدالة. وهو ما أكدته المادة 01 من **ق.م.ج** على أنه « **يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها. وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف. فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة**».

(243) وعليه لو عرض على القاضي نزاع يتعلق بعلاقة قانونية معينة، فإنه يقوم بتكييفها وفقا لقانونه، فإذا تبين للقاضي أن النزاع المطروح بعد تكييفه يدخل في طائفة الالتزامات التعاقدية أخضعها لقانون الإرادة، وهذا هو التكييف الأولي، وبه قد عرف القانون المختص بحكمها، وهنا ينتهي عمل قانون القاضي ويتم الرجوع إلى قانون الإرادة للتكييفات اللاحقة مثل تحديد وصف الالتزام التعاقدي هل هو عقد بيع أو هو عقد بيع أو غيره من العقود الأخرى . انظر في ذلك: أحمد الفضلي، الموجز في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، تنازع الاختصاص القضائي، دار قنديل للنشر، عمان، الأردن، 2004، ص 57، انظر أيضا: بلقاسم أعراب، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، دار هومة، الجزائر، 2006، ص 82، انظر أيضا: هشام علي صادق، المطول في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية،

اتجه الفقه الحديث إلى ما توصل إليه الفقيه بارتن واقره، فالتكييف حسبه هو تفسير قاعدة الإسناد الوطنية ولا يتصور إخضاعه لغير قانون القاضي، حيث يقتصر الرجوع وفقه إلى القانون القاضي على التكييف الأولي لازم لتحديد القانون المختص فهو وحده الذي يتصل بتفسير قاعدة الإسناد، أما التكييف الثانوي أو اللاحق وفق اتجاه الحديث فهو لا يثار إلا في مرحلة لاحقة على مرحلة الأسناد، إذ هو يثار عند تطبيق القانون الذي أشارت قاعدة الاسناد[244] باختصاصه ومن ثم فهو يخضع لهذا القانون بوصفه تفسيرا لأحكامه[245].

بناء على ما تقدم، نلاحظ أن المشرع الجزائري قد نظم فكرة تكييف كمرحلة أولية ومبدأ عام لا بد منه قبل البدء في أي مرحلة من مراحل البحث عن القانون الواجب التطبيق، وتم إخضاع التكييف لقانون القاضي كقاعدة عامة وليس للقانون المختص.

ثانيا: الاستثناءات الواردة على خضوع التكييف لقانون القاضي.

إن قاعدة خضوع التكييف لقانون القاضي ليست مطلقة، وإنما ترد عليها بعض الاستثناءات يتعذر فيها تطبيق هذه القاعدة وتتمثل هذه الأخيرة في تكييف الأموال(أ)، تكييف الفعل(ب)، تكييف الالتزامات التعاقدية(ج)، حالة وجود معاهدة بين دولة القاضي وبين دولة أجنبية (د).

أ – تكييف الأموال

استثنى الفقيه بارتن المال من حيث كونه عقارا أو منقولا من خضوعه في التكييف لقانون القاضي، فإذا كان موقع المال يعتبر المال عقارا مثلا بالتخصيص أو عقارا بطبيعته، فيجب الأخذ بأحكامه دون الأخذ بقانون القاضي ، ويرجع الفقيه سبب هذا الاستثناء إلى

=مصر، 2014، ص 217، هشام خالد، القانون الدولي الخاص، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2014، ص. ص. 509– 521.

(244) بلقاسم أعراب، مرجع سابق، ص 84، انظر أيضا: عامر محمد الكسواني، موسوعة القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار الثقافة ، عمان، الاردن، 2010، ص. ص. 103–115.

(245) هشام علي الصادق، تنازع القوانين، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1993، ص. ص. 64–65، انظر أيضا: عكاشة محمد عبد العال، قانون الإجراءات المدنية والتجارية الدولية وتنفيذ الأحكام الأجنبية، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، مصر، 2007، ص. ص. 50–60.

فكرة تحقيق الطمأنينة في اكتساب الحقوق العينية واستقرار المعاملات والمحافظة على الثروة[246].

نصت المادة 17 **ق.م.ج** على أنه: « **يخضع تكييف المال سواء أكان عقارا أو منقولا إلى قانون الدول التي يوجد فيها. ويسري على الحيازة والملكية والحقوق العينية الأخرى قانون موقع العقار. ويسري على المنقول المادي قانون الجهة التي يوجد فيها وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الاخرى»**

يرى الفقيه بارتن أن هذا نوع من التكييف لا يتدخل في دور قاعدة الإسناد، بمعنى أنه لا يتعلق بقاعدة التنازع لدولة القاضي، بمعنى أنه لا يتعلق أصلا بقاعدة التنازع لدولة القاضي، حيث وصف المال وتحديده سواء كيف على أنه عقار أو منقول يخضع في تحديد القانون الواجب التطبيق في هذه الحالة إلى قانون الموقع [247]، على هذا الأساس فهو يخضع إلى قانون الموقع بوصفه القانون المختص لا على سبيل الاستثناء من القاعدة العامة، فوصف المال على أنه عقار أو منقول في هذه الحالة إلا كتكييف ثانوي أو لاحق وهذا إعمالا للتفرقة الشهيرة التي أقامها بارتن بين التكييف السابق والتكييف اللاحق[248].

وضع المشرع الجزائري من خلال أحكام القانون المدني حدا لمسائل خلافية، فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق، فعلى سبيل المثال، نصت المادة **01/17** مكرر من نفس القانون على أنه« **يسري على الأموال المعنوية قانون محل وجودها وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحياة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى أو فقدها»،**

---

(246) أم السعد بن زيان، اختصاص القانون الجزائري في حل تنازع القوانين، دراسة مقارنة، اطروحة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، القسم الخاص، كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2015، ص 65، انظر أيضا: عبد الكريم بلعيور، محاضرات في القانون الدولي الخاص على ضوء التعديلات التي جاء بها القانون 05-10، كلية الحقوق ، يوسف بن خدة، جامعة الجزائر، 2011، ص 43، انظر أيضا: هشام علي الصادق: المطول في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 218.

(247) هشام علي صادق، المطول في قانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 220، انظر أيضا: هشام علي الصادق: تنازع القوانين، مرجع سابق، ص. ص. 66-68.

(248) عكاشة محمد عبد العال، قانون الإجراءات المدنية والتجارية الدولية وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مرجع سابق، ص. ص. 61- 72 .

يستنتج من المادة 17 مكرر السالفة الذكر أن المشرع الجزائري أخضع القانون الواجب التطبيق بالنسبة للحيازة والملكية الأدبية والفنية والحقوق العينية الأخرى لقانون الجهة التي يوجد بها، حيث يجب على القاضي وفق المادة السالفة الذكر أن يقوم بتكييف المسألة المرفوعة أمامه وفقا للقانون الجزائري، لتحديد ما إذا كانت تدخل في مضمون فكرة الحقوق المصنفة أم لا، فإنه يخضع وصف هذا المال بداهة لقانون الموقع ليس على سبيل الاستثناء من القاعدة العامة وإنما بوصفه تكييفا ثانويا يخضع للقانون المختص أو القانون الذي يحكم النزاع.

ب-تكييف الفعل: يقوم القاضي المعروض عليه النزاع بتكييف الفعل المرتكب فيما إذا كان ضارا أو نافعا محظورا أو مباحا وإعطائه وصفا قانونيا معينا وفقا لقانون القاضي المعروض عليه وفقا للقاعدة العامة، فإذا تم تكييف الفعل وكان ضارا يترتب عنه المسؤولية التقصيرية أو نافعا ويترتب عنه التزامات قانونية إلى قانون محل ارتكابها، حيث يترتب عن اختلاف بين القوانين أن تكون مسؤولية مرتكب هذا الفعل وفقا لقانون المحل الذي تم فيه ارتكاب الفعل ومخالفة قواعده القانونية والهدف من ذلك هو تحقيق العدالة من خلال إسناد خضوع الفعل إلى قانون محل وقوعه بدلا من قانون القاضي الذي إذا طبق في هذا المجال سوف يكون منافيا لتحقيق العدالة لأن الفعل ارتكب في بلد غير بلد القاضي[249].

تأثر المشرع الجزائري بالتشريع الفرنسي في هذا الصدد، إذ نصت المادة 20 من **ق.م.ج** على أنه « **يسري على الالتزامات غير التعاقدية قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشيء للالتزام، غير أنه فيما يتعلق بالالتزامات الناشئة عن الفعل الضار لا تسري أحكام الفقرة السابقة على الوقائع التي تحدث في الخارج وتكون مشروعة في الجزائر، وإن كانت غير مشروعة في البلد الذي وقعت فيه**» يستنتج من نص المادة السالفة الذكر أنه يطبق قانون المحل فيما يتعلق بالالتزامات غير التعاقدية، سواء تعلق الأمر بالمسؤولية عن الفعل الشخصي أو الغير أو عن فعل الأشياء أو فيما يتعلق بالالتزام الناشئ عن الاثراء بلا سبب، أما عن الفعل الضار يشترط وفقا المادة المذكورة أعلاه لتطبيق قانون المحل بالجزائر أن يكون الفعل الضار المرتكب في الخارج معتبرا غير مشروع.

(249) عبد الكريم بلعيور، مرجع سابق، ص 44.

ج- تكييف الالتزامات التعاقدية

أخضع المشرع الجزائري بموجب المادة **18 ق.م. ج** تكييف الالتزامات التعاقدية حسب القانون الذي اختاره المتعاقدين وليس قانون القاضي، حيث نصت على أنه « **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 حال عدم إمكان ذلك يطبق قانون محل إبرام العقد.غير أنه يسري على العقود المتعلقة بالعقار قانون موقعه**».

يرى الدكتور علي علي سليمان وجوب الأخذ بالراي الأول وتقييد اختيار المتعاقدين بتوافر صلة بين العقد أو المتعاقدين وبين القانون المختار، لأنه من غير المعقول أن يختار الحكم عقدهما قانونا لاصلة له مطلقا بهما ولا بعقدهما، دون أن يكون من وراء ذلك تحايلا يقصد منه التهرب من القانون الواجب التطبيق[250].

د: حالة وجود معاهدة بين دولة القاضي وبين دولة أجنبية

قد تنص معاهدة دولية بين دولة قاضي ودولة أجنبية أن التكييف يكون خاضعا لقانون آخر غير قانون القاضي، حيث يمكن أن ترد قاعدة الإسناد في معاهدة دولية، فإذا اتفق في المعاهدة صراحة على تكييف معين وفق قانون معين وجب العمل بهذا القانون احتراما للمعاهدة، حيث تعتبر المعاهدة جزءا من القانون الداخلي، وعليه خروج تكييف عن القواعد العامة المتمثلة في اسناد تكييف وفق قانون القاضي، والتزام باسناد التكييف العلاقة القانونية في حدود ماهو مذكور في المعاهدة[251]، ولقد تأثر المشرع الجزائري بهذا الأمر في المادة **21 ق.م. ج** بنصها على أنه « **لا تسري أحكام المواد السابقة إلا حيث لا يوجد نص على خلاف ذلك، في قانون خاص، أو معاهدة دولية نافذه في الجزائر**» [252].

---

(250) علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003، ص 109.

(251) هشام علي صادق، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 62.

(252) من أمثلة ذلك أيضا ما نصت عليه المادة 14 من المعاهدة الفرنسية الإيطالية المنعقدة سنة 1930 والمتعلقة بتنفيذ الأحكام الأجنبية، على أن الطبيعة التجارية للدعوى المرفوعة أمام القضاء، والتي تكلمت عنها المعاهدة تحدد تبعا لقانون الدولة التي رفعت فيها هذه الدعوى. ومن أمثلة المعاهدات التي نظمت قواعد خاصة بالتكييف معاهدة مونترو المؤرخة في =ماي 1937 والتي ألغت الإمتيازات الأجنبية في مصر، إذ حددت هذه المعاهدة المقصود بمواد الأحوال الشخصية =

أشارت إلى موضوع التكييف بعض الاتفاقيات الدولية المبرمة بين الجزائر ودول اخرى، منها على سبيل المثال، الاتفاقية المبرمة بين الجزائر والمملكة المغربية بقصد تجنب الازدواج الضريبي ووضع قواعد المساعدة المتبادلة في ميدان الضريبة على الدخل والثروة، الموقعة في الجزائر يوم 25 جانفي 1990[253]، حيث أعطت الاتفاقية أهمية كبيرة لتكييف جميع المسائل المتعلقة بتفادي الازدواج الضريبي، على أن الأمر يتحقق عندما يتفق في المعاهدة على قاعدة إسناد معينة، ولا ينص فيها على التكييف اللازم لتطبيقها، أو عدم تطبيقها، حيث قد تتوسع كل دولة في مفهوم تطبيق هذه المعاهدة، أو تقوم كل دولة بتضييق من نطاق تطبيقها، وعليه يترتب عن الأسلوب الانفرادي في تفسير المعاهدة إلى إخراجها في النهاية عن الاطار الذي انشأت من أجله، ومع ذلك يبقى التساؤل قائما إذا لم يوفق القاضي في الوصول إلى تكييف مشترك[254].

=الخاصة بالأجانب، وأخضعت المواد التي تعتبر من قبيل الأحوال الشخصية لقانون جنسيتهم. ونفس الطريقة أيضا اتبعت في اتفاقيات لوزان والخاصة وبالإقامة والتي عقدت بين تركيا والحلفاء في 24 جويلية 1923، وقد حددت هذه الاتفاقية سلسلة من المواد التي تعتبر من قبيل الأحوال الشخصية والتي يجب أن تخضع لقانون الجنسية. ومن هذا القبيل أيضا اتحاد بروكسل البحري 1924، ففي الاتفاق الخاص بالشخص حدد معنى الناقل والبضائع والسفن، والاتفاق الخاص باتحاد الملكية الصناعية المؤرخ في 02 مارس 1983 والمعدل باتفاق واشنطن المؤرخ في 2 جويلية 1911 الذي حدد معنى الموطن الأصلي والملكية الصناعية وبراءات الاختراع، والاتفاق المبرم بين فرنسا وسويسرا في 15 جويلية 1869 بشأن الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الذي يحدد في مادته 09 معنى محكمة" فتح التركة". غير أن المعاهدات التي أعطت أهمية أكثر للتكييف، معاهدة تفادي ازدواج الضرائب والتهرب من دفعها قد حددت معنى الضرائب بدقة متناهية ونفس الأهمية أعطيت كذلك إلى مسألة إزدواج الجنسية وكذا مسألة الانعدام. انظر في ذلك: عمر بلمامي، دراسات في القانون الدولي الخاص المعاصر، مرجع سابق، ص. ص. 201-203.

(253) مرسوم رئاسي رقم 90-299 مؤرخ في 13 أكتوبر 1990، يتضمن المصادقة على الاتفاقية الجزائرية المغربية قصد تجنب الازدواج الضريبي ووضع قواعد المساعدة المتبادلة في ميدان الدخل والثروة، الموقعة في الجزائر يوم 25 جانفي 1990، ج ر ع 44 ، صادر في 17 أكتوبر 1990.

(254) في هذا المعنى يرى الفقيه نيبوابيه أن هذا الوضع أشبه ما يكون بابرام تاجرين أو مصنعين عقدا كل منهما يريد تكييفه حسب مصلحته، فيكون تكييف أحدهما لصنف البضاعة من الدرجة الأولى، والآخر من الدرجة الثانية، وهذا أمر مستحيل عملا.

Jean-Paul NIBOYET, op.cit.p464.

من ذلك ما نصت عليه الاتفاقية المبرمة بين الجزائر والاتحاد الاقتصادي البلجيكي المتعلقة بالتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات[255]، فقد نصت المادة **1/11** منها على أنه « **كل خلاف يتعلق بتفسير أو تطبيق هذه الاتفاقية يجب تسويته إذا أمكن بالطرق الدبلوماسية**». فحسب هذا النص يتعين على أطراف الاتفاقية عند تفسيرهم أو تكييفهم لهذه الاتفاقية الرجوع إلى الطرق الدبلوماسية، وهذا يعني البحث عن النية المشتركة للأطراف من جهة وعدم اللجوء إلى المبادرات الانفرادية في تفسير واعطاء تكييف للاتفاقية من جهة اخرى.

نصت الاتفاقية الدولية حول النظام المنسق لتعيين وترميز البضائع الموقعة في بروكسل يوم 14 جوان 1983 في المادة 2/3 و3 على ما يلي[256] « **يجوز لأي طرف متعاقد الاتيان بتكييفات للنص تكون ضرورية لإعطاء أثر للنظام المنسق إزاء تشريعه الوطني على أن تكون مطابقة للالتزامات الواردة في الفقرة الأولى من هذه المادة**»، نصت هذه الاتفاقية صراحة فيما يتعلق بعملية التكييف بالاستناد على قانون القاضي مع احترام الالتزامات الواردة في الفقرة الأولى من هذه المادة ومطابقة التكييف لهذه الشروط، ويقصد بذلك أنه يتعين على القاضي المعروض عليه النزاع عند قيامه بعملية التكييف أن ينطلق من مفهوم تشريع دولته في تفسير تلك الالتزامات التي تقيدت بها دولته، آخذا بعين الاعتبار أحكام هذه الاتفاقية[257].

يتقيد القاضي في الواقع في هذه الوضعية بالتكييف المشترك لجميع أطراف المعاهدة، وهذا استنادا للمادة 10 من هذه الاتفاقية المتعلقة بتسوية الخلافات التي أوضحت الوسائل التي يتعين اتباعها في حالة وقوع النزاع بين الأطراف المتعاقدة[258].

---

(255) مرسوم رئاسي رقم 91-245 مؤرخ في 13 أكتوبر 1991، يتضمن المصادقة على الاتفاقية المتعلقة بالاختلافات في التفسير والتطبيق بين الأطراف المتعاقدة، ج ر عدد 46، صادر في 16 أكتوبر 1991.

(256) Article 3/2 10 du convention internationale sur le système harmonisé de désignation et de codification des marchandises dispose **« En se conformant aux engagements visés au paragraphe 1 a) du présent article, chaque Partie contractante peut apporter les adaptations de texte qui seraient indispensables pour donner effet au Système harmonisé au regard de sa législation nationale »**

مرسوم رئاسي رقم 91-241 مؤرخ في 20 جويلية 1991، يتضمن المصادقة على الاتفاقية الدولية حول النظام المنسق لتعيين وترميز البضائع، الموقعة في بروكسل يوم 14 جوان 1983، ج ر عدد 36، صادر في 31 جوان 1991.

(257) عمر بلمامي، دراسات في القانون الدولي الخاص المعاصر، مرجع سابق، ص. ص. 204-205.

(258) Article 10 du convention internationale sur le système harmonisé de désignation et de codification des marchandises dispose **« Tout différend entre des parties contractantes en ce qui concerne l'interprétation**

نصت المادة 1/13 من اتفاقية النقل الجوي المبرمة بين الجزائر ومملكة هولندا الموقع عليها يوم 22 مارس 1987 على ما يلي[259]: «**في حالة نشوء نزاع بين الطرفين المتعاقدين فيما يتعلق بتفسير أو تطبيق هذا الاتفاق يحاول الطرفان المتعاقدان تسويته عن طريق المفاوضات في المرحلة الأولى**».

الفرع الثاني

اسناد إلى مبدأ إرادة المتعاقدين في تحديد القانون الذي يحكم النزاع أثناء مرحلة التراضي في عقد المقاولة الدولي

يقوم عقد المقاولة الدولي على عدة أركان ومن بينها التراضي كركن أساسي وجوهري لإبرام العقد كما رأينا سالفا، فالتراضي لابد أن يكون موجودا وغير مشوب بعيب من عيوب الإرادة، ففي حالة حدوث نزاع لا بد من تحديد القانون الواجب التطبيق على وجود التراضي (أولا)، وعلى صحة هذا التراضي (ثانيا).

أولا: إرادة المتعاقدين كمعيار لحل نزاع في مرحلة وجود التراضي في عقد المقاولة الدولي

يسري قانون الإرادة والعقد على التراضي من حيث وجوده، حيث يسري على كل ما يتعلق بالتعبير عن الإرادة سواء كان تعبيرا ضمنيا أو صريحا، وما يترتب عنها من أثر، وأيضا قوة الملزمة للإيجاب، وحالة السكوت في التعبير عن الإرادة، وكذلك المقصود بتطابق الإرادتين، وزمان ومكان انعقاد العقد بين غائبين، وعيوب الإرادة وأثرها على صحة العقد.

ذهب بعض الفقهاء إلى وجوب إخراج بعض هذه المسائل من مجال تطبيق قانون العقد، كمسألة تحديد زمان ومكان العقد المبرم بين غائبين، إذ لا يجب أن تخضع هذه

=ou l'application de la présente convention est réglé, autant que possible, par voies de négociations directe entre les dites parties.
Tout différend qui n'est pas ainsi réglé est porté par les parties au différend devant le comité du système harmonisé qui l'examine et fait des recommandations en vue de son règlement.
Si le comité du système harmonisé ne peut régler le différend, il le porte devant le conseil qui fait des recommandations, conformément à l'article 3) de la convention, portant création du conseil.
Les parties au différend peuvent convenir d'avance d'accepter les recommandations du comité ou du conseil »

(259) مرسوم رئاسي رقم 92-329 مؤرخ في 29 أوت 1992، يتضمن المصادقة على اتفاق النقل الجوي بين الجزائر ومملكة هولندا، الموقع عليه يوم 22 مارس 1987، ج ر ع 65، صادر في 29 أوت 1992.

المسألة الأخيرة لقانون العقد وإنما يجب إخضاعها لقانون القاضي تأسيسا على أن الأمر هنا يتعلق بتكييف ووصف العلاقة التعاقدية للتوصل لمعرفة قاعدة الإسناد(260).

ويرى البعض الآخر إخراج مسألة السكوت ومدى إعتباره تعبيرا عن القبول من مجال قانون العقد ووجوب إخضاعها لقانون مركز أعمال من وجه إليه الإيجاب أو قانون محل إقامته، والقول بغير ذلك من شأنه في نظرهم، مفاجأة من وجه إليه الإيجاب بحكم لايعرفه مقرر في قانون أخر مما يخل بتوقعاته في هذا الصدد(261).

كما سبق وأن رأينا أن المفاوضات تعتبر عنصرا أساسيا يسبق مرحلة التعاقد في عقد المقاولة الدولي، وينتج آثار في حالة الوصول إلى اتفاق بين الأطراف المتفاوضة، حيث يتحمل الأطراف المسؤولية في حالة إخلال ببنود الاتفاق وحدوث نزاع بينهم أطرافه، لهذا يجب تكييف نوع هذه المسؤولية إن كانت تقصيرية أو تعاقدية مع ضرورة البحث عن القانون الذي يطبق على النزاع في مرحلة المفاوضات.

تكيف المفاوضات كمرحلة أولية في تعاقد وفق قانون القاضي، فأول ما يقوم به القاضي عند عرض النزاع عليه فيه طرف أجنبي أن يدخل النزاع المعروض عليه في نظام من النظم القانونية حتى يعرف القانون التي يسند إليه حكمها أي أن مرحلة التكييف تسبق بضرورة مرحلة الإسناد(262) .

يبحث القاضي الذي عرض عليه نزاع معين عن طبيعته فيما إذا كان النزاع شكلي أي يتعلق بشكل التصرف وحينئذ يخضع لقانون شكلي، أو هو نزاع ينصب على الموضوع فيخضع لقانون الموضوع، وبناء علي ذلك في المفاوضات لا يوجد إي التزام عقدي وإنما مجرد إخلال بالثقة المشروعة للطرف الآخر وعليه عدم التزام بمبدأ حسن النية في متابعة التفاوض، إذ تترتب المسؤولية في هذه الحالة إن توفرت شروطها لاسيما أن معظم الدول المعاصرة تفرق بين العقد والفعل الضار، وتجعل المسؤولية العقدية جزاء الإخلال بالعقد

(260) الطيب زروتي الطيب، مرجع سابق، ص 60.

(261) هشام علي صادق، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 200.

(262) أمية حسن علوان، «**ملاحظات حول القانون الواجب التطبيق على المسؤولية قبل التعاقدية عن قطع المفاوضات في العقود الدولية**»، بحث مقدم لندوة المنظمة التعاقدية للقانون المدني ومقتضيات التجارة الدولية– معهد القانون الدولي– كلية الحقوق، جامعة القاهرة، بالإشتراك مع القسم العلمي والفني للبعثة التابعة لسفارة فرنسا ونقابة محامي باريس 1993، ص 7.

والمسؤولية التقصيرية جزاء الفعل الضار ومن الأهمية بما كان تحديد إن كان التفاوض في إطار تعاقدي أم لا.

يرتب قضاء التحكيم المسؤولية التقصيرية عن تعويض الأضرار إذا قام أحد الأطراف في مرحلة المفاوضات بقطعها وعدم متابعتها بحسن النية كأن يقوم بطرح اقتراحات غير مقبولة، أو التظاهر بجدية في التفاوض في حين أنه يفكر بإجراء مفاوضات موازية مع طرف ثالث، أو يتعمد تضليل سبيل المفاوضات فيؤدي بطرف الآخر إلى اتخاذ قرار خاطئ يضر بمركزه المالي أو التجاري، وعليه يقوم قضاء التحكيم بحل تنازع القوانين في مرحلة التفاوض بإعمال قاعدة الإسناد الملائمة والخاصة بالمسؤولية عن الفعل الضار، ومع ذلك يبقى من سلطة القاضي أو المحكم استخلاص وجود اتفاق حقيقي ملزم لطرفيه بالتفاوض من أجل إبرام العقد النهائي، وذلك من خلال ظروف وملابسات العملية التفاوضية وخطابات النوايا المتبادلة بين طرفي التفاوض. وفي هذه الحالة تنشأ المسؤولية التعاقدية إن أخل أحدهما بالتزاماته[263].

تشير مبادئ المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص على مبدأ حرية المفاوضات وعدم ترتيب مسؤولية على قطعها، إلا في حالة سوء نية والتعسف، وتقوم المسؤولية على أساس الخطأ التقصيري، فقد نصت صراحة على ذلك فقرة الثانية من البند 15 في المادة الثانية من مبادئ المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص على أنه " **ومع ذلك، فإن الطرف الذي يتصرف بسوء نية، في مسلكه أو قطع المفاوضات يكون مسؤولا عن الضرر الذي يسببه الطرف الأخر**[264].

وقد أكد هذا المعنى نص الفقرة 3 من المادة 15 من ذات القانون ، التي أقرها معهد توحيد القانون الخاص في روما عام 1994، والذي جاء به " **ويعتبر سيء النية خصوصا الطرف الذي يفتتح أو يتابع المفاوضات وهو يعلم أن ليس لديه النية في الوصول إلى اتفاق** ".

(263) الطيب زروتي: مرجع سابق، ص 62.

(264) علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص 41.

وتعتبر اتفاقية واشنطن والتي أنشأت المركز الدولي لفض المنازعات المتعلقة بالاستثمار من أهم الاتفاقيات التي حددت اختصاص قانون الدولة المتعاقدة لحكم النزاع وفق نص المادة **1/42** [(265)]، حيث يستنتج أن هناك فرضين يتم من خلالهما إعمال القانون الوطني للدولة المتعاقدة: هو حالة اختيار الأطراف المتعاقدة له، وحالة إعماله على الرغم من عدم اتفاق الأطراف على تطبيقه.

نصت اتفاقية روما المتعلقة بالالتزامات التعاقدية وأكدت على تطبيق قانون الدولة المتعاقدة على العقد في حالة الاختيار الصريح لها من قبل الأطراف، أما في حالة غياب الاختيار الصريح يتم تطبيق القواعد الآمرة في قانون هذه الدولة وبالتالي يطبق القانون الأوثق صلة بالنزاع وهو بالتأكيد قانون الدولة المتعاقدة وبذلك نلاحظ ان اتفاقيتي واشنطن وروما قد كرستا اختصاص قانون الدولة المتعاقدة لحكم النزاع [(266)].

ثانيا: القانون الشخصي كمعيار لحل نزاع حول شروط صحة التراضي في عقد المقاولة الدولي

يتم تقدير مدى أهلية المتعاقد وفق القانون الشخصي الذي له أحقية في ذلك لارتباطه في معظم الأوقات بحالة الشخص، لكن اختلفت الدول في تحديد القانون الشخصي، فمنهم من حدده بقانون الجنسية مثل المشرع الجزائري وهناك من حدده بقانون الموطن، أو قانون محل الإقامة المعتاد مثل المشرع البريطاني.

---

(265) Article 42 du convention wachington dispose : **« Le Tribunal statue sur le différend conformément aux règles dedroit adoptées par les parties. Faute d'accord entre les parties, le Tribu-nal applique le droit de l'Etat contractant partie au différend—y com-pris les règles relatives aux conflits de lois—ainsi que les principes dedroit international en la matière ». Centre international pour le règlement des différends reletifs aux investissements washington 1965.*https://icsid.worldbank.org › sites › default › file***

(266) ARticle 10 du convention de la rome 1980 **« la loi applicable au contrat en vertu des articles 3 et 6 et de l'article 12 de la présente convention régit notamment : son interprétation ; l'éxécution des obligations qu'il engendre ; dans les limites des pouvoirs attribués au tribunal par sa loi de procédure, les conséquences de l'inéxécution totale ou partielle de ces obligations, y compris l'évaluation du dommage dans la mesure ou des régles de droit la gouvernent ; les divers modes d'extinction des obligations, ainsi que les prescriptions et déchéances fondés sur l'expiration d'un délai ; les conséquences de la nullité du contrat.**
En ce qui concerne les modalités d'exécution et les mesures à prendre par le créancier en cas de défaut dans l'exécution on aura égard la loi du pays ou l'éxécution a lieu ».https://www.idit.fr *› legislation › documents › Co..*

يعد ضابط الجنسية أفضل بكثير من ضابط الموطن كمعيار لتحديد القانون الواجب التطبيق على الأهلية لأنه أكثر استقرارا من الموطن، حيث أن الشخص لا يستطيع تغيير جنسيته بسهولة، وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري في المادة 10 من ق.م.ج، ونفس الاتجاه سلكته المادة 11 من اتفاقية روما لسنة 1980 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق[267].

نص القانون المدني الجزائري على منح الأهلية إلى نوعين من الأشخاص هما شخص طبيعي وشخص معنوي، مما يدفعنا للبحث في حالة النزاع حول الأهلية عن القانون المطبق لحل هذا النزاع سواء تعلق الأمر بأهلية الشخص الطبيعي، أو أهلية الشخص المعنوي.

1-القانون الواجب التطبيق على أهلية الشخص الطبيعي في عقد المقاولة الدولي

نصت المادة 10 من **ق.م.ج** على ما يأتي « **تسري القوانين المتعلقة بالحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم على الجزائريين ولو كانوا مقيمين في بلاد أجنبية.**

ومع ذلك ففي التصرفات المالية التي تعقد في الجزائر وتنتج أثارها فيها، إذا كان أحد الطرفين أجنبي ناقص الأهلية وكان نقص الأهلية يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل تبينه، فإن هذا السبب لا يؤثر في أهلية وفي صحة المعاملة».

نستنتج من خلال المادة السابقة الذكر أن المشرع الجزائري أخضع أهلية الأشخاص لقانون جنسيتهم كقاعدة عامة، إلا أنه أورد استثناء على هذه القاعدة في نفس المادة وأرجع الاختصاص للقانون الجزائري ولكن بشروط سنراها لاحقا، والهدف من دراسة أحكام الأهلية هو حماية الشخص نفسه لكونه قد يمارس تصرفا ماليا يلحق به الضرر، حيث العبرة في تحديد القانون الواجب التطبيق على أهلية هي بجنسية الشخص في تاريخ انعقاد التصرف وذلك لأن الأهلية من شروط صحة التراضي ومن المفروض أن ينظر إلى شروط صحة عند ابرام العقد.

(267)Article 11 du convention du rome 1980 « **Dans un contrat conclu entre personnes se trouvent dans un meme pays, une personne physique qui serait capable selon la loi de ce pays ne peut invoquer son incapacité résultant d'une autre loi que si, au moment de la condusion du contrat, le cocontractant a connu cette incapacté ou ne l ignoré qu' en raison d'une imprudence de sa part »**

لم تفصل المادة 10 من **ق.م.ج** نوع الأهلية التي تخضع للقانون الوطني، عكس القانون التونسي المتعلق بالقانون الدولي الخاص الذي حدد المقصود بالأهلية الخاضعة للقانون الوطني من خلال المادة 40 من **ق.د.خ.ت** التي اعتبرت أهلية الأداء هي الأهلية التي تخضع للقانون الوطني، ودون فصل فيما إذا كانت أهلية الأداء الخاصة أو أهلية الأداء العامة، في حين أن أهلية الأداء العامة تدخل في مضمون الفكرة المسندة لقاعدة الإسناد المتقدمة، ومن ثم فهي تخضع بالتالي لقانون جنسية الشخص[268].

والأهلية في القانون الانجليزي لها وضع خاص حيث أن أهلية تعاقد للشخص تكون خاضعة للنظام القانوني الذي يكون معه العقد اكثر ارتباطا، وتكون خاضعة إلى قانون الموطن ومكان السكن المعتاد[269]، كما تخضع الأهلية في القانون الفرنسي إلى الجنسية حسب المادة 03 من **ق.م.ف**[270] .

(268) بلقاسم أعراب، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص. ص. 216-217-218، انظر أيضا: سليمان علي علي، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص. ص. 6-7.

وهناك مسائل لا تخضع للقانون الشخصي ومنها موانع التصرف التي تنص عليها بعض القوانين كمنع المحامين والقضاة من شراء الحق المتنازع عليه، أو منع الموصى له من قبول الهبة في مرض الموت ومنع السماسرة والخبراء من شراء الأموال والحقوق التي أوكل إليهم أمر بيعها أو تخمينها. لاتخضع هذه الموانع للقانون الشخصي وإنما للقانون الذي يحكم التصرف نفسه حسب نوع الحماية المقررة في كل مانع. انظر في ذلك: محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2011، ص. ص. 122-123.

(269) وعليه فالاهلية وفق القانون الانجليزي تخضع لقانون الموطن وليس للقانون الشخصي، وبالتالي تصبح خاضعة في هذه الحالة بما يعرف بالقانون الملائم ويتم استنتاجه وفق ظروف كل قضية على انفراد وبالتالي تصبح الاهلية لقانون موقع عقار مثلا أو مكان الذي تم فيه تنفيذ العقد. انظر في ذلك: ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، القانون الدولي الخاص والمقارن، (تنازع القوانين، الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية)، ج1، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1998، ص. ص. 80- 86، انظر أيضا: غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين، تنازع الاختصاص القضائي، تنفيذ الأحكام الأجنبية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2011، ص. ص. 159-161.

(270) Article 3 du code civil français dispose « **… Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les français, meme résidant en payer étranger.** »

نصت المادة 10 من **ق.م.ج** على خضوع الأهلية إلى القانون الوطني للأشخاص، كاصل عام وأوردت استثناء في الفقرة الثانية والمتمثل في عدم تطبيق القانون الوطني للأشخاص وخضوع الأهلية إلى القانون الجزائري وتتمثل هذه الشروط في:

أ- **أن تكون تصرفات مالية،** حيث أن كل ما يدخل في التصرفات الأخرى يعتبر غير معني، كالتصرفات التي تدخل في الأحوال الشخصية.

ب-**أن تعقد التصرفات في الجزائر وأن ينتج العقد آثاره فيها،** ويقصد به أن تعقد التصرفات في الجزائر بين أجنبي وجزائري وأن ينتج العقد آثاره في الجزائر، ولقد انتقد هذا الشرط على أساس أنه يمكن أن يتعلق الأمر بإنتاج آثار بالجزائر بالنسبة لتصرف جرى بالخارج أو العكس سيما وأننا عند إبرام العقد إننا لا نعرف إذا كان سينتج آثارا بالجزائر.

ج-أن يكون نقص الأهلية راجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل تبينه، يفسح هذا الشرط مجالا واسعا للسلطة التقديرية للقاضي لتحديد متى يكون نقص الأهلية ليس راجعا إلى سبب فيه خفاء. وعلى ذلك فإن السبب الذي فيه خفاء لا يسهل تبينه، يؤدي إلى عذر المتعاقد الجزائري بجهله للقانون الأجنبي، فلا يطبق القانون الأجنبي المختص أصلا على الأهلية. أما إذا كان سبب الخفاء يسهل تبينه، حيث كان من الممكن من المتعاقد الجزائري أن يتنبه بسهولة على أن الأجنبي، غير راشد لصغر سنه، أو أن سلوكه ينبئ بأن حركاته ليست حركات عادية، فعليه أن يتأكد قبل أن يتعاقد وقبل أن يفعل ذلك، فإنه لا يمكنه أن يتمسك بجهله لنقص أهلية المتعاقد الأجنبي[271].

(271) بلقاسم أعراب، مرجع سابق، ص. ص. 218-220، انظر أيضا: علي علي سليمان، مرجع سابق، ص. ص. 66-67، انظر أيضا: هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 234، عبد المنعم رياض، وسامية راشد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1979، ص 147، انظر أيضا: عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين، الاختصاص القضائي الدولي، ج2، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1986، ص. ص. 222-223، انظر أيضا: حفيظة السيد حداد، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2002، ص. ص. 396-405، انظر أيضا: حسن الهداوي، تنازع القوانين وأحكامه في القانون الدولي الخاص الاردني، دار مجدلاوي، عمان، الأردن، 1993، ص. ص. 100-103، انظر أيضا: غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين، تنازع الاختصاص القضائي، تنفيذ الأحكام الأجنبية، مرجع سابق، ص. ص.162-165.

لا يحق لأحد المتعاقدين حسب المادة 2/40 من **ق.د.خ.ت** أن يتذرع بسبب جهله للقانون، للتهرب من تطبيق القانون الوطني إذا كان متمتعا بالأهلية في قانون الدولة التي أبرم فيها العقد على أساس أنه عديم الأهلية أو ناقص الأهلية بالنسبة لقانونه الوطني إلا إذا كان الطرف الأخر عالما بنقص أو انعدام أهليته وقت ابرام العقد، في هذه الحالة ليس الجهل بالقانون هو الذي يؤدي إلى عدم تطبيق القانون الوطني لعديم أو ناقص الأهلية وإنما هو معرفة ودراية بالقانون المتعاقد الآخر هو الذي يؤدي إلى التمسك بانعدام الأهلية أو نقصها، وبمعنى آخر إذا كان أحد المتعاقدين على علم بانعدام أو نقص أهلية الطرف الأخر، فيمكن لهذا الأخير أن يحتج بانعدام أهليته أو نقصها، وأيضا إذا كان قانون ابرام العقد يعتبره قاصرا وحتى إذا كان المتعاقد الآخر ليس مطلعا على قانونه يمكنه أن يحتج بانعدام أهليته أو نقصها.

نصت المادة 1/15 من **ق.م .ج** على الوصاية والولاية والقوامة لحماية الأشخاص ناقصي أو عديمي الأهلية والغائبين قانون الشخص الذي تجب حمايته، حيث يسند الاختصاص التشريعي المتعلق بحماية الأهلية أو ناقصها إلى قانون جنسيته، فتخرج بعض المسائل عن نطاق قانون من تجب حمايته، لأنه يطبق على النظم المتعلقة بحماية المحجورين والغائبين ولا تخضع إلى القانون القائم بالحماية، لأن هذه الحماية مرتبطة بعديم الأهلية، في حين أن المسائل الإجرائية تخضع لقانون القاضي، ويمكن أن يستعبد قانون من تجب حمايتهم بسبب النظام العام، أو تعلق الأمر بإجراء أمني، فتخضع للقانون الإقليمي، ويكون أيضا عندما يتعلق الأمر بقانون مركز الأموال، الذي يسري على الحيازة والحقوق العينية، فيحكم القاضي بنظام نقل العقارات، الحيازة، الحقوق العينية، الشهر والتسجيل[272].

(272) محمد وليد المصري، مرجع سابق، ص. ص. 123-124، انظر أيضا: عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص. ص. 243- 245، انظر أيضا: عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص. ص. 247-253، انظر أيضا: ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2005، ص. ص. 85-86 .

2-القانون الواجب التطبيق على أهلية الشخص المعنوي في عقد المقاولة الدولي:

لم تعد الشخصية القانونية المتمثلة في الصلاحية لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات مقتصرة على شخص طبيعي فقط، بل امتدت لتشمل مختلف الشركات والجمعيات أو جماعات من الأموال، لتتمكن من تحقيق أغراضها وأهدافها، لاسيما وأنها في الوقت الحاضر أقوى ماليا وأطول عمرا من الإنسان، من أجل تحقيق الأهداف المنجزة [273].

تنقسم الأشخاص الاعتبارية في الواقع إلى نوعين وهما الأشخاص الاعتبارية العامة وتشمل الأشخاص الوطنية كالدولة وأجهزتها ومؤسساتها العامة، والأشخاص الدولية كالمنظمات الدولية العامة والمتخصصة وهذا النوع يخرج بطبيعته عن نطاق الدراسة.

يشمل أيضا الأشخاص الإعتبارية الخاصة الشركات والجمعيات والمؤسسات التي أصبح نشاطها لا يقتصر على النطاق الإقليمي لدولة واحدة، بل أصبح يمتد عبر الحدود كما هو الحال بالنسبة للشركات متعددة الجنسيات التي تمارس نشاط إقتصادي واسع في عدة دول في ذات الوقت، ونظرا لنشاطها الواسع والعابر للحدود أصبح يثير على هذا النحو، مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق على حالتها وخاصة مع الاختلاف الواضح في الأنظمة القانونية الوطنية بشأنها[274].

ولقد نصت المادة 10 /2 من ق. م.ج « أما الأشخاص الاعتبارية من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها، يسري على نظامها القانوني قانون الدولة التي يوجد فيها مقرها الاجتماعي الرئيسي والفعلي.

غير أنه إذا مارست الأشخاص الاعتبارية الأجنبية نشاطا في الجزائر، فإنها تخضع للقانون الجزائري».

يعرف النظام القانوني للشخص الاعتباري على أنه كل ما يتعلق بتكوين هذا الشخص وتنظيمه وتمتعه بالشخصية المعنوية والتصرف المنشئ له وطريقة تعديله وما يترتب على ذلك من أثر قانوني وكل ما يتعلق بكيفية إدارة الشخص المعنوي وطريقة انقضائه، حيث أخضع النظام القانوني للشخص الاعتباري سواء من حيث نشأته وكيفية إدارته وانقضائه وفقا للمادة السالفة الذكر لقانون الدولة التي يوجد بها مركز إدارته الرئيسي

(273) صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، مرجع سابق، ص 170.

(274) شبة سفيان، عقد البيع الدولي، مرجع سابق، ص 91.

الفعلي، ونفس مسلك المشرع الجزائري من حيث إخضاع الحالة القانونية للشخص الاعتباري باعتماده على معيار قانون الدولة التي يوجد بها مركز الإدارة الرئيسي، وهو المعيار الذي تتحدد به في الغالب جنسية الشخص الاعتباري في العديد من النظم القانونية[275].

يشترط للاعتداد بمركز الإدارة أو المقر الاجتماعي، كمعيار يحدد القانون الواجب التطبيق على الحالة القانونية للشخص الاعتباري شرطان هما أن يكون مركز الإدارة الرئيسي أي يوجد في الدولة التي تدار فيها فعلا أمور وشؤون الشخص الاعتباري، وأن يكون مركز الإدارة فعليا أي مرتبطا ارتباطا حقيقيا بالدولة ويباشر وظائفه الرئيسية بها، حيث قد يتخذ الشخص الاعتباري مركزا للإدارة لا يعبر عن الرابطة الحقيقية بينه وبين الدولة، وذلك رغبة في التخلص من القيود التي يفرضها قانون الدولة التي يرتبط بها حقيقة[276].

---

(275) اتجه جانب من الفقه إلى إنكار فكرة الجنسية بالنسبة للشخص المعنوي عموما على اعتبار أن المخاطبين بالجنسية هم فقط الأشخاص الطبيعيين الذين تتكون منهم الدولة، والسبب في ذلك أن الجنسية رابطة روحية تربط بين الشخص والدولة التي ينتمي إليها، كما أنها أداة لتحديد عنصر الشعب الذي تتكون منه الدولة، غير أن الفقه الراجح يعارض الرأي السابق، وينادي بضرورة ثبوت الجنسية للشركات، لأن الضرورة القانونية تفرض وجود أداة قانونية يحدد من خلالها الانتماء أو التبعية القانونية والسياسية للشركة التي لها أهمية بالغة في هذا الحياة الاقتصادية والاجتماعية والسياسية. انظر في ذلك: سفيان شبة، مرجع سابق، ص. ص. 83-84، انظر أيضا: أيضا عكاشة محمد عبد العال، أصول القانون الدولي الخاص اللبناني المقارن، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1990، ص. ص. 390-391،

« De même que pour les persones physique des considérations purement juridique exigent d"établir un lien de rattachement entre sociétés et états, sans se prononcer encor sur la nature de ce lien (comparable ou

non a la nationalité des personnes physique), ni sur sa pluralité ou son unicité, il est possible d"énumérer les hypothèses ou le droit rattacher une sociétés à un états donné.. ». Levy LAURENT, la nationalité des sociétés, L.G.D.J, Paris, 1984, p22-23.

(276) فقد تتعدد الهيئات القائمة بإدارة الشخص الاعتباري وتكون موزعة بين عدة دول، كأن ينعقد مجلس الإدارة في مكان، بينما تنعقد الجمعية العمومية في مكان آخر. ويثور التساؤل في هذا الصدد بشأن معرفة أي من هذه المراكز يعتد به. وقد حسمت المحكمة الدائمة للعدل الدولي هذا الأمر في حكمها الصادر في 25 مايو 1936 بشأن بعض المصالح الألمانية بسيليزيا العليا، وقضت بوجوب الاعتداد بصفة أساسية ، بمكان اجتماع الجمعية العمومية. إذ تمارس هذه الهيئة في الواقع، السلطات العليا للشخص الاعتباري، بل ومنها تتبع سلطات مجلس الإدارة وكذلك كافة الهيئات المشرفة على الشخص الاعتباري. انظر في ذلك: جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2005، ص 265.

« le siège social est situé au lieu du principal établissement, là ou se trouvent les organes de la direction et les services administratifs, le centre de la vie juridique de la société » .Philipe MERLE, Droit commercial, sociétés commerciales8eme Ed, Dalloz, Paris, 2001, p. 100.

Voir aussi **« La nationalité ; pour une société, résulte en principe de la localisation desiège réel, défini comme le siège de la direction effective, et présumé par lesiège statutaire »** cité par Michel MENJUCQ, droit international et européen des sociétés, Ed Montchrestien, paris, 2001, p24.

تتنوع قواعد الإسناد فمنها من تكون ثنائية الجانب وتسمى بقاعدة الإسناد المزدوجة، حيث يمكن اختيار قاعدة الإسناد لقانون أجنبي معين، وفي نفس الوقت يمكن أن تختار القانون الوطني لحل مسألة محل النزاع، ومنها من تكون انفرادية ويطلق عليها قاعدة الإسناد مفردة الجانب أي تقتصر على تحديد حالات اختصاص القانون الوطني دون القانون الأجنبي ومن ذلك ما نصت المادة 1/3 من القانون الفرنسي الصادر في 24 يوليو 1966 والخاص بالشركات التجارية(277).

وقد تكون صياغة قاعدة الإسناد " مفردة الجانب" أي " انفرادية" ولكن طاردة وتعنى هذه الصياغة اقتصار قاعدة الإسناد على تحديد حالات اختصاص القانون الأجنبي دون القانون الوطني. وهذا النوع من الصياغة هو الذي استخدمه المشرع الجزائري في المادة 2/10 من **ق.م.ج**، ونفس ما أخذ به المشرع المصري وهذا حسب نص المادة **11** من **ق.م. م** « **أما النظام القانوني للأشخاص الاعتبارية الأجنبية... فيسري عليه قانون الدولة التي اتخذت فيها هذه الأشخاص مركز إدارتها الرئيسي الفعلي**».

ويستنتج من المادة السالفة الذكر أن المشرع المصري كان أكثر دقة من المشرع الجزائري ومع ذلك لم يبين وقت الذي يتم الاعتداد فيه بمركز الإدارة الرئيسي الفعلي عند اختيار القانون الواجب التطبيق على النظام القانوني للأشخاص الاعتبارية، وهو بذلك قد أهمل حل التنازع المتحرك الذي قد يثيره ضابط الإسناد الذي استخدمه في نص المادة 2/11 المذكورة « **ومع ذلك فإذا باشرت الاشخاص الاعتبارية نشاطها الرئيسي في مصر فإن القانون المصري هو الذي يسري**».

(277) Article 03 du la loi 66/ 537 du 24 juillet 1966 su les sociétés comerçaile édicte **« Les sociétés dont le siége social est situé en territoire français sont soumises à la loi française.**
Les tiers peuvent se prévaloir du siége statutaire, mais celui- ci ne leur est pas opposable par la société si son siége réel est situé en un autre lieu ». https://www.legifrance.gouv.fr/loda/

حيث يفهم من الفقرة الأخيرة من هذه المادة أن المشرع المصري أخضع النظام القانوني للشخص الاعتباري لقانون دولة مركز إدارته الرئيسي الفعلي كأصل عام، لكنه أورد استثناء هاما يتمثل في أنه إذا كان الإقليم المصري هو مكان الاستغلال أو النشاط الرئيسي للشخص الاعتباري خضع هذا الشخص للقانون المصري وذلك حتى ولو كان مركز الإدارة الرئيسي الفعلي واقعا في إقليم دولة اخرى[278].

(278) ومفاده أنه لا يكفي أن تكون مصر مركز من مراكز النشاط الشخص الاعتباري لإعمال الاستثناء المذكور، وأن تكون مصر مركز النشاط الرئيسي وليس مركزا ثانويا أو هامشيا لهذا الشخص، لأنه من الجائز أن يباشر الشخص المعنوي نشاطه في عدة دول، فيقع حينئذ الخلاف حول القانون الواجب التطبيق على حالته، وقصد المشرع المصري واضح وصريح في إخضاعه مثل هذا الشخص (شركة أو جمعية، مؤسسة) إلى حكم القانون المصري إذا كان يباشر نشاطه الرئيسي في مصر، واستلزم كون النشاط رئيسيا على هذا النحو، يدل على قوة الصلة ارتباط الشخص الاعتباري بمصر أكثر من الدول الاخرى التي يرتبط بها بحكم نشاطه، مما يستلزم حماية المصالح الاقتصادية والتجارية لمصر. والواقع أن هذا الاستثناء ينطوي، وكما نوه أستاذنا الدكتور هشام صادق، على ميزتين هامتين: الأولى أنه يخفف من حدة القاعدة العامة في شأن الاعتداد بقانون مركز الإدارة الرئيسي، بوصفها تعبيرا عن مصالح الشركات الرأسمالية الكبرى التي تمارس نشاطا اقتصاديا واسعا في العديد من الدول المختلفة، إذ يحقق مركز الإدارة الرئيسي لتلك الشركات المرونة اللازمة لتلبية حاجاتها والتي من أهمها أن تضع بسهولة ودون قيد مجلس إدارتها في المكان الذي يلائمها. أما الميزة الثانية للاستثناء، فهي أنه يغلق أبواب التحايل على أحكام القانون المصري وخاصة لا سيما حال مباشرة المشروع لنشاطه الرئيسي في مصر، وذلك بهدف التحايل على أحكام القانون المصري، إذ يخضع الشخص الاعتباري في مثل هذا الفرض لأحكام القانون المصري، إذ يخضع الشخص الاعتباري في مثل هذا الفرض، لأحكام القانون المصري بالرغم من عدم وجود مركز إدارته بمصر .
انظر في ذلك: جمال محمود الكردي، مرجع سابق، ص. ص. 266-267، هشام علي صادق، تنازع القوانين، دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1998، ص. ص.418-419.

المبحث الثاني

القانون الواجب التطبيق على الأركان الاخرى لابرام عقد المقاولة الدولي

ترد أركان إبرام عقد المقاولة الدولي على أعمال مادية ضخمة تتطلب أموال وتقنيات هندسية معقدة أو أعمال مركبة تتطلب المعرفة الفنية والعقود المنظمة، المساعدة التقنية، لذلك ظهرت عدة مقاولات متخصصة والتي نظمها المشرع الجزائري كعملية البناء بالدراسة والتنظيم، ولا تختلف أركان إبرام عقد مقاولة الدولي عن أركان المنصوص عليها في القانون الوطني لدولة ما وتتمثل في التراضي الذي تطرقنا إليه سابقا، والمحل والسبب حيث يتكون المحل من عنصرين أساسيين هما: العمل الذي يقوم به المقاول، والأجرة التي يتقاضاها من رب العمل، في حين ركن آخر لإبرام عقد المقاولة الدولي يتمثل في السبب الذي يشترط فيه أن لا يكون مخالفا للنظام العام والآداب العامة ففي حالة حصول نزاع بين المتعاقدين حول السبب أو المحل يتعين اختيار القانون الذي يحكمهما **(المطلب الأول)**، ولا تقل الشكلية أهمية عن الأركان السابقة فبالرغم من كونها ليست ركنا للإبرام وإنما هي شرط للاثبات، لكنها عنصر هام حيث لا يمكن تصور عقد المقاولة الدولي دون أن يكون مدونا في عقد لكونه يعتمد على مبالغ مالية هائلة تتوجب أن يكون عقد المقاولة دولي في شكل مكتوب ، ووفق شكليات محددة ولهذا ارتأينا تناولها في هذا المبحث نظرا لأهميتها حيث في حالة حدوث نزاع بين أطراف العقد حولهما لا بد من تحديد قانون يحكمها لحل نزاع **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول

القانون الذي يطبق على المحل والسبب في عقد المقاولة الدولي

يعتبر المحل في عقد المقاولة هو العمل الذي يؤديه المقاول، والأجرة التي يدفعها رب العمل، ويشترط في العمل الذي يؤديه المقاول أن يكون ممكنا وغير مستحيل، وأن يكون معينا أو قابل للتعيين، فإذا كان موضوع المقاولة الدولي هو عقد البوت فيتم تعيينه بوضع تصميمات له من طرف المهندسين، ويجب أن يكون العمل أيضا مشروعا غير مخالف للنظام العام، بينما الأجرة التي يتقاضاها المقاول من رب العمل مقابل القيام بعمله قد تكون محددة في العقد أو قابلة للتحديد مستقبلا، وبما أن المحل يقوم على عمل مما يترتب عليه جلب سلع والبضائع لاستعمالها ووسائل نقل لجلبها في عقد المقاولة دولي، ففي هذه الحالة لا بد من تحديد القانون الذي يطبق على هذه الوسائل والبضائع عند حدوث نزاع بين أطراف العقد **(الفرع الأول)**.

يعد السبب عنصرا أساسيا لإبرام عقد المقاولة، وهاما في توفير الحماية للمجتمع بشرط مشروعية والمعادلة بين الأداءات كسبب للالتزام، ويشترط في السبب أن يكون موجودا ومشروعا وغير مخالف للنظام العام والأداب العامة، ففي حالة وجود نزاع حول السبب في عقد المقاولة الدولي لابد من اختيار قانون الذي يطبق في هذه الحالة **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول

المحل في عقد المقاولة الدولي

هو ذلك الأداء الذي يجب على المدين القيام به، فهو يقع على العمل الذي يلتزم المقاول بتأديته لصالح رب العمل، ويكون على الأجر الذي يؤديه هذا الأخير لفائدة المقاول[279] وهذا ما سنراه فيما يلي:

أولا: العمل : يعد العمل ركن جوهري في عقد المقاولة ولا بد من توافر شروط معينة لقيام عقد مقاولة تتمثل في:

(279) فتيحة قرة، مرجع سابق، ص 95.

1-**أن يكون العمل ممكنا:** حيث متى كان محل التزام المدين (المقاول) أساسه القيام بعمله وجب أن يكون ممكنا، فإذا كان مستحيلا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا، والمقصود بالاستحالة هنا الاستحالة المطلقة التي يصعب فيها تأدية الالتزام المطلوب كافة[280]، لا الإستحالة النسبية التي تنصب على عجز المدين ذاته من تأدية ما تعهد به، ويترتب على الاستحالة المطلقة جعل العقد باطلا بطلانا مطلقا، إذا كانت سابقة على الاتفاق، أما إذا تم الاتفاق بين الطرفين على كل مسائل العقد ثم تبين أن هذا الأخير أصبح مستحيلا ففي هذه الحالة أصبح ينفسخ بقوة القانون، أما الإستحالة النسبية تجعل العقد قابلا للابطال سواء في مرحلة ما قبل التعاقد أم بعده، طبقا للمادة 1/119 **من ق.م.ج**.[281]

2- **يجب أن يكون العمل معينا أو قابلا للتعيين:** وقد لا يكفي مجرد العمل الذي يقوم به المقاول لصالح رب العمل، وإنما يجب وقوع هذا العمل على شيء محدد سواء كان هذا الشيء موجود عند ابرام العقد أم كان هذا الشيء سيوجد في المستقبل سواء كان الشيء المستخدم لانجاز العمل قد وردها المقاول أم وردها رب العمل[282].

3- **أن يكون العمل موضوع المقاولة قابلا للتعامل فيه:** بأن يكون غير مخالف للنظام العام والأداب العامة، وإلا كانت المقاولة باطلة حسب المادة 97 من **ق.م.ج**، حيث تتعدد أصناف الأعمال التي يرد عليها عقد المقاولة من حيث طبيعتها أو جنسها أو حجمها والأصل أن عقد المقاولة يقع على العمل مباشرة وهو غالبا ما يكون على الأعمال المادية كعقد النقل[283].

---

(280) **Il est impossible de vendre le soleil par exemple. Plus proche de nous, si vous vendez un fonds de commerce alors que le bail commercial portant sur ce commerce est résilié et va être attribué à un tiers, la vente porte sur un objet impossible.** Lupiac THIERRY, le contrat commercial, Ed Gualino, Paris, 2000, p46.

(281) نصت المادة 119 من **ق.م.ج** «**في العقود الملزمة لجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الأخر بعد إعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك.**

ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا حسب الظروف، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان مالم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الالتزامات»

Voir aussi :

L'objet est déterminé si le contrat permet de définir l'étendue des prestations de chacun des parties. L'objet est déterminable si des éléments objectifs permettent de définir ces prestations. Certains éléments imprécis peuvent être complétés par les usages professionnels ou les règlesde l'art.

(282) Lupiac THIERRY, le contrat commercial, op.cit, p.p.47-49.

(283) نصت المادة 97 من **ق.م.ج**« **اذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب كان العقد باطلا**».

تتعلق عقود المقاولات الدولية بمشاريع ضخمة وتقنية ومن أهمها العقود التي عرفت تطبيقا واسعا دوليا هي التي تلك المتعلقة بمجال التصنيع، مما يفسر لجوء الدول النامية الى إبرام مثل هذه العقود رغبة منها في الحصو على مصانع جاهزة للتشغيل .

ثانيا: الأجر: يعرف الأجر بأنه المال أو العوض الذي يقع على عاتق رب العمل، فيلتزم بدفعه للمقاول، مقابل ما قام بإنجازه من عمل[284] وقد يتم تحديد الأجر إما عن طريق:

1-تحديد الأجر عن طريق الاتفاق:

يتفق المتعاقدين على الأجر إما بشكل صريح أو ضمنيا فيتم استخلاص وجوده من ظروف العقد، وقيمة العمل، والشخص الذي يتولى تنفيذ هذا العمل، وقد لا يتفقان على تحديد الأجر في العقد، على أن يحدداه بعد ذلك، ويلتزم رب العمل عندئذ بدفع الأجر[285]، ويتم تحديد الأجر عند طريق الاتفاق وفق أسلوبين أساسيين هما:

أ- أن يكون عن طريق المقايسة على أساس الوحدة:

تتضمن المقايسة(devis) تفصيل لمختلف الأعمال اللازمة، والأجر الواجب دفعه من قبل رب العمل، والأصل في المقايسة أن تكون وصفية(devis descriptif) وتقديرية(estimatif) فتوصف المقايسة بأنها وصفية، في حالة ما إذا عمل المقاول على تحديد صنف العمل الواجب القيام به، فتحدد مقاساته، ويعين نوع المواد التي تستعمل، في حين توصف بأنها تقديرية، عندما يعمل المقاول على تبيان أثمان كل المواد التي سيستعملها لتنفيذ العمل المطلوب إنجازه، بالإضافة إلى المقايسة الكمية وهي تتضمن تقديرا لأحجام ومساحات ومسطحات الأعمال[286].

يتفق الطرفان وفقا لهذا الأسلوب على تحديده باجراء المقايسة، يبين من خلالها العمل واجب التنفيذ، المواد المستعملة، قيمة هذه المواد، ويكون لرب العمل هنا، حق المطالبة

---

(284) أحمد عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 54.

(285) ورغم أن الأجرة ركن أساسي في العقد، إلا أنه لا يشترط ذكره في العقد، كما يمكن أن لايحدده المتعاقدون، فإذا لم يحددوه تكفل القانون بتحديده، ويبقى عقد المقاولة صحيحا، أما الثمن في العقود الاقتصادية الدولية (عقد المقاولة الدولي)، فيجب أن يعين لأنه يعتبر شرط صحة العقد، حيث ثمن في مثل هذه العقود يكون مبالغ مالية كبيرة. نصيرة بوجمعة سعدي، مرجع سابق، ص 140.

Jérome HUET, Traité de droit civil 'les principaux cntrats soéciaux, op.cit, p1184.

(286) شكري محمد سرور، مرجع سابق، ص. ص. 47-84.

بالزيادة أو النقصان في مقدار العمل الواجب تأديته، ليتلقى المقاول فقط قيمة ما أنجزه من عمل. كما قد يتفق الطرفان عند تقديرهما لهذا الأجر وفقا لما يعرف بفئات الأثمان، يقوم المقاول بوضع سعر محدد لكل العملية سيعمل على تنفيذها، ثم يجري القياس لكافة الأعمال المنجزة، ليقدر في النهاية قيمة ما تم من العمل فعلا، ومن ثم تحديد الأجر الواجب دفعه[287].

يمكن لرب العمل تقدير الأجر إجماليا، إذ يتيح له لمعرفة الأجر كاملا قبل بداية العمل فيكون في مأمن من ارتفاع أسعار المواد، مما يؤدي إلى إطمئنان المتعاقدين إلى بعضهما، ويكون هذا مدعاة لاستقرار التعامل، وإن كان قد لا يعود بالنفع على المقاول، فقد يطرأ تغيير على الأسعار بالزيادة فيتحملها بمفرده[288]، ويكون هذا التحديد عن طريق المسابقة عند إبرامه عقد المقاولة ويتم ذلك بطلب وضع تصميم، من طرف كل متقدم للمسابقة، أو أن يكون بوضع أجر مسبق للمقاول وتحديده مقابل تنفيذ عمل معين.

يتعين وفق هذا الأسلوب على رب العمل أن يعلن عن التصميم المطلوب، يدعو فيه كافة المتخصصين من المهندسين المعماريين، بتقديم عملهم موضوع الدعوى، على أن توكل مهمة الفحص للجنة خاصة للنظر في هذه الأعمال المقدمة وإختيار أفضلها، كي تعين جائزة للفائز، وخير جائزة قد تكون إتمام التعاقد مع هذا الأخير، فيعمل على تنفيذ تصميمه، لكن قد يتعذر على رب العمل، التعاقد مع ذلك الفائز ولسبب مشروع، فيكون عندها ملزما بتعويضه عن الجهد الذي بذله، والوقت الذي أضاعه، لإتمام العمل المطلوب، إلا أنه قد يتحفظ رب العمل، بعدم إلزامه بالتعاقد مع الفائز في تلك المسابقة، فيبقى عليه أيضا الالتزام بتعويضه، وذلك بمنحه الجائزة المعلن عنها مسبقا.

ب- أن يتم التحديد عن طريق المسابقة: يكون بوضع أجر للمقاول، يلزم من خلاله بتنفيذ عمل محدد ومعين، ويكون ذلك عن طريق المناقصة، وتتم هذه المناقصة علنا والتي ترسو على من يقدم أقل عطاء، مع تقديم التأمينات الكافية، أو أن تكون بتقديم عطاءات، فتكون المناقصة العلنية، حيث يتقدم فيها مختلف المتسابقون، وتعتبر إيجابا لتقدم كل واحد بعطاء

(287) أحمد عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 61

(288) فتيحة قرة، مرجع سابق، ص 103.

ويكون القبول على صاحب أقل عطاء، الذي رست عليه المناقصة، فيتم حينئذ إبرام العقد، وهذا حسب المادة 69 من **ق.م.ج**[289]، إما تقديم عطاءات، ويكون في أظرفة مختومة يتم فتح هذه الأظرفة في اليوم المحدد، على أن يكون رسو المناقصة أيضا، على من تقدم بأقل عطاء من المتسابقين، ولكن لا يكون رب العمل، ملزما بإتمام العقد مع من رست عليه المناقصة، إذا تحفظ في إعلانه عن حق الرفض، أما إذا لم يتحفظ عن ذلك، فيكون ملزما بأن يعهد بالعمل المطلوب إلى من تقدم بأقل عطاء، ولا يحق له التراجع بلا سبب مشروع، وإلا كان عليه تعويض من رست عليه المناقصة، عن ما أنفقه من مصاريف، وما كان يستطيع كسبه لو قام بتنفيذ العمل[290].

2-تحديد الأجر عن طريق القانون: أما اذا سكت الطرفان عند التعاقد واختلفا بعد اتمام العمل حول المقدار الواجب دفعه، كأن يرى رب العمل مبالغة فيما طلبه المقاول، ففي هذه الحالة يلجأ المتعاقدان إلى القضاء مطالبين بتحديد أجر المقاولة ويستعين في تحديده للأجر بقيمة العمل، نفقات المقاول حسب المادة 562 من **ق.م.ج** « **إذا لم يحدد الأجر سلفا، وجب الرجوع في تحديده إلى قيمة العمل ونفقات المقاول**»

يبقى لقاضي الموضوع لتقدير الأجر الاستعانة بمن يزاولون مهنة المقاول مع مراعاة طبيعة العمل إن كان معقد أو بسيط، وما يتطلبه من مهارة في تنفيذه، وكذا الخبرة الفنية والمهارة اللتين يتطلبهما، وحجم الأخطار والمسؤوليات التي يحتمل التعرض لها أثناء تأدية هذا العمل، بالإضافة إلى كيفية العمل حيث قد تجتمع في المقاول صفتين (المنفذ والمصمم)، فيستحق أجره عن عملية التشييد وكذا عن وضعه التصميم، وهو الرسم الذي يضعه عادة المهندس المعماري، على أن يعمل المقاول على تنفيذه طبقا لما اشتمل عليه[291].

---

(289) نصت المادة 69 من **ق.م.ج**« **لا يتم العقد في المزايدات إلا برسم المزاد، ويسقط المزاد بمزاد أعلى ولوكان أعلى**»

(290) فتيحة قرة، مرجع سابق، ص. ص. 85-86، انظر أيضا: محمد لبيب شنب، مرجع سابق، ص. ص. 57-58.

(291) ولتتم عملية التصميم لابد من احترام بعض الالتزامات سواء كانت عامة تتمثل الاعلام والنصح اتجاه رب العمل وذلك أثناء ابرام العقد، ويكون الاعلام بهذا الخصوص متعلقا باطلاع رب العمل بكل المعلومات التي تفيده في معرفة كل الصعوبات التي تواجه عملية البناء، في حين الالتزام بالنصح يعني إرشاد رب العمل إلى كل الطرق والإمكانيات الممكنة

يتميز الأجر في عقد المقاولة الدولي بالمقارنة بالمقاولة المدنية أن هذه الأخيرة لا يشترط فيها أن يكون الأجر محددا في العقد وهذا ما نص عليه المشرع في المادة 562 من **ق.م.ج**، وهذا عكس المقاولة الدولية التي يكون فيها تحديد الأجر أهمية كبيرة نظرا لاختلاف عملة كل من الطرفين من جهة ولأهمية عقود المقاولات الدولية من جهة أخرى لمساسها باقتصاد دولتين على الأكثر، هذا بالإضافة إلى أن تنفيذ العقد تتدخل فيه مؤسسات مالية كالاعتماد على عملية القروض لتأمين المشروع مما يتحتم بمقتضاه وجوب معرفة تلك الأطراف لثمن المشروع موضوع العقد[292].

ويخضع عادة تحديد الثمن في عقود المقاولات الدولية لا سيما منها عقود مقاولات البناء في البلدان الصناعية إلى التراضي بين الطرفين على أجر إجمالي أو جزافي[293]، أو تحديد الأجر عن طريق المقايسة على أساس الوحدة(سعر الوحدة)، وكما يمكن تحديد الأجر عن طريق جدول فيقوم المقاول بوضع سعر محدد لكل عملية سيعمل على تنفيذها ثم يجري القياس لكافة الأعمال المنجزة ليصل في النهاية إلى تقدير قيمة ما تم من العمل فعلا ومن ثم تحديد الأجر الواجب دفعه، أو يمكن تحديد الأجر في دفتر الشروط الذي يحتوي على

=التي من شأنها المحافظة على مصالح رب العمل وهذا ما أكده المشرع الجزائري باستعمال مصطلح المدافع عن مصالح رب العمل. في حين هناك التزامات خاصة تقع على عاتق المهندس تتمثل في التزامات التقنية والاقتصادية والقانونية، فالتزامات التقنية في كل ما يتعلق بمهام المهندس المعماري التي تدخل ضمن اختصاصه المهني أو الفني مثل احترام قواعد الفن المعماري من قيام بالدراسات المتعلقة بالتربة ودراسة الأساسات، وغيرها، بينما التزامات اقتصادية تتعلق أساسا بتكلفة بانجاز البناء، أما التزامات قانونية يتحملها المهندس المعماري زايدة على التزامات عامة المتمثلة في الاعلام والنصح وتتمثل في تطبيق قواعد التعمير وكذلك كافة القيود ذات الطابع الإداري العالقة بأشغال انجاز المشروع. انظر في ذلك: العربي بلحاج، مرجع سابق، ص89، انظر أيضا:

Ramtane ZERGUINE, «**Considérations sur la responsabilité de droit commun du constructeur**», , revue algerienne des sciences juridiques économique et politiques, n°02, 1986, faculté de droit, Alger, p231.
Mathiew HEINTZ, «**La responsabilité du maitre d'œuvre du fait des travaux supplémentaires**», revue de la semaine juridique, n°8, 2007, juriclasseur, Paris, p. p.41-42.

(292) العربي بلحاج، مرجع سابق، ص 82.

Il existe **trois manières** de déterminer le prix :
le **marché à forfait** qui permet de fixer, dès la conclusion du contrat, un prix ferme et définitif. Ce prix ne peut pas être révisé, sauf en cas de modification de l'ouvrage demandée par le maître.
le **marché en régie**, dans lequel les parties s'entendent par avance sur les éléments de détermination du prix. Exemples : les parties vont s'accorder sur un prix au mètre carré ou à l'heure.
le **marché sur facture**, lorsque le prix ne peut être déterminé par l'entrepreneur qu'une fois le travail fini. Le prix est alors fixé *a posteriori*. En l'absence d'accord entre les parties, le maître de l'ouvrage peut demander au juge de fixer la rémunération. Voir article 1793 du code civil français.

كافة الشروط المتفق عليها لإتمام العقد، ولا يجب أن توجد كل هذه الشروط منفصلة عن بعضها، إنما قد تجتمع كل هذه العناصر المختلفة في العقد.[294]

يتقدم المقاول بمقايسة، أو يتقدم المهندس المعماري بتصميم حول العمل المطلوب دون علمه خصوصا في مرحلة المفاوضات، ولهذا لا يجوز في هذه الحالة إجبار رب العمل على التعاقد سواء مع المقاول أو مع المهندس المعماري واضع التصميم، ومن ثمة فهو لا يلزم بتعويضهما عما قاما به من عمل، وما بذلا من جهد في إعداده، لكن يختلف الأمر لو أن رب العمل هو الذي بادر بطلب إجراء ذلك العمل من أحدهما أو منهما معا ثم تخلى عن ذلك، فالرأي الغالب يجمع على أنه يكون رب العمل ملزما بتعويضهما، لو كان هذا يرجع إلى خطئه أو كان تعسفا منه، أما لو يكون رب العمل عمل على تنفيذ ذلك التصميم فيكون قد أثرى على حساب غيره فيقع عليه الالتزام بدفع قيمة ما أثرى به[295].

يتولى قانون العقد بيان شروط محل العقد، كقابلية محل العقد للتعامل وتعيينه ووجوده أو إمكانيته للتواجد وعلى خلاف ذلك يرى جانب اخر من الفقه، أن مسالة قابلية محل العقد للتعامل والتعيين والوجود والإمكان لا تتحدد وفقا لقانون القاضي، وإلا تعين استبعاده لتعارضه مع النظام العام في دولة القاضي، كما يستبعد قانون العقد أيضا، إذا لم يكن العقد قائما على سبب وكان قانون القاضي يتطلب وجود سبب للتعاقد[296].

ثالثا: جلب السلع والبضائع خلال فترة انجاز المقاولة: يتعين على المقاول ورب العمل خلال فترة إنجاز المقاولة جلب سلع وبضائع من الخارج ويتم نقلها عبر حدود عن طريق وسائل معينة، ولهذا لابد من معرفة القانون الذي يحكم هذه البضائع ووسائل النقل في حالة حدوث النزاع.

---

(294) مسعودة مروش، عقد المقاولة في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص. ص. 36-37.

(295) أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على العمل، مرجع سابق، ص 56، أنظر أيضا: محمد عبد الرحيم عنبر المحامي، مرجع سابق، ص 65، انظر أيضا: فتيحة قرة: مرجع سابق، ص 83؛ انظر أيضا: محمد لبيب شنب، مرجع سابق، ص 61.

(296) غير أن بعض فقهاء القانون يرى إخضاع قابلية المحل للتعامل لقانون موقع المال إن كان شيئا، ولقانون محل تنفيذ العمل إن كان عملا، بمعنى أن قانون العقد يحكم شرط القابلية للتعامل من الناحية المجردة، فهو الذي يقرر ضرورة وجوده، وإذا ماقرر ذلك اختصاص قانون موقع المال وقانون محل تنفيذ العمل ببيان حكم المحل المتفق عليه أهو قابل للتعامل أم غير قابل له. انظر في ذلك: عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص 483.

1- وسائل النقل

لما كان من المتعذر تحديد موقع السفن البحرية والطائرات وقت تحقق السبب المنشئ للحقوق المتعلقة بها، نظرا لأنها دائمة الحركة، كما أنها كثيرا ما توجد في مكان لا يخضع للسيادة الإقليمية لدولة معينة، ولذلك يتعين البحث عن قانون يضمن استقرار واستمرارية الحالة القانونية لهذه المنقولات المستخدمة كوسيلة للنقل .

استقر الرأي بالنسبة للسفن البحرية والطائرات على عدم الاعتداد بالمكان الفعلي لوجود هذه الوسائل واعتبارها موجودة بالمكان الذي قيدت فيه أو سجلت فيه الموقع الحكمي واخضاعها بالتالي لقانون بلد التسجيل أو القيد أو ما يسمى بقانون العلم وتميل إلى هذا الحل أحكام القوانين المصرية في مجال تسجيل السفن والطيران المدني وغيرها كما تؤيد نصوص القانون المقارن وبعض الاتفاقيات الأخذ به، كما تخضع السفن التي تجري في الأنهار الدولية كذلك، لقانون العلم وفقا للرأي الراجح، أسوة بالسفن البحرية[297].

ينطبق هذا القانون على كل ما يتعلق بحيازة السفن والطائرات، ويسرى كذلك على كل ما يترتب على أي منها من حقوق عينية. ولكن يخرج عن نطاق هذا القانون إجراءات الحجز التنفيذي التي يراد اتخاذها على السفينة أو الطائرة، حيث تخضع لقانون الدولة المراد اتخاذ الإجراء فيها، الذي هو عادة قانون الموقع الفعلي وقانون القاضي معا، كما تخضع السفن التي تجرى في الأنهار الدولية كذلك لقانون العلم وفقا للرأي الراجح، أسوة بالسفن البحرية[298].

تعد القطارات وعربات السكك الحديدية، من بين أهم وسائل النقل الدولي، فمن الصعب تحديد القانون الذي يحكمها، وذلك بسبب عدم وجود قانون محدد يحكمها مثل قانون العلم بالنسبة للسفن والطائرات، حيث إخضاعها لقانون موقعها الفعلي يؤدي إلى العديد من المساوئ، لحركتها الدائمة، والصفة العرضية لقانون موقعها وقت تحقق السبب الذي يترتب

(297) محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي، مرجع سابق، ص 165.

(298) عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 396؛ انظر أيضا: غالب علي الداودي: القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين، تنازع الاختصاص القضائي، تنفيذ الأحكام الأجنبية)، مرجع سابق، ص. ص. 206-208.

عليه كسب الملكية أو الحقوق العينية الأخرى، لذلك فقد حرصت الكثير من الدول على توحيد الأحكام المتعلقة بالحقوق العينية الواردة عليها بمقتضى معاهدات دولية، أما خارج حدود هذه الاتفاقيات فيتم تطبيق قانون الدولة التي تم فيها قيد وتسجيل هذه المركبات أو العربات أو القاطرات، والذي هو عادة، قانون مقر المشروع أو شركة النقل النظامية التي تقوم على استغلالها، وتميل إلى الأخذ بهذا الحل نصوص العديد من التشريعات المقارنة وبعض الاتفاقيات(299).

اختلفت الحلول بالنسبة لسيارات النقل بالطرق، حيث يرى البعض تطبيق قانون الدولة قيدها أو تسجيلها أي الدولة التي منحتها رخصة التسيير، ويعترض أخرون على هذا الرأي، وذلك لعدم ملاءمته لطبيعة السيارات وكونها منقول سريع ودائم الانتقال عبر الحدود، كما أن الأخذ به قد يعيق التعامل بشأنها، فضلا عن كونه لن يوفر الحماية اللازمة للغير. لذلك يرى هؤلاء واستنادا إلى نصوص بعض القوانين المقارنة، تطبيق قانون الموقع الفعلي للسيارة، وينطبق هذا الأخير على النظام القانوني للحيازة السيارة، وكسب ملكيتها، واثارها وزوالها، وكذلك كافة الحقوق العينية الاخرى التي عليها(300).

2- البضائع أثناء النقل: تبدو الصعوبة في تحديد القانون الواجب التطبيق على ما قد يكتسب من حقوق عينية على السلع أو البضائع أثناء نقلها، في كون هذه البضائع قد تجتاز حدود أكثر من دولة خلال فترة النقل، أو تمر في منطقة لا تخضع للسيادة الإقليمية لأية دولة، فليس من المقبول أن يطبق قانون الموقع الفعلي، إذ قد لا يكون لهذا القانون صلة حقيقة بالبضائع المنقولة، ويصعب تطبيق قانون الدولة التي تمر البضائع على إقليمها بصفة عابرة، حيث ينتفي علم المتعاقدين بأحكام قانون هذه الدولة.

يذهب البعض إلى إخضاع النظام القانوني بشأن السلع والبضائع المنقولة على ظهر سفينة أو طائرة لقانون العلم حتى ولو كانت وسيلة النقل في المياه الإقليمية أو الاقليم الجوي لدولة آخرين، ويذهب آخرون بالاستناد إلى بعض نصوص القوانين المقارنة، إلى تطبيق القانون الشخصي لمالك البضاعة، وذلك باعتبار هذا القانون قانون موقع حكمي أو اعتباري

(299) اتفاقية برن المبرمة في 14 أكتوبر 1890، بشأن النقل الدولي للبضائع بالسكك الحديدية، وكذلك اتفاقية المبرمة عام 1923 والمتعلقة بالنقل الدولي للمسافرين والأمتعة بالسكك الحديدية.

(300) أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص. ص. 998-1005.

لها. وفيما يتعلق بالسلع والبضائع المنقولة برا فقد اختلف بشأنها البعض حيث ذهبوا مستندين إلى نصوص بعض الاتفاقيات الدولية فضلا عن بعض القوانين المقارنة، إلى تطبيق قانون الدولة المرسلة منها السلع أو البضائع، لأن موقع التصدير معلوم ومؤكد وهو غالبا دولة البائع[301].

يذهب الرأي السائد في الفقه، والقانون المقارن إلى تطبيق قانون الدولة المرسل إليها البضاعة، وذلك تأسيسا على أن هذه الدولة هي المكان الذي ستستقر فيه البضاعة، أما عن نطاق تطبيق قانون الدولة المرسل إليها البضاعة، فقد اختلف أصحاب هذا الرأي بشأنه، حيث يرى البعض عدم التفرقة في هذا الصدد، بين البضائع المرسلة بطريق البحر وتلك المرسلة بطرق البر، فكلاهما يخضع لقانون **الدولة** المرسلة إليها، بينما يرى البعض الأخر، استثناء البضاعة المرسلة بطريق البحر وتلك التي يحملها المسافر معه أي المصحوبة وليست المشحونة، فهي تخضع لقانون العلم وليس قانون الجهة المرسلة إليها أو تلك التي يقصدها المسافر[302].

يسلم جانب من الفقه الحديث، بتطبيق قانون الدولة المرسلة إليها السلع أو البضائع المنقولة بصفة عامة، ولكنه لا يرى مانعا من اتفاق الأطراف على تطبيق القانون الذي يحكم التصرف الأصلي، أو قانون جهة الإرسال، مع عدم الاحتجاج بهذا الاختيار على الغير ويؤسس ذلك في نظر أنصار هذا الرأي على اعتبارات التيسير على المتعاملين بشأن المنقولات وتحقيقا لانسياب السلع عبر الحدود وخاصة في عمليات التجارة الدولية[303].

يخرج عن نطاق تطبيق القانون الذي يحكم المنقول التدابير التحفظية أو إجراءات الحجز عليه التي يراد اتخاذها، حيث تخضع مثل هذه الاجراءات لقانون موقع المنقول[304].

---

(301) عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص 394. انظر أيضا: غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين، تنازع الاختصاص القضائي، تنفيذ الأحكام الأجنبية، مرجع سابق، ص. ص. 209-210.

(302) جمال محمود الكردي، مرجع سابق، ص. ص. 439-440.

(303) أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 1001.

(304) جمال محمود الكردي، مرجع سابق، ص 441.

الفرع الثاني
السبب في عقد المقاولة الدولي

ظهرت فكرة السبب في القوانين الرومانية، والذي يقصد به الغرض القريب المباشر لابرام العقد، دون النظر إلى غيره من الأسباب البعيدة، حيث تصور فقهاء الرومان أن السبب في العقود الملزمة لجانبين كالبيع ، التزام كل متعاقد بالنسبة إلى المتعاقد الآخر، فسبب التزام البائع بتسليم المبيع هو التزام المشتري بدفع الثمن، وسبب التزام المشتري بدفع الثمن هو التزام البائع بتسليم المبيع و انتقلت فكرة السبب من الرومان إلى فقهاء القانون الكنسي، حيث عمموها على كل العقود، وتعمقوا فيها، فجعلوا السبب يتعدى الغرض المباشر الذي يسعى المتعاقد إلى تحقيقه.

يقصد بالسبب الغرض الذي يقصد الملتزم الوصول إليه وراء التحمل الالتزام، والغاية التي يستهدف الملتزم تحقيقها نتيجة التزامه[305]، ففي عقد البيع مثلا البائع يلتزم بنقل ملكية المبيع وتسليمه إلى المشتري بهدف الحصول على الثمن رغبة منه في الحصول على المبيع وبالتالي يعتبر السبب عنصرا من عناصر الإرادة، ولقد اختلف الفقهاء في تحديد وتعريف السبب في العقود [306].

أولا: مفهوم السبب في عقد المقاولة الدولي:

يعرف السبب في العقود الدولية بأنه الدافع و الباعث إلى التعاقد[307]، وهو يختلف باختلاف العقود وتؤثر فيه الظروف الخارجية عن العقد ونفس المبدأ يطبق على عقود

(305) La cause est possible de dire que la cause c'est le pourquoi de l'engagement, ou encore le but poursuivi par les parties. Or, les raison qui peuvent amener un débiteur à s'engager sont multiples et variés.Voit : Pierre CATALA, op.cit, p26.

(306) وعلى الرغم من عدم إعطاء القانون تعريفا للسبب فإن القضاء ساهم كثيرا في تطبيق المواد الخاصة بالسبب، وذلك بإبطاله العديد من العقود لعدم وجود السبب أو عدم مشروعيته وقد دار خلاف وجدال فقهي كبير حول وجود فكرة السبب في العقد، فالبعض تجاهلها واعتبرها عديمة الجدوى والقيمة مثل القانون المدني الألماني، بينما ساهم الفقهاء الفرنسيون، ومن بينهم الفقيهان دوما وبوتيه في إبراز هذه الفكرة والتعامل بها. انظر في ذلك: محمد يحيى عبد الرحمان المحاسن، مفهوم المحل والسبب في العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1989، ص. ص. 81-86.

(307) اختلف في تعريف السبب فظهرت نظريتان الاولى تقليدية فحسب هذه النظرية السبب هو الغرض المباشر المجرد الذي يريد المدين تحقيقه بالتزامه، ولقد وضح الفقيه الفرنسي الكبير DOMAT أسس النظرية التقليدية في السبب في القرن 17 فاعتبر السبب الغرض المباشر، وأغفل الباعث الدافع، فالعقد قد يكون له دوافع متعددة، أما التزام فليس له إلا سبب

المقاولات الدولية، إذ يختلف السبب باختلاف نوع العمل المراد إنجازه بمقتضى عقد المقاولة فنجد مثلا أن عقد نقل التكنولوجيا بالنسبة للدول النامية المختلفة في إبرامها مع من يكتسبها ليس في الحقيقة اكتساب مجمعات صناعية معدة للتشغيل وانما الحصول على معرفة الفنية أو ما يعرف بالتكنولوجيا الذي تجسد في عقود المقاولة الدولية من خلال عقود تسليم المفتاح في اليد وعقود تسليم الوحدة مع المنتج في اليد(308)، يدخل سبب العقد في نطاق تطبيق قانون العقد وفقا للراجح، فسبب العقد هو أمر يتعلق بأدبيات العملية التعاقدية ويدخل بهذه المثابة في إطار اختصاص قانون العقد(309).

يعتبر العقد حسب معظم القوانين المدنية باطلا في حالة عدم وجود سبب للالتزام أو كونه مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة، وقد قضت محكمة النقض المصرية في ذلك بأن: «**السبب غير المشروع الذي من شأنه أن يبطل العقد وفقا لحكم المادة 136 من**

=واحد بالنسبة لنوع واحد من الالتزام ، ويختلف السبب من عقد إلى عقد آخر، وعليه تميز النظرية التقليدية بين السبب المنشأ للالتزام والسبب القصدي لا الباعث على التعاقد، وأن السبب القصدي عنصر موضوعي داخل في العقد، ولا يتغير بالنوع واحد من العقود بحيث يخلف السبب فيه لأي نوع من العقود يؤدي إلى بطلانها وهو الأساس، بينما الباعث أمر شخصي يتعلق بنوايا الملتزم، وخارج العقد سواء كان مشروعا أو غير مشروع، وأخيرا يذهب أنصار النظرية التقليدية في السبب إلى أن السبب يجب أن تتوافر فيه ثلاث شروط هي: أن يكون موجودا، صحيحا، أن يكون مشروعا، بينما النظرية الحديثة فهي لا تقف عند السبب القصدي، بمعنى الغرض المباشر، ولكنها تدخل فيه الباعث الدافع إلى التعاقد كلما كان متصلا بالمتعاقد الآخر، بمعنى أنه كان عالما به أو على الأقل يستطيع أن يعلم به، وتقسم النظرية الحديثة السبب حسبها إلى ثلاثة أنواع ، وهو السبب المنشئ للالتزام، السبب القصدي، الباعث الدافع. انظر في ذلك: محمد يحيى عبد الرحمان المحاسن، مفهوم المحل والسبب في العقد، مرجع سابق، ص. ص. 86-87.

Voir aussi :

Julien M.RISSER : l'avenir de la cause en droits des contrats, mémoire pour obtenir du diplôme de master2, université de lorraine, Paris, 2015, pp 11-19.Voir aussi : J GHESTIN : Cause de l'engagement et validité du contrat, L.G.D.J, Paris, 2006, p22. Voir aussi D DEROUSSIN. : Histoire du droit des obligations, 2 eme Ed, ED economica, Paris, 2012, p361.Voir aussi : E CHEVREAU. : «**la cause dans le contrat en droit français: une interprétation erronée des sources du droit romain**»,, Revue Droit Comercial, n°01, 2013, Paris, , p11.

(308) مسعودة مروش، عقد المقاولة في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص. ص. 36-64.

(309) خلاف لذلك ما يراه البعض من ضرورة إشراك قانون القاضي مع قانون العقد في بحث مدى مشروعية السبب، وهناك من يرى ضرورة إخضاع مشروعية محل العقد لقانون القاضي. انظر في ذلك: أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 1128، انظر أيضا: عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص. ص. 459-460، هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 672، انظر ايضا: محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 193.

القانون المدني، يجب أن يكون معلوما للمتعامل الآخر، فإذا لم يكن على علم به أو ليس في استطاعته أن يعلمه، فلا يعتد بعدم المشروعية»[310]، وبالتالي فإن الشرط الوحيد للسبب في القانون المصري هو شرط المشروعية.

تناول التقنين المدني الفرنسي السبب في المواد من 1162 على أن العقد لا يمكن أن يمس بالنظام العام، سواء في نصوصه أو أغراضه، وسواء كانت تلك الأغراض معروفة لكلا الطرفين أم لا[311]، وهو نفس اتجاه المادة 98 من **ق.م.ج** أن كل التزام في الأصل يقوم على سبب مشروع، إلى أن يقام الدليل على عكس ذلك ، فهي تقوم على فكرة السبب مفترض وهذا حسب القرينة التي نص عليها المادة 98 من **ق.م.ج** « **كل التزام مفترض أن له سبب مشروعا، ما لم يقم الدليل على ذلك** »، تعتبر قرينة ضعيفة يجوز إثبات عكسها، وعبء الإثبات يقع على عاتق من يدعي عدم مشروعية السبب، وفي حالة ذكر السبب في العقد، يعتبر هو السبب الحقيقي للاتفاق، إلا إذا قام الدليل على عكس ذلك، وهذا مانصت عليه الفقرة الثانية من المادة 98 من **ق.م.ج** « **ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي من يوم الدليل على ما يخالف ذلك** » فإذا ثبتت صورية السبب المذكور في العقد فعلى من يدعي أن للالتزام سبب آخر مشروعا أن يقيم الدليل على ذلك ، و هذا ما قررته الفقرة 2 من المادة 98 في الجزء الثاني منها على أنه « **إذا قام الدليل على صورته السبب فعلى من يدعيها أن للالتزام سببا آخر مشروعا أن يثبت ما يدعيه** »

لا يطرح وجود السبب إشكالا كبيرا في مجال عقد المقاولة الدولي، فإنه يظل خاضعا لأحكام النظرية العامة للعقد، فإن مشروعية السبب وعدم مخالفته للنظام العام والآداب العامة، يختلف من دولة إلى دولة أخرى، وفي ظل عدم الاتفاق الحاصل بخصوص تحديد مدلول فكرة النظام العام والآداب العامة، في ظل صعوبة تصور الوصول إلى حد أدنى من الاتفاق حولهما بين النظم القانونية، على الأقل على مستوى التعاملات على مستوى الدولي، التي لا يجب أن تفلت عن نطاق حظر التعامل فيما يخالف النظام والآداب العامة، حتى

(310) « **Le contrat est nul pour cause illicite ou immorale lorsque le motif déterminant de la volonté des parties est contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Il s'agit par conséquant d un contrôle motif qui a amené les parties à contracter. Lorsque ce motif porte atteinte à l'ordre public et aux bonnes mœurs, le contrat sera annulé par le juge** ». Pierre CATALA, op.cit, p317.

(311) Article 1162 dispose que **:«Le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties ».**

تكون العقود المنجزة عبرها صحيحة وفقا للنظم القانونية الداخلية، ليبقى كل طرف يعمل المفاهيم السائدة في قانونه الوطني حتى لا يكون عقده عرضة للإلغاء[312].

يثور التساؤل بشأن مسألة هامة ترتبط بما سبق التعرض له من حلول تقليدية تتضمنها قوانين الالتزامات والقوانين المدنية عموما في بعض الدول على نحو ما أشرنا إليه آنفا، ويتعلق هذا التساؤل بمدى مشروعية العقد الملحق بعقد آخر بفرض عدم مشروعية محل أو سبب هذا الأخير.

نشير بداءة بوجوب وضع تحفظ مهم على الحل المأخوذ من قانون الالتزامات أو القوانين المدنية بصفة عامة، والذي يكمن في تقرير عدم مشروعية العقد الملحق بعقد أخر أصلي محله أو سببه يعد غير مشروع، إذ يتعين علينا عندما نكون بصدد تعددية عقود، أن يعامل كل عقد منها معاملة مستقلة من حيث الأصل، ويعتبر منظما بقانون خاص به، وهذا حتى ولو كانت هذه العقود مرتبطة فيما بينها ما لم يوجد في العقد ما يخالف ذلك[313].

(312) **Maire NAMIE- CHARBONNIER,** la formation et exécution du contrat électronique, Thèse de doctorat, droit économie, sciences sociales, université panthéon-Assas- Paris2, Paris, 2003, p 117.

(313) جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2005، ص 515.

المطلب الثاني
الشكلية في عقد المقاولة الدولي

كان أول ظهور للشكلية في القانون الروماني، حيث كان الشكل وحده هو الذي يجعل العقد تاما، فكانت تشترطها كشرط للانعقاد، فلم تكن إرادة المتعاقدين كافية لإتمام العقد بل كان لابد أن يتم العقد في الشكل الذي كانوا يسمونه **(Mancipation)** وهو الذي يستلزم حضور شهود وميزان وعبارة معينة، وأو في الشكل الذي كانوا يسمونه (In jure cessio) أي أمام القضاء، أو في الشكل الذي كانوا يسمونه (Tradition) أي التسليم المادي، وإما بوضع اليد لمدة طويلة للتملك بغير عقد وكانوا يسمونه (Usucapion)، بالنسبة للأعيان الشكل معين كاستلزام حضور الشهود والميزان وتلاوة عبارات معينة، ولقد ضلت هذه الشكلية مقدسة مسيطرة على العقد وعلى كسب الملكية للأعيان لفترة طويلة من الزمن ثم أخذت تخف شيئا فشيئا في القانون الروماني ثم في القوانين التي تأثرت به، إلى أن جاء (ديمولان) في أوائل القرن السادس عشر فوضع البذرة الأولى لمبدأ سلطان الإرادة فأنشأت العقود الرضائية، التي تنعقد بمجرد تبادل التراضي بين المتعاقدين دون الحاجة إلى شكل معين[314].

لم يؤدي زوال الشكلية إلى اختفائها نهائيا بل بقيت مرتبطة ببعض العقود، واشتراط التشريعات الشكلية وخاصة الشكلية في بعض التصرفات القانونية مرده إلى رغبة المشرعين في تنبيه أطراف العلاقة العقدية إلى أهمية وخطورة التصرف القانوني المراد ابرامه وكذلك حتى يكون الغير على بينة وعلى علم بمضمون تلك التصرفات[315]**(الفرع الأول)**.

تشترط القوانين شكليات معينة لبعض التصرفات، غير موحدة على قاعدة واحدة، ونجد عدة اختلافات بين القوانين الوطنية، وتلك الاختلافات تثير التنازع بين قوانين الدول مما يلزم تحديد القانون الذي يحكم شكلية في عقود المقاولات الدولية [316] **(الفرع الثاني)**.

---

(314) أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص113، انظر أيضا: هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 375

(315) علي فيلالي، الالتزامات (النظرية العامة للعقد)، مرجع سابق، ص. ص. 230-231.

(316) حسن الهداوي، تنازع القوانين (المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني، دراسة مقارنة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2005، ص 169.

الفرع الأول

أهمية الشكلية في عقد مقاولة دولي

سبق وأن رأينا أن أركان إبرام عقد المقاولة الدولي تتمثل في التراضي والمحل والسبب، حيث يضيف كل من القانون والمتعاقدان ركن آخر لاتمام العقد ألا وهو ركن الشكلية في العقود.

تكفي الإرادة لإنشاء التصرف والإلتزام، حيث وكل ما يتطلب هو أن يصدر تعبير عن الإرادة بصرف النظر عن الصورة التي يصدر فيها هذا التعبير، ولهذا نجد العقود الشكلية هي العقود التي يتطلب القانون قيامها مع وجود رضا أطرافه وأن يصب هذا الرضا في شكل معين، وإذا إستلزم القانون توافر شكل معينا لعقد ما فإن هذا العقد لا ينعقد إلا بتوافر الرضا والمحل والسبب والشكل[317] .

يقصد بالشكل إفراغ العقد في شكل معين يشترطه القانون، ويكون العقد شكليا إذا كان الشكل ركنا لإنعقاده مثل عقد الرهن فهو لا ينعقد إلا بعقد رسمي المادة 883 من **ق.م.ج**، أي يبرم أمام موثق مثل العقود التي تتضمن نقل ملكية العقار أو أي حق عيني والشكلية في العقود قد تكون في عقد الهبة أو عقد شركة المساهمة أو العقود العينية وذلك حسب المادة 793 من **ق.م.ج حيث: « لا تنتقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك من المتعاقدين أو في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي نص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة الشهر العقاري».**

إن العقود الدولية بصفة عامة والمقاولات بصفة خاصة تنصب موضوعاتها على التجارة الخارجية وتشكل همزة وصل بين اقتصاديات الدول، خاصة وأن عقود المقاولات الدولية تشكل في إعتقادنا الأسلوب الأكثر اتباعا من طرف المتعاملين الاقتصاديين في مجال الاستثمار المباشر لذلك فإن الممارسات التجارية في مجال تكوين تلك العقود أوجدت

(317) Article 1172 du code civil français dispose que **« les contrats sont par principe consensuels.**
Par exception, la validité des contrats solennels est subordonnée à l'observation de formes déterminées par la loi à défaut de laquelle le contrat est nul, sauf possible régularisation.
En outre, la loi subordonne la formation de certains contrats à la remise d'une chose ».

عدة ممارسات تختلف عن العقود الداخلية وتتمثل في وجوب توافر شكليات معينة الناتجة عن وجود طرف عمومي في العلاقة التعاقدية **(أولا)** يضاف إليها بعض الشكليات باعتبارها عقودا دولية **(ثانيا)**.

أولا: شكليات المطلوبة لعقد مقاولة لكونه صفقة عمومية: تعتبر الصفقات العمومية وسيلة الدولة في توفير أكبر قدر ممكن من التنافس بين المقاولين حول نوعية الخدمة والثمن بما يتماشى وتحقيق توفير الاحتياجات العامة لذلك فإن المشرع وضع قواعد خاصة في مجال إبرام تلك الصفقات يجب اتباعها لتحقيق الغاية الاقتصادية، فأحدث هيآت مراقبة داخلية وخارجية هدفها السهر على مراقبة القواعد المتبعة من طرف المتعاقدين.

النتيجة النهائية حسب قانون الصفقات العمومية إما منح التأشيرة بما يفيد موافقة لجنة الصفقات على الصفقة وبالتالي مباشرة تنفيذ العقد وإما أن ترفضها إلا أن المواد 98 من **ق.ص.ع.ج**[318] أجازت تجاوز ذلك الرفض بتقرير مسبب من طرف المصلحة المتعاقدة عن طريق الوالي في حدود صلاحياته ويعلم به وزيري الداخلية والمكلف بالمالية رئيس البلدية ويعلم به الوالي.

تعتبر التأشيرة الممنوحة من طرف اللجنة الضوء الأخضر لتنفيذ الصفقة طبقا لقانون الصفقات، فلا يمكن البدء في التنفيذ إلا إذا وضعت هذه التأشيرة على العقد وأحسن مثال عن هذا الشرط هو ماجاء في عقد المنتوج في اليد المبرم بتاريخ 1975/11/13 بين شركة

---

(318) نصت المادة 200 من **ق.ص.ع.ج** « **يترتب في حالة رفض لجنة صفقات المصلحة المتعاقدة منح التأشيرة مايلي:**

يمكن الوزير أو مسؤول الهيئة العمومية المعني، بناء على تقرير من المصلحة المتعاقدة، أن يتجاوز ذلك بمقرر معلل.

يمكن الوالي، في حدود صلاحياته وبناء على تقرير من المصلحة المتعاقدة، أن يتجاوز ذلك بمقرر معلل ويعلم وزير الداخلية والجماعات المحلية بذلك.

يمكن رئيس المجلس الشعبي البلدي، في حدود صلاحياته وبناء على تقرير من المصلحة المتعاقدة أن يتجاوز ذلك بمقرر معلل ويعلم الوالي المختص بذلك ...»

نصت المادة 98 من **ق.ص.ع.ج** **«يجب على المراقب الميزانياتي والمحاسب المكلف فقط أن يعلم كتابيا هيئة الرقابة الخارجية القبلية للصفقات العمومية المعنية.**

يترتب على رفض لجنة الصفقات العمومية أو المجلس الوطني للصفقات العمومية منح التأشيرة، إمكانية تجاوزه بمقرر معلل يتخذ حسب الكيفيات والإجراءات المحددة » .

سونتاكس والمؤسسة المالية للمسماة أقاشو ويلو وشركة ألزاز للتركيب الميكانيكي وذلك بمناسبة إنشاء مصنع النسيج الكائن مقره بالمسيلة حيث جاء في المادة 1/68 أن دخول هذا العقد حيز التنفيذ يكون عندما تتحقق بعض الشروط ومنها موافقة السلطات المختصة، مما يتبين معه أن التأشيرة هي ركن أساسي في العقد مرتبط بعنصر القبول الذي يكون في هذه الحالة ناقصا مما يجعلنا نتساءل عن القيمة القانونية لتلك التأشيرة فيما يخص تكوين العقد.

ثانيا: شكليات المطلوبة لعقد المقاولة باعتباره عقدا دوليا: إن العقود الدولية ومنها عقود المقاولات تربط بين فضاءات اقتصادية مختلفة، مما استوجبت معه الممارسات التجارية الدولية إخضاع بعض العقود لبعض الشكليات الإبرامية بما يضمن تنفيذها مما جعل موضوع اهتمام الدول، فسواء كان العقد موضوعه صفقة عمومية أو مبرم في مجال القانون الخاص، فإن تلك العقود تتضمن بند الحصول على تأشيرة كل المؤسسات الحالية المشاركة في تنفيذ العملية التعاقدية.

يكون العقد محل اهتمام الأطراف الموقعة والأطراف الممونة لهذه الأطراف وإن كانت أطرافا تعمل في حقل القانون الخاص، فإنها تتدخل في المسار التكويني للعقد، فعلى المتعاقدين التأكد من تأشيرة تلك الأطراف الذين يعتبرون بالنسبة لهم من الغير[319].

يختلف التكييف القانوني لتلك التأشيرة باختلاف وصفها، فإذا اعتبرناها شروطا واقفة فإن عدم حدوثها يجعل العقد مستحيل التنفيذ رغم أنه مكون ومنتج لآثاره العقدية بين الطرفين ويترتب عليه حينئذ تعويضات مالية أساسها المسؤولية العقدية، أما إذا اعتبرناها أجلا واقفا فإن انعدام التأشيرة يجعل من تنفيذ العقد كذلك مستحيلا وتثار نفس المسؤولية كما في الشرط الواقف أي المسؤولية العقدية، أما إذا اعتبرناها شروط صحة فإن العقد لا وجود له دونها وكل الأعمال السابقة جينئذ تعتبر أفعال مادية فقط، والمسؤولية التي يمكن إثارتها هنا في حالة عدم تحقق الشرط هي مسؤولية تقصيرية، ورغم هذا الاختلاف في تحديد الطبيعة القانونية للتأشيرة في تكوين العقد إلا أن جل الفقهاء يعتبرون التأشيرة البنكية شروطا

(319) محمود سمير شرقاوي، مرجع سابق، ص 10

واقفة للعمليات التعاقدية، فهي لا تؤثر في تكوين العقد الذي يكون في هذه الحالة معلق بالنسبة لتنفيذه فقط عند تحقق الشرط[320]

اعتبر قانون الصفقات العمومية والمتمثل في المرسوم الرئاسي 23-12 التأشيرة ركن أساسي لقيام العقد وبالتالي فإن قبول المصلحة المتعاقدة – المكتسب- يكون في هذا النوع من الصفقات والتي تتم عادة ما تتم بواسطتها عقود المقاولات الدولية يكون ناقصا غير صالح حتى وإن اقترن به إيجاب المقاول، مما يمكن معه القول أن المشرع قيد الحرية التعاقدية فأصبحت إرادتها في هذا المجال ناقصة ولا تستطيع وحدها تكوين العقد[321].

نص المرسوم الرئاسي المنظم للصفقات العمومية 12/23 على هذه التأشيرة حيث جاء في المادة 32 منه " **يكتسي عقد البرنامج شكل اتفاقية سنوية أو متعددة السنوات تكون مرجعا، تحدد فيها طبيعة الخدمات الواجب تأديتها وأهميتها والموقع ومبلغ عقد البرنامج ورزنامة انجازه**

ويمكن أن يتداخل في سنتين(2) ماليتين أو أكثر، ويتم تنفيذها من خلال صفقات تطبيقية تبرم وفقا لأحكام هذا القانون».

يتدخل في فرنسا عدد من الموظفين في مجال الادارة المالية، فعلى المستوى اللامركزي يقوم الممثل القانوني للجماعة المحلية بإعداد الموازنة التي تصوت عليها المجالس المحلية، وهو الذي يأمر بالصرف بعد إقرارها من طرف المجالس، فهو يدرس مشروع الموازنة ويقترح دون أن يقرر، غير أنه ووفقا لصفته كآمر بصرف ينفذ الميزانية التي يتم اقرارها، لكن على مستوى عقود الدولة ومؤسساتها يظهر دور المراقب المالي الهام الذي يراقب صحته تقدير الثمن وملاءمته، ومن ثم تمثل هذه الرقابة رقابة مشروعية وملاءمة

ولقد تطرق المشرع إلى هذه النقطة في المادة 206 من **ق.م. ج** بنصه على أنه إذا كان الالتزام معلقا على شرط واقف، فلا يكون نافذا إلا تحقق الشروط ، أما المادة 209 من نفس القانون تقضي أن يكون الالتزام لأجل إذا كان نفاذه أو انقضائه مترتبا على أمر مستقبل محقق الوقوع مما يتبين معه أن المشرع الجزائري اعتبر الالتزام الناتج عن العقد قائم، إلا أن نفاذه معلق على أمر مستقبلي، ومما يعني بمفهوم المخالفة أن تلك الرخص الإدارية والمالية لا تتدخل في المسار التكويني للعقد الذي يبقى في هذه الحالة مكونا أو منتجا لجميع أثاره.

(320) كمال فراحتية، مرجع سابق، ص 47.

(321) نصت المادة 98 **ق.ص.ع.ج 23-12 « تفرض التأشيرة التي تسلمها لجنة الصفقات العمومية على المصلحة المتعاقدة والمراقب الميزانياتي والمحاسب الملكف، إلا في حالة عدم مطابقة ذلك لأحكام تشريعية...»**

ويعطي تأشيرته على محرر العقد والتي تعتبر شرطا ضروريا لمشروعية الأوامر المالية التي يقوم بها آمر الصرف فيما بعد، والذي يمكنه تأخير تأشيرته على العقد إذا رأى وجوب التعديل، كما يمكنه رفض التأشير نهائيا إذا رأى عدم مشروعية الإجراءات المتبعة من الإدارة أو غير ملاءمتها على أن رفض التأشير من جانب المراقب المالي لايعتبر سوى إجراء من النظام الداخلي للإدارة لا يصلح أن يكون محل دعوى الإلغاء.

نصت المادة 10 من اللائحة التنفيذية للقانون المصري رقم 89 على وجوب حصول الجهة الإدارية قبل طرح عملية التعاقد على التأشيرات اللازمة ذات الصلة بموضوع التعاقد من الجهات المعنية، وقد نظم القانون رقم 127 لسنة 1981 بشان المحاسبة الحكومية مسألة التأشيرة المالية بالتعاقد، حيث قضت المادة 3/8 « **على الجهات الإدارية قبل إبرام أي اتفاق مالي الحصول على اقرار كتابي من المسؤولين..**» ، ونصت المادة 9 من ذات اللائحة التنفيذية على حق الجهات الإدارية بإبرام عقود الاستخدام والعقود المتعلقة بالمصروفات الجارية لمدة تتجاوز السنة المالية، مع مراعاة أن لايترتب على هذه العقود زيادة الالتزامات في السنوات المالية التالية عما هو مدرج بالسنة المالية التي تم فيها التعاقد، وإذا تجاوزت العقود السابقة ثلاث سنوات فوجب ارفاق أوراق العقد بموافقة المدير المالي بالمحافظة أو المراقب المالي بالوزارة، مع حظر التعاقد في الشهر الأخير من السنة المالية إلا في حالات استثنائية تقتضيها ضرورة العمل وبموافقة السلطة المختصة[322].

تقوم الأطراف على الصعيد الدولي عند الانتهاء من المفاوضات وتحريرها للعقد النهائي بوضع بند في العقد يجعل كل من التوقيع وتحقق التأشيرة عناصر ضرورية لدخول العقد حيز التنفيذ بحيث أن انعدام تحقق تلك التأشيرة يجعل من التنفيذ أمرا مستحيلا، بل أن العقد غير مكون لتخلف ركن التراضي مما يدفعنا إلى القول أن إرادة الأطراف المتعاقدة وحدها ناقصة لابرام عقد المقاولة الدولي، بل لا بد أن يكملها إرادة الغير وهذه الخصوصية فرضتها المعاملات التجارية الدولية في مثل هذه العقود لضمان حسن تنفيذ العقد من جهة ولتعلق مثل هذه العقود بمشاريع عادة ما تتطلب أموال ضخمة يتحتم معه إدخال الغير لضمان توفيرها أو ضمان الحصول على التعويض في حالة قيام المسؤولية العقدية.

---

(322) مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2005، ص. ص. 466-468.

الفرع الثاني
القانون الواجب التطبيق على الشكلية في عقد المقاولة الدولي

نصت المادة 19 من **ق.م.ج** على أنه « **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 أحكامهما الموضوعية**».

يتبين من هذه المادة أن المشرع الجزائري قد كرس ثلاث قواعد اسناد تتعلق الاولى بقانون المحل والثانية بقانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين، والثالثة بالقانون الذي يسري على أحكامهما الموضوعية، غير أنه يجب تحديد نطاق القانون الواجب التطبيق على شكل العقد من خلال قواعد إسناد الواردة في المادة سالفة الذكر

فقاعدة الشكل هو المظهر الخارجي للعمل أو التصرف القانوني، وهو أيضا التعبير المادي عن إرادة من يشارك في تحضير العمل أو التصرف القانوني وإبرامه، وقد قرر المشرع الجزائري أن يحكم شكل التصرف إما قانون محل إبرامه**(أولا)**، خضوع العقد من حيث الشكل للقانون الوطني المشترك للمتعاقدين **(ثانيا)** وإما قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين **(ثالثا)**، أو القانون الذي يسري على أحكامهما الموضوعية **(رابعا)**.[323]

أولا: خضوع العقد من حيث الشكل لقانون البلد الذي تم فيه: إن التصرف يخضع لقانون محل ابرامه من حيث الشكل ومن حيث الموضوع، وهذا حسب ما قال دومولين بإخضاع موضوع التصرف لقانون الإرادة واقتصار مجال إعمال قانون المحل على الشكل الخارجي للتصرف، وعلى ذلك فإن قاعدة " **المحل يحكم التصرف**" أصبح معناها هو " **المحل يحكم شكل التصرف**"، أي قانون المحل يحكم شكل التصرف.

(323) الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص. ص. 214، انظر أيضا: هشام علي صادق، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص. ص. 381-382، انظر أيضا: حسن الهداوي، تنازع القوانين (المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني، دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 169.

تفطن إلى هذه التفرقة الفقيه باغتول وكان ذلك بمناسبة تعليقه على قضية تتلخص وقائعها في أن شخصا من بلدة مودن أجرى وصية في فينيس وفقا لقانون هذه الأخيرة، والذي كان يكتفي بحضور ثلاثة شهود كشرط لصحة الوصية، ثم ثار نزاع أمام القضاء حول صحة هذه الوصية نظرا لأن القانون الروماني والذي يخضع له الأجانب في فينيس كان يشترط لصحة الوصايا حضور سبعة شهور، حيث حكم قضاء فينيس مع ذلك باعتبار الوصية صحيحة فإقر باغتول هذا الحل على أساس أنه من حق الأجانب في فينيس أن يبرموا وصاياهم في الشكل الذي يقرره قانونها المحلي[324].

يرجع السبب في إخضاع شكل التصرف إلى قانون المحل للتيسير على المتعاقدين وإعطائهم الحق بإبرام التصرف القانوني وفق قانون بلد الإبرام الذي يكون مألوفا لديهم، لكونه يصعب عليهم العلم بأحكام قانون غير قانون الدولة التي أبرم فيها العقد، لذا أملت الاعتبارات العملية ضرورة إخضاع شكل التصرف للقانون المحلي أي قانون بلد الإبرام. وقد لا يتيسر لأطراف التصرف القانوني اتباع الشكل الذي يريدونه في البلد الأجنبي لأي شكل كان، كأن ترفض السلطات المحلية اتباع الشكليات في الابرام تخالف الشكليات المقررة في قانونها الوطني، وقد يهدف تطبيق قانون محل الإبرام إلى إشاعة الطمأنينة بين المتعاملين إلى صحة تصرفاتهم المبرمة في الخارج[325].

يستنتج من نص المادة 19 **ق.م.ج** أن المشرع جعل تطبيق قانون محل إبرام التصرف هو القاعدة العامة على أن يكون للمتعاقدين اختيار الإسناد الثاني المتعلق بالقانون الوطني المشترك إذا اتحدا جنسية، وعلى ذلك فإنه ما لم يتحدا المتعاقدان جنسية، خضع

---

(324) وقد كان انتقال قاعدة قانون المحل يحكم شكل التصرف من القضاء إلى الفقه انتقالا من ميدان الاعتبارات العلمية والعدالة إلى ميدان التأصيل والتحليل وكان من الشأن السعي وراء أساس نظري تقوم عليه هذه القاعدة قيام الخلاف حول طبيعتها أهي قاعدة اختيارية أم أمرة، ذلك من خلال اعتبار أن قواعد الشكل من الأحوال العينية ونظر إلى العقد باعتباره واقعة إقليمية تخضع للسلطان الإقليمي للقانون اعتبر تلك القاعدة آمرة أيضا عندما يرى أن قواعد الشكل مقررة لمصلحة عامة هي الإطمئنان على صحة التصرفات وتجنب ماينشأ بشأنها من منازعات بحيث ترتفع إلى مصاف قواعد النظام =العام، ولكن تحول الفقه والقضاء بعد ذلك والذي يقضي بجعل هذا الاختصاص اختياريا. انظر في ذلك: عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص486، انظر أيضا: هشام علي الصادق، حفيظة السيد الحداد، دروس في القانون الدولي الخاص، الكتاب الثاني، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص. ص.241-242.

(325) حسن الهداوي، مرجع سابق، ص. ص. 170-171.

العقد لقانون المحل، فيكون المشرع الجزائري قد جعل هذه القاعدة إلزامية في حالة اختلاف المتعاقدين في الجنسية واختيارية في حالة تمتعهما بنفس الجنسية[326].

ثانيا: خضوع العقد من حيث الشكل للقانون الوطني المشترك للمتعاقدين: إذا كان المتعاقدان يحملان نفس الجنسية يمكنهما أن يخضعا العقد لقانونهما المشترك. يكمن تبرير ذلك أن المتعاقدان يعرفان هذا القانون أكثر من غيره في بعض الأحيان، غير أن الاسناد المتعلق بقانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين لا يجد أساسا إلا في مجال الأحوال الشخصية والمسائل المتعلقة بقانون الأسرة، يبرر ذلك ارتباط الأشخاص بمذاهب بلدانهم الأصلية.

ثالثا: قانون الجنسية المشتركة: وقد يحكم شكل العقد قانون الجنسية المشتركة لأطراف العقد، حيث جعله المشرع الجزائري من الضوابط الاحتياطية التي سيصار إلى تطبيقها على شكلية العقود الدولية، كون أن المتعاقدين يكونوا اكثر دراية وعلما بقوانين البلدان التي ينتمون إليها بجنسياتهم، وعليه جعله المشرع أحد الضوابط التي يجوز ان يتم اجراء الشكلية وفقا له[327].

---

(326) ولقد ثار خلاف فقهي حول مدى إلزامية خضوع شكل التصرف لقانون بلد الإبرام، فهناك من يرى أن قاعدة خضوع شكل التصرف القانوني لقانون محل الإبرام قاعدة آمرة، حيث قامو بتقسيم القوانين إلى نوعين، قوانين عينية أي تطبق على كل من يقطن الإقليم، وقوانين شخصية وتطبق على شخص أينما ارتحل، وبعد إجرائه لهذا التقسيم رأت أن الأصل هو إقليمية القوانين والاستثناء هو شخصية القوانين، ففقه هذا الاتجاه رأو أنه مادام أن العقد يخضع لمبدأ إقليمية القوانين، فالبضرورة يجب إخضاع شكل التصرف القانوني لسلطان هذا القانون، وهذا ما يؤدي إلى اعتبار أن هذه القاعدة آمرة وبالتالي ملزمة للمتعاقدين ولا يجوز لهم إخضاع شكل التصرف لغير قانون بلد إبرام، في حين يرى جانب من الفقه الحديث أن الأخذ بفكرة إلزامية إخضاع شكل التصرف لقانون بلد الإبرام يجد سنده في إشاعة الطمأنينة بين المتعاقدين ، ويرى جانب أخر من الفقه أن فرض هذه القاعدة يتنافى مع الاعتبارات الأصلية التي كانت وما تزال تشكل الأساس الفعلي لهذه القاعدة ، فإباحة اتباع الشكل المقرر في بلد الإبرام يهدف أساسا إلى التسيير على المتعاقدين الذين قد يصعب عليهم العلم بأحكام قانون آخر/874 ومادام أن هذا هو هدف القاعدة فلا يجوز إذن إجبارهم على اتباع الشكل المقرر في قانون بلد الابرام إذا كان باستطاعتهم العلم بأحكام قانون أخر قد يكون أكثر إرتباطا بالتصرف القانوني المبرم بينهم، وتحكم الشكلية وفق القانون الانجليزي حسب قانون مكان ابرام العقد أو وفق القانون الأكثر ملائمة للعقد، وعليه الحكم في القانون =الانجليزي في مسألة الشكلية غير مستقر ومنذ القدم كان التمسك بقاعدة قانون مكان اتمام التصرف ولكن تغيرت هذه القاعدة إلى القانون الأكثر ملائمة للعقد وهو يختلف من حالة إلى اخرى بالنسبة للعقار مثلا قانون موقع العقار. انظر في ذلك: ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، مرجع سابق، ص. ص.147-148.

(327) كمال عليوش قربوع، مرجع سابق، ص 40.

رابعا: خضوع العقد من حيث الشكل للقانون الذي يسري على أحكامهما الموضوعية

تجعل غالبية التشريعات القانون الذي يحكم الموضوع هو أحد القوانين الذي يحكم شكل العقد، كون أن الأخذ بهذا الضابط يعمل على خلق وحدة بين القانون الذي يحكم العقد ككل بجوانبه الموضوعية والشكلية، فيخضع العقد في جانبه الشكلي والموضوعي لقانون واحد، والقانون الذي يحكم الموضوع قانون الإرادة وذلك أن المشرع قد أخذ بضابط الموطن وبلد الابرام في قاعدة الشكل[328].

تجدر الإشارة إلى أن اتفاقية روما لسنة 1980 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية الدولية والتي تناولت المادة 9 منها الشكلية في العقود الدولية، وفرقت بين العقد المبرم بين حاضرين والعقد المبرم بين اشخاص من دول مختلفة، فاعتبرت أن شكلية العقد المبرم بين أشخاص موجودين في نفس البلد يكون صحيح شكلا اذا استوفى المتطلبات الشكلية للقانون الذي يحكم العقد أو لقانون البلد التي تم ابرامه فيها، أما حالة ابرام العقد بين أشخاص موجودين في بلدان مختلفة فإن القانون الذي يحكم شكل العقد هو إما قانون العقد أو قانون إحدى الدول التي يكون فيها أطراف العقد وقت التعاقد، ويتم إعمال القانون الذي يجعل الشكل صحيح[329].

تطرقت أيضا اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولية للبضائع خلال نص المادة 96 أن الدول التي تشترط الكتابة لاثبات العقد يمكنها إعلام باقي الدول أن تصرفات الأطراف داخل هذه الدولة تخضع لهذه الشكلية، وعليه أن الاتفاقية أجازت لأعضائها التحفظ على بعض المواد الاتفاقية، ليحكم شرط الكتابة كشكلية للاثبات قانون الدولة التي تم الاجراء في إقليمها[330].

---

(328) الطيب زروتي، مرجع سابق، ص 87.

(329) Article 9 du convention de la rome dispose que « **un contrat conclu entre des personnes qui se trouvent dans un meme pays est valable quand à la forme s'il satisfait aux conditions de forme de la loi qui le régit au fond en vertu de la présente convention ou de la loi du pays dans lequel il a été conclu.**

Un contrat conclu entre des personnes qui se trouvent dans des pays différents est valable quand à la forme de la loi régit au fond en vertu de la présente con vention ou de la loi de l'un de ces pays.

Lorsque le contrat est conclu par un représentant le pays ou le représentant se trouve au moment ou il agit est celui qui doit etre pris en considération pour l'application des paragraphe 1et 2

Un acte juridique unilatéral relatif à un contrat conclu ou à conclure est valable quand à la s'il satisfait aux conditions de forme de la loi qui régit ou régirait au fond le contrat en vertu de la présente convention ou de la loi du pays dans lequel cet acte est intervenu…. »

(330) Article 96 du convention du vienne 1980 **« Tout État contractant dont la législation exige que les contrats de ventesoient conclus ou constatés par écrit peut à tout moment déclarer, conformément à l'article 12, que toute disposition de l'article 11, de l'article 29 ou de la deuxième partie de la présente**

خامسا: نطاق تطبيق قاعدة الإسناد الخاصة بشكل العقد: قرر المشرع الجزائري أن شكل العقد يخضع لقانون مكان الإبرام أو للقانون الوطني المشترك للمتعاقدين، وجب تحديد المقصود بالشكل والمسائل التي تدخل ضمن فئة الشكل " **هي ما يتصل بمظاهر الإرادة ولا يدخل ضمن فئة قانونية أخرى**"، وقد يكون الشكل إما ركنا لانعقاد التصرف وإما عنصرا من عناصر إثبات التصرف(331).

ويقول هشام علي صادق أنه « **وشكل التصرف بمعنى إخراج الإرادة إلى العالم الخارجي، قد يتطلبه المشرع كركن لانعقاد التصرف، وقد يكون مطلوبا لمجرد إثبات التصرف، غير أن كل ما يدخل ضمن فئة الشكل لا يخضع بالضرورة إلى قانون البلد الذي أبرم فيه**»(332)، حيث هناك أشكال لا تخضع لقانون إبرام العقد وتتمثل في:

01-الأشكال الخاصة بالإشهار: تشتمل هذه الأشكال جميع المسائل اللازمة لشهر التصرفات سواء كان الشهر مطلوبا لنشأة الحق، كما هو الحال بالنسبة للحقوق العينية الأصلية أو كان الشهر مطلوبا لنفاذ الحق في مواجهة الغير، كما هو الشأن بالنسبة للحقوق العينية التبعية، إذ تخضع أحكام الشهر على هذا النحو لقانون موقع المال، وهذا ما نصت عليه المادة **324 مكرر 1 من ق.م.ج** على أنه « **... يجب تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو كل عنصر من عناصرها ... في شكل رسمي**»، حيث كل ما يخضع للشكل الرسمي فإنه يشهر وسيكون ذلك في المكان الذي يوجد فيه المال.

02-الأشكال المكملة للأهلية: يطلق هذا الإصطلاح على ما يلزم اتخاذه حتى يتمكن ناقص الأهلية أو نائبه من مباشرة التصرف الإرادي، إن قيام القاصر بتصرف معين يتطلب إذن ولي والتصرف في مال القاصر من قبل الوصي أو القيم يتطلب ترخيص من المحكمة حتى يتمكن من بيع عقارات القاصر، فإن القانون الشخصي هو الذي يطبق أو

=Convention autorisant une formeautre que la forme écrite pour la conclusion, la modification ou la résiliationamiable d'un contrat de vente, ou pour toute offre, acceptation ou autremanifestation d'intention, ne s'applique pas dès lors que l'une des parties ason établissement dans cet État ».

(331) جمال محمود الكردي، مرجع سابق، ص 532، انظر ايضا: أحمد الفضلي: مرجع سابق، ص143.

(332) **« lorsque la loi subordonne ainsi la formation d'un contrat à la rédaction d'un acte, elle exige presque toujour que cet acte soit authentique ».** Jacques GHESTIN, Bernard DESCHE, Traité des contrats, L.G.D.J. Paris, France, 1990, p251.

رمول خالد، المحافظة العقارية كألية للحفظ العقاري في التشريع الجزائري، قصر الكتاب، الجزائر، 2001، ص 34.

قانون القاصر(**المادة 15 من ق.م.ج**). أما الجانب الإجرائي فيخضع لقانون القاضي أي أن قانون موقع المال هو الذي يحدد شكل التصرف وفقا لقانون الموضوع[333].

03-الأشكال الخاصة بشهر التصرف: وفقا للمادة 324 مكرر 1 من **ق.م.ج** أن الرسمية واجبة بالنسبة للقانون الجزائري، وهي تخضع لقانون موقع العقار، حيث شكل التصرف قد يطلبه المشرع كركن لانعقاد التصرف وقد يطلبه لمجرد إثباته.

أ-الشكل المطلوب للانعقاد: قد يتطلب القانون شكل معين لإبرام التصرف القانون وخاصة في العقارات والشركات **وذلك حسب المادة 324 مكرر 1 من ق.م.ج «زيادة عن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي يجب، تحت طائلة البطلان، تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها، أو التنازل عن أسهم الشركة أو حصص فيها، أو عقود إيجار زراعية أو تجارية أو عقود تسيير محلات تجارية أو مؤسسات صناعية في شكل رسمي، ويجب دفع الثمن لدى ضابط عمومي الذي حرر العقد.**

كما يجب تحت طائلة البطلان، إثبات عقود المؤسسة أو المعدلة للشركة بعقد رسمي، وتودع الأموال الناتجة عن هذه العمليات لدى الضابط العمومي المحرر للعقد».

يرى جانب من الفقه أن مسألة لزوم أو عدم لزوم هذا النوع من الشكل مسألة موضوعية يرجع في شأنها إلى القانون الذي يحكم موضوع العقد، وحجتهم في ذلك أن اشتراط المشرع إفراغ التصرف القانوني في شكل معين وخاصة الشكل الرسمي[334] يهدف إلى حماية الإرادة، وهو ما يعني أن هذا الشكل مسألة موضوعية تخضع لقانون الإرادة وعليه يجب الرجوع إلى هذا القانون للحكم فيما إذا كانت الرسمية ركن في التصرف القانوني أم لا، فإذا كان ذلك القانون يعتبرها ركن من أركان التصرف فيجب احترامها حتى ولو كان قانون

---

(333) فؤاد عبد المنعم، فؤاد راشد، الوجيز في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، ج 2، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1996، ص 314، ويرى الاستاذ هشام علي الصادق أن موضوع التصرف وجوهره هو الإرادة، فإنه يتعين اعتبار ما أسماه البعض بالأشكال المكملة للأهلية من مسائل الموضوع لا الشكل. انظر في ذلك: هشام علي الصادق، حفيظة السيد الحداد، دروس في القانون الدولي الخاص، الكتاب الثاني، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص. ص. 264-265.

(334) Article 1317 du code civil français dispose **:« L'acte authentique est celui qui a été reçu par officiers public ayant le droit d'instrumenter dans le lieu ou l'acte a été rédigé, et avec solennités… »**

بلد الابرام لا يتطلبها، نستنتج من أفكار هذا الاتجاه للشكل فكرة ضيقة، يقصد به الشكل الخارجي للتصرف القانوني فقط أما الأوضاع الجوهرية في الشكل والتي تعتبر ركن في التصرف القانوني يرجع الفصل فيها للقانون الذي يحكم الموضوع [335].

يرى الرأي الآخر أنه يجب الرجوع إلى قانون البلد الإبرام لمعرفة ما إذا كان الشكل المطلوب لازما لانعقاد التصرف القانوني أم لا، وهذا الرأي يجد سنده في اعتبارات التيسير على المتعاملين وهذه الاعتبارات تقوم على قاعدة خضوع الشكل لقانون محل الابرام، فإذا كان القانون الذي يحكم موضوع التصرف القانوني يستلزم الكتابة الرسمية كركن في التصرف القانوني وبلد الابرام لا يستلزمها ويعتبر العقد رضائيا، ففي هذه الحالة لا يفرض على المتعاقدين الشكل الرسمي، بالإضافة إلى ذلك يستند هذا الرأي إلى حجة عملية تحدث في بعض الفروض، فإذا كان القانون الذي يحكم الموضوع يفرض الشكل الرسمي وهذا يعني تدخل موظف عام لتحرير ذلك التصرف القانوني وهو الموثق، وبلد الابرام لا يفرض الشكل، فهنا يستحيل على الأطراف إبرام تصرفاتهم القانونية في هذا البلد لعدم وجود ذلك الموظف. تعتبر هذه المسألة موضوعية، فتخضع للقانون الذي يحكم الموضوع، أما تنفيذ الشكل الذي يتطلبه الموضوع وإجراءاته فيخضع لقانون بلد الإبرام أو القانون الوطني المشترك للمتعاقدين [336]

ب-الشكل المطلوب للاثبات: إن مسألة لزوم أو عدم لزوم الدليل الكتابي لاثبات التصرف تخضع للقانون الذي يحكم شكل هذا التصرف وهو قانون بلد الإبرام، كما تخضع لهذا القانون أيضا هو قوة الدليل في الاثبات، فمثلا إذا كان القانون الذي يحكم شكل العقد لا

(335) أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 1159، انظر أيضا: محمد فهمي كامل، مرجع سابق، ص 595، انظر أيضا: هشام علي الصادق، حفيظة السيد الحداد، دروس في القانون الدولي الخاص، الكتاب الثاني، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 246.

(336) عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص 498، انظر أيضا: هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 385، انظر أيضا: جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص. ص. 532-533، انظر أيضا: فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، مرجع سابق، ص. ص. 315-316، انظر أيضا: حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص المبادئ العامة في تنازع القوانين)، مرجع سابق، ص. ص. 340-342.

يتطلب الدليل الكتابي بينما القانون الذي يحكم الموضوع الذي يستلزم الدليل الكتابي، فهنا يجوز إثبات التصرف القانوني بغير الدليل الكتابي[337].

أما في حالة العكس إذا كان قانون القاضي لا يستلزم وجود دليل كتابي، اما القانون الذي يحكم الشكل يستلزمه فهنا يجب اثبات التصرف القانوني بالدليل الكتابي، وإن كان جانب من الفقه يرى عدم استلزام الدليل الكتابي الذي يتطلبه القانون الذي يحكم الشكل مادام أن قانون القاضي يسمح بإثبات التصرف بغير هذا الدليل، والحجة في ذلك هو التسيير على المتعاقدين.

تخضع إجراءات الإثبات لقانون القاضي، مثلا كيفية استماع الشهود، أما قانون إبرام العقد فيحكم البيانات المعدة مقدما وفقا لما جاء **في المادة 8 من ق.م.ج**« **تخضع البيانات المعدة مقدما للنصوص المعمول بها في الوقت الذي اعدت فيه البينة ومن الوقت الذي ينبغي فيه إعدادها**».

(337) نصت اتفاقية روما 1980 المبرمة بين دول سوق الأوروبية مسألة خضوع طرق اثبات التصرف للقانون الذي يحكم الشكل، وكذللك اتفاقية جنيف لعام 1930 والخاصة بالكمبيالة والسند الاذني. انظر في ذلك حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص (المبادئ العامة في تنازع القوانين)، مرجع سابق، ص. ص. 343.

Voir aussi l'article 1173 du code civile français edicte **« Les formes exigées aux fins de preuve ou d'opposabilité sont sans effet sur la validité des contrats.**

الباب الثاني

القانون الواجب التطبيق على تنفيذ التزامات عقد المقاولة

تدرج المقاولات بصفة عامة ضمن طائفة تنفيذ أعمال متعددة ومتنوعة متخصصة حسب نوع العمل وطبيعته لفترة زمنية معينة على أن يتم تسليم تلك الأعمال المنجزة والمطابقة للمواصفات الفنية المتفق عليها لاحقا، ويرتبط عقد المقاولات الدولية بأنظمة قانونية مختلفة وهو من العقود مركبة ومعقدة لأنها تقوم على مجموعة من الأعمال منها ماهو رئيسي ومنها ماهو ثانوي حسب طبيعة العمل وأهميته مما يتحتم معه تجزئة تلك الأعمال وإخراجها في عقود اخرى مرتبطة بعقد المقاولة.

تقوم التزامات الطرفين بمجرد ابرام العقد والتي تختلف باختلاف موضوع العقد المبرم بينهما فيقع على المقاول بصفة عامة التزام بتنفيذ وإنهاء المشروع في المدة المتفق عليها، مع تقديم كافة الضمانات التي تؤكد نجاح هذا المشروع، كما يلتزم رب العمل أساسا بتمكين المقاول من تسليم العمل وتسلمه بعد الانجاز ودفع الأجرة، وإخلال أطراف العلاقة بتلك الالتزامات يترتب عليه كأصل عام قيام المسؤولية العقدية. ولهذا قد يكون التسليم أو مكان دفع الأجرة أو أي التزام اخر من طرف أحد المتعاقدين قد تم في حدود دولتين أو أكثر، ولذا قد يثير النزاع حول قانون أي دولة يمكن تطبيقه، وما إذا كان للأطراف الحرية في اختيار قانون دولة معينة **(الفصل الأول)**، وإذا كان مبدأ سلطان الإرادة هو المعيار كأصل عام في اختيار القانون الواجب التطبيق على التزامات عقد المقاولة الدولي، إلا أنه يمكن للأطراف عدم اتفاق على اختيار قانون معين لدولة ما وبذلك تظهر معايير أخرى احتياطية لاختيار هذا القانون، وإذا تم الاختيار عن طريق إرادة الأطراف أو من خلال معايير احتياطية اخرى لا بد من اختيار الجهة التي تقوم بتنفيذ هذا العقد لحل النزاع الوارد بين الأطراف **(الفصل الثاني)**.

الفصل الأول

تباين أسلوب اختيار القانون الواجب التطبيق على التزامات الأطراف في عقد المقاولة الدولي

يحكم عقد المقاولة الدولي قانون دولة واحدة أو أكثر لاشتمال أحد عناصره أو أكثر على عنصر أجنبي، ولذلك قد تحدث نزاعات بين أطراف العقد عند تنفيذ الجزئي أو الكلي لهذا العقد، وقد يستبق الأطراف ذلك من خلال اتفاق عند نشوء العقد أو في أي مرحلة من مراحل تنفيذه على اختيار قانون معين ووجهة معينة يتم من خلالهما إيجاد حل لنزاع ناشيء عن إخلال بالتزامات عقد المقاولة الدولي باختيار قانون وقواعد دولة معينة، وبذلك يكون معيار حل هذا النزاع هو مبدأ سلطان الإرادة كمعيار أصيل وكأصل عام في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد السالف الذكر، ويتم استنتاج إرادة المتعاقدين في اختيار قانون معين من خلال التعبير الصريح للمتعاقدين لذلك في العقد أو يكون التعبير ضمنيا يستنتج من خلال بنود على أن أطراف العقد اتجها معا لاختيار قانون معين وهذا ماسنراه في **(المبحث الأول)**.

غير أن مبدأ سلطان إرادة الأطراف المتعاقدة في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقد مقاولة ليس مطلقا بل هو محدد بعوامل تؤدي إلى تقييده هذا حماية لمبادئ ومقومات دولة ما قد يتعارض معها هذا القانون المختار، ويؤدي بذلك إلى استبعاد مبدأ سلطان الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على التزامات عقد المقاولة الدولي بشكل كلي أو جزئي إذا تعارضت مع مبادئ النظام العام لدولة المختارة من قبل المتعاقدين لحل النزاع أو كان اختيار قانون تلك دولة راجع إلى غش أو تحايل في القانون المختار من المتعاقدين سواء في جزء أو كل القانون فيتم استبعاده كعقاب وجزاء على احتيالهم وغشهم في القانون وهذا ما سنراه في **(المبحث الثاني)**.

المبحث الأول

حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على التزامات عقد المقاولة الدولي

ظهرت نظرية قانون الإرادة خلال مراحل زمنية معينة، بدءا من المدرسة الإيطالية القديمة التي قام فقهائها بتقسيم القوانين إلى أحوال شخصية (شخصية القوانين) تتبع الأشخاص أينما كانوا وأحوال إقليمية تطبق على كافة الأشخاص والأموال التي توجد بالإقليم، ولقد اعتبر الفقهاء في تلك الفترة أن القوانين المتعلقة بالعقود هي من القوانين الإقليمية التي تطبق على كافة التصرفات القانونية التي تتم فوق الإقليم، ومن ثم قرر هذا الفقه خضوع العقد لقانون محل الإبرام نظرا لسهولة علم الأطراف بأحكام هذا القانون ودون الاعتداد بالتفرقة بين الشكل والموضوع[333].

(333) وهو ما ذهب إليه الفقيه بارتول في بداية بإخضاع موضوع العقد لقانون محل إبرامه اعتدادا بشكله، حيث لم تكن التفرقة بين الشكل والموضوع قد تبلورت، أما إثبات العقد فقد فرق فقهاء المدرسة ما بين قوة الدليل وإجراءات تقديمه وأخضع الأولى لقانون محل إبرام العقد شأنها في ذلك شأن شكل العقد وأخضع الثانية لقانون البلد الذي رفعت فيه الدعوى، أما بشأن آثار العقد فقد فرق بارتول ما بين الآثار المباشرة التي أخضعها لقانون محل الإبرام، والآثار غير المباشرة التي أخضعها لقانون محل التنفيذ وإلا لقانون البلد الذي رفعت فيه الدعوى أي لقانون القاضي، أما بشأن تنفيذ العقد فقد أخضعه بارتول لقانون محل التنفيذ أو قانون القاضي في حالة عدم تحديده، أما في القرن 19 م أكد الفقيه فوليكس إخضاع العقد للقانون الذي استقرت عليه العادات والأعراف وهو قانون بلد الإبرام، على أنه كان سيجري تنفيذ العقد في بلد آخر فإن قانون محل الوفاء هو الذي يسري بشأن المسائل التي تثور بعد إبرام العقد دولي، بينما الفقيه بروشيه إشار لفكر جديد فيما يتعلق بإخضاع العقود لقانون الإرادة لأنه لم يرجع مقدرة الأطراف المتعاقدة على الاختيار المطلق لسلطان الإرادة وإنما أرجعه إلى قوة القانون نفسه الذي خول الإرادة القدرة على الاختيار. حيث وبالرغم من أن بروشيه أنه كان أول من استخدم سلطان الإرادة إلا أنه قد أنكر على الإرادة سلطانها عندما رده إلى قوة القانون. انظر في ذلك: عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص 16، أنظر أيضا: هشام علي صادق، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 647، انظر أيضا: فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 381، انظر أيضا: محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص 24، انظر أيضا: عبد جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص. ص. 13-23، انظر أيضا: محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي، مرجع سابق، ص. ص. 37-46.

يختار الأطراف المتعاقدة القانون الذي يطبق على العقود الدولية مستندين إلى إرادة الأطراف من خلال إعمال مبدأ سلطان الإرادة، باعتباره ضابط للإسناد يحدد القانون الواجب التطبيق في مجال العقود الدولية [334] **(المطلب الأول)**، وهذا ماكرسته معظم الاتفاقيات الدولية والتشريع الجزائري لما لهذا المبدأ من أهمية كبيرة في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الدولية **(المطلب الثاني)**

المطلب الأول

مضمون مبدأ سلطان الإرادة في عقد المقاولة الدولي

لم يستقر مبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق في القانون الدولي الخاص إلا في فترة حديثة نسبيا كما سبق وأن رأينا، وترجع إلى بداية القرن التاسع عشر عندما ظهرت بعض الاتجاهات الحديثة التي تطرقت لمبدأ سلطان الإرادة، والتي أولته أهمية كبيرة واعتبرته من أهم القواعد القانونية في العقود الدولية[335].

يقصد بمبدأ سلطان الإرادة بصفة عامة الأساس والمصدر لإنشاء الحقوق والالتزامات المترتبة عن العقد، أو هي قدرة المتعاقدين على إنشاء قانون خاص بهم ليكون المرجع القانوني لجميع مراحل سير العملية التعاقدية، ويعد أساس لتنفيذ ما تم الاتفاق عليه في العقد من آثار قانونية[336]، تعتبر الإرادة ظابطا للاسناد إذا اتخذت هذه الأخيرة طابعا

(334) هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 25، انظر أيضا: عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص 47، انظر أيضا: محمود محمد ياقوت، مرجع سابق، ص 32، انظر أيضا: أحمد الفضلي، الموجز في القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية، مرجع سابق، ص. ص. 35-44.

(335) **« le principe n'est pas que les parties intéressés choisissent la loi de l'obligation ; Il est celui de l'application de la loi du lieu de l'exécution de l'obligation car elle est supposée choisie »**
Véronique RANOUIL, Lautonomie de la volenté, Presse Universitaire de France, Paris, 1990, p27.
Voir aussi Pierre MAYER, **« le mouvement des idées dans le droit des conflits de lois »**, revue français de théorie juridique, N°3, 1985, Paris,. P130.

(336) Rosario DUASO CALES, La détermination du cadre juridictionnel et législatif applicable aux -1contrats de cyberconsommation, disponible sur le site : www.lex-electronica.org p. 03.
A. Lama KOTEICHE, la loi applicable aux contrats du commerce électronique, Mémoire pour l'obtention d'un Diplôme d'études approfondies en Droit Internet et International des affaires, faculté de Droit et des SciencesPolitique et Administratives, Université, Beyrouth, 2005, p. 16.
Le principe d'autonomie est : « le pouvoir reconnu par un ordre juridique à un ou plusieurs individus de créer des situations juridiques en son sein, situation qui, sons leur intervention et à défaut de ce pouvoir, soit n'existeraient pas, soit existeraient mais avec une configuration différente ».Voir : Lionel THOUMYRE, L'échange des consentements dans le commerce électronique, disponible sur le site : www.lex-electronica.com, p 04.

دوليا وهي بمثابة جسر بين العقد والقانون الذي ينظم لهذا العقد، على أن الاعتراف بمبدأ قانون الإرادة كضابط لإسناد العقود الدولية لم يحسم الجدل الفقهي القائم بشأن الأساس الذي يستند إليه هذا الأخير حيث يعتقد البعض أن فكرة قانون الإرادة تستند إلى مبدأ سلطان الإرادة المطلق السائد في العلاقات التعاقدية، وهو ما اتجه إليه أنصار المذهب الشخصي **(الفرع الأول)**، بينما يعتقد أنصار المذهب الموضوعي أن قانون الإرادة يستند إلى وجود قاعدة قانونية تقرر حق الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول

تكريس المطلق لسلطان الارادة في اختيار القانون المطبق على التزامات المقاولة الدولي

تعد إرادة الأطراف المتعاقدة ضابط الإسناد المطلق في تحديد القانون الواجب التطبيق على التزامات المقاولة الدولي وفق مضمون النظرية الشخصية التي كرست هذا المبدأ برغم من انتقادات التي وجهت له **(أولا)**، ويختلف التعبير عن مضمون سلطان الإرادة حسب مضمون النظرية الشخصية سواء كان تعبيرا صريحا ومحددا لإرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق أو تعبيرا ضمنيا يستشف من خلال مضمون العقد ويحدد من خلاله القانون الواجب التطبيق على عقد المقاولة الدولي **(ثانيا)**.

أولا: مضمون النظرية الشخصية

يرى أنصار النظرية الشخصية[337] أن العقد الدولي الذي يتصل بأكثر من نظام قانوني واحد يخرج عن أي تنظيم قانوني داخلي، بخلاف عقود الوطنية التي تخضع للقوانين الداخلية، فالعقد الذي يبرم بين جزائريين مثلا وينفذ في جزائر هو عقد من عقود القانون الداخلي يخضع للقانون الداخلي ولا تستطيع الأطراف المتعاقدة الاتفاق على مخالفة النصوص الآمرة في التشريع الجزائري، أما العقد الذي يبرم بين جزائري وليبي لنقل مواد وبضائع في إطار عقد مقاولة إلى ليبيا فيعتبر عقداً دولياً قد تطرح بشأنه مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق في حالة النزاع لوجود قانونين لدولتين مختلفتين، فيرى أصحاب هذه النظرية بأنه لا يمكن خضوع هذا العقد لأي من القانونين، وبالتالي يفلت العقد الدولي من

ومن هؤلاء الفقهاء BATIFOL و. MAYER وغيرهم المناصرين للنظرية الشخصية واعتبار العقد دولي لارتباطه باكثر من نظام قانوني لدولتين أو أكثر. انظر في ذلك :

(337.) Henri BATIFFOL, droit international, privé,Ed Dalloz, Paris, 1981, p564.

حكم القانون ليخضع لسلطان الإرادة وهكذا أخرج أنصار النظرية الشخصية العقد الدولي من دائرة التنازع لتخضع لسلطان الإرادة، وبالتالي لا يوجد ما يمنع الأطراف المتعاقدة من اختيار قانون دولة معينة ليحكم العقد الدولي المبرم بينهم مثل القانون الليبي أو القانون الجزائري [338].

يخول مبدأ سلطان الإرادة الأطراف المتعاقدة الحق في اختيار قانون معين يخضع له العقد الدولي[339] ، ويدرج هذا القانون في العقد ويصبح من الشروط التعاقدية سواء تم ادراج القانون عن طريق إشارة إلى نصوصه في صلب العقد أو عن طريق الإحالة إلى ذلك القانون الذي يصبح شرط تعاقدي يجوز تعديله أو الأخذ ببعض أحكامه، حيث تتمتع الشروط الواردة في العقود الدولية باستقلالية خاصة لأنها تعبر عن الحرية التعاقدية لعلم الأطراف بها لأنها شروط تتلاءم مع طبيعة المعاملات الدولية وضرورية لها، ويتعين البحث عن صيغة قانونية في القانون لتبرير وجودها والإقرار بمشروعيتها[340].

يتعين لإدراج القانون المختار في العقد أن تكون إرادة الأطراف صريحة، إلا أنه إذا لم يقم الأطراف المتعاقدة باختيار القانون الذي يحكم العقد صراحة، في هذه الحالة يجب على القاضي أو المحكم أن يقوم باستخلاصها من واقع الحال بشكل قاطع وهو ما يعرف بالإرادة الضمنية، فإن لم يتمكن القاضي أو المحكم من الكشف عن الإرادة الضمنية فيمكنه تحديد إرادتهم المفترضة في اختيار قانون العقد، إذا لم يكن المشرع قد حدد بنفسه هذه الإرادة من خلال القرائن المكتشفة[341].

---

(338) هشام علي صادق، عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص104.

(339) Dominique BEREAU, L'influence de la volonté individuelle sur les conflits de lois, Mélanges en hommage à françois terrée,Presse universitaires de France, Ed DELTA , Paris, 1999, p186.
François TERRE, Philippe SIMLER, Droit civil, les obligations, Ed Dallos, Paris, 1999, pp29.

(340) منير عبد المجيد، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1995، ص 159.

. « Choix tacite à l'épreuve de difficultés de l'interprétation. Le choix de droit applicable est exprès, autrement dit les parties doivent l'insérer dans une clause de contrat suffit qu'il résulte « de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause » Ratchaneekorn LARPVANICHAR, op, cit.p 36.

(341) محمود محمد ياقوت، مرجع سابق، ص 81، انظر أيضا: هشام علي صادق، عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 106.

لا يمكن عند أنصار النظرية الشخصية دمج القانون المختار إلا إذا اختار الأطراف المتعاقدة لقانون صراحة أو ضمنا، لأنه في حالة سكوت الإرادة عن تعيين قانون العقد نكون أما قانون حدده المشرع أو اختاره المحكم ليحكم الرابطة التعاقدية حيث لا يمكن انزاله منزلة الشروط التعاقدية لعدم اختياره من طرف الأطراف المتعاقدة [342] مما يترتب عليه عدة نتائج نوردها فيما يلي :

1- يتمتع أطراف العقد بالحرية الكاملة في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقد المقاولة الدولي، حتى ولو كانت هناك صلة بين القانون المختار أو العقد أو الأطراف المتعاقدة أو لا توجد صلة كاختيار قانون لا تربطه أي رابطة لا بالأطراف ولا بالعقد ففي حالة اختيار الأطراف المتعاقدة قانون لا تربطه أي صلة بالعقد، إنزاله منزلة الشروط التعاقدية، واختيارهم لأكثر من قانون واحد ليحكم الجوانب الموضوعية في الرابطة التعاقدية، الأمر الذي يمكنهم من استخلاص النصوص التي تتلاءم مع تحقيق مصالحهم وبذلك يترتب عنه التهرب من نصوص القانون الآمرة في القوانين المختارة[343].

2- يشكل حرية اختيار الأطراف المتعاقدة للقانون الذي يحكم العقد وما يمكن أن يثير بشأنه من منازعات إعمالا لمبدأ سلطان الإرادة الذي من شأنه أن يؤدي إلى اندماج القانون المختار في العقد وتجريده من سلطانه، وتعتبر بمثابة شروط تعاقدية أمام القضاء الوطني سواء من حيث إثباتها أو رقابة محكمة النقض على تفسيرها ويؤدي إلى تنافي

---

(342) صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص. ص. 363-364. انظر أيضا في ذلك :

François DIESSE, «**L'exigence de la coopération contractuelle dans le commerce international**», , Revue de Droit des Affaires Internationales, n° 07, 1999, Paris, 1999, p.762

(**343**) الطيب زروتي، مرجع سابق، ص 95.

« C'est-à-dire que les parties, en exerçant cette liberté, aménagent leurs rapports en instillant dans le contrat lui-même (leur volonté) des règles qui relèveraient en soi du droit régissant de contrat. La liberté des parties de désigner la loi applicable trouve son fondement dans une norme qui exerce une véritable fonction de rattachement de la règle de conflit... Le principe d'autonomie permet non seulement aux parties d'opérer le choix de la loi qui leur paraîtra la mieux adaptée à l'économie du contrat mais aussi de constituer un facteur de prévisibilité et de sécurité juridique. Puisque les parties qui sont liées par la loi d'autonomie ne confrontent pas aux instabilités d'un règlement ultérieur du conflit. Il est difficile de faire autrement, car ce principe est commun parmi la plupart des systèmes de droit international privé » Ratchaneekorn LARPVANICHAR, op, cit p34.

وقبول فكرة الإحالة التي يفترض إعمالها ، وعليه اختصاص القانون المختار بناء على قاعدة من قواعد التنازع وليس استنادا إلى مبدأ سلطان الإرادة [344].

3- يجوز للأطراف المتعاقدة حق اختيار بعض الأحكام واستبعاد بعض الأحكام الأخرى حتى ولو كانت الأحكام المستبعدة قواعد آمرة وسبب ذلك أن قانون الإرادة لا ينطبق على العقد الدولي بصفته قانوناً وإنما هو عبارة عن نصوص اندمجت في العقد وأصحبت شروطا تعاقدية، وعليه من حق الأطراف المتعاقدة إضافة أية شروط أخرى ولو كانت معارضة لأي نص آمر من نصوص القانون المختار، ما لم يتعارض الشرط التعاقدي مع النظام العام وفقاً لدولة القاضي الذي ينظر إلى النزاع [345].

4- لا يشترط على الأطراف المتعاقدة الخضوع للتعديلات التشريعية اللاحقة التي تطرأ على قانون المختار بعد إبرام العقد، حيث لا تعتبر هذه التعديلات التشريعية جزء من العقد ولا تندمج فيه حتى ولو كانت نصوص قانونية آمرة ما لم يكن هناك نص صريح يدل على رغبة الأطراف المتعاقدة في الأخذ بالتعديلات التشريعية اللاحقة التي يدخلها المشرع في القانون المختار [346].

تعرضت النظرية الشخصية في تحديد قانون الإرادة لاختيار القانون الواجب التطبيق على العقد لانتقادات كثيرة موجهة لها في أساسها الفلسفي والتاريخي وكذا مضمونها وآثارها، ونتناول هذه الانتقادات فيما يلي:

1- إن استناد النظرية الشخصية على مبدأ الحرية المطلقة غير صحيح لأنها مقيدة بمتطلبات المصلحة العامة وحقوق الغير، حيث يجب على الشخص أن يلتزم في حدود القانون ولا يجب أن يشكل هذا التصرف خطرا يمس بالمصلحة العامة أو الأمن العام أو يضر بحقوق الغير [347]، وعليه القانون الذي يتم اختياره وفقاً لنظرية ديمولان هو القانون الذي انصرفت إليه إرادة الأطراف المتعاقدة، ويفترض أن يكون أنسب القوانين

---

(344) هشام علي صادق، التعليق على أحكام محكمة النقض في مسائل القانون البحري، الإسكندرية، مصر، 1985، ص 33.

(345) هشام علي صادق، عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص. ص. 108 و648.

(346) عمران علي السائح، مرجع سابق، ص 174.

(347) ليندة بلاش، إخضاع العقد الدولي للقواعد الموضوعية، اطروحة لنيل درجة دكتوراه في العلوم ، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2017، ص 384.

لحكم العلاقة القانونية، مع احتفاظ القانون بقوته الملزمة دون أن يتحول إلى شرط تعاقدي، أو أن تتم التفرقة في شأنه بين القواعد الآمرة والقواعد المتممة، ويتعين أن ينظر إليه ككل لا يتجزأ [348].

2- لا يعد اتفاق الأطراف واختيارهم لقانون معين ليحكم العقد أي قوة ملزمة لكونه لا يستمد هذه القوة إلا من القانون، حيث كل اتفاق مجرد من قانون منظم يعد اتفاقا معلقا لا يرتب آثارا ملزمة وعلى هذا النحو لن يكون في مقدوره أن يجعل قانونا معينا مختصا [349].

3- إن إعطاء الفرصة للقاضي أو المحكم لاستخلاص الإرادة الضمنية للأطراف من الظروف المحيطة لعدم توفر الاختيار الصريح قد يترتب عنه فتح المجال لأهوائه وميوله وإحلال إرادته محل الأطراف المتعاقدة [350].

4- يؤدي الاستناد إلى النظرية الشخصية إلى الوقوع في حلقة مفرغة، فإذا كان القانون المختار هو الذي يحكم العقد فالتساؤل الذي يثار عن القانون الذي يحكم اتفاق الأطراف المتعاقدة على هذا الاختيار، فإذا قلنا أنه القانون المختار فمن شأن ذلك أن يوقعنا في هذه الحلقة المفرغة ، ذلك لأن القانون المختار يستمد اختصاصاته من سلطان الإرادة في حين أن قانون الإرادة يستمد قوته الملزمة من هذا القانون[351].

5- يؤدي الأخذ بالنظرية الشخصية إلى التحايل أو الغش نحو القانون، وذلك لأنه وفقاً لهذه النظرية يملك الأطراف المتعاقدة في اختيار قانون ليس هو القانون المختص وهو ما يمثل تحايلاً على القانون[352] .

---

(348) الطيب زروتي، مرجع سابق، ص 101.

(349) عوض الله شبيه السيد، النظام القانوني لعقود إنشاء المنشآت الصناعية بين الدول والشركات الأجنبية، اطروحة لنيل درجة دكتوراه، جامعة عين الشمس، القاهرة ، 1992، ص 396.

(350) علي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2015، ص 215.

(351) Annie TOUBIANA, le domaine de la loi du contrat en droit privé, Thése de doctorat université panthéon- Assas, Paris, 1972.

Mustafa EL GHARBI, « **justice contractuelle et liberté de la volonté : un rapport problématique** », Revue de la recherche juridique, **n**°107, 2005, Université 20 Aout 1955, Skikda, p.p180.

(352) عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص 420، انظر أيضا: فؤاد رياض وسامية راشد، مرجع سابق، ص 257؛ انظر أيضا: هشام علي صادق، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 648، انظر أيضا: جميل عبده غصوب، مرجع سابق، ص. ص.347-358.

ثانيا: صور التعبير عن مضمون سلطان الإرادة وفق مضمون النظرية الشخصية لاختيار القانون الواجب التطبيق على التزامات عقد المقاولة الدولي

إن الرغبة في تفعيل مبدأ قانون الإرادة أدى إلى إعطاء إرادة الأطراف تفسيرا واسعا ليشمل التعبير سواء أكان صريحا أو ضمنيا على حد سواء فكثيرا ما تشير القوانين إلى الاعتداد بالإرادة الضمنية في تحديد مبدأ سلطان الارادة كضابط إسناد في العقد الدولي، وللتعبير عن الإرادة صورتان:

1-الإرادة الصريحة للتعبير عن مبدأ سلطان الإرادة وفق النظرية الشخصية لاختيار القانون الواجب التطبيق على عقد المقاولة الدولي: للإرادة دور مهم في حالة اختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق على منازعات عقود الدولية ومنها عقد المقاولة الدولي، والقاضي الذي ينظر في النزاع عليه أن يبحث عن القانون الواجب التطبيق من خلال واقع واتفاق الأطراف، إلا إذا كان التحكيم يتم بالصلح ففي هذه الحالة لا تكون هناك أهمية للبحث عن القانون الواجب التطبيق، وقانون الإرادة الصريحة هو القانون الذي تم اختياره من قبل الأطراف المتعاقدة اختيارا واضحا لا يشوبه أي لبس أو غموض[353].

يعد الاختيار الصريح للقانون المختص أحد الشروط الأساسية لنجاح العلاقات التجارية ذات الطابع الدولي، ذلك لأنها تبث الأمان لدى الأطراف المتعاقدة، إضافة إلى كونها تؤمن الحل الراجح عند حدوث النزاع، وبهذا نجد أن أطراف عقود المقاولة الدولية يرتاحون إذا قاموا بالاختيار الصريح للقانون المختص بحكم تعاقدهم، لأن تطبيق هذا القانون ناتج عن إرادتهم مما يدل بدون أدنى شك على أنه يخدم مصالحهم، كما أن الاختيار الصريح يعد دليلا يقينيا لا يدع مجالا للشك وعدم إتاحة الفرصة لتسلط هيئة التحكيم[354].

(353) Phlippe FOUCHARD, Et autre, Traité de l'arbitrage commercial internationa , op.cit, p799

Voir aussi : **« De nos jours, la liberté contractuelle est bien établie en droit interne et s'épanouiradans l'ordre international comme la liberté de choix de la loi applicable au contrat. La volontédes parties joue un rôle très important dans la règle de conflit de lois puisque celle-ci est habituellement attribuée à un facteur de rattachement « objectif », comme le lieu de résidence habituelle d'une personne. En effet, dans cette hypothèse, le point le plus important est dechercher à connaître la volonté exacte des parties contractantes et non de résoudre le problème conflictuel ».** Ratchaneekorn LARPVANICHAR, op, cit, p35.

(354) عمران علي السائح، مرجع سابق، ص ص 175-176، انظر أيضا: عكاشة محمد عبد العال، قانون الإجراءات المدنية والتجارية الدولية وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مرجع سابق، ص. ص. 339-359.

تبعا لذلك، فإن من أهم فوائد الاختيار الصريح لقانون العقد أنه يمكن للمتعاقد من المعرفة السابقة للقانون الواجب التطبيق على العقد، ويجنبهم تطبيق قانون آخر قد يكون غير مرغوب بالنسبة لهم، وبالتالي فإن اختيارهم الصريح يحفظ توقعاتهم بخصوص القانون الواجب التطبيق ويحقق لهم الأمان القانون المنشود[355].

لكي يأخذ بالاختيار الصريح للمتعاقدين في اختيار القانون المطبق على التزامات المقاولة الدولي يجب توافر شروط تتمثل في الاتي:

أ-أن تكون رابطة بين القانون المختار والعقد أو المتعاقدين: لا بد من تقييد حرية المتعاقدين في اختيار قانون ما بأن يكون له صلة بهما أي بمتعاقدين أو بعقدهما، وإلا اعتبر بمثابة تهرب من القواعد الآمرة الواجبة التطبيق فيؤدي إلى تحايل على القانون الواجب التطبيق، ويقصد بالصلة العلاقة الموضوعية التي تربط بين القانون المختار والعقد أو المتعاقدين وتعني اختيار المتعاقدان قانون جنسية أحدهما أو قانون موطنهما أو أن يرتبط بعناصر العقد المقاولة الدولي كاختيار قانون محل تنفيذ العقد، أو قانون محل ابرام العقد، أو قانون موقع المال محل التعاقد، إلى غير ذلك من القوانين المتصلة بالعقد [356].

ب-أن يتم العلم بالقانون المختار: يشترط في المتعاقدين أن يكونا على دراية وعلم بالقانون الذي يختارانه، فمن غير المعقول أن يتفق المتعاقدان على قانون يجهلان فحواه مما قد يسبب ضررا بمصالحهم، ولا يتحقق هذا الشرط إلا إذا اختار الطرفان صراحة القانون الذي له صلة بالعقد وبالمتعاقدين ويحمي مصالحهما، ولكي يتمكن من ذلك يفترض فيهما العلم بمحتوى هذا القانون، وبذلك يعد هذا الشرط امتداد ونتيجة للشرط الأول [357].

ج-أن يختار الأطراف صراحة الرجوع إلى عقود نموذجية: اشتهر في التجارة الدولية قيام المتعاقدين باختيار صراحة الرجوع إلى قانون دولة معروفة بتنظيمها لنوع معين من العقود،

(355) محمد أحمد علي محاسنة، تنازع القوانين في العقود الإلكترونية، نحو إيجاد منظومة للقواعد الموضوعية، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، الأردن ، 2006، ص 41 .

(356) خالد شويرب، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 41.

(357) Marie NOELLE JOBARD BACHELLIER, L'apparence en droit international privé, L. G.D.J, Paris, 1984, p195, Voir aussi : J.M.Sarhan, Pratique du commerce international, Ed foucher, Paris, France, 1999,

وهو ما يعرف بالعقود النموذجية[358]، ومرد هذا الاختيار قدرة هذه الدولة على حسن تنظيم هذا القانون للعقد المراد إبرامه، كما هو الشأن بالنسبة للقانون الإنجليزي الذي ينظم عقود النقل والتأمين البحري ولقد أقرت المحكمة الفدرالية السويسرية بضرورة توفر الصلة بين العقد النموذجي التابع لدولة معينة[359].

يحق لأطراف عقود المقاولة الدولي اختيار القانون الذي يرغبون في تطبيقه على تعاقدهم، وان اختيارهم سوف يكون لأحد القوانين التالية:

أ-اختيار القانون الوطني لأحد الاطراف : قد يتفق الأطراف المتعاقدة على اختيار قانون دولة لأحدهم للفصل في نزاعات التي تخص عقدهم لأن هذا القانون يرتبط على أقل بأحد الأطراف إذا كان شخصا خاصا، أما إذا كان شخصا معنويا عاما كدولة وجميع مؤسساتها قد تفرض اختيار قانونها الوطني باعتبارها سلطة عامة تملك امتيازات سلطة عامة، حيث إن اختيار القانون الوطني لأحد الأطراف يحدث تفاوت في درجة المساواة لأن الطرف الذي تم اختيار قانون دولته على علم ودراية أكثر بأحكام هذا القانون، كما أن هذا اختيار يعرض في بعض الأحيان الطرف الضعيف في العلاقة التجارية إلى الخضوع للطرف القوي، وذلك

---

(358) يعرف بأنه «**عبارة عن مجموعة من الشروط النموذجية في صيغة مكتوبة، يتفق عليها تجار سلعة معينة في منطقة جغرافية معينة، ويلتزمون بإرادتهم الحرة باتباعها فيما يبرمونه من صفقات تتعلق بهذه السلعة، أو هو وثيقة مطبوعة يمكن أن تستخدم كأنها العقد ذاته، تنطوي على قواعد معدة سلفا تحكم التعاقد في بضاعة معينة وتمثل نموذجا لمشروع عقد مستقبلي يتضمن كافة المسائل المتعلقة بالعقد الدولي، وتتعدد أنواعه بتعدد المواضيع فيما إذا كانت تتعلق ببضائع أو ألات**». نغم حنا رؤوف، **العقود النموذجية للجنة الإقتصادية الأوروبية** ، مجلة العلوم الإنسانية ،مد 14، ع 6، جوان 2008، جامعة تكريت، العراق، ص 327.

(359) خالد شويرب، مرجع سابق، ص 44.

« Un choix peut également résulter des dispositions du contrat ; à titre d'exemple, le choix qui se trouve son origine de l'usage d'un contrat-type selon lequel les parties ont. accordé d'appliquer. Lorsqu'il y a l'usage d'un contrat-type d'organisme en question, parexemple une police d'assurance de Lloyd's, on peut dire que les parties ont voulu appliquer la loi du pays où se trouve le siège de l'organisme donné pour les questions non réglées par le contrat, dans ce cas la loi anglaise. Puisque ce contrat-type a été rédigé dans un contexte decette loi. » Audit BERNARD, Droit international privé, 6eme Ed, Economica, Paris, 2010, p658.

من أجل القبول بقانون يخدم مصالح الطرف القوي دون أن يكون للطرف الضعيف سلطة واسعة مثل الطرف القوي[360].

ب-اختيار قانون محايد: في هذه الحالة يكون أطراف المتعاقدة على درجة واحدة من المساواة لتمتع كلاهما بنفس المزايا الذي يتمتع بهما الطرف الآخر لأنهم اختاروا قانونا محايدا لاعلاقة له بقانون دوليتيهما فهو قانون ينتمي إلى دولة اخرى، مما يبعث الطمأنينة والأمان في نفوس أطراف العقد، وبالرغم من أن الأطراف المتعاقدة تتمتع بنفس المزايا والعيوب إلا أن هذا القانون قد لا تربطه أي صلة بالعقد، حيث قد يؤدي التهرب الأطراف المتعاقدة من اختيار القانون الوطني لأحدهم إلى وقوع في اختيار قانون ليست له علاقة بموضوع العقد إلا إذا كان اختيارهم قد اتجه إلى قانون مهني معين جرى العرف على أن هذا القانون يتلاءم وموضوع نزاعهم[361].

ج-اختيار قانون دولة التي سيتم فيها التنفيذ: قد يصطدم اختيار الأطراف المتعاقدة في عقد المقاولة الدولي مع الواقع في حالة اخضاع النزاع إلى قانون الدولة التي سينفذ فيها العقد وذلك عندما يشمل التنفيذ عدة دول، وبالتالي سيتم اختيار مجموعة من القوانين على عقد واحد و سيؤدي ذلك إلى مجموعة من الحلول المتباينة ومن ثم يتعين على الأطراف تفادي الوقوع في هذا الاختيار عندما يكون العقد ينفذ في عدة أماكن[362].

2-الإرادة الضمنية للتعبير عن مبدأ سلطان الإرادة وفق النظرية الشخصية لاختيار القانون الواجب التطبيق على عقد المقاولة الدولي: يمكن أن يغفل الأطراف عن تحديد

---

(360) حيث يرى الفقه الدولي وفقه القانون الخاص أن القانون الوطني للدولة المتعاقدة هو الأنسب لحكم العلاقة التعاقدية ، على أساس أنه من غير معقول خضوع الدولة لقانون آخر وما ينجم عنه مشاكل متعددة كدفع هذه الدول بالحصانة الدولية أو القضائية بغرض تلافي تطبيق القانون الأجنبي ، كذلك فإن عقد الاستثمار مثلا عادة ما يتم ابرامه وتنفيذه داخل إقليم الدولة المتعاقدة ويرتبط بمصالحها الأساسية، وبالتالي فإن هذه المؤشرات تعمل على تركيز العقد في النظام القانوني للدولة المضيفة كقانون واجب التطبيق. انظر في ذلك: عبد الكريم بوخالفة، دور الإرادة في حل منازعات عقود الاستثمار الدولية، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في القانون ، قانون استثمار ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة ، 2018، ص 38.

(361) فيروز الموهاب، القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في التحكيم التجاري الدولي طبقا للقانون الجزائري، مرجع سابق، ص98.

(362) هشام علي صادق، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 690.

القانون الواجب التطبيق تحديدا صريحا، بسبب سهو الأطراف المتفاوضين غير المختصين في القانون لاجراء مهمة التفاوض لابرام عقود الدولية أو بناء على رغبة الأطراف في عدم اعاقة مسار المفاوضات بعد قطع شوط كبير من المجهودات للاتفاق على الشروط وعدم الاختلاف على المسألة تأجيل بحثها إلى ما بعد ابرام العقد أو إلى حين نشوب النزاع حول العقد والذي قد لا يحدث ويتم تنفيذ العقد بسلام، أو لوجود تعامل سابق فيما بينهم من دون منازع، ولا شك أن ذلك يضيف مشكلة جديدة إلى مشاكل التعقيد المتزايد لعقود التجارة الدولية(363).

يمكن أن يحتوي العقد على نص يحدد القانون الواجب التطبيق لكنه يأتي مبهما أو غامضا لا يفهم المقصود منه حيث يشير مثلا إلى تطبيق مبادئ حسن النية أو قواعد العدالة والانصاف أو في حالات أخرى قد يسكت الأطراف المتعاقدة عن الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق بالرغم من أن إرادتهم اتجهت بالفعل إلى اختياره، فيتعين على القاضي أو المحكم أن يتأكد من وجوده من خلال قرائن تؤكد في دلالتها على الإرادة الحقيقية للأطراف المتعاقدة، فلصاحب الإرادة حرية في اختيار الصورة التي يريدها للتعبير عن إرادته(364).

أخذت غالبية التشريعات الحديثة عند تطبيق قانون الإرادة في العقود الدولية بالإرادة الصريحة للمتعاقدين حيث لايترك مجالا لتدخل القاضي في البحث عن نية المتعاقدين في اختيار القانون الذي يحكم عقدهما، ولقد تعددت الآراء بين المنكر للإرادة الضمنية والمؤيد لها من خلال تحديد قانون العقد من طرف القاضي وذلك بالبحث على القانون الأوثق صلة بالعقد لأنها تعتبر كإرادة مفترضة للأطراف والتي سنحاول التفصيل فيها في حينها(365).

---

(363) عثمان بقنيش، هواري بلحسان، **القانون الواجب التطبيق على المنازعات المعروضة أمام محكمة تحكيم مركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار**، مجلة منازعات الأعمال، ع 5، جانفي 2016، المغرب، ص 42.

(364) عمران علي السائح، مرجع سابق، ص 179.

Pierre GOURION, Alain George PEYRAD, Nicolas SOUBEYRAND, Droit du commerce international, 4 éme ED, L.G.D.J, PARIS, 2008, p172.

Jean- Christophe POMMIER, Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel, Ed Economica, Paris, 1992, p97.

(365) هنية شريف، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، مذكرة لنيل درجة الماجستير، عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2003، ص 58.

أ-الاتجاه المنكر للإرادة الضمنية: يعطي تحديد القانون الأوثق صلة بالعقد من طرف القاضي أمانا قانونيا أحسن من قيامه بالبحث عن الإرادة الضمنية للمتعاقدين سواء من خلال الرجوع إلى قرائن موجودة في العقد أو خارج العقد قد تكون غير معبرة على إرادة الأطراف حسب رأي القاضي، لأن تحديد القاضي للقانون الأوثق صلة يخضع لرقابة المحكمة حماية للأطراف من تعسف القاضي باختياره لقانون لاصلة له بالعقد أو لم يتوقعه الأطراف ولا يعبر كذلك عن إرادتهم الحقيقية، لكن العكس إذا قام القاضي بتحديد قانون العقد باعتباره إرادة ضمنية للمتعاقدين فهنا لا يخضع القاضي لرقابة محكمة النقض، لأنه يستند إلى قرائن معدة سلفا من قبل الأطراف وتعد كإرادة ضمنية لهذا الأخير، وبذلك يمكن للقاضي التهرب من احتمال اختيار قانون غير ملائم متسترا وراء ما يسمى بالإرادة الضمنية، إذ يكون اختيار القاضي لقانون العقد مخالفا للواقع ولا يعبر على الإرادة الضمنية[366].

ب-الموقف المؤيد للإرادة الضمنية: يرى أصحاب[367] هذا الاتجاه إن حالة الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق وحالة عدم اتفاق الأطراف على القانون الواجب التطبيق توجد بينها حالات أخرى يتأكد فيها القاضي من وجود إرادة ضمنية حقيقية في الاختيار، وهذا ما يطلق عليه بالاختيار البيني للقانون الواجب التطبيق، حيث يتأكد القاضي من وجود الإرادة الضمنية من خلال قرائن يرتاح إليها لكونها تكشف عن الاختيار الحقيقي للقانون الواجب التطبيق على منازعات عقود مقاولات الدولية، مما يتعين معه الاعتداد

تعود اغلب حالات سكوت الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على التزاماتهم التعاقدية إلى اختلافهم حول تحديد هذا القانون، أو تخوفهم من أن يؤدي ذلك الخلاف إلى صعوبة أو عدم إتمام العلاقة التعاقدية. انظر في ذلك: صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص.ص. 363-364.

(366) François, DIESSE, **L'exigence de la coopération contractuelle dans le commerce international**, op.cit, p.762

=عادل أبو هشيمة محمود حوتة، عقود خدمات المعلومات الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، اطروحة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، القاهرة، مصر، 2003 ، ص 89

(367) من بين أصحاب هذا الاتجاه باتيفول وفليكس وغيرهم الذين ياخذون بفكرة تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد الدولي عن طريق التعبير الضمني للإرادة. خالد شويرب، مرجع سابق، ص. ص. 46-47.

بالاختيار البين القاطع والمؤكد للقانون الواجب التطبيق على العقد ولو لم يكن صريحا عن الإرادة[368].

أقر مجمع القانون الدولي بدورة انعقاده بمدينة BALES بسويسرا عام 1991 والذي جاءت المادة 203 منه على النحو التالي « **عند عدم وجود اختيار صريح لقانون العقد، فإنه يتعين أن يستخلص الاختيار الضمني، لهذا القانون من ظروف معبرة تكشف بوضوح عن إرادة المتعاقدين في هذا الشأن**». وهو ما أخذت به الأحكام التحكيمية المعتمدة على فكرة الاختيار الضمني مثل قضية العقد الذي ابرم بين شركة قطاع عام بالجزائر وإحدى الشركات الأمريكية بهدف إنشاء ومد سكك حديدية إلى منطقة جبال " جارا" في الجزائر، وعندما ثار خلاف بين الطرفين وتم اللجوء إلى محكمة التحكيم الدولية بباريس قامت محكمة التحكيم بالبحث عن القانون الواجب التطبيق على العقد، وحيث أن العقد جاء خاليا من الاختيار الصريح لقانون العقد فإن محكمة قررت البحث عن الإرادة الضمنية، وقررت تطبيق القانون الجزائري باعتباره مكان وإبرام وتنفيذ العقد[369].

تظهر مهمة القاضي بشكل واضح في استنتاج الإرادة بشكلي ضمني عن طريق تفسير العقد، مما يعني أن الإرادة موجودة لكن غير معلن عنها فقط، ففكرة الاختيار الضمني لا تدفعنا إلى اعتقاد أن الإرادة غير موجودة، وبالتالي يمكن للقاضي تحديد انصراف إرادة المتعاقدين إلى قانون دولة معينة حتى ولو لم يتفق الأطراف صراحة على هذا القانون لأنهم يضعون بعض بنود في عقدهم تحدد بطريقة غير مباشرة القانون المطبق على العقد الدولي[370]، وفي حالة عدم قيام المتعاقدين بإدراج بند صريح يحدد القانون المختار يمكن للقاضي استخلاصه من خلال الارادة الضمنية للأطراف والتي قد تستنتج من خلال:

- **استخلاص الارادة من خلال بنود العقد:** يمكن استخلال الإرادة من خلال عدة دلائل وقرائن يعتمد عليها القاضي للكشف عن الإرادة الضمنية للأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، كاختيار الأطراف المتعاقدة لعقد نموذجي بنوده مطابقة لنظام

---

(368) عمران علي السائح، مرجع سابق، ص 179.

(369) علاء محي الدين مصطفى أبو حامد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية في ضوء القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية وأحكام محاكم التحكيم، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2008، ص. ص. 353-354.

(370) هنية شريف، مرجع سابق، ص 57.

قانوني معين، أو تحريره من قبل هيئة أو مؤسسة تنتمي إلى دولة معينة يعد بمثابة قرينة على اتجاه إرادة الأطراف الضمنية إلى إخضاع العقد المبرم بينهم إلى قانون تلك الدولة[371]. كما يمكن أن يقوم المتعاقدين اشتراط خضوع أي نزاع محتمل بشأن العقد لاختصاص محاكم دولة معينة يعد قرينة على توجة ورغبة الأطراف في احتيار قانون تلك الدولة، أو في حالة مثلا اتفاق المتعاقدين على تطبيق نصوص قانون دولة معينة في جانب من الجوانب الرابطة التعاقدية، فيفهم منها أن إرادة الأطراف قد اتجهت إلى تطبيق قانون تلك الدولة على كافة عناصر العلاقة التعاقدية[372].

-**من خلال ظروف وملابسات العقد:** يلجأ القاضي في حالة تعذر الكشف عن الإرادة الضمنية من خلال بنود العقد إلى استعانة بالظروف المحيطة بالعلاقة التعاقدية، حيث أن مثلا إذا وجد عقد سابق بين المتعاقدين حددوا فيه صراحة القانون الواجب التطبيق يمكن أن يعتبر بمثابة دلالة أن العقد اللاحق يخضع لقانون العقد السابق المبرم بينهما مالم يظهر ويتبين أن إرادة الأطراف قد اتجهت إلى اختيار قانون آخر ليحكم العقد، أو يمكن استناد القاضي في تحديد القانون المختار على اللغة التي تم فيها تحرير العقد، أو العملة الخاصة بالدفع وغيرها...، فضلا عن ذلك أكدت بعض القرارات القضائية على أنه إذا كان العقد يتصل بعدة أنظمة قانونية، ويكون هذا الأخير باطلا وفقا لنظام دولة معينة بينما يجيزه النظام القانوني لدولة اخرى، فإن القاضي يمكن أن يعتبر الإرادة الضمنية في تحديد القانون الواجب التطبيق مسألة واقع يستقل بها قاضي الموضوع دون رقابة من المحكمة العليا طالما أن قاضي قد علل حكمه بأسباب منطقية ومعقولة[373].

---

(371) لويزة تكليت، القانون الواجب التطبيق على العقود الالكترونية، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2010، ص 12.

(372) هاني مروان زينه، **الاختصاص التشريعي والقضائي للقرض المصرفي المجمع**، مجلة جامع الشارقة للعلوم القانونية، مد15، ع 1، 2018، كلية الحقوق، جامعة دمشق، سوريا، ص 14.

(373) نجلاء عبد الحسن، **التنظيم القانوني للتجارة الإلكترونية**، بحوث القانون والعلوم السياسية، ج2، ع 30، جويلية 2018، جامعة الواسط، العراق، ص. ص. 521- 522.

Cyril CHABET, **« Le choix d'une loi par un consommateur doit être explicite »**, , Communication Commerce Electronique, n° 12, 2005, Université Montréal, Paris, p. 31.

الفرع الثاني

وجود قاعدة قانونية تقرر حق الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد

تقوم النظرية الموضوعية على اختيار الأطراف المتعاقدة لقانون ما يحكم علاقتهم التعاقدية، حيث لا يقومون بأكثر من تركيز هذه العلاقة في مقر معين في ضوء عناصر العلاقة والظروف الملابسة لها وهو ما يعرف بفكرة الأداء المميز كمعيار لاختيار القانون الواجب التطبيق، والتي اختلف الفقهاء بشأن هذه النظرية وتفسيرها **(أولا)**، وامتد هذا اختلاف بشأن هذه النظرية في تطبيقها وتجسيدها إلى القضاء **(ثانيا)** والتحكيم **(ثالثا)**.

أولا–موقف الفقه من نظرية التركيز الموضوعي:

تؤسس النظرية الموضوعية بناء على اختيار الأطراف المتعاقدة لقانون ما يحكم علاقتهم التعاقدية من خلال تركيز هذه العلاقة في مقر معين في ضوء عناصر العلاقة والظروف الملابسة لها، حيث يحتفظ الفقيه باتيفول بفكرة قانون الإرادة ولا يمكنه التشكيك فيها، ولكن حسبه ليست إرادة أطراف العقد هي التي تقوم باختيار قانونه، لأن الإرادة ينحصر دورها فقط في تركيز العقد في مكان ما، وبناء عليه فإن العقد يحكمه قانون الدولة الذي قام أطرافه بتركيزه على إقليمها، وبالتالي فإن هذه الإرادة، لم تتناول تحديد القانون الذي يحكم العقد ولكنها فقط قامت بتحديد مقر العقد[374].

نادى الفقيه سافيني على ضرورة إخضاع الرابطة التعاقدية لقانون دولة التنفيذ لاعتبار أن الأطراف المتعاقدة تبنت الخضوع الاختياري لهذا القانون، ووفقا لما سلف فإن القانون الواجب التطبيق وفقا لهذه النظرية يستنتج ويستخلص من تركيز العقد من خلال إعمال إرادة

---

(374) شويرب خالد، مرجع سابق، ص35 ، انظر أيضا: ناصر حمودي: **نزاعات العقود الالكترونية – أزمة مناهج تنازع القوانين وظهور القانون الموضوعي الإلكتروني كبديل**، مجلة المعارف، ع5، 2008، جامعة البويرة، ص 157.
=Voir aussi : Michel JEAN- BAPTISE, créer et exploiter un commerce électronique, ED LITEC, PARIS. 1998 , p28.

الأطراف المتعاقدة على تركيز العقد في مكان معين، على أن يختار من بين الظواهر الخارجية ما هو أكثر وضوحاً وترجيحا[375].

يستخلص تركيز العقد من خلال القرائن والظروف محيطة به، حيث يستدل عليها من خلال تحديد طرق التراضي بين الأطراف المتعاقدة المبنية على العبارات المتبادلة وعلى المستندات المكتوبة وإجراءات التنفيذ وهي تعتبر مسائل مادية يمكن تركيزها ماديا، ويتعين أيضا خلال عملية الاستخلاص أن تتم عملية اختيار الظواهر الخارجية الأكثر وضوحا، وفي مقدمتها المكان الذي يتم فيه التعاقد باعتباره مكانا واحدا ومحددا ومعروفا، في حين قد يكون مكان التنفيذ غير محدد وغير معروف منذ البداية، غير أن مكان إبرام العقد قد يكون عارضا في العقود التي تتم عن طريق المراسلة أو عبر الأنترنت وما في حكمها، وتكون هناك صعوبة في التعرف على مكان الانعقاد[376].

ثانيا- موقف القضاء من نظرية التركيز الموضوعي: تتمثل نظرية الأداء المميز في أن ركيزة الإسناد هو العنصر الهام والمميز في العلاقة القانونية، حيث يخضع العقد إلى قانون المكان المتحقق فيه الأداء المميز، مثل مركز المشروع أو نوع أو مكان ممارسة المهنة دون بحث إرادة الخصوم ، ودون البحث عن أي عنصر خارج العلاقة [377].

تسمح فكرة الأداء المميز منذ البداية بمعرفة القانون المختص لتماشيها مع وظيفة العلاقة القانونية، وبهذا تحقق وتحفظ توقعات الأطراف المتنازعة، وتعمل أيضا هذه النظرية على وحدة القانون وتفادي تشتيت العلاقة بين عدة قوانين مختلفة، ويلاحظ أيضا أنه كثيرا مايأخذ التركيز طابعا مكانيا إذا توفرت عناصر مادية تسمح بإسناد العلاقة في مكان معين، ولكن لاتؤدي هذه النظرية حتما إلى فكرة الإقليمية فعندما يتم الاعتماد في إجراء التركيز على عناصر خارجه عن نطاق العقد أكثر من عناصره الداخلية فإن التركيز عندئذ يبتعد

(375) الطيب زروتي، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري والمقارن، مرجع سابق، ص 172، انظر أيضا: منير عبد المجيد، التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي في ضوء الفقه وقضاء، مرجع سابق، ص. ص. 182-183.

(376) عمران علي السائح، مرجع سابق، ص 154.

(377) موهاب الفيروز، مرجع سابق، ص 111.

عن الطابع الإقليمي ليصبح تركيزاً ذهنياً، وهكذا يتعين البحث في كل عقد حسب مميزاته الخاصة التي تدلنا على تركيز العقد في مكان معين[378].

ثالثا-موقف المحكم من نظرية التركيز الموضوعي: لا يمكن أن يكون من عمل الأطراف المتعاقدة تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية فوفقا لنظرية التركيز الموضوعي أنه من صلاحيات وعمل المحكم (هيئة التحكيم) الذي يقوم بتركيز العقد في الدولة التي يرتبط بها على نحو جدي، وينتج فيها أغلب آثاره، وما إرادة الأطراف إلاّ قرينة على ذلك التركيز، بحيث إذا لم تتوافق مع توطين العقد لن يوليها المحكم أي اهتمام حتى ولو كانت صريح [379].

يرى الفقيه باتيفول أن دور المحكم يتمثل في استخلاص القانون الواجب التطبيق بناء على تركيز الأطراف المتعاقدة على عقدهم، حيث يأخذ اختيار الأطراف الصريح أو الضمني للقانون الواجب التطبيق على أنه أحد مميزات التركيز للعقد فإن تطابق هذا الاختيار المميزات الاخرى كمكان التنفيذ أو محل الإبرام وموطن الطرفين أو جنسيتهما المشتركة عد نزيهاً وجدياً وله صلة بموضوع العقد أو الأطراف المتعاقدة، وبالتالي يكون القانون الواجب التطبيق وفقاً لمنهج التركيز الموضوعي هو نفسه القانون المختار، ولكن قد لا يتفق والمميزات الأخرى فهي لا تستطيع الخروج عن القواعد الآمرة ، الأمر الذي يؤدي إلى إخضاع الرابطة التعاقدية لحكم القانون المختار[380]، وعلى هذا تترتب نتائج على الأخذ بالنظرية الموضوعية نوردها فيما يلي:

1-احتفاظ القانون الذي تم اختياره بصفته القانونية: لا تقوم حرية الأطراف المتعاقدة على مبدأ سلطان الإرادة المطلق في اختيار القانون الذي يحكم تعاقدهم، والسبب في ذلك يرجع إلى قدرة الإرادة على اختيار القانون المختص، وعليه يرجع اختيار الارادة للقانون المختص إلى سيادة القانون نفسه، وينجم عن هذا أن القانون الواجب التطبيق ينطبق على العقد

(378) منير عبد المجيد، التنظيم القانوني للنظام الداخلي والدولي، مرجع سابق، ص 197، انظر أيضا منير عبد المجيد: قضاء التحكيم، مرجع سابق، ص. ص. 174.

(379) هشام صادق، **نظرات إنتقادية في نصوص تنازع القوانين من حيث المكان التي تضمنتها المجموعة المدنية المصرية**، مجلة الدراسات القانونية، ع1، 1998، جامعة بيروت، لبنان، ، ص. ص. 371-372.

(380) أحمد عبد الكريم السلامة، مرجع سابق، ص 195، الطيب زروتي، مرجع سابق، ص 111.

بوصفه قانونا، والإرادة ماهي إلا ضابط للاسناد يوجه للقانون الواجب التطبيق، وعليه لا يمكن مخالفة الأحكام الآمرة من طرف الأطراف المتعاقدة في القانون المختار حتى ولو كانت هذه لاتمس بالنظام العام في دولة القاضي في حين أنه يجوز لهم الاتفاق على الخروج عن أحكامه المفسرة حتى ولو كانت مثيلتها في قانون القاضي تتصف بالصفة الآمرة، ما لم يكن ذلك يتعارض بطبيعة الحال مع النظام العام الوطني [381]

2-إمكانية ابطال العقد وفقا للقانون المختار: يمكن ان يؤدي القانون المختار إلى إبطال العقد لاسيما أنه لايطبق على عقد باعتباره يقوم على مبدأ سلطان الإرادة وإنما استنادا إلى سلطان المشرع بموجب قاعدة الإسناد الوطنية، وبناء عليه تعتبر إرادة الأطراف المتعاقدة مجرد ضابط للإسناد يرشد إلى القانون الواجب التطبيق إعمالاً للحكم الوارد بقاعدة التنازع الخاصة بالعقود الدولية، فإذا ما اختارت الإرادة هذا القانون تعين إعمال أحكامه الآمرة حتى ولو أدى ذلك إلى بطلان العقد، يرى في هذا المجال الاستاذ هشام علي صادق أن البطلان غالبا مايتقرر لحماية الطرف الضعيف، ومحاولة تجنب هذا البطلان بدعوى أنه يناهض إرادة الاطراف ولا يحترم توقعاتهم، هي محاولة تستهدف الطرف الاقوى في هذه الرابطة، ولذا فإن مراعاة الحماية تقتضي التسليم ببطلان العقد عملا بالأحكام الأمرة في القانون المختار [382] .

3-ضرورة توفر الصلة بين القانون المختار والعقد: يتم اختيار قانون العقد من طرف الأطراف المتعاقدة وفق قاعدة من قواعد تنازع المتواجدة في قانون القاضي، وتعتبر الإرادة إحدى ضوابط الإسناد لكونها تحدد لنا القانون المختار الذي يفصل في النزاع أثناء تنفيذ العقد، ولهذا لابد من تقييد حرية الأطراف المتعاقدة في اختيار قانون العقد وربطها بضرورة توفر صلة جادة وحقيقية بين القانون المختار والعقد، وفي حالة اختيارها لقانون لاتربطه أي صلة بالعقد فإنها تكون بذلك قد تجاوزت دائرة التنازع التي تعمل هذه القاعدة في نطاقها، مما يشكل تجاوزا لأهداف تلك القاعدة، ويؤدي إلى خروج الإرادة عليها وذلك عندما وكلت

(381) محمد محمود ياقوت، مرجع سابق، ص316.

(382) هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 308.

إليها قاعدة التنازع حق اختيار قانون العقد من بين القوانين التي تتزاحم لحكم الرابطة التعاقدية وهي قوانين تتصل بالضرورة بهذه الرابطة[383].

4-إمكانية اختيار الأطراف المتعاقدة لأكثر من قانون: يستطيع الأطراف المتعاقدة إخضاع عقدهم لأكثر من قانون واحد إذا توافرت في هذه القوانين الصلة المطلوبة بالعقد إلاّ أنه قد يرد على الحرية قيدين ، الأول :ألاّ تؤدي هذه الحرية إلى الإخلال بانسجام الرابطة التعاقدية، والثاني:ألاّ تؤدي التجزئة إلى إفلات العقد من سلطان القانون[384].

5-**الإعتداد بالتعديلات التشريعية اللاحقة:** قد يتفق الأطراف المتعاقدة وفق أنصار النظرية الموضوعية على استبعاد التعديلات التشريعية اللاحقة على إبرام العقد متى اتصفت هذه التعديلات بالصفة الآمرة وهو أمر غير مقبول ولا يجب الاعتداد به حسب فقهاء النظرية الموضوعية لأن القانون المختار ينطبق على العقد بصفته هذه وسيؤدي الرجوع لقواعد التنازع إلى سريان التعديلات اللاحقة على العقد بأثر فوري مما يترتب عنه إعمال القوانين المعدلة استنادا إلى صفتها الآمرة والتي لا يحق للأطراف المتعاقدة استبعادها مع السماح للأطراف الاتفاق على استبعاد التشريعات اللاحقة ذات الصفة المكملة، وهذا عكس ماأخذت به النظرية الشخصية التي لا تعتد بالتعديلات التشريعية اللاحقة التي تطرأ على القانون المختار حتى ولو اتسمت بالصفة الآمرة[385].

---

(383) محمود محمد ياقوت، مرجع سابق، ص 114.

(384) هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 116.

(385) تقدم العقود المبرمة مع الدولة مجازفات خاصة إذ بإمكان هذا البلد أن يمكن القوانين من تغيير شروط العقد الذي يعد طرف فيه، وهذه التغييرات تعد أكثر تطبيقا فيما يخص عقود التنمية الإقتصادية والتي تكون الدولة أحد أطرافها وبالتالي يمكن لهذه الأخيرة أن تمارس امتيازاتها كسلطة عمومية ذات سيادة في بعض القواعد القانونية لتغيير قانونها لكي يكون في صالحها، ومثل عن ذلك قضية سفير في حماية الطرف من التغييرات في القانون المحلي فيما يخص شروط هذا العقد ، كان على الشركة الأجنبية أن تقدم مساعداتها المالية والتقنية لإيران ويعني ذلك استثمارات ومسؤوليات ومجازفات مهمة وبذلك من العادي حمايتها ضد أتغييرات تشريعية من المحتمل أن تخل بشكل العقد وأن تقدم لها نوع من الامن القانوني بحيث يكون تطبيق القانون الإيراني المحض والذي يحق للدولة الإيرانية تغييره لايضمن لها هذه الحماية، ومن أجل المحافظة على التوازن العقدي اتخذت وسائلعديدة في العقود ذات القانون الخاص كشرو ط المراجعة، والتي بإمكانها =المساهمة في الحفاظ على التوازن في العلاقات التعاقدية. انظر في ذلك: عمران علي سائح، مرجع سابق، ص 163، انظر أيضا:

Mury SMITH, droit et pratique de l’arbitrage commercial international, L.G.D.J, Paris, 1991, P86.

تناولت اتفاقية روما حق المتعاقدين في القيام باختيار لاحق للقانون المطبق على الالتزامات التعاقدية بل أبعد من ذلك سمحت لهم بتغير القانون المختار بقانون آخر في أي لحظة أرادوا ذلك حتى أثناء نظر القاضي في النزاع في المادة الثالثة من **اتفاقية روما التي نصت "يمكن للمتعاقدين في أي وقت اختيار قانون العقد أو تعديل قانون آخر والتعديل الذي يتم في مرحلة لاحقة على إبرام العقد يجب أن يمس بصفة العقد من حيث الشكل وفقا لاتجاه المادة التاسعة، وأن لا يتعدى على حقوق الغير**"[386]، لقد أقرت هذه المادة على نوعين من الآثار المترتبة على تغيير القانون المختار وهما:

ا-**أن الاختيار اللاحق أو تغيير القانون لا يمس بحقوق الغير:** فوفق نص المادة السالف الذكر أنه يترتب على اختيار المتعاقدين لقانون معين قبل تغييره اكتساب الغير حقوقا ولا يجب المساس بها فلا يسري على هذه الحقوق التعديل الذي قام به المتعاقدان للقانون المطبق.

ب- **لا يجوز أن يؤدي هذا التغيير إلى إبطال العقد:** لا يمكن في حالة تغيير القانون إبطال العقد إذا كان صحيحا من حيث شكله وفقا للقانون السابق قبل تعديله، فلا يأخذ بالقانون الجديد إذا كان يؤدي إلى إبطال العقد كان صحيحا وفق القانون القديم، لكن انتقدت هذه المادة لأنها تناولت الحالة التي يكون فيها العقد صحيحا من حيث شكله، وفقا للقانون السابق دون أن تتناول الاحتمال الذي يكون فيها القانون المختار الأول يبطل الحق من حيث شكله ويغيره بعد ذلك من قبل المتعاقدين بقانون يصحح العقد[387].

6-رفض الإحالة: يرفض أغلبية الفقه فكرة الإحالة في مجال العقود الدولية مرجعين ذلك إلى أن فكرة الإحالة تتعارض في حد ذاتها مع ضابط الإسناد المتواجد في قانون القاضي، وهو نفس ما أخذت بالنظرية الشخصية التي رفضت فكرة الإحالة في مجال العقود الدولية

(386) ARTICLE 3/2 DU CONVENTION DE LA ROME1980 dispose **« …Les parties peuvent convenir, à tout moment, de faire régir le contrat par une loi autre quecelle qui le régissait auparavant soit en vertu d'un choix antérieur selon le présent article, soiten vertu d'autres dispositions de la présente convention. Toute modification quant à ladétermination de la loi applicable, intervenue postérieurement à la conclusion du contrat, n'affecte pas la validité formelle du contrat au sens de l'article 9 et ne porte pas atteinte auxdroits des tiers »**

(387) عمران علي السائح، مرجع سابق، 165.

صونا لتوقعات المتعاقدين، وعلى أساس أن فكرة الإحالة من حيث تطبيقها يقوم على اختصاص القانون المختار المحدد وفقا لقواعد التنازع وليس وفقا لمبدأ قانون الإرادة [388].

أخذ أنصار النظرية الموضوعية حول رفض فكرة الإحالة نفس توجه أنصار النظرية الشخصية مبررين ذلك على أن منطق الإحالة يتعارض في حد ذاته مع ضابط الإسناد، فيترتب عنه حدوث خلل بتوجهات الأطراف المتعاقدة ويشكل اضطراب في معاملاتهم لأن اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم يخضع للعديد من اعتبارات التي تحقق مصالحهم، وفي حالة تم قبول الإحالة مثلا سيؤدي ذلك إلى اختيار قانون لم يكن متوقع ومعروف لإطراف المتعاقدة وهو الأمر الذي يؤدي إلى الإخلال بتوقعاتهم ما لم تتصرف إرادة المتعاقدين إلى غير ذلك[389].

سايرت اتفاقية روما توجه النظريتين السابقين في رفض نظرية الاحالة باعتبارها فكرة تتعارض مع القانون المختار ويظهر ذلك من خلال نص المادة 15 من اتفاقية روما بإستبعاد القانون الدولي الخاص[390]. ولم يتوقف حكم هذه على القانون الذي يختاره المتعاقدان صراحة، أو على وجه التأكيد من نصوص العقد، أو ظروف الحال بل إلى حالة سكوت المتعاقدين، نظرا لأن الاتفاقية تشمل على هذه الحالة فالقانون المطبق وفقا لضابط الاسناد الاحتياطي المحدد في الاتفاقية تطبق منه القواعد الموضوعية دون قواعد التنازع، وهو ما أخذ به المشرع الأردني الذي رفض فكرة الإحالة في المادة 28 من ق.م.ج [391].

---

(388) موحند إسعاد، القانون الدولي الخاص، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989، ص 199.

(389) إيناس محمد البهجي، يوسف المصري، دراسات في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 19.

(390) Art 15 convention de la rome : exclusion du renvoi : lorsque la présent convention prescrit l'application de la loi d'un pays, elle entend les règles de droit en vigueur dans ce pays a lexclusion des règles de droit international privé.

(391) نصت المادة 28 من القانون المدني الأردني « **إذا تقرر أن قانونا أجنبيا هو الواجب التطبيق فلا يطبق منه إلا أحكامه الداخلية دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص، ولكن أجاز المشرع الاردني استثناء الإحالة بموجب نص خاص أو معاهدة وذلك حسب المادة 24 من قانون مدني أردني" لاتسري أحكام المواد السابقة إذا وجد نص في قانون خاص أو معاهدة دولية نافذة في المملكة الأردنية الهاشمية يتعارض معها**»، انظر في ذلك: محمد وليد المصري: الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقوانين الفرنسية، مرجع سابق، ص97. التزم المشرع الجزائري الصمت لم ينص على الإحالة بالرفض ولا بالقبول ومادامت الإحالة استثناء من القاعدة العامة لذلك لايجوز استنباط الأخذ بها في التشريع الجزائري. انظر في ذلك: زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص 115.

اتفق انصار النظرية الموضوعية على إسناد حرية المتعاقدين في اختيار قانون عقدهم إلى قوة القانون، ومكنهم من هذا الاختيار قواعد تنازع القوانين في دولة القاضي، مما يترتب عنه خضوع العقد للقواعد الآمرة في القانون المختار[392].

تعرضت النظرية الموضوعية لمجموعة من الانتقادات بخصوص تحديد مضمون قانون الإرادة لاختيار القانون الواجب التطبيق على العقد لأنها منحت القاضي أو هيئة التحكيم سلطة التحديد الصريح للقانون الواجب التطبيق الذي يؤدي إلى إلغاء الرابطة بينه وبين العقد وينجم عنها الإخلال بتوقعات الأطراف، ولهذا لا بد من الموازنة بين اختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق وبين نظرية التركيز الذي يؤدي إعمالها إلى إلغاء دور الإرادة فهي لاتستعيد كيانها إلاّ عند الانتفاء الصريح للقانون الواجب التطبيق[393].

وعليه اعتمد أنصار النظرية الموضوعية في بناء نظريتهم على منطلق النظرية الشخصية القائل أن اختيار العقد لايستند إلى سلطان مطلق للإرادة، لأن العقد ليس فقط متعلق بأطرافه فقط، وإنما يخضع من حيث الواقع الاجتماعي للقانون الذي تفرضه الجماعة، ولاينتج آثاره إلا في نطاق وحدود مايسمح به قانون الجماعة المنشأة له، وبناء على ذلك قدرة الإرادة على اختيار القانون يستند إلى قاعدة من قواعد التنازع في قانون القاضي، وليس لمنطلق مبدأ سلطان الإرادة، ومن ثم فإن الإرادة قادرة على الإختيار، ويترتب على ذلك أن ممارسة الإرادة لحقها في اختيار القانون ينحصر في اختيار القانون الذي يخضع العقد لأحكامه، لا في إخراج العقد من دائرة القانون[394].

(392) هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 435.

(393) منير عبد المجيد، قضاء التحكيم، مرجع سابق، ص 170.

(394) عمران علي سائح، مرجع سابق، ص 38.

المطلب الثاني

تكريس مبدأ سلطان الإرادة وفق الاتفاقيات الأجنبية والتشريع الجزائري

برز إلى الوجود عقد المقاولة الدولي أثناء تطور العلاقات الاقتصادية بين دول العالم ونمو وازدهار التجارة الدولية، والذي أصبح يتخطى في تكوينه وعناصره وآثاره حدود دولة واحدة ونظاما قانونيا معينا، وتنوعت آراء واجتهادات الفقه والقضاء بخصوص تعريف عقد المقاولة الدولي وتحديد ضوابط ومعايير الصفة أو الطبيعة الدولية للعقد، وبذلك أصبحت تتميز العلاقة القانونية ذات الطابع الدولي عن العلاقة الوطنية بكون عناصر أحد العلاقة أجنبيا كأن يكون تم العقد في الخارج أو كان أحد أطراف أو كلاهما أجنبيا أو كان موضوع العلاقة يرتبط بإقليم دولة أجنبية.

يرجع الأساس في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد المقاولة الدولي إلى مبدأ سلطان الإرادة كأصل عام الذي أقرته اتفاقيات وهيآت الأجنبية، التي أكدت على هذا المبدأ في العديد من نصوصها وقوانينها **(الفرع الأول)**، بالإضافة إلى ماأقره المشرع الجزائري لهذا المبدأ ومنح له دورا حاسما في تحديد القانون الواجب التطبيق **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول

موقف بعض الاتفاقيات والهيئات الأجنبية من مبدأ سلطان الإرادة

تبنت العديد من الاتفاقيات والقوانين الأجنبية مبدأ سلطان الإرادة للأهمية التي يحظى بها في حل نزاعات العقود الدولية ومن بينها عقد المقاولة الدولي، ومن بين الاتفاقيات الدولية التي قننت هذا المبدأ نجد:

نصت اتفاقية لاهاي المبرمة في 15 يونيو 1955 بشأن القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية لبيع الأشياء المنقولة المادية[395]، من خلال المادة 1/2 من **اتفاقية**

(395) اتفاقية لاهاي حول القانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للمنقولات المادية لسنة 1955.

Article 2/1 du convention la haye 1955 sur la loi applicable aux vente à caractère international d'objets mobiliers corporels La vente est régie par la loi interne du pays désigné par les parties contractantes.
Cette désignation doit faire l'objet d'une clause expresse, ou résulter indubitablement des dispositions du contrat. Les conditions, relatives au consentement des parties quant à la loi déclarée applicable, sont déterminées par cette loi.sur le site :. https://www.admin.ch › opc › 0.221.211.4.pdf

لاهاي على «**أن عقد البيع يخضع لاحكام القانون الداخلي للدولة التي يحددها الأطراف المتعاقدة**».

وأضافت الاتفاقية الأوروبية الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي المبرمة في جنيف في 12 أفريل 1961 ودخلت حيز التنفيذ في سبتمبر 1964[396] في المادة 7 **من اتفاقية اوروبية الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي** على أن « **للأطراف حرية تحديد القانون الذي يتعين على المحكمين تطبيقه على موضوع النزاع ، فإذا لم يحدد الأطراف القانون الواجب التطبيق يطبق المحكمون القانون الذي تعينه قاعدة الإسناد التي يرونها ملائمة**»[397]، بالإضافة إلى اتفاقية واشنطن المنشأة للمركز الدولي لفض منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى فتنص المادة 42 **من اتفاقية واشنطن المنشأة للمركز الدولي لفض منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الاخرى** « **تفصل المحكمة في النزاع طبقا للقواعد التي يقررها الأطراف**[398]».

الاتفاقية الاوروبية للتحكيم التجاري الدولي المنعقدة في جنيف تحت رعاية اللجنة الاقتصادية لاوروبا بتاريخ 21 أفريل 1961، وضعت موضع التنفيذ في 7 جانفي 1964 وفقا لأحكام المادة 8/10، وأصبحت سارية المفعول في 18 اكتوبر 1965.

(396) www.drmma hran.com
Article 7/1 du convention europeene du l'arbitrage internationale dispose **« Les parties sont libres de déterminer le droit que les arbitres devront appliquer au fond du litige .A défaut d'indication par les parties du droit applicable, les arbitres appliqueront la loi désignée par la règle de conflit que les arbitres jugeront appropriée en l'espèce. Dans les deux cas, les arbitres tiendront compte des stipulations du contrat et des usages ducommerce »** https://www.international-arbitration-attorney.com › ...

(397) وباستقراء نص المادة السابقة يلاحظ أن الاتفاقية قد أطلقت حرية الأطراف المتعاقدة في تحديد القانون الذي يحكم تعاقدهم ، حيث لم تنص صراحة على وجوب أن يكون اختيار الأطراف لقانون معين على صلة بالعقد ، ولكن من الملاحظ على هذا النص أنه يفيد أن حرية الأطراف غير مقيدة ، إلاّ أنه في ذيل المادة نصت على أنه **في كلتا الحالتين على المحكمين مراعاة اشتراطات العقد وعادات التجارة** "الأمر الذي يستفاد منه أن المحكمين يتقيدون بالأحكام الواردة في العقد ، وكذلك عادات التجارة الدولية التي تفسر بأن حرية الأطراف المتعاقدة لا تكون مطلقة في هذا الشأن وإنما تتقيد بما جري عليه العمل وفقاً لعادات وأعراف التجارة الدولية ، سواء كانت هذه الإرادة صريحة أم ضمنية.

(398) Article 42 du convention wachington dispose **« (1) Le Tribunal statue sur le différend conformément aux règles de droit adoptées par les parties. Faute d'accord entre les parties, le Tribunal applique le droit de l'Etat contractant partie au différendy com-pris les règles relatives aux conflits de lois ainsi que les principes de droit international en la matière. (2) Le Tribunal ne peut refuser de juger sous prétexte du silence ou de l'obscurité du droit. (3) Les dispositions des alinéas précédents ne portent pas atteinte à la faculté pour le Tribunal, si les parties en sont d'accord, de statuer exaequo et bono.**

نصت اتفاقية روما لعام 1980 في المادة 1/3 منها على أنه « **يسري على العقد القانون الذي اختاره الأطراف**»[399] ومن جهته القانون النمطي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي بشأن التحكيم التجاري الدولي والتي تمت الموافقة عليه في 21 يونيو 1985، ينص في المادة 28 على «**أن تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقا لقواعد القانون المختار من الأطراف باعتباره واجب التطبيق على موضوع النزاع**»[400].

أقرت اتفاقية روما الجمع بين النظريتين السابقتين من خلال تأكيد خضوع العقد لقانون معين، فلا يمكن لإرادة المتعاقدين التهرب من حكم القانون، فحسب هذه الاتفاقية تخضع الأثار الناجمة عن العلاقة التعاقدية إلى القانون الذي ينظمها وهذا ماأخذت به النظرية الموضوعية حيث لم تمنح لإرادة المتعاقدين السيادة العليا على القانون[401]. ومع ذلك فإنها لا تفرض على المتعاقدين حسب المادة الثالثة اختيار قانون له صلة بالعلاقة التعاقدية، حيث يمكنهما اختيار أي قانون يحكم عقدهما ويحقق لهما مصالح مشتركة، حتى ولو لم يكن لهذا القانون أي علاقة بالرابطة التعاقدية أو بالمتعاقدين، وبناء على ذلك وتجسيدا للنظرية الشخصية المكرسة في اتفاقية روما يجوز للمتعاقدين اختيار قانون محايد، والمقصود هنا ليس اختيار أي قانون لا ينتمي إلى جنسية أحد المتعاقدين بل هو قانون تتحقق فيه نية المتعاقدين في التهرب من القانون، الذي يكون مختص أصلا وهذا غير متوفر في النظرية الموضوعية، ذلك لأنها تقيد اختيار المتعاقدين بشرط الصلة حتى وكانت إرادة المتعاقدين ضمنية يتولى استنتاجها القاضي[402].

تعتبر اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار واشنطن من ضمن الاتفاقيات التي عالجت مسألة القانون الواجب التطبيق على موضوع التراع ، حيث تنص المادة 42 الفقرة الأولى من **اتفاقية واشنطن سابقة الذكر** على أن « **تحكم المحكمة في النزاع وفقاً للقواعد**

(399) Article 3/1 Du convention de la rome dispose **«Le contrat est régi par la loi choisie par les parties. Ce choix doit être exprès ou résulter de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause. Par ce choix, les parties peuvent désigner la loi applicable à la totalité ou à une partie seulement de leur contrat »**

(400) .Article 28 du Loi type de la cnudci sur l'arbitrage commercial international **«Le tribunal arbitral tranche le différend conformément aux règles de droit choisies par les parties comme étant applicables au fond du différend. Toute désignation de la loi ou du système juridique d'un Etat donné est considérée, sauf indication contraire expresse, comme désignant directement les règles juridiques de fond de cet Etat et non ses règles de conflit de lois ».**

(401) Pierre MAYER, op.cit.p 455.

(402) شويرب خالد، مرجع سابق، ص 162.

القانونية التي يتفق عليها الطرفان، وفي حالة عدم وجود مثل هذا الاتفاق تطبق المحكمة قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع»[403].

عالجت الاتفاقية العربية[404] التحكيم التجاري الدولي مسألة القانون الواجب التطبيق على منازعات عقود التجارة الدولية، وقد حذت هذه الاتفاقية حذو الاتفاقيات السابقة، حيث نصت المادة 1/21 **من اتفاقية العربية للتحكيم التجاري الدولي** على أن« **تفصل الهيئة في النزاع وفقاً للعقد المبرم بين الطرفين وأحكام القانون الذي اتفق عليه الطرفان صراحة أو ضمناً إن وجد»**[405] .

أكدت اتفاقية لاهاي لعام 1986 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على عقود البيع الدولي للبضائع التي جاءت لتعديل اتفاقية لاهاي لعام 1955 بشأن القانون الواجب على عقود الدولية لبيع الأشياء المنقولة المادية على أن يحكم البيع القانون المختار من الأطراف.

نصت المادة 07 من اتفاقية مكسيكو لعام 1994 المبرمة بين دول الاتحاد الأمريكي والخاصة بالقانون الواجب التطبيق على العقود الدولية[406]، **على «أن العقد يخضع لأحكام القانون الذي اختاره الأطراف، وأن اختيار الأطراف يجب أن يكون واضحا وجليا، وفي حالة عدم وضوح هذا الاتفاق يستخلص ضمنيا من سلوك الأطراف ومن بنود العقد».**

---

(403) اتفاقية واشنطن لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار بين الدول ورعايا الدول الاخرى 1965، صادقت عليها الجزائر بموجب مرسوم 95-346، مؤرخ في 30 اكتوبر 1995، ج. ر ع 66، صادر في 30 اكتوبر 1995.

(404) اتفاقية عمان للتحكيم التجاري الدولي، المنعقدة في مدينة عمان بتاريخ 14 أفريل 1987 بموجب قرار مجلس وزراء العدل العرب رقم 80 مؤرخ في 14 أفريل 1987 ، دخلت حيز النفاذ ابتداء تاريخ 27 جوان 1992، عدلت الاتفاقية بموجب قرار مجلس وزراء العدل العرب رقم 162 مؤرخ في 22 أفريل 1992 في دور انعقاده العادي الثامن.
www.aiadr.com

(405) وباستقراء نص المادة السابقة يستفاد بأن الاتفاقية تؤكد على احترام إرادة الأطراف المتعاقدة في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وهذه الاتفاقية نصت صراحة على مسألة الاختيار الصريح أو الضمني، بحيث أقفلت الباب أمام المحكم من التهرب من التطبيق الضمني لقانون الإرادة، كما أكدت الاتفاقية في المادة 2/14 على ضرورة أن« **يراعى المحكم الذي ينظر النزاع القانون الواجب التطبيق سواء كان القانون المختار بواسطة الأطراف المتعاقدة أم القانون الذي يجب إعماله، وأن يؤدي مهمته بأمانة ونزاهة وتجرد».**

اتفاقية مكسيكو 1994 بين دول الاتحاد الأمريكي حول القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية

(406) www.oas.org/juridico/english/treaties.

منحت الهيأة الدولية لتوحيد القانون الخاص للأطراف الحق في إبرام العقد وتحديد مضمونه، كما أقرت الاتفاقيات وقوانين ولوائح التحكيم على قانون الإرادة، فمنها لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية[407] التي سنت قواعد التحكيم وذلك حسب نص المادة 1/33[408] منها على أن تطبق هيأة التحكيم على موضوع النزاع القانون الذي عينه الأطراف.

يحق لأطراف العقد الدولي – **المقاولة الدولية**– اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم بكل حرية عملا بمبدأ سلطان الإرادة، ويكون اختيار بشكل صريح أو ضمني.

1-الاختيار الصريح: للمتعاقدين كامل الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم، وهذا ما أقرته جل النظم القانونية، ويكون هذا اختيار الصريح والمباشر للقانون الواجب التطبيق على العقد وقت ابرام العقد بمقتضى شرط صريح يدرج ضمن شروط العقد الأصلي أو بموجب اتفاق مستقل عنه، ووفقا لهذا المعيار لا يمكن تحديد صفة الدولية للعقد عن طريق الرجوع إلى عناصر العقد، سواء لجنسية الأطراف، أو مقر إقامة المتعاقدين، أو مكان إبرام العقد، بل تتحدد إذا وجد في العقد مد وجزر وتبادل القيم بين الدول[409].

أشارت عديد من الاتفاقيات الدولية على جواز الاعتداد بالاختيار الصريح والضمني في اختيار القانون الواجب التطبيق ومن بينها اتفاقية روما لسنة 1980 في المادة 1/3 « **يجب أن يكون اختيار المتعاقدين لقانون العقد صريحا أو مستخلصا بطريقة مؤكدة من نصوص العقد أو ظروف الحال وملابساته**»،[410] نستنتج من خلال هذه المادة ما يلي:

نلاحظ أن اتفاقية روما اختارت القانون المختار من طرف المتعاقدين لتنظيم الالتزامات الناشئة عن العلاقة التعاقدية من خلال اختيار قانون القاضي أو القانون الأجنبي صراحة أو ضمنا فهي تساوي بين الاختيار الصريح عند تحديد القانون المطبق على

لجنة الأمم المتحدة لتوحيد قانون التجارة الدولية

(407) https://www.unicitral.org

(408) Article 33/1 du comission unie nation **"Le tribunal arbitral applique la loi désignée par les parties comme étant la loi applicable au fond du litige. A défaut d'une telle indication par les parties, le tribunalarbitral applique la loi désignée par la règle de conflit de lois qu'il juge applicable enl'espèce**.

(409) أحمد عمر أبو زقية، أوراق في التحكيم، منشورات جامعة قاريونس، بنغازي، ليبيا، 2003، ص 105

(410) Article 3/1 du convention du rome 1980 dispose « **le contrat est régi par la loi choisie par les parties. Ce choix doit etre exprés ou résulter de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstantes de la cause. Par ce choix les parties peuvent désigner la loi applicable à la totalité ou à une partie seulement de leur contrat »**

الالتزامات التعاقدية واستنباط هذا الاختيار ضمنيا بصفة مؤكدة من نصوص العقد أو من ظروف الحال مما لايدع أي مجال للشك في عدم وجود هذه الإرادة، فتدفع حالة الشك إلى عدم الأخذ بها من طرف القاضي المختص في البحث عن هذه الإرادة، حيث يرجع القاضي للتأكد من الأمر إلى النظر محتوى العقد وتبين في نصوصه مايدل على وجه اليقين على هذه الإرادة، وإذا تعذر ذلك يمكنه الرجوع إلى ظروف الحال ويقصد بها الظروف الخارجية المحيطة بالتعاقد(411).

ونلاحظ أيضا أنها لم تجمع بين هاتين القرينتين بحيث استعملت في نصها " أو " بدلا " الواو" وهذا ما هو إلا دليل على كفاية أحدهما لتأكيد وجود الإرادة الضمنية أما إذا ثبت للقاضي عدم توفر كلاهما أي لم يستطيع إثبات بصفة مؤكدة من نصوص العقد أو ظروف حال لا يبقى له سوى الرجوع إلى الضابط الاحتياطي الذي أقرته نفس الاتفاقية من خلال المادة الرابعة لتحديد القانون المطبق في حالة سكوت المتعاقدين عن اختيار القانون المطبق(412).

2- الاختيار الضمني: يمكن للقاضي أو المحكم استخلاص إرادة المتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقد بشكل ضمني مؤكد لاشبهة فيه، ويكون ذلك من خلال اتخاذ صيغ أو نماذج للعقود المعروفة الاستخدام في قوانين دول معينة، أو تبينها واكتشافها

(411) فبالرجوع إلى نص المادة 18 من ق م ج جاءت **عامة لم تبين صور التعبير عن الاختيار أن يكون صراحة أو ضمنا والتي يمكن استخلاصها من ظروف وملابسات العقد.**

(412) Article 4 du convention du rome 1980 «**1. Dans la mesure où la loi applicable au contrat n'a pas été choisie conformément aux dispositions de l'article 3, le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits. Toutefois, si une partie du contrat est séparable du reste du contrat et présente un lien plus étroit avec un autre pays, il pourra être fait application, à titre exceptionnel, à cette partie du contrat de la loi de cet autre pays**

Sous réserve du paragraphe 5, il est présumé que le contrat présente les liens les plus étroits avec le pays où la partie qui doit fournir la prestation caractéristique, au moment de la conclusion du contrat, sa résidence habituelle ou, s'il s'agit d'une société, association ou personne morale, son administration centrale. Toutefois, si le contrat est conclu dans l'exercicede l'activité professionnelle de cette partie, ce =pays est celui où est situé son principal établissement ou, si, selon le contrat, la prestation doit être fournie par un établissement autre que l'établissement principal, celui où est situé cet autre établissement

3. Non obstant les dispositions du paragraphe 2, dans la mesure où le contrat a pour objet undroit réel immobilier ou un droit d'utilisation d'un immeuble, il est présumé que le contrat présente les liens les plus étroits avec le pays où est situé l'immeuble ».

من خلال إبرام عقد مرتبط بعقد سبق إبرامه، وتم اختيار الأطراف للقانون الذي يحكمه، فيستخلص إنصراف إرادة الأطراف إلى ذات القانون الذي سبق اختياره في العقد الأول[413].

أكدت مبادئ لاهاي لسنة 2015[414] في المادة 04 من اتفاقية لاهاي بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية على أن اختيار القانون وما قد يطرأ عليه من تعديلات الإفصاح عنه بشكل واضح وصريح على أن يتم إظهارهما من خلال أحكام العقد أو ملابسات الحال، ويفهم من هذه المبادئ أنها لا تأخذ بالإرادة الضمنية إلا بوجود مؤشرات، وقرائن قوية تدل على وجودها.

تبنت اتفاقية روما لسنة 1980 المتعلق بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية الحق في تجزئة العقد واختيار أكثر من قانون ليحكم العلاقة التعاقدية وهذا ما ذهبت إليه ت.ه لعام 1986 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للبضائع حيث أخذت بفكرة تجزئة العقد في مادتها السابعة[415].

خولت اتفاقية روما الحق للمتعاقدين في اختيار قانون معين يطبق على جزء فقط من العقد ويظهر ذلك من خلال نفس المادة التي نصت « **يمكن اختيار قانون يطبق على كامل العقد أو جزء منه**». ويترتب عند تطبيق قانون معين على جزء من العقد إلى تجزئة العقد بإخضاع جزء الباقي من العقد إلى قانون تحدده قواعد الإسناد الخاصة بالاتفاقية، ولقد سعى بعض المختصين المنتمين للدول المنظمة لهذه الاتفاقية على حصر تطبيق هذه الفقرة في اشتراط العقد أن يكون قابلا للتجزئة ومستقل عن عناصر اخرى

ولقد حاول بعض المختصين من الدول المنظمة لهذه الاتفاقية على حصر تطبيق هذه الفقرة عن طريق اشتراط العقد أن يكون قابلا للتجزئة ومستقل عن عناصر الأخرى سواء

---

(413) لا بد من استخلاص الاختيار الضمني من قرائن قد تكون ذاتية تستمد من العقد ذاته أو خارجية يمكن استخلاصها من ظروف وملابسات التعاقد، صالح المنزلاوي: مرجع سابق، ص 288، انظر أيضا: هشام علي الصادق، مرجع سابق، ص 319، انظر أيضا: محمد اقلولي، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار، التجربة الجزائرية نموذجا، اطروحة لنيل درجة دكنوراه الدولة في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو، ص 297.
اتفاقية لاهاي لسنة 2015 المتعلقة باختيار القانون المطبق على العقود التجارية الدولي

(414) https://assets.hcch.net

(415) Article 4 du convention la haye 2015 dispose : **« Le choix de la loi applicable, ou toute modification du choix de la loi applicable, doit être exprès ou résulter clairement des dispositions du contrat ou des circonstances. Un accord entre les parties visant à donner compétence à un tribunal étatique ou arbitral pour connaître des différends liés au contrat n'est pas en soi équivalent à un choix de la loi applicable ».https://www.hcch.net. conventions**

من النظرة القانونية أو حتى الاقتصادية بحيث لا يتصور مثلا أن يتفق الأطراف على إخضاع فسخ العقد لعدم تنفيذ الالتزامات الناشئة على عقد الدولي.

تتمتع قاعدة حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على العلاقات التعاقدية بصفة الدولية، وعليه لايتحقق الضابط الأصلي الذي أقرته المادة الثالثة إلا إذا توفرت فيه هذه الصفة، ولقد تنبهت اتفاقية روما لهذه المسألة وقامت بحسمها بطريقة غير مباشرة حيث نصت في المادة 01 على ما يلي: «**أن تطبيق نصوص الاتفاقية لا يكون إلا في الحالات التي تثير فيها الالتزامات التعاقدية تنازعا في القوانين**».[416]

نستنتج أن هذه المادة لم تحدد المعايير التي من خلالها يتم تحديد الصفة الدولية، وإنما نصت على النتيجة المنطقية التي تترتب على اكتساب هذه الصفة والمتمثلة في تنازع القوانين، لأن العقد الدولي تتزاحم على تطبيقه مجموعة من الأنظمة القانونية التابعة لدول مختلفة، وعليه لاتطبق قاعدة حرية اختيار المتعاقدين الصريح أو الضمني للقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية إلا إذا كانت العلاقة تطرح مشكل تنازع القوانين، لكون هذا الأخير لايحدث إلا إذا كانت هناك علاقة قانونية تعاقدية مشتملة على عنصر أجنبي [417].

تعرضت المادة الثالثة من اتفاقية روما للنقد لأنها تناقض المادة السالفة الذكر لكونها جعلت اختيار الأطراف لقانون الأجنبي سواء صاحب هذا الاختيار خضوعا للقضاء الأجنبي من عدمه، لا يقوى عندما تتركز كافة عناصر الرابطة العقدية عند اختيار في دولة واحدة على الخروج عن الأحكام المقررة في قانون في هذه الدولة، وهو ما يشكل تناقض صارخ للمادة الأولى التي تشترط لتطبيق أحكام هذه الاتفاقية أن يكون هناك تنازع قوانين وهو مالا يتوفر في المادة الثالثة هذا الشرط غير متوفر هذا ما دفع البعض إلى اعتبار صيغة هذه المادة غير مفيدة، فهذه الاتفاقية وضعت لكل المسائل التي تطرح مشكلة تنازع القوانين بينما حالة هذه المادة لا تحقق ذلك رغم اختيار المتعاقدين لقانون أجنبي، فكأنما وضعوا اتفاقية روما لتوسيع في نطاق تطبيقها فأجازوا للمتعاقدين الحق في الاختيار[418].

---

(416) Article : 01 convention du rome 1980 dispose « **Les dispositions de la présente convention sont applicables, dans les situations comportant un conflit de lois, aux obligations contractuelles ».**

(417) علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص 24.

(418)Article 3/3 du convention du rome 1980 « **le choix les parties d'une loi étranger, ne, lorsque tous les autres éléments de la situation sont localisés au moments de ce choix dans un seul pays, porter atteinte aux dispositions aux quelles la loi ce payes ne permet pas de déroger par contrat, ci-après dénommés : « dispositions impératives »**

وأخيرا نلاحظ أن هذه الماة تقوم بإعمال مبدأ سلطان الإرادة إلى ما بعد التعاقد ولكن لم تحدد كيفية تعديل الاختيار، ما أدى بالفقهاء للانقسام في تفسير هذه الأخيرة فمنهم من يرى بضرورة تطبيق القاعدة التي تحكم الاختيار الأول أي الرجوع إلى المادة 1/3 من خلال تأكيدها على أن اختيار المتعاقدين يكون صريحا أو يستنتجه القاضي بصفة مؤكدة من نصوص العقد أو ظروف الحال. في حين يشترط الرأي الآخر أن يتم التعديل بالاختيار الصريح إذا كان القانون المعدل قد تم اختياره بصفة صريحة، ومع ذلك انتقد هذا الرأي لأن هذه المادة لا تفرق بين حالة تعديل الاختيار الأول وحالة عدم وجود اختيار سابق، فإذا كان من الممكن أن يخضع اختيار القانون المطبق بعد إبرام العقد لحكم المادة الثالثة فنفس الشيء بالنسبة لمسألة تعديل الاختيار السابق بحيث يمكن أن يتم بصفة صريحة أو بصفة ضمنية يعدل فيها الاختيار الأول الذي كان صريحا[419].

الفرع الثاني

موقف المشرع الجزائري من سلطان الإرادة لاختيار القانون المطبق على مقاولة الدولي

يعد مبدأ سلطان الإرادة التي تثيره العقود الدولية من المبادىء الأساسية والمستقرة في أغلب التشريعات الوطنية إذ لا تكاد تخلو من النص على تطبيق القانون المختار على موضوع النزاع من حيث إعطاء الأطراف الحق في اختيار القانون الواجب التطبيق، وهذا ما أخذ به التشريع الجزائري وغالبية التشريعات الأخرى وسنعمل على تحليل موقف المشرع جزائري من فكرة القانون المختار كمثال عن بقية التشريعات الأخرى، ويتطلب إبراز موقف المشرع الجزائري إزاء قانون الإرادة من خلال تحليل أحكام المادة 18 من القانون المدني قبل وبعد التعديل(**أولا**)، ثم أحكام المادتين 458 مكرر 14 والمادة 1050 من قانون إجراءات المدنية والإدارية(**ثانيا**).

أولا- أحكام المادة 18 من القانون المدني الجزائري: تأخذ معظم التشريعات بمبدأ قانون الإرادة لما له من تطبيقات واسعة وأهمية بالغة في المجال الدولي، وهو نفس توجه المشرع الجزائري من خلال قانون المدني الجزائري الذي نص في المادة 18 من **ق.م.ج** على ما

(419) خالد شويرب، مرجع سابق، ص. ص. 164-165.

يلي« **تسري على الالتزامات التعاقدية قانون المكان الذي يبرم فيه العقد ما لم يتفق على تطبيق قانون آخر**» [420].

نستنتج من نص المادة 18 /1 من **ق.م.ج** على أنها حددت ضابطين للإسناد ومنحت الأولوية لقانون الإرادة، واعتبرت محل إبرام العقد كضابط احتياطي يتم لجوء إليه في حالة غياب الإرادة، وبذلك منحت الصدارة لقانون الإرادة في إيجاد القانون الواجب التطبيق على العقد، والمعروف في نظر فقهاء القانون المدني أن الضابط الأساسي هو قانون الإرادة، وفي حالة تعذر الكشف عن الإرادة صراحة أو ضمنيا يتم اللجوء إلى قانون محل إبرام العقد، والمشرع هو الذي تولى بنفسه عملية التركيز في حالة عدم الاختيار، وقد انتقدت هذه المادة من قبل الفقهاء صياغة ومضمونا[421] .

يظهر من خلال صياغة المادة أنها أخذت بمبدأ سلطان الإرادة المطلق وهو أمر غير مقبول لأن معظم النظم القانونية ربطت وقيدت مبدأ سلطان الإرادة بصلة الموجودة بين القانون المختار والمتعاقدين أو العقد، واختيار محل الإبرام ومنحه الأولوية عن غيره من ضوابط الاخرى ليس له أي مبرر قانوني، وهو فقط مجرد قرينة لتركيز العقد مثله مثل القرائن الاخرى والتي قد تكون أكثر أهمية مثل حالة الاشتراك في الموطن أو الجنسية وضابط محل تنفيذ[422]. وعليه فإن هذه الانتقادات الجوهرية الموجهة للمادة 18 من **ق.م.ج** ترتب عنها إعادة النظر فيها من قبل المشرع بموجب القانون رقم 05-10 المعدل للقانون

(420) ويعتبر التشريع الليبي من بين التشريعات التي أخذت بمبدأ قانون الإرادة من خلال نص المادة 19 من القانون المدني الليبي « 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 مالم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانونا آخرا هو الذي يراد تطبيقه. وهو ماذهبت إليه المادة 301 من القانون التجاري الموحد للولايات المتحدة الأمريكية على أن الأطراف =في المعاملات الدولية يجوز لهم الاتفاق وفقا لقانون أية ولاية أو دولة اخرى، سواء كانت هذه المعاملة ذات صلة بهذه الدولة أو الولاية أم لا ، فالأطراف في المعاملات الدولية أيا كانت حقوقهم والتزاماتهم لهم الحرية الأساسية في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقودهم، سواء كانت المعاملة ذات صلة بالدولة أو الولاية المعنية. انظر في ذلك: خالد شويرب، مرجع سابق، ص 352 .

(421) فيروز الموهاب، مرجع سابق، ص 118.

(422) كمال عليوش قربوع، مرجع سابق، ص 335.

المدني والتي جاءت كما يلي « **يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين، إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد**»[423].

نستنتج من خلال المادة 18 المعدلة أنها جعلت قانون الإرادة في صدارة الترتيب وأزالت الغموض الذي كان يشوب المادة السابقة الذكر، حيث اعتبرت الإرادة ضابط إسناد أساسي لاختيار القانون الواجب التطبيق لكن بشرط أن يكون هذا الاختيار له صلة حقيقية بين القانون المختار والمتعاقدين أو العقد، وبمفهوم المخالفة وفق هذه المادة تم استبعاد أي قانون لاصلة له بالعقد أو المتعاقدين، وهذا تفاديا لوقوع الغش نحو القانون لاعتماده في اختيار على قانون الإرادة وليس مبدأ سلطان الإرادة حيث قيدها بقانون يرتبط بالعقد ارتباطا حقيقيا، ويكون بذلك استبعد الصلة المصطنعة والتي وراءها نية الغش نحو القانون [424].

ويمكن القول أن المشرع الجزائري أخذ بالنظرية الموضوعية من خلال عدم تفضيله لضابط محل الإبرام واعتبره مجرد قرينة لتركيز العقد، ويوجد ما هو أكثر منه أهمية وهو ضابط قانون موطن مشترك أو الجنسية المشتركة، وجعل المشرع الجزائري من ضابط محل إبرام العقد ضابطا آخر يلجأ إليه القاضي لاستنباط القانون الواجب التطبيق[425].

ونلاحظ أن المادة 18 من ق.م.ج المعدلة تتماشى مع التشريعات القانونية المختلفة لاتباعها صياغة مرنة تتوافق مع ماهو معمول به فيما يخص البحث عن القانون الأنسب لحكم العلاقة ذات العنصر الأجنبي.

أقر القانون المصري كذلك ما ذهب إليه المشرع الجزائري، حيث أكد صراحة حق الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق في العقود الدولية، في نص المادة 19 من ق.م.م « **يسري على الشروط الموضوعية للتصرف القانوني وما يترتب عليه من التزامات القانون الذي اتجهت إليه الإرادة الصريحة أو الضمنية، فإن لم توجد سرى قانون الدولة**

أخذ بنفس الأحكام السابقة للمادة 18 من القانون المدني الجزائري القانون الألماني والنمساوي والسويسري لمزيد من التفاصيل انظر:

(423) Nabil FERJANI ET Véronique HUET, « **L'impacte de la discision onusienne d'embargo sur juillet l'éxécution des contrats internationaux** », journal de droit international, n°3, 2010, Ed foundation dialenet, Paris, p737.

(424) Houria YESSAD, Le contrat de vente internationale de marchandises,Thèse pour le doctorat en droit, Faculté de Droit, Université Mouloud Mammeri,Tizi-ouzou, 2008, p75.

Maire NAMIE- CHARBONNIER, la formation et exécution du contrat électronique, op.cit, p 242.

Le choix par les parties de la loi applicable doit respecter l'ordre public et les règles impératives, selon l'article 03/01 du code civil français « les lois de police et de sureté obligent tous ceux qui habitent le territoire »

(425)Ali BENCHANEB, op.cit, p 279.

التي تم فيها التصرف وفقا لما يقرره القانون المصري»، ومثل هذا التسليم تبناه **ق.د.ن** الدولي الخاص النمساوي لعام 1979 الذي ينص على أنه: « **يسري على الالتزامات التعاقدية القانون الذي يحدده الأطراف صراحة أو ضمنا»** [426]، وأكد من جهته **ق.د.أ** في الأحكام المتعلقة بالقانون الدولي الخاص لسنة 1986 بمنح الافراد الحرية في اختيار القانون حسب إرادتهم لحل النزاعات بنصه « **يخضع العقد للقانون الذي يختاره الأطراف»**[427]

نصت المادة 1/301 من **القانون التجاري الموحد للولايات المتحدة الامريكية** على أن: «**الأطراف في المعاملات الدولية يجوز لهم الاتفاق وفقا لقانون أية ولاية أو دولة اخرى، سواء كانت هذه المعاملة ذات صلة بهذه الدولة أو الولاية أم لا،**

الأطراف في المعاملات الدولية أيا كانت حقوقهم والتزاماتهم لهم الحرية الأساسية في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقودهم، سواء كانت المعاملة ذات صلة بالدولة أو الولاية المعنية» [428]

ثانيا: تحليل أحكام المادتين 458 مكرر 14 والمادة 1050 ق إ م إ:

تنص المادة 458 مكرر 14 ق إ م « **تفصل محكمة التحكيم في النزاع طبقا لقواعد القانون الذي اختاره الأطراف...»** تقابلها المادة 1050 ق إ م إ والتي تنص على أنه « **تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف...»**.، وهذا ما أخذت به المادة 1511 من **ق.إ.م.ف** لسنة 1981 « **يفصل المحكم في النزاع وفقا لقواعد القانون التي اختارتها الأطراف**[429]»

---

(426) نقلا عن ممدوح عبد الكريم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، الإختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية، مرجع سابق، ص 164.

(427) نقلا عن عيد عبد الحفيظ، مبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقودالتجارة الدولية، مذكرة لنيل درجة الماجستير في الحقوق، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو،2005 ، ص 23.

(428) ابراهيم أحمد سعيد الزمزمي، القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 96.

(429)ARTICLE 1511 du code procedure civile français dispose : « **Le tribunal arbitral tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies ou, à défaut, conformément à celles qu'il estime appropriées.**

Il tient compte, dans tous les cas, des usages du commerce ». code procedure civile en français voir le cite https://www.legifrance.gouv.fr/codes/sectio.

نلاحظ من خلال المواد السالفة الذكر أنه لا توجد أي قاعدة تفرض وجود علاقة بين القانون الذي يكون ممكن أو واجب التطبيق على النزاع والعقد الأصلي، ونادرا ما تقوم الأطراف بهذا التصرف إلا إذا كانت تريد الغش نحو القانون، ففي هذه الحالة المحكم سوف يقر بعقوبة ضدها بتطبيق القواعد الآمرة الدولية، من جهة اخرى فإن الدولة التي سينفذ القرار على إقليمها يمكن لها التصدي للقرار، ويصرح القانون الأجنبي لتلك الدولة بمخالفته للنظام العام، إن التطبيق الدولي للمؤسسات الجزائرية الذي يكون بصدده القانون الجزائري هو المطبق يتجنب أخطار التحكيم التي قد تترتب عن الحرية الواسعة الممنوحة للمحكم الدولي عند الفصل في النزاع، إن الصبغة الدولية التي منحها المشرع للمحكم، تؤدي احتمال وقوع أخطار كبيرة عندما يقوم هذا الأخير بالتلاعب بمفهوم المبادئ العامة للقانون، ويفسرها بصفة غير حقيقية ومخالفة لمعناها الأصلي، لذلك فعلى القاضي الجزائري أن ينتبه إليها ويمكن له أن يثير في مثل هذه الحالة الدفع المتعلق بمخالفة ذلك القرار للنظام العام[430].

وكذا المادة 1/21 لنظام التحكيم الغرفة التجارية الدولية للأطراف حرية تحديد القانون الواجب التطبيق على المحكم تطبيقه على موضوع النزاع فإذا لم يحدده الأطراف طبق المحكم القانون الذي يحدده قاعدة التنازع التي يراها المحكم ملائمة في هذا الخصوص[431] .

أقر المشرع الجزائري مشروعية تطبيق القواعد عبر الدولية أمام التحكيم التجاري الدولي، وذلك بتبنيه الصياغة المتحررة في شأن سلطة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق، حيث نجد من خلال المادتين 458 مكرر 14 ق إ م والمادة 1050 من ق إ م إ لم يقيد إرادة الأطراف بأي قيد في هذا الخصوص، بحيث يجوز لهم اختيار أي قانون وطني لم تكن له أي صلة بالعقد موضوع النزاع، وفي حالة اختيار الأطراف لقانون وطني معين

(430) Nouredine TERKI, l'arbitrage commercial international en algerie, OPU, Alger, 1982, p102. Voir aussi Mohand ISSAD, op.cit,p.p 193-194.

(431) Article 21/1 du système chambre comerçiale dispose « **Les parties sont libres de choisir les règles de droitque le tribunal arbitral devra appliquer au fond dulitige. À défaut de choix par les parties des règles dedroit applicables, l'arbitre appliquera les règles dedroit qu'il juge appropriées** » Voir le cite : https://iccwbo.org › *uploads* › *sites* › *2015/12* › *2...*

تطبق فيه القواعد الموضوعية دون قواعد الإسناد، فقد أخذ المشرع بالإرادة المطلقة للأطراف في اختيار قواعد القانون التي تطبق على موضوع النزاع[432].

تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري قد كرس حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق وفقا لمبدأ سلطان الإرادة، وعند عدم تعيين الأطراف لهذا القانون فإن المحكم هو الذي يتولى اختيار القانون وفقا لقواعد القانون التي يراها ملائمة، علما أن المشرع الجزائري في المادتين 458 مكرر 14 والمادة 1050 ق إ م إ فالمحكم يفصل في النزاع وفقا لقواعد القانون التي تكون لها علاقة وثيقة بالموضوع والتي وضعت قيدا على اختيار المحكم للقانون الواجب التطبيق والمتمثل في العلاقة الوثيقة بين القانون المختار وموضوع النزاع[433].

نجد المادتان قد استبعدتا المادة 18 التي اشترطت وجود صلة حقيقية بين القانون المختار والمتعاقدين والعقد، والتي وضعت أساس الاختيار في مبدأ قانون الإرادة وليس سلطان الإرادة، على عكس المادتان 458 مكرر 14 و1050 التي وضعت على أساس الاختيار في مبدأ سلطان الإرادة، بحيث نجد أن المحكم في حالة عدم الاختيار الأطراف الصريح للقانون الواجب التطبيق يكون قد تحرر من منهج تنازع القوانين لأن المشرع لم يلزمه بالإسناد إلى أي قانون وطني[434].

---

(432) كمال عليوش قربوع، مرجع سابق، ص 55، انظر في ذلك أيضا: أن المشرع المصري عالج هذه المسألة في قانون التحكيم المصري الجديد، والذي نص على مسألة القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وقد خصص لهذه المسالة المادة 39/ 01 التي نصت على أنه « **تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان، وإذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفق على غير ذلك**». وهو نفس التوجه الذي أخذت به المادة 28 من القانون النموذجي لليونيسترال حيث أعطت للأطراف المتعاقدة حرية تحديد القانون الواجب التطبيق، فإذا اختار أطراف العقد قانون دولة معينة توجب على المحكم أو هيئة التحكيم بتطبيق القانون المختار من قبل الأطراف، وعليه القانون المصري أخذ بالنظرية الشخصية، بإطلاقه حرية الأطراف في اختيار القانون الذي يرغبون في تطبيقه على علاقتهم التعاقدية دون أي إشارة إلى تقييد هذه الحرية أو حتى =تتطلب صلة معينة لتربط بين القانون المختار والعلاقة التعاقدية. انظر في ذلك: محمد وليد المصري، مرجع سابق، ص 155.

(433) يمكن للمحكم أن يفصل في ذلك وفقا للقواعد الوطنية المشتركة المتواجدة، أو وفقا للمبادئ العامة للقانون، أو وفقا للأعراف التجارية الدولية. كمال عليوش قربوع، مرجع سابق، ص 55.

(434) فؤاد ديب، **المحكم الدولي ونظم تنازع القوانين الوطنية**، ، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، مد 24، ع 2، 2008، كلية الحقوق، جامعة دمشق، سوريا، ص. ص. 38-43.

يقر المشرع الجزائري من خلال صياغة المادة 458 مكرر والمادة 1050 لسلطان الإرادة بنطاق واسع يشمل اختيار قانون وثيق الصلة بالنزاع أو تجزئة العقد بين أكثر من قانون، مما يتيح للمحكم باستقلالية أكبر في تطبيق القواعد القانونية الملائمة لحل النزاع في عقود الدولية دون ضرورة التقيد منهج التنازع[435].

يلاحظ أيضا أن المشرع الجزائري أخذ بمبدأ سلطان الإرادة، ولكنه لم يحسم بنص صريح موقفه أي نوع من إرادة الأطراف التي يعتد بها في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية مما يشكل نوعا من الالتباس فنص المادتين 18 و1050 سابقتي الذكر جاءا على صيغة العموم، بحيث لم يحددا فيما إذا كان يمكن للقاضي أن يعتد بالإرادة الضمنية في اختيار قانون العقد من عدم ذلك، بخلاف معظم التشريعات والاتفاقيات التي نصت على الأخذ بالإرادة الضمنية كالقانون المصري، وكذا اتفاقية روما لعام 1980 بخصوص القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، وأيضا اتفاقية لاهاي لعام 1986 بخصوص القانون الواجب التطبيق على النيابة وعقود الوساطة.

لكن بالرجوع إلى نص المادة 60 من **ق.م.ج** والتي نصت فيها عن طرق التعبير عن الإرادة سواء كان صريحا أو ضمنيا، وبما أن نص المادة 18 ورد بصياغة عامة فلا مانع من الأخذ بالإرادة الضمنية للمتعاقدين في تحديد القانون الواجب التطبيق[436].

وعليه إن حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق في العلاقات التعاقدية ذات الطابع الدولي حسب أنصار النظرية الموضوعية لا يستند إلى مبدأ سلطان الإرادة المطلق، بل يرتد إلى قاعدة القانونية – قاعدة الإسناد التي خولت للإرادة الحق وعليه تعتبر الإرادة مجرد ضابط للإسناد يشير إلى القانون الواجب التطبيق، تبعا لذلك يطبق القانون الذي تم اختياره باعتباره قانونا وليس مجرد شرط من شروط المدرجة في العقد، إذ لا يجوز للأطراف المتعاقدة استبعاد أحكامه الآمرة بل يتعين على القاضي إعمال هذه القواعد حتى ولو أدى ذلك إلى بطلان العقد[437].

---

(435) Ali BENECHENEB, op.cit, p203.

(436) نصت المادة 60 من **ق.م.ج**« **ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا**»

(437) خالد شويرب، مرجع سابق، ص164

المبحث الثاني

الاستثناءات الواردة على الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على التزامات عقد المقاولة الدولي

يرد على المبدأ العام المتعلق بحرية الأطراف في اختيار القانون الذي يحكم علاقاتهم التعاقدية استثناءات يستبعد فيها تطبيق القانون الذي اختاره المتعاقدين ليستبدل محله قانون آخر، يتلاءم وينسجم مع المثل العليا و المبادئ الأساسية والجوهرية في دولة القاضي المختص في النزاع، وظهرت ملامح فكرة النظام العام لأول مرة في فقه الأحوال الإيطالية القديمة، حيث طبقت للتأكيد على التطبيق الإقليمي وعرفت آنذاك بمصطلح الأحوال البغيضة التي لا يجوز امتدادها خارج الإقليم، ثم استعملها كذلك الفقيه الإيطالي **MANCHINI** كأداة لتثبيت الاختصاص للقانون الوطني، وتبريرا لتطبيق بعض القوانين تطبيقا إقليميا[438].

برزت فكرة النظام العام بمفهومها المتطور كوسيلة لتجنب التطبيق القانون الأجنبي على يد الفقيه سافيني في القرن التاسع عشر، وذلك من خلال إنشاء نظرية الاشتراك القانوني التي تسمح للدول الأوروبية بتطبيق قوانين بعضها البعض، وتطرق بموجبها إلى استثناء هام منح بمقتضاه للقاضي استبعاد تطبيق القانون الأجنبي إذا ما تطلب الأمر ذلك[439]، وعليه سنتناول النظام العام كمرحلة أولية باعتباره قيدا من قيود تطبيق القانون

---

(438) Mohand ISSAD, Droit international privé, les règles de conflits,op.cit, p. p, 45-46.

(439) فالفقيه مانشيني زعيم المدرسة الإيطالية الحديثة ، كان أستاذا بجامعة تورينو ونادى بقوله أن الجنسية هي أساس القانون الدولي عاما أو خاصا، و قد اعتنق مبدأ شخصية القوانين، ورأى أن القوانين توضع للأشخاص لا للأقاليم، وتبنيه لمبدأ شخصية القوانين لم يكن بشكل قطعي وإنما أورد عليه استثناءات، ومنه أنه اعتبر أن قواعد النظام العام تطبق تطبيقا إقليميا، فتسري على كل من في الإقليم من وطنيين وأجانب على أساس تعلقها بالمصالح العليا للدولة ، وأضاف أيضا أن لابد من خضوع الشكل لقانون محل التعامل، فقانون البلد الذي تم تصرف هو الذي يطبق على شكل جميع التصرفات القانونية التي تمت في دائرته، حتى ولو كان هذا الشكل مخالف لما هو مقرر في قانون الجنسية، كما اعتبر قانون الإرادة هو القانون الواجب التطبيق على العقود من حيث موضوعها، فهو يطبق بغض النظر عن القانون الشخصي للمتعاقدين إعمالا لمبدأ سلطان الإرادة. انظر في ذلك: علي علي سليمان، مرجع سابق، ص.ص.33-34، انظر أيضا: بلقاسم أعراب، مرجع سابق، ص 58.

الذي اختاره المتعاقدين **(المطلب الأول)**، إضافة إلى مانع الغش نحو القانون كقيد آخر يؤدي بموجبه الامتناع عن تطبيق القانون الذي اختاره المتعاقدان **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول

النظام العام: استثناء على تطبيق مبدأ الإرادة في التزامات المقاولة الدولي

تهدف قواعد القانون الدولي الخاص إلى تنظيم المجتمع والأفراد وإلى تحقيق التعايش بين النظم القانونية المختلفة، وهي في سبيل ذلك قد تقضي بوجوب تنازل القانون الوطني عن حكم علاقات ذات الطابع الدولي وإخضاع عقد مقاولة الدولي إلى القانون الذي يتفق الأطراف عليه اتفاقا مع مقتضيات دولية، غير أن تحقيق هذه الأهداف لا يجب أن يكون على حساب المبادئ الأساسية للمجتمع الوطني فالمبدأ المعمول به هو اختيار القانون الذي يناسب الهدف الاجتماعي الذي وضعه المشرع.

فكرة النظام العام فكرة مرنة نسبية ومتطورة يمكن أن تختلف من دولة لاخرى بل من زمن لاخر ضمن الدولة واحدة حسب فلسفة النظام السياسي والاجتماعي والاقتصادي السائد مما يشكل صعوبة في تحديد مفهومه[440] **(الفرع الأول)**، وقد تتدخل الدولة حماية لاقتصادها الوطني أو حماية للأفراد باصدار قرارات وأوامر تحد من الإرادة للأفراد في اختيار القانون الواجب التطبيق إذا كانت تتعارض مع مصالح العليا للدولة ما وهي ما يعرف بقواعد البوليس **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول

دور النظام العام في توفيق بين مقتضيات سلطان الإرادة والهدف الإجتماعي العام للدولة

ظهرت فكرة النظام العام لأول مرة على يد الفقهاء الإيطاليين وعلى رأسهم الفقيه بارتول"**Bartol**،" [441] الذي أنشأ نظرية قسم فيها الأحوال إلى أحوال بغيضة وأحوال مستحسنة حيث ترافق هذه الأخيرة الشخص إلى أي مكان ذهب حتى ولو خارج إقليم دولته، أما الأحوال المستحسنة فتبقى في حدود الإقليم الذي صدرت فيه، وتعتبر هذه النظرية النواة

(440) سامية كسال، **تأثير فكرة النظام العام على تنفيذ أحكام التحكيم التجاري الدولي**، مداخلة في ملتقى وطني حول التحكيم التجاري الدولي، جامعة مولود معمري تيزي وزو، المنعقد يومي 08 و09 ماي 2013، ص 03.

(441) Courbe PATRICH, droit international privé,Ed Dalloz, Paris, 2000, p 102.

الأولى لظهور فكرة النظام العام الذي أصبح مسلما به في الوقت الراهن عند الجميع، كما تتحجج به المحاكم في مختلف الدول [442].

تعترض القاضي صعوبات كثيرة عند فحصه لقانون الأجنبي الواجب التطبيق، وذلك لعدم وجود مفهوم موحد متفق عليه للنظام العام، وهذا أثناء تطبيقه لقانون أجنبي معين يتعذر فيه معرفة إذا كان هذا القانون مخالف للنظام العام في دولته أو لا، ونظرا لخطورة هذا الوضع والذي قد يجعل من فكرة النظام العام، كأداة لإستبعاد تطبيق القوانين الأجنبية ومنع عبورها، وتوسيع التطبيق القوانين الوطنية، حاول بعض الفقهاء إعطاء مفهوم للنظام العام بناء على القوانين الوطنية لكل دولة **(أولا)**، ومن خلال ذلك يمكن الوصول إلى تعريف موحد للنظام العام الدولي **(ثانيا)**، ولا يمكن إعمال النظام العام الدولي إلا بشروط **(ثالثا)**. ويترتب على اعمال فكرة النظام العام الدولي مجموعة من الأثار نذكرها لاحقا **(رابعا)**.

أولا: النظام العام الداخلي

يعتمد النظام العام الوطني على قوانين وطنية وما هو متعارف عليه بين الشعوب داخل اقليم دولة واحدة في تعريفه، ويتميز بمجموعة من الخصائص تجعله يختلف من دولة لاخرى وهذا ما سنتناوله فيما يلي:

1- تعريفه: لا يخلو استبعاد القاضي في تطبيق القانون الأجنبي المشار إليه في قاعدة تنازع القوانين لدى دولة القاضي من صعوبات وعراقيل لعدم وجود مفهوم موحد متفق عليه من طرف الفقهاء لفكرة النظام العام[443] ولذا وردت عدة تعاريف للنظام العام من بينها أنه **«المبدأ الذي يوجب استبعاد تطبيق القانون الأجنبي في الأحوال التي يخالف فيها تطبيقه سياسة قانون الانجليزي أو قواعد الأداب العامة المراعاة في انجلترا أو مع ضرورة**

(442) هشام علي صادق، مرجع سابق، ص. ص. 187-188، وهو ما نادى به الفقيه الايطالي مانشيني في قرن 19 ليعلل تطبيق بعض القوانين تطبيقا إقليميا خروجا على نظريته التي أكد فيها مبدأ شخصية القوانين، وهو ماذهب إليه أيضا سافيني فكرة النظام العام كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق عند تفسيره لفكرة وجوب الاشتراك القانوني بين الدول. انظر في ذلك: صلاح الدين جمال الدين، مرجع سابق، ص 207، انظر أيضا: عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، أحكام التنازع الدولي للقوانين، مرجع سابق، ص. ص. 138-141.

(443) محمد الصالح خزار، «**المفهوم القانوني لفكرة النظام العام**»، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، 2003، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، ص. ص. 32-49.

المحافظة على النظم السياسية فيها» [444] وعرفه أيضا أحمد مسلم بأنه «**الكيان السياسي والاقتصادي والاجتماعي لهذه الدولة بما يقوم عليه هذا الكيان من معتقدات سياسية تتعلق بالمساواة أمام القانون أو احترام أفكار دينية أساسية معينة أو عقائد مذهبية اقتصادية كالاشتراكية أو الرأسمالية أو نحوها من المذاهب والأفكار الاقتصادية كالعدالة الاجتماعية وتكافؤ الفرص وغير ذلك**»[445].

يعرفه آخرون أنه «**مجموع المبادئ الأساسية العليا للنظام القانوني النافذ في الدولة والتي يقوم عليها نظام المجتمع سياسيا واقتصاديا ودينيا وقانونيا وأخلاقيا ويكون للدستور الدور الحاسم في تكوين النظام العام**» [446]،

تطرق القاضي الفرنسي لفكرة النظام العام التي قد تشكل صعوبات في التطبيق القانون الأجنبي لاصطدامها في معظم الأحيان ببعض المبادئ الثابتة وغير قابلة للمساس بها فوق إقليم دولتها، وذلك راجع بسبب النظم القانونية لمختلف الدول غير مؤسسة بكاملها على نفس القواعد والمبادئ، مما يتطلب ضرورة المحافظة والدفاع عليها باعتبارها قيم ثابتة لايمكن المساس بها والتي تكون ما نسميه بالنظام العام الوطني الذي يضم المبادئ القانونية العامة والخاصة السياسية والاقتصادية والمعنوية وحتى الدينية التي تعتبر إجبارية بصفة مطلقة بقصد المحافظة على النظام الاجتماعي داخل شعب في فترة معينة [447].

يعرف أيضا بأنه «**دفع يهدف إلى استبعاد تطبيق القانون الموضوعي الأجنبي الواجب التطبيق بموجب قاعدة الإسناد الوطنية إذا كان حكمه يخالف الأسس والمبادئ الجوهرية التي يتأسس عليها النظام القانوني في مجتمع دولة القاضي**» [448]

---

(444) حسين الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص. ص.18 4.

(445) نادية فضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القانون الوطني، دار هومة، الجزائر، 2005، ص 112.

(446) عبد الكريم حافظ عرموش، القانون الدولي الخاص والمقارن، تنازع القوانين، الاختصاص القضائي الدولي، ج1، مرجع سابق، ص 196.

(447) « La cour de cassation à énonce que « la définition de l'ordre public national dépend dans une large mesure de l'opinion qui prévaut à chaque moment en France » CASS .CIV, 22 Mars 1944.Voir : Yvon Loussouarn, Pierre Bourel, op. cit. P 315

عمر بلمامي، الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل درجة ماجستير في العقود والمسؤولية، معهد الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر، 1988، ص 125 ، انظر أيضا: غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص. ص.239-247.

(448) عبد الحافظ كريم عرموش، مرجع سابق، ص 197.

وعرفه غالب علي الداوودي« **مجموع المصالح الجوهرية والأساسية والمثل العليا التي ترتضيها الجماعة لنفسها، ويتأسس عليها كيانها كما كما يرسمها نظامها القانوني، سواء كانت هذه المصالح الأساسية والمثل العيا سياسية إجتماعية، أم اقتصادية، أم خلقية أو دينية والإخلال بها يعرض كيان المجتمع إلى التصدع والانهيار**».

لم يتطرق المشرع الجزائري كعادته لتعريف النظام العام ولكنه أشار إليه في نص المادة 24 من **ق.م.ج** المعدلة بالقانون **05-10** من خلال إعمال فكرة النظام العام واستبعاد تطبيق القانون الأجنبي إذا توفرت شروط تشكل المساس بمبادئ النظام العام.

2-خصائصه: فمن الصعوبة ايجاد تعريف دقيق وجامع ومانع للنظام العام مما يستوقفنا للبحث عن خصائصه و هي تتمثل في:

أ-الصفة الوطنية للنظام العام: يفهم من مصطلح النظام العام الدولي بوجود نظام عالمي مشترك بين الدول، فهو أمر خاطئ لأن فكرة نظام عام تبقى دائما فكرة وطنية، حيث سواء كان نظاما عاما داخليا أو دوليا لا يمكن أن يكون إلا وطنيا، حيث يهدف النظام العام إلى مبتغى واحد وهو حماية مختلف المبادئ والأسس الجوهرية التي يقوم عليها المجتمع الوطني، وإن كانت هناك بعض المبادئ الجوهرية والأساسية تشترك فيها كثير من الدول كمحاربة الرق والقرصنة، والاتجار في المخدرات، فإن هذه القيم تعد في حقيقتها جزء من النظام العام الداخلي لكل دولة بالرغم من صفتها دولية(449).

ب- نسبية فكرة النظام العام: يحظى النظام العام بمفهوم متغير من دولة لآخرى، فما يعتبر مخالفا للنظام العام في دولة معينة، قد لايعتبر كذلك في دولة اخرى، وهذا راجع لاختلاف الدول عن بعضها البعض من حيث الديانة والأفكار المهيمنة وفلسفة الحياة، والنظام الاقتصادي والاجتماعي والسياسي لهذه الدول، ونسبية النظام العام تختلف ليس فقط من

(449) عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص 534؛ انظر أيضا: حسين الهداوي، مرجع سابق، ص 186، انظر أيضا: عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2002، ص 507.

Jean Derrupé, Droit international privé, 13éme Ed, Dalloz, Paris, 1999, p85.

دولة إلى أخرى، كذلك قد تختلف من زمن لآخر فما كان ممنوع في زمن معين لدولة ما قد يصبح مباح في زمن اخر في تلك الدولة[450].

ج-النظام العام مفهوم متطور: تظهر طبيعته المرنة في صفته الحيوية التي لا تستجيب لاستقرار النصوص، ذلك أن فكرة النظام العام حالة سلسة، وأن هذه المرونة تقوم على اعتبارات نسبية[451]

د-النظام العام ليس من وضع المشرع وحده: لا يعد النظام العام فكرة ناتجة عن النصوص القانونية بصفة مطلقة، وإنما هو نتيجة فكرة اجتماعية تطرأ في لحظة معينة تكون فيما بعد مصدرا للنظام، ولكن مع هذا لا يمكن نفي الدور الكبير الذي يلعبه المشرع في تحديد النظام العام[452].

ت-النظام العام يعبر أحيانا عن الإرادة الآمرة: تعد فكرة النظام العام وفق الرأي أصحاب القانون العام أو الخاص فكرة آمرة قادرة على وضع حلول في حالة تنازع قواعد قانون الواجب التطبيق على النزاع، وذلك عن طريق سن قاعدة آمرة أساسها حماية الجماعة، وعليه فكرة النظام العام قيمة تسمو على كل القيم، وهي قواعد تهدف إلى تحقيق أهداف اجتماعية[453].

ث-النظام العام ينتمي إلى التفسير القضائي: لا تقوم فكرة النظام العام على معيار موضوعي يحدده القاضي وفقا لإدراكه للخصائص السياسية للقانون، وإنما يبنى النظام العام على فكرة إجتماعية يجب أن يحس بها القاضي، وعليه النظام العام هو بطبيعته فكرة

---

(450) صلاح الدين جمال الدين، قانون العلاقات الخاصة الدولية، مرجع سابق، ص. ص. 222-224، انظر أيضا: صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين (دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون)، مرجع سابق، ص. ص. 118-119.
LOUSSOUARN ET BOUREL, Droit internationel privé, 3 Ed, Dalloz, Paris, 1988, p 393.

(451) أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص399، عادل سعيد محمد أبو الخير، الضبط الإداري وحدوده، مطابع الطوبجي، القاهرة، 1993، ص 12.

(452) فيصل نسيغة، محمد خيضر، «**النظام العام**»، مجلة المنتدى القانوني، ع5، مارس 2008، قسم الكفاءة المهنية جامعة محمد خيضر بسكرة، ، ص. ص. 166- 181.

(453) بشير بلعيد، القضاء المستعجل في الأمور الإدارية، مطابع عمار قرفي، باتنة، الجزائر، 1988، ص 79، انظر أيضا: سامي بديع منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، دار العلوم الطبيعية، مصر، 1994، ص 790.

سياسية وإجتماعية، لكونه يعبر عن اللحظة السياسية التي ينتهجها نظام الحكم في تنظيمه للروابط الاجتماعية في وقت معين [454].

ثانيا : النظام العام الدولي

يمكن تعريف النظام العام الدولي الحقيقي **على أنه «مجموعة المبادئ الأساسية الضرورية لتنظيم المجتمع الدولي، يتعلق الأمر بالقواعد المشتركة التي يتعين معاقبة إخلالها من قبل المحكم الدولي بغض النظر عن التشريع الوطني الذي يحكم موضوع النزاع»** [455].

ويرى الدكتور مصطفى تراري أن المقصود هنا ليس النظام العام الوطني الذي لا يتم إعماله إلا في الحالات التي يكون فيها التحكيم وطنيا بحتا لا تتوفر له معايير دولية، ولا ما عرف لدى بعض الفقهاء بالنظام العام الدولي الحقيقي الذي يضم القواعد المشتركة بين كل التجمعات دولا وشعوبا، وإنما المقصود هو تلك الصورة المخففة من النظام العام الجزائري التي تتماشى مع مقتضيات المرونة التي تتسم بها التجارة الدولية، سواء تعلق الأمر بالقواعد الموضوعية أو الإجرائية[456].

وبناء عليه فالنظام العام الدولي مجموعة من المبادئ والقواعد المدونة في الاتفاقيات الدولية والأعراف الدولية والمتفق عليها في قوانينها.

وقد أورد الدكتور بخشي بعض الفرضيات حول قواعد النظام العام الدولي في القانون الجزائري تتمثل في التزام احترام سلطات الرقابة للسلطات العمومية في مجال العلاقات

---

(454) ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، مرجع سابق، ص. ص. 195-203.

(455) « D'une façon schématique, l'ordre public « réellement » international peut être défini comme l'ensemble des principes fondamentaux indispensables à l'organisation de la société internationale. il s'agit en quelque sorte des règles communes dont la transgression doit être sanctionnée par l'arbitre international indépendamment de la législation nationale régissant le fond du litige ». Voir : Noureddine TERKI: L'arbitrage commercial international en Algérie, op.cit, p 46

(456) مصصطفى تراري الثاني، «**التحكيم التجاري الدولي في الجزائر اثر صدور المرسوم التشريعي رقم 93-09 المؤرخ في25-04-1993 المعدل و المتمم لقانون الإجراءات المدنية**» ، مجلة دراسات قانونية ، ع1، جوان ، 2002، جامعة يحيى فارس المدية، ، ص 52.

المالية مع الخارج، مبدأ حسن النية في مجال العلاقات الاقتصادية الدولية، احترام القواعد الأساسية للعدالة لاسيما حقوق الدفاع. (457).

لم تمنح بعد للقضاء الجزائري الفرصة ليحدد موقفه من مفهوم النظام العام الدولي ذو المصدر الداخلي، فهو وحده الذي له الحرية في تحديد مفهوم النظام العام الدولي والنطاق الذي يعتزم منحه إياه(458).

تناول القانون الجزائري لفكرة النظام العام في إطار التحكيم التجاري الدولي في القانون رقم **08-09** المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وقد اكتنف فكرة النظام العام الدولي وفق هذا القانون الكثير من الغموض المبين من خلال مواده والتي منها المادة **1/1051 ق.ا.م.ا** على أنه « **يتم الاعتراف بأحكام التحكيم التجاري الدولي في الجزائر إذا أثبت من تمسك بوجودها و كان الاعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي.**»

نصت المادة **1056 من ق.ا.م.ا** على أنه: «**لا يجوز استئناف أمر القاضي بالاعتراف، أو بالتنفيذ في حالة إذا ما كان حكم التحكيم مخالف للنظام العام الدولي**»

نفهم من خلال هذه المواد أن المشرع الجزائري تطرق إلى النظام العام بشكل مبهم وغير مفهوم لا يمكن بمقتضاه معرفة عناصر وخصائص هذا النظام ولا معرفة ماهيته، فكان يتعين عليه أن يدرج ضمن هذا المفهوم لإزالة الغموض عدة مسائل ونذكر منها تحكيمية النزاع، حيث اكتفى فقط بوضع قيد عام على الاعتراف، وجعل من مخالفة الحكم التحكيمي للنظام العام الدولي سببا للطعن في هذا الحكم، مع إمكانية إبطاله.

نلاحظ أن المشرع الجزائري نقل نفس العبارة **"النظام العام الدولي "(459)** في القانون الفرنسي للتحكيم **1981** على خلاف بعض القوانين التي نصت على النظام العام الدولي فقط

---

(457) طاهر حدادن، دور القاضي الوطني في مجال التحكيم التجاري الدولي، مذكرة لنيل درجة الماجستير، تخصص قانون التنمية الوطنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2012، ص. ص. 120-121

Mohammed Abdelwahab BEKHECHI, **«L'arbitrage commercial international en droit Algérien»**, , Revue algérienne des relations internationales, n°25, 1994, Universités youcef ben khada, Alger, 1994, p69.

(458) طاهر حدادن، مرجع سابق، ص 116، انظر أيضا: عبد الرزاق دربال، مرجع سابق، ص 136.

اطلق عليه عدة تسميات مثل النظام العام عبر الدولي أو النظام الحقيقي

(459) Henri ROLIN, « vers un ordre public réellement international», disponible sur : http//www.sfdi.org/wp-content/uploads/2014/10/ordrepublic.pdf. Voir aussi :

Jean- Christophe POMMIER, principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel, op.cit, p343.

كالقانون السويسري، في حين أن المشرع المصري نص صراحة في المادة **58** من قانون التحكيم **1994** «**لا يجوز الأمر بتنفيذ حكم التحكيم إلا إذا تحقق أنه لا يتضمن ما يخالف النظام العام في جمهورية مصر العربية**» ، وعليه تبين أن المشرع المصري قد اعترف بنظامه العام الداخلي، على خلاف المشرع الجزائري الذي نص على النظام العام الدولي حسب القانون **08-09** والتي جاءت مواده خالية من ذكر مصطلح النظام العام الوطني.

لم يفرق المشرع الجزائري بشكل واضح بين النظام العام الداخلي، والنظام العام الدولي، ومنح سلطة تقديرية للقاضي في تحديد وتقدير معنى ومضمون النظام العام الدولي دون وضع قيود ومعايير تخضعه للرقابة، في حين أن النظام العام الدولي يؤخذ بعين الاعتبار الأحكام الآمرة دوليا ومرتبطة ارتباطا وثيقا بالتنازع على أن تمنح الأولوية للأحكام الجزائرية الآخذة بعين الاعتبار قواعد التجارة الدولية(460).

ثالثا: شروط إعمال نظام العام

يتطلب الدفع بالنظام العام لاستبعاد القانون الأجنبي عن التطبيق توافر شرطان وهما اختصاص قانون أجنبي بحكم النزاع، ومخالفة أحكام القانون الأجنبي لمقتضيات النظام العام الوطني وهو ما سنتناوله فيما يلي:

1- اختصاص قانون الأجنبي بحكم النزاع: تتمتع قاعدة الإسناد بالأسبقية على إعمال الدفع بالنظام العام مما يؤكد استقلالهما عن بعضهما البعض، حيث لا يمكن تطبيق قاعدة الإسناد وإعمال الدفع بالنظام العام معا، فيتوقف تطبيق قاعدة الاسناد عند إعمال الدفع بالنظام العام، وإذا تم استبعاد القانون الأجنبي إذا لم يكن مختصا أو لسبب آخر مثل اختيار الأطراف لقانون القاضي بإرادتهم أو يثبت له الاختصاص باعتباره من قواعد

(460) النظام العام الوطني يتدخل لمنع الأفراد من الاتفاق على ما يخالف القواعد الآمرة تحت طائلة بطلان اتفاقهم، بينما نظام العام الدولي يتميز بدور استبعادي يتجلى بقيام القاضي الوطني برفض تطبيق القانون الأجنبي لتعارضه مع النظام العام وفرض تطبيق القانون الوطني، ضف إلى ذلك النظام العام الوطني يرتكز على المبادئ الأساسية للمجتمع الواجب الالتزام بها بينما النظام العام الدولي هو أضيق من سابقة فليس كل مبادئ التي يقوم عليها المجتمع تعد من النظام العام =الدولي. انظر في ذلك: محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي، مرجع سابق، ص 258.

الأمن والبوليس، أو تم اسناد الحكم عن طريق الإحالة، فلا مجال لإعمال الدفع بالنظام العام[461].

وعليه يمكن استبعاد القانون المختص الذي يحكم العقد في حالة إعمال الدفع بالنظام العام، وهذا في حالة اختيار المتعاقدين على تطبيق قانون أجنبي صراحة أو ضمنا ليحكم الرابطة التعاقدية ولكنه تبين للقاضي المختص للنظر في النزاع أن القانون الأجنبي لاصلة به بالعقد أو المتعاقدين ومخالفا للنظام العام في دولته، فيستبعد قانون الإرادة بقانون آخر يكون مناسبا لعدم توفر شرط الصلة وليس لمخالفته للنظام العام، لأنه لا يثار هذا الدفع بوجود سبب أخر يمكن على أساسه عدم تطبيق القانون الأجنبي[462].

2- أن يكون القانون الأجنبي المراد تطبيقه يتعارض في حكمه مع مقتضيات النظام العام لدولة القاضي

يقوم أساس الدفع بالنظام العام وفق الفقيه سافيني إلى انتقاء النظرية الاشتراك القانوني بين قانون النظام العام والقانون المختص ويسمى هذا الشرط بعدم التكافؤ القانوني، والذي يتحقق في حالة انقطاع الوحدة القانونية بين قانونه والقانون المختص الذي يحكم النزاع، لأن فكرة الاشتراك القانوني تتطلب توافق المبادئ العامة في القوانين المتزاحمة لحكم الرابطة القانونية الدولية[463].

يتطلب تطبيق القانون المختار من طرف المتعاقدين وفق القاضي تأمين الحد الأدنى من الإشتراك بين قانونه وقانون الإرادة المختص، وفي حالة عدم تواجد وانتفاء هذا الاشتراك وجب استبعاد قانون الإرادة لتعارضه مع النظام العام، وبالتالي يتحقق عدم الاشتراك بمجرد

(461) حمزة قتال، دور القاضي في تطبيق القانون الأجنبي في القانون الجزائري والمقارن، مرجع سابق، ص159.

(462) خالد شويرب، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 74.

(463) هشام علي صادق، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص304، انظر أيضا: محمد وليد المصري، مرجع سابق، ص 261

تخلف وحدة الاحكام المقررة بين القانونين الأجنبي (قانون الإرادة) والوطني (قانون دولة القاضي)[464].

يعد الاشتراك القانوني نادر الحدوث في الواقع، حيث كثيرا مايفقد بين التشريعات لحتمية الاختلاف في كثير من الأحوال بين قوانين دول متقدمة ودول متخلفة فيما بينها حضاريا من حيث الجانب الاقتصادي والاجتماعي والسياسي والخلقي، وعادة يظهر جليا التباين بين قوانين الدول المتقدمة والدول المتخلفة لأنه فيما يعتبر قابل للتعاقد عليه في دول متقدمة قد لا يعتبر مقبولا ولا مخالفا للنظام العام في الدول المتخلفة[465].

يمكن استبعاد قانون الارادة لمخالفته لمقتضيات النظام العام من خلال مثلا إدراج بند الدفع بالذهب أو بعملة أجنبية في عقد المقاولة دولي، حيث قد يقوم الاطراف باختيار القانون ليحكم عقدهم فيعتبر هذا القانون أن الشرط المذكور في العقد بخصوص الدفع بعملة الذهب أو بعملة أجنبية شرطا أساسيا، بينما قانون دولة قاضي لا يأخذ بهذا الشرط سواء في العقود الداخلية أو الدولية ويعتبر أن العملة الوطنية هي العملة التي يجب أن يتم الدفع الفعلي بها لأنها تعتبر مسألة تتعلق بالمصلحة الاقتصادية العليا للبلاد وتكون أساسية بحيث يجب عدم الإخلال بها، ويعتبرون أن القانون الذي اختاره المتعاقدان ينظم العقد الدولي مخالفا للنظام العام إذا توفر على هذا الشرط لأنه مضر باقتصاد دولة القاضي. لكن هناك اتجاه حديث للقضاء الفرنسي الذي أقر صحة شرط الدفع بالذهب وصحة شروط ضمان عدم تغيير العملة بوجه عام في المدفوعات الدولية، واعتبارها من قبل النظام العام الدولي المشترك رغم مخالفته للنظام العام في القانون الداخلي، فإن توفر ضمانات معينة كشرط الدفع بالذهب يعمل على تنشيط العلاقات الخاصة بين أبناء الدول المختلفة دون أن يؤدي ذلك إلى

(464) حسن الهداوي، مرجع سابق، ص 178، انظر أيضا: عمر بلمامي، الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص. ص. 137-140.

(465) فؤاد عبد المنعم، الوسيط في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، مصر، 1974، ص 75، انظر أيضا: عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 65.

إضعاف الثقة بالعملة الوطنية، و لهذا فليس هناك ما يدعو إلى استبعاد القانون الأجنبي الذي يجيز شرط الدفع بالذهب[466].

يستطيع القاضي استبعاد تطبيق قانون الإرادة إذا كان يتعارض مع مبادئ العدالة إذا كان هذا القانون يجيز تنفيذ العقد ولو كانت هذه الإرادة المشوبة بعيب من العيوب كالجنون والعته والغفلة وغيرها، ويبدو جليا أن في غالب الحالات التي تتعارض فيها العقود الدولية مع النظام العام في أي دولة تتعلق بانتهاك المثل العليا المشتركة الذي ينبغي أن تبلغه كافة الشعوب والمتمثلة في حقوق الانسان لأن الاعلان العالمي لحقوق الانسان يقر بحقوق عالمية لا ينبغي تجاوزها والا اعتبروا مخالفين للنظام العام.

يتمتع القاضي بالسلطة التقديرية واسعة في تحديد مدى مخالفة النظام أو عدم مخالفته، فيخول له حرية التقدير من خلال فحص كل مسألة على حدى لتحديد مقدار مخالفة النظام من طرف القانون المختار من قبل المتعاقدين، ولكن هذا لا يعني عدم إخضاع تقدير القاضي حول مدى مخالفة القانون الذي اختاره المتعاقدان للنظام العام إلى رقابة المحكمة العليا، حيث أن القاضي وظيفته تطبيق القانون فلا يترك له المجال واسعا دون قيود في اعتماد على تقديره الشخصي ومعتقداته الخاصة في تحديد مدى مخالفة النظام العام، بل يجب أن يكون هذا التقدير له أساس موضوعي ويتم وقت النظر في المنازعة[467].

3- أن تتم المخالفة لنظم العامة الحالية: تعتبر فكرة النظام العام فكرة مرنة ونسبية يسودها الغموض لأنه يصعب تحديد تعريف دقيق وشامل لهذا الأخير، لأنه يحظى بمفهوم

---

(466) بحيث يرى كل من الأساتذة لاغارد، نبواييه جافلدا (**P.Lagarde، , Gevalda, Niboyet**) أن النظرة الحالية للنظام العام، يجب أن يكون أساسها القضاء ويؤكدون على ضرورة التقدير الشخصي للقاضي عند الفصل في النزاع، فالقاضي هو الشخص الوحيد الذي يعلم من غيره فيما يخص حكمه على النظام العام، و مدى مطابقته أو ملائمته للنظام العام السائد في دولته، فالقاضي هنا يستعمل ذكاءه وشعوره في مصلحة وطنية و هذا ما فعله القضاء الفرنسي. لكن يبقى الرأي الغالب يقر أن النظام العام دائما وطني و الاختلاف يكمن فقط في أن هناك نظام عام نطاقه القانون الداخلي و الثاني نطاقه تنازع القوانين، و هذا راجع لاختلاف في وظيفة النظام العام في القانون الدولي الخاص ، وبالتالي النظام العام الدولي غير موجود نتيجة لصفة الوطنية للقانون الدولي الخاص عكسه في التحكيم التجاري الدولي. انظر في ذلك: خالد شويرب، مرجع سابق، ص 76.

(467) خالد شويرب، مرجع سابق، ص 77.

Mohand ISSAD, Droit international privé, Les règles conflits, op.cit. p.195

متغير باختلاف الزمان والمكان، فما يعتبر موافقا للنظام العام في وقت ما في دولة معينة قد لايعد كذلك في وقت آخر وفي نفس الدولة،

يستنتج من خلال ما سبق أن النظرية حالية النظام العام أصبحت شرطا أساسيا لاستبعاد قانون الإرادة باسم النظام العام، وأن القاضي أدرى من غيره فيما يخص كل ما يتعارض مع النظام العام في دولة.

ذهب الدكتور محند اسعاد إلى أبعد من ذلك بقوله « **أنه يتحتم على القاضي عند إعماله للدفع بالنظام العام في مواجهة القانون الأجنبي الواجب التطبيق أن يضع في اعتباره مسألة حالية مفهوم النظام العام السائد وقت اصدار الحكم لا وقت نشوء المنازعة**» (468).

رابعا: آثار الدفع بفكرة النظام العام

يهدف إعمال فكرة النظام العام إلى تعطيل العمل بالقانون الأجنبي المختار من قبل المتعاقدين إذا كان مخالفا للنظم والمبادئ العليا لدولة القاضي، حيث يظهر إعمال فكرة النظام العام في صورة الدفع بالنظام العام ويتم استعماله بقدر الحاجة له فلا يمكن للقاضي إثارته كلما أراد ومتى أراد لأنه يمس الإقتصاد الدولي ويشل مفعول العقود الدولية، ويرتب النظام العام نوعين من آثار إحداهما تشكل أثر سلبي وأخرى أثرا إيجابيا تحقق نوع من التجانس بين المبادئ التي يقرها قانون القاضي والتي لا يمكن تجاوزها، وحق المتعاقدين في اختيار القانون الذي يحكمهم.

1- الأثر السلبي للنظام العام

يتمثل الاثر السلبي للنظام العام في استبعاد قانون الإرادة الذي يتعارض في أحكامه مع النظام العام لدولة القاضي وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في **24** من **ق.م.ج** « **لا يجوز تطبيق أحكام القانون الأجنبي عينته النصوص السابقة، إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام والآداب العامة في الجزائر**»

(468) خالد شويرب، مرجع سابق، ص 78، انظر أيضا: موحند اسعاد، مرجع سابق، ص. ص. 248-255، انظر أيضا: عمر بلمامي، الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص. ص. 141-148.

يتبين لنا من خلال نص المادة السالفة الذكر الفرق الموجود بين الدفع بالنظام العام في العقود الداخلية والدفع بالنظام العام في العقود الدولية بالرغم من أن كلاهما يحملان مفهوما واحدا وطنيا بحتا، إلا أنه في العقود الوطنية يعتبر فيها العقد باطلا إذا كان محله أو سببه مخالفا للنظام العام وفقا للمادة **96 و97 من ق.م.ج**، ولا يمثل استثناء لأن الإرادة تعتبر حرة في حدود التي يجيزها المشرع، في حين العقود الدولية لا يطبق القانون الأجنبي الذي عينته قاعدة التنازع المنصوص عليه في المادة **18** من **ق.م.ج** إذا كانت أحكامه مخالفة للنظام العام والآداب العامة في الجزائر، ويمثل هذا الدفع استثناء وخروجا عن الأصل العام الذي يستوجب تطبيق القانون الذي أشارت إليه قاعدة الاسناد باختصاصه .

لم يتطرق المشرع في حالة مخالفة القانون الأجنبي المختص لمبادئ النظام العام للقانون الواجب التطبيق لحل النزاع، فلا يمكن ترك النزاع دون قانون يحكمه، ولم يبين كذلك مقدار استبعاد هذا القانون إن كان استبعادا كليا أو جزئيا، لذلك لابد من اطلاع على ما استقر عليه الفقه والقضاء حول مدى استبعاد القانون الأجنبي كليا أو جزئيا:

يعارض الفقه الغالب فكرة الاستبعاد الكلي لأحكام القانون الأجنبي المختص المخالف للنظام العام في دولة القاضي واستبداله بقانون اخر يحل محله، حيث لا يمكن اعتبار أن القانون في مجمله يتعارض مع فكرة النظام العام وهذا ماأشار إليه الفقيه باتيفول الذي يرى أن القانون الأجنبي يستبعد في حدود الضرورة التي يتطلبها هذا الحل أو هذا الاستبدال أي في الجزء الذي يتعارض مع النظام العام في دولة القاضي[469].

يرى بعض الفقهاء أنه يتولى قاضي تعديل القواعد المستبعدة في حالة خلوها من قواعد متقاربة لتحديد قواعد الإسناد لحل النزاع بشكل يجعلها أكثر ملائمة للنظام العام الذي سيطبق فيه القانون الأجنبي، ولكنه رأي منتقد على أساس أن القاضي سيتجاوز صلاحياته من خلال منحه سلطة واسعة إلى درجة تشبيهه بالمشرع الذي يعد المفوض الوحيد في سن

469) محمد وليد المصري، مرجع سابق، ص 268

عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، أحكام التنازع الدولي للقوانين، مرجع سابق، ص. ص. 142-144، انظر أيضا: حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص (المبادئ العامة في تنازع القوانين)، مرجع سابق، ص. ص. 305-311.

القوانين، وعليه حسب هذا الرأي ينحصر أثر الاستبعاد في الجزء الذي يكون القانون المختار معارضا مع النظام العام في دولة القاضي فقط، دون أن يتولى القاضي مهمة تشريعية[470].

وبناء عليه لا يمكن استبعاد القانون المختص كلية لأنه يشكل مساسا وخرقا لهذه القاعدة القانونية تشريعية التي وضعها المشرع لحكم العلاقات الدولية، وإنما يتم استبعاده جزئيا في الجانب الذي يعارض النظام العام في دولة القاضي باعتباره من أكثر القوانين ملائمة لوجود صلة وثيقة بينه وبين العقد والمتعاقدين، إلا أنه استثناء يمكن استبعاد القانون المختص كلية إذا كانت نصوص هذا قانون مرتبطة ببعضها البعض ولا يمكن تجزئتها وبالتالي لا يمكن للقاضي الاستبعاد الجزئي للقانون المختص[471].

2- الأثر الإيجابي للنظام العام: يترتب عن الأثر الإيجابي للنظام العام حلول القانون الوطني للقاضي بشكل صريح محل القانون الأجنبي المستبعد لحل النزاع، لأنه أنشأ علاقة لايسمح القانون الأجنبي بإنشائها، كما قد يتم الحلول بشكل ضمني عندما يقوم القانون الوطني بإنشاء علاقة يسمح القانون الأجنبي بإنشائها على أساس هناك حالات يتعارض فيها القانون الأجنبي مع النظام العام سواء نشأ الحق موضوع النزاع في الخارج أو في دولة القاضي، دون أن يكون لنفاذ هذا الحق تعارض مع النظام العام[472].

---

(470) حسن الهداوي، مرجع سابق، ص 189، انظر أيضا: جمال صلاح الدين جمال، قانون العلاقات الحاصة الدولية، مرجع سابق، ص 241-249، انظر ايضا: جمال صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص. ص.137-141، انظر أيضا: غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين)، مرجع سابق، ص. ص.248-251.

(471) خالد شويرب، مرجع سابق، ص. ص. 79-80، انظر أيضا: محمد وليد مصري، مرجع سابق، ص. ص. 265-270، انظر أيضا: احمد الفضلي، مرجع سابق، ص ص 150-155، انظر أيضا: جميل عبده غصوب، مرجع سابق، ص. ص. 223-229، انظر أيضا: عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، أحكام التنازع الدولي للقوانين، مرجع سابق، ص. ص.142-144، انظر أيضا: صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص (الجنسية وتنازع القوانين) دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص. ص. 351-354، انظر أيضا: عمر بلمامي، الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص. ص. 161-167.

(472) كمال كيحل، «**الأثر المخفف للنظام العام في القانون الدولي الخاص**»، حوليات جامعة بشار، ع 5، 2009، جامعة طاهري محمد بشار، ص 85.

الفرع الثاني

دور قواعد البوليس في التوفيق بين مقتضيات سلطان الإرادة وحماية مصالح العليا للدولة

ظهرت قواعد البوليس نتيجة لتزايد تدخل الدولة في كافة المجالات قصد حماية الطرف الضعيف من خلال إصدار جملة من قرارات وقوانين حماية للاقتصاد الوطني**(أولا)**، وفي حالة حدوث نزاع في تنفيذ التزامات عقد المقاولة الدولي في دولة أصدرت جملة من قواعد البوليس لحماية اقتصادها وشعبها وعرض نزاع على محكم يتعين عليه احترام هذه القواعد بشكل كلي أو نسبي وهذا ما سنتناوله لاحقا**(ثانيا)**.

أولا:التعريف بقوانين البوليس

يقصد بقوانين البوليس « **مجموعة القواعد الموضوعة في نظام القانون الوطني والتي يتعين تطبيقها تطبيقا مباشرا دون النظر إلى تصنيفها أو إنتمائها للقانون العام أو الخاص**» [(473.)]، كما تعتبر قوانين البوليس من القواعد القانونية التي تلازم تدخل الدولة، وترمي إلى تحقيق وحماية المصالح الحيوية، والضرورية، والاقتصادية، والاجتماعية في المجتمع سواء كانت طبيعة تلك روابط وطنية أو ذات طابع دولي[(474)].

ذهب جانب آخر من الفقه الى اعتبار قواعد البوليس هي قواعد تصدرها الدول وتعتبر واجبة التطبيق على الروابط القانونية، فيكون نظامها القانوني هو المختص، و يتطلب الأمر مراعاة هذه القواعد لأنها تعد ضرورية لحماية التنظيم السياسي والاقتصادي

---

(473) جارد محمد، دور الإرادة في التحكيم التجاري الدولي، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2010، ص 99.

« une loi police est une disposition impérative dont le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de ses intérets publics, tels que son organisation politique, sociale ou économique, au point d'en exiger l'application a toute situation entrant dans son champ d'application quelle que soit par ailleurs la loi applicable au contrat d'après le présent règlement » Cité par Françoise MELIN, droit international privé, 4 éme Ed, extenso, Paris, 2010, p193. Voir aussi : Jean DERRUPE et Jean pierre LABORD, Droit international privé,Ed Dalloz, Paris, 2011, p165.

(474) Robert SABINE, les lois des police, diplome de maitrise , droit international privé, faculté du droit de lyon France, 2006, p 03.

والاجتماعي للدول[475]، وقد اختلف الفقه حول الاصطلاح القانوني لقواعد البوليس حيث يمكننا أن نفرق بين 3 اتجاهات رئيسية:

1-**الاتجاه الأول: قوانين البوليس والأمن** : ذهب الفقه التقليدي، إلى إطلاق اصطلاح "**قواعد او قوانين البوليس**" على كافة القواعد التي تتصل بحماية المجتمع الوطني، والمصلحة العامة [476].

2- الاتجاه الثاني: القواعد الفورية للتطبيق: استبدل جانب من الفقه اصطلاح **قوانين البوليس** بمصطلح جديد و هو"**القواعد فورية التطبيق** "حيث لم يرق لهم استخدام اصطلاح" **قوانين البوليس"** ، ورأوا أن تعبير"**القواعد فورية التطبيق** "يحقق مزايا وإيجابيات لا يحققها تعبير "**قواعد البوليس و الأمن**" لأنه يمنح لقانون القاضي الأساس المنطقي لاختصاصه، ويهدف أيضا إلى حماية الأسس الاقتصادية للمجتمع من خلال إعمال هذه القواعد بشكل مباشر دون الاستناد إلى قاعدة الإسناد، ومن ناحية أخيرة فإن اصطلاح **"القواعد فورية التطبيق** "يعالج القصور الوارد في عبارة " **قوانين البوليس و الأمن** " حيث هناك بعض القواعد الأخرى التي لا يمكن تسميتها بقوانين البوليس، ومع ذلك يطبقها القاضي مباشرة [477].

---

(475) رمزي محمد علي دراز، فكرة التنازع القوانين في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص. ص. 95-98، انظر أيضا: عبد الرزاق دربال، الوافي في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، نظرية تنازع القوانين في تشريع الجزائري والمقارن، مرجع سابق، ص. ص. 57-59.

(476) فقواعد ذات التطبيق الفوري هي تلقائية التطبيق فهي ليست بحاجة لقاعدة الاسناد إلى التدخل لتعيينها، بل هي بحكم طبيعتها تقرر مباشرة استبعاد القانون الأجنبي وتحل محله، ويكون تطبيقها عاديا وليس على سبيل الاستثناء، حيث أصبح التشريع الحديث يميل إلى ضرورة إخضاع بعض المسائل القانونية لقانون القاضي و يرفض أن يطبق في شأنها أي قانون آخر. انظر في دلك: هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 147 ، انظر أيضا: موحند إسعاد، القانون الدولي الخاص (قواعد التنازع)، مرجع سابق، ص. ص. 131-133، محمد جارد، مرجع سابق، ص 99

(477) ولقد عرفت أيضا قواعيد البوليس بأنها القوانين التي تطبق مباشرة على العلاقة موضوع النزاع بدون واسطة قاعدة التنازع التقليدية"، أو هي أيضا القواعد المادية التي يرى المشرع وجوب تطبيقها على التصرفات والوقائع بغض النظر عن

3-الاتجاه الثالث: قواعد النظام العام الوقائي أو التوجيهي

يطلق أنصار هذا الاتجاه تسمية اخرى حول القواعد المسماة بقواعد البوليس والأمن والمتمثلة في قوانين النظام الوقائي أو التوجيهي لأنها لاتعد حسب هذا الرأي إلا قوانين للنظام العام الإقليمي مبتغاها الأساسي هو المحافظة على سيادة النظام على الإقليم الذي تسري فيه، ومع ذلك بعض أنصار هذا الاتجاه يرى ضرورة عدم توسيع وتعميق الخلاف بين **"قوانين البوليس و الأمن "**و قوانين **"النظام الوقائي، أو التوجيهي "**، لأن كلاهما هدفهما واحد يتمثل في الحفاظ على المبادئ الأساسية، والقيم الاجتماعية والاقتصادية في المجتمع، ولاشك أن معرفة الأهداف المرجوة من قوانين البوليس باعتبارها قواعد تشكل قيود على حرية الأفراد في ابرام العقود وتنفيذها مما يتطلب إعمالها وتفعيلها على كافة العلاقات التعاقدية التي تمس وتشكل خطرا على كيان المجتمع، وفي الواقع لما كان من المقرر أنه يجب الخضوع للقانون المختار بما في ذلك النصوص الآمرة **"قوانين البوليس "**فإن الأمر يبدو طبيعيا أن تؤدي هذه النصوص بالضرورة إلى بطلان العقد المخالف لها[478].

=القانون الذي يحكم هذه التصرفات أو الوقائع وذلك بموجب تنازع القوانين. انظر في ذلك: عمران علي السائح، مرجع سابق، ص 229. انظر أيضا:

Mohand ISAAD, droit international privé. Op.cit, p 103.

« Les lois application immédiate sont des lois de droit materiel qui dans la volonté de législateur, doivent s'applique aux actes et aux faits qu'elle vise, quelque soit la loit qui régit ces actes ou faits en vertu des régles de conflit des lois ». Cité par : Vander REYMOND, droit international privé. Op .cit. p 34.

(478) إن الغرض من القواعد ذات التطبيق الضروري هو إعطاء الاختصاص للقانون الوطني حماية لبعض القواعد الآمرة في دولة القاضي، وقد أخذت بهذا الحل مختلف التشريعات المقارنة، كما هو الشأن في القانون المدني الفرنسي حيث تنص المادة 3 / 1 على أن قوانين البوليس والأمن تلزم كل من يقطن الإقليم وتقابلها المادة 5 من القانون المدني الجزائري التي تنص على ما يلي« **يخضع كل سكان القطر الجزائري لقوانين الشرطة والأمن** » هذا التطبيق يتعلق بالقوانين الخاصة التي تنظم مجالا محددا بذاته، كما هو الشأن في التشريعات المتعلقة بالنقد والقرض والمنافسة وقانون الإستهلاك، ذات الصلة الوثيقة بالاقتصاد الوطني أو تلك التي تهدف الى حماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية. حتى الاتفاقيات الدولية أخذت بهذا الاستثناء، وسمحت للدول التي يطرح عليها النزاع أن تعطي الأولوية للقواعد الآمرة التي تنتمي إلى قانونها والتي تطبق على النزاع، بغض النظر عن القانون الواجب التطبيق. انظر في ذلك: العيد عبد الحفيظ، مرجع سابق، ص 88. كما أشارت الى نفس الموضوع اتفاقية روما 1980 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، في المادة 7/ 2 على ما يلي

: « les règles de la loi du pays juge qui régissent impérativement la situation quelle que soit loi applicable au contrat »

ثانيا: مدى التزام المحكم بتطبيق قوانين البوليس

يستمد المحكم سلطته من إرادة الأطراف لذلك لا يوجد قانون يشير إلى أن قواعد البوليس في حكم القوانين الأجنبية، ولهذا لا يمكن للمحكم تجاوز هذه الإرادة والخروج عنها ولكن يتعين عليه أن يحترم توقعات الأطراف المشروعة التي تتطلب تطبيق قوانين البوليس المختارة والمتوقعة من قبل الأطراف أو يفترض فيهم توقع ذلك [(479)].

إن تطبيق المحكم لقواعد قوانين البوليس يجعله بمثابة القاضي الوطني لكونه يقوم بحماية المصالح العامة وهذا عكس مهمته الأساسية والمتعلقة برعاية المصالح الخاصة للأطراف، وهو ما يجعل تطبيق المحكم لقوانين البوليس بمثابة ضريبة يدفعها المحكم لضمان تنفيذ حكمه[(480)]

يرى **الفقيه MAYER** بأنه ينبغي على المحكم أن يطبق قوانين البوليس، لأنه إذا لم يطبق المحكم القواعد التي تحمي المصالح التي تمس هذه الموضوعات غير قابلة للتحكيم على الرغم من اتجاه المحاكم القضائية إلى إعطاء الثقة للمحكمين[(481)] .

وعلى ضوء ما تقدم نتعرض بالدراسة إلى قوانين البوليس المنتمية إلى قانون العقد، ثم نتعرض إلى قوانين البوليس الأجنبية عن العقد:

01- **قوانين البوليس المنتمية إلى العقد:** يتوجب على المحكم تطبيق قوانين البوليس لحماية مصالح الأساسية للدولة، وإلا اعتبر قاضي الدولة المنازعات التي تمس بقوانين البوليس غير قابلة للتحكيم، وفي هذه الحالة يعتبر في حكم القاضي الوطني ينطبق عليه ماينطبق على القاضي أثناء البحث عند الاقتضاء عن التطبيق المحتمل لقواعد البوليس المتنازعة مع القانون الذي اختاره الأطراف.

يستطيع المحكم تطبيق قواعد البوليس المنصوص عليها في النظام القانوني المختار بين المتعاقدين بشرط أن لا تكون هذه القواعد متعارضة مع النظام العام الدولي الحقيقي

(479) هشام علي صادق، **مدى سلطة المحكمين في إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري**، المجلة المصرية للقانون الدولي، مد 50، 1994، جامعة القاهرة، 1994، ص. ص. 106-117.

(480) ليندة بلاش، مرجع سابق، ص 338.

(481) Pierre MAYER, les méthodes de la reconnaissance en droit international privé, Dalloz, Paris, 2005, p.p.554-573

المفروض بطريقة تلقائية على المحكمين، حيث يمكن معالجة مشكلة تدخل قوانين البوليس لقانون العقد بطريقة مختلفة بحسب ما إذا كان الأطراف هم الذين اختاروا هذا القانون، أو أن المحكم هو الذي اختاره

أ-تحديد قانون العقد من قبل الأطراف: يلتزم المحكم بتطبيق القانون المختار من قبل المتعاقدين، ويترتب عن ذلك أن المحكم ينبغي له أن يطبق قواعد البوليس الموجودة في هذا القانون، ولا يشكل إعمال هذه القواعد أي مفاجأة للمتعاقدين ولايخل بتوقعاتهم المشروعة[482].

تقترب المسائل المتعلقة بقوانين البوليس لقانون العقد المحدد من قبل الأطراف بكثير من المسائل المتعلقة بالنظام العام الداخلي لهذا القانون، لكنه ليس تشابها كليا لأن التنازع بين الشروط التعاقدية والنظام العام الداخلي للقانون المختار من طرف المتعاقدين يمكن تسويته عن طريق الكشف عن إرادة الأطراف بتحديد شروطهم لترشيح القانون يسمح بتسوية التنازع بين الشروط التعاقدية، وقانون البوليس لقانون العقد.

ب-تحديد قانون العقد من قبل المحكم: قد لا يختار الأطراف القانون الذي يحكم العقد، فتصبح كل القوانين ذات صلة بالعقد ممكنة التطبيق، لأن المحكم الدولي بخلاف القاضي هو يجهل القانون المختص الذي يحكم العقد، ولهذا يمكنه أن يطبق قوانين البوليس مباشرة دون البحث عن علاقتها بقانون العقد [483].

يمكن القول أن تدخل قوانين البوليس في النظام القانوني الذي يحكم العقد مقاولة الدولي لا يشكل صعوبة في الممارسة العملية، فعندما يتحقق المحكم من القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي فإنه يقوم بإعمال قوانين البوليس في هذا القانون، لأن تطبيقها لا يشكل مفاجأة للمتعاقدين، لذا فإنه عند إعمال المحكم لقواعد البوليس الآمرة في قانون العقد، وبذلك يؤدي إلى إبطال الشروط العقدية المخالفة لها.

2- قوانين البوليس الأجنبية عن قانون العقد: وقد تكون قوانين البوليس أجنبية وهذا عندما يتم تحديد قانون العقد من قبل الأطراف أو من قبل المحكم وهذا ما سنراه فيما يلي:

---

107) فريدة عيادي، سلطة المحكم في موضوع حل النزاعات المترتبة عن العقد التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 482

(483) Emmanuel S.DARAKOUM, **L'application de la convention des nations unies sur le contrat de vente international de marchandises par les arbitres de la chambre de commerce internationale de hors de la volonté des parties est-elle prévisible.** Op.cit, p5.

أ-تحديد قانون العقد من قبل الأطراف:

يكفي التزام المحكم بتطبيق القانون المختار لاستبعاد قوانين البوليس الأجنبية عن هذا القانون، وذلك لتطابق القانون المختار لتوقعاتهم المشروعة بما في ذلك قوانين البوليس مع استبعاد قوانين أي قانون آخر يحدد ليحكم العقد، وبناء عليه أن القانون المختار لا يتنازع مع قوانين البوليس التي لا تنتمي إلى نفس النظام القانوني لأن الأطراف لا تتحقق توقعاتهم المشروعة في تطبيق قانون آخر أجنبي عن القانون المختار، ولأن أيضا قوانين البوليس المنتمية للقانون المختار تتصدر الأولوية على سائر قوانين البوليس الأجنبية لدراية الأطراف المتعاقدة بهذا القانون[484]،

يستطيع القانون المختار أن يتنازع مع قوانين البوليس الأجنبية إذا اتفق الأطراف على قانون يشتمل على نصوص مخالفة لقوانين البوليس المختصة، فلا يعد المحكم في هذه الحالة ملزما باحترام النص الاتفاقي للأطراف [485].

ب-تحديد قانون العقد من قبل المحكم: تكون كل القوانين الوطنية أو غير الوطنية في كفة واحدة في حالة عدم اختيار الأطراف لقانون يحكم عقدهم الدولي، وعليه لا يمكن أن يعترض أي أحد على تطبيق المحكم لقانون البوليس الأجنبي المنتمي للقانون المختار من طرفه ليحكم العقد الدولي، ففي هذه الحالة تبرز مشكلة تنازع قوانين البوليس الأجنبية أمام المحكم حيث لا يوجد توافق بين المحكمين في تطبيق قواعد البوليس الأجنبية على العقد إذا تم اختياره من قبل الأطراف، حيث تميل معظم الأحكام التحكيمية إلى تطبيق قوانين البوليس المتعلقة بمكان تنفيذ الالتزامات التعاقدية أو مكان تنفيذ حكم التحكيم، فيستند المحكمون على مبدأ الفعالية عن طريق تطبيق قوانين البوليس التي تنتمي إلى الدولة التي يتوقع المحكمون أن الالتزامات التعاقدية ستنفذ في إقليمها.

يشهد الواقع التحكيمي تضاربا واضحا في الأحكام إزاء موقف المحكمين من قواعد البوليس الأجنبية التي تنتمي إلى قانون العقد، فتارة يطبق المحكمون قوانين البوليس الأجنبية على قانون العقد، وتارة أخرى يمتنع المحكمون عن تطبيق قوانين البوليس الأجنبية متى

---

(484) منير عبد المجيد، التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي، مرجع سابق، ص 202.

(485) محمد وليد المصري، مرجع سابق، ص. ص. 70-71، انظر أيضا: موحند إسعاد: مرجع سابق، ص. ص. 139-141.

كانت تخل بتوقعات الأطراف المشروعة غير أن الأغلبية تميل إلى تطبيق قوانين البوليس في دولة التنفيذ(486).

يمنح للمحكم سلطة واسعة في تطبيق أو عدم تطبيق قوانين البوليس لكونها سلطة مطلقة تمس بأمن الأطراف، وتؤدي إلى تقليص من إعمال حريتهم في تحكيم التجاري الدولي، كما أنها تشكل أيضا خطرا على المتعاقدين في جانب المعاملات الدولية، وهذا بالرغم من أن مبدأ سلطان الإرادة يمنح في بعض الأحيان سلطة واسعة لإرادة الأطراف، وبالتالي تعطي قوانين البوليس دون شك هذه السلطة أيضا للمحكم ثم القاضي(487).

المطلب الثاني

الغش نحو القانون

تبلورت فكرة الغش نحو القانون في قالب نظرية مستقلة ومنظمة في منتصف القرن التاسع عشر، حيث تناولها الفقه بمناسبة قضية شهيرة في القانون الدولي الخاص التي عرضت على القضاء الفرنسي وهي قضية الكونتيسا البلجيكية التي غيرت جنسيتها للحصول على التطليق، وبعد عودتها إلى فرنسا رفع زوجها السابق قضية ضدها على أساس أن قانون فرنسي هو المختص(488).

لا يقتصر الغش نحو القانون على محيط القانون الدولي الخاص، بل له امتداد على مستوى القانون الداخلي، ويحصل عندما يعمد أطراف العلاقة إلى تبديل الوصف القانوني لها فينقلوا أحكامها من نطاق قانون إلى نطاق قانون آخر، كما لو كان قانون الدولة يمنع بيع مال معين فيعمد الأطراف إلى تبديل من وصف البيع إلى الإيجار الطويل، وأما الغش نحو القانون فيبقى وصف العلاقة ذاته، ويحدث عندما يعمد الأطراف إلى تغيير بعض عناصر العلاقة القانونية القابلة على التغير على نحو ينقل الاختصاص في العلاقة من دولة إلى دولة أخرى وذلك للاستفادة من تسهيلات تلك الدولة. نعرج في هذا المطلب إلى مفهوم الغش

---

(486) منير عبد المجيد، التنظيم القانوني والداخلي، مرجع سابق، ص 202 .

(487) عبده جميل غصوب، مرجع سابق، ص. ص. 234-236.

(488) علي علي سليمان ، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص 159. انظر أيضا:

BERTRAND Ancel, YVES, Lequette Grands arrêts de la Jurisprudence française de Droit international Privé, 3eme Ed, Dalloz, Paris, 1998, p 41.

نحو القانون**(الفرع الأول)**، مع تبيان آثاره والجزاء المترتب للغش نحو القانون على عقد االمقاولة الدولي **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول

مفهوم الغش نحو القانون

يلجأ أفراد في التحايل في العلاقات الدولية الخاصة بهدف انشاء مركز قانوني لم يكن يسمح بإنشائه القانون الواجب التطبيق أصلا، أو كان ذلك القانون يتطلب من أجل ذلك شروطا أكثر شدة من تلك التي يتطلبها القانون الذي يشير إليه ضابط الإسناد الجديد الذي تم التوصل إليه عن طريق الغش أو التحايل على القانون، ولفكرة الغش نحو القانون تعاريف متعددة الهدف منها استبعاد قانون ما من التطبيق**(أولا)**، لكن اختلف الفقهاء حول تكييف القانوني لفكرة الغش نحو القانون**(ثانيا)**، ضف إلى ذلك لا بد من توفر مجموعة من الشروط لحدوث الغش نحو القانون في العقود الدولية **(ثالثا)**.

أولا: تعريفه

لقد تصدى القضاء للغش في شتى أشكاله، ولكنه لم يقدم في أغلب الدول تعريف للغش نحو القانون، وهو ما انتهجته مختلف التشريعات بما فيها التشريع الجزائري من خلال نص المادة **24 من ق.م.ج**، مما فسح المجال للفقه لتقديم مجموعة من التعاريف من بينها:

ويعرف الأستاذ MAYER الغش نحو القانون بأنه « **عملية تتم وفق اتفاق صادر عن جماعة للتهرب من تطبيق قاعدة قانونية آمرة**» (489)

---

(489) «La fraude à la loi peut facilement s'épanouir en droit international privé car, comme le fait remarquer le professeur Mayer, qui nous donne une bonne définition, les particuliers peuvent être tentés de profiter de la diversité des systèmes juridiques pour «échapper à la loi qui leur est normalement applicable, en se plaçant artificiellement sous l'empire d'une autre loi, dont la teneur convient mieux à leurs dessein ». Cité par : Pierre MAYER : droit international privé, 5éme Ed , Montchrestien, Paris, 1994, 36.
« en général, exige deux éléments traditionnels pour invoquer une situation de fraude à la loi en droit international privé. «Un élément matériel qui consiste en l'utilisation volontaired'une règle de conflit. Et un élément intentionnel qui est l'intention d'éluder la loi normalement compétente, en l'absence d'une telle utilisation ».Cité par Najla MESTIRI, Notion d'internationalité et fraude à la loi en matière de contrat, op.cit, p.p75-76.

نادية فوضيل، الغش نحو القانون، مرجع سابق، ص 53؛ عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، أحكام التنازع الدولي للقوانين، مرجع سابق، ص. ص.145-146.

يعرفه الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة بأنه « **التعديل الإرادي النظامي للعنصر الواقعي في ضابط الإسناد المتغير، ومن ثم تحويل الإسناد إلى قانون معين، وذلك بنية التهرب من القانون الواجب التطبيق أصلا، سواء كان قانون القاضي أم قانون أجنبي**»(490).

عرف أعراب بلقاسم الغش نحو القانون بأنه « **قيام أطراف العلاقة بتغيير أحد الضوابط التي يتحدد بمقتضاه القانون الواجب التطبيق بشكل متعمد بقصد التهرب من أحكام القانون الواجب التطبيق أصلا على العلاقة**» **491**

عرفه أخرون على أن الغش نحو القانون « **ينحصر في وسائل يتخذها شخص ليتهرب من حكم القواعد القانونية، الأمرة والناهية التي يخضع لها، بواسطة استخدام قواعد قانونية اخرى يتوقف تطبيقها على ارادته مع الانحراف بها من معناه الحقيقي، وبذلك يكون تغيير ضابط الاسناد هدفه التحايل**»(492).

يعتبر قانون القاضي أنه هناك بعض المبادئ لا يمكن المساس بها فوق إقليم دولته مما تؤدي إلى تصادم مع القانون المختص، ومن بين هذه المبادئ عدم التحايل على القانون المتفق عليه من طرف كافة التشريعات وهو متوقف على اختيار القانون المختص لحكم العقود الدولية، فنجد من التشريعات من تأخذ بالنظرية الشخصية ومنها من تأخذ بالنظرية الموضوعية، فهذه الأخيرة تعتبر بأنه لا ضرورة لاثارة هذا الدفع ما دام اختيار القانون يتم بصورة موضوعية، ويفترض وجود صلة بينه وبين العقد والمتعاقد(493).

ثانيا: التكييف القانوني لنظرية الغش نحو القانون: لقد اختلف الفقهاء حول التكييف القانوني لنظرية الغش نحو القانون فهناك من اعتبرها صورة من صور السبب غير مشروع، أو بمثابة التعاقد الصوري، أو صورة التعسف في استعمال الحق، أو صورة من صور تطبيقات الدفع بالنظام العام، وهناك من اعتبره نظرية قائمة بذاتها وهذا ماسنتناوله فيما يلي:

---

(490)عبد الرسول كريم أبو صبيع، **أثر الغش نحو القانون على ظرف الإسناد**، مجلة مركز دراسات الكوفة، مجلة علمية فصلية محكمة تهتم بالبحوث العلمية الإنسانية، مد1 ، ع 19، 2010، جامعة الكوفة، العراق، ص 19.

(491) بلقاسم أعراب، مرجع سابق، ص 187

(492)علي علي سليمان ، مرجع سابق، ص 159.

(493) خالد شويرب، مرجع سابق، ص 100.

1-الغش نحو القانون صورة من صور السبب غير المشروع: يذهب جانب من الفقه إلى اعتبار نظرية الغش نحو القانون صورة من صور السبب غير مشروع أو هو صورة من صور الباعث الدافع غير المشروع، ويكون السبب غير المشروع حسب هاتين المادتين إذا حرمه القانون أو كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العام، ويعرف السبب حسب النظرية الحديثة بأنه الباعث الدافع إلى التعاقد، ويقول الاستاذ هنري أن كل تصرف نتج عن غش وجب إبطاله كلما كان سببه مخالفا للقانون أو الآداب، إذ يعتبر هذا بمثابة نية الغش التي تكون العنصر الهام في نظرية الغش نحو القانون[494].

تعرضت هذه النظرية للنقد بسبب تأسيس نظرية الغش على فكرة السبب غير المشروع فيؤدي ذلك حتما إلى عدم إلمامها بجميع حالات الغش فهي تقوم على وجود وسيلة مشروعة لتحقيق غاية غير مشروعة، وعادة الأعمال المنطوية على الغش أو التحايل تكون مبنية على سبب مشروع فلا يفسد تلك الأعمال إلا النية المختفية ورائها وليس السبب، وكما أنه يترتب على السبب غير المشروع البطلان المطلق، في حين يترتب عن الغش نحو القانون عدم الاحتجاج بالتصرف المشوب بالغش[495].

2-الغش نحو القانون من تطبيقات نظرية الصورية:

يذهب جانب من الفقه إلى اعتبار أن الغش نحو القانون تطبيق من تطبيقات نظرية الصورية[496] الشائعة ويمكن أن تتقاطع الفكرتان في أنهما من عمل المتعاقدين وكذا من حيث الغرض الذي ترمي إليه كلا منهما وهو التحايل على أحكام القانون وتحقيق نتيجة غير مشروعة.

رغم هذا التقارب والتشابه بين النظريتين، إلاّ أن الفرق واضح بينهما ويتجلى ذلك في عدة نقاط نبرز أهمها في الآتي:

---

(494) صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 145.

(495) نادية فوضيل، الغش نحو القانون، مرجع سابق، ص 92

(496) الصورية هي وجود عقدان صادران في وقت واحد، أحدهما ظاهر، والثاني خفي من شأنه تعديل أثر العقد الأول، أو إبطال أثره بالمرة والصورية نوعان: مطلقة ترد على العقد كله فيكون العقد الظاهر كله صوريا ولا وجود له في الحقيقة، ونسبية وهي لا تتناول وجود التصرف ذاته، وفي هذه الصورية يوجد تصرف قانوني بين المتعاقدين يستخدم فيه التصرف الظاهر أو الصوري لإخفاء جانب فيه قد يكون طبيعته أو موضوعه أو أطرافه. انظر في ذلك: نادية فوضيل، الغش نحو القانون، مرجع سابق، ص. ص. 88-89.

تقتصر الصورية في نطاق التصرفات القانونية وحدها، بينما قد يتم الغش عن طريق عمل مادي، ويفترض في الصورية وجود عقد ظاهري غير حقيقي يستر عقد باطني حقيقي فإرادة المتعاقدين الظاهرة غير مطابقة لإرادتهما المستترة الحقيقية، بينما في الغش نحو القانون الإرادة الظاهرة فيه إرادة حقيقية ولا تستر إرادة أخرى، فقط أن الغرض غير مشروع[497]،

ينفي وجود الغش نحو القانون قيام الصورية، فلا يجوز إعمال الدفع بالغش نحو القانون إلا إذا لم يتمكن من اللجوء إلى وسيلة أخرى لتطبيق الجزاء على النتيجة غير المشروعة، وهو ما يجعل هذه الفكرة لها وظيفة احتياطية، ويكمن الفرق أيضا بين النظريتين في الجزاء المقرر لكل منها نظرا لأهميته، حيث يقتصر جزاء الغش في عدم الاحتجاج بنتيجة غير مشروعة، في حين الصورية يقتصر الجزاء في انعدام التصرف الصوري الذي تم بين المتعاقدين وعدم انتاجه لأي أثر، بينما التصرف الحقيقي الذي أراد الأطراف إخفاءه يطبق عليه الجزاء المقرر في القاعدة القانونية التي خالفها الأطراف[498].

3-الغش نحو القانون من صور التعسف في استعمال الحق: يذهب جانب كبير من الفقه الحديث، ومنهم الأستاذ Jacques MAURY إلى أن الغش فكرة نحو القانون لا تعدو أن تكون صورة من صور التعسف في استعمال الحق[499] ومن ثم يرجع أساسه إلى نظرية المسؤولية التقصيرية[500].

---

(497) علي علي سليمان ، مرجع سابق، ص 161.

(498) نادية فوضيل، الغش نحو القانون، مرجع سابق، ص 92.

(499) يعرف التعسف في استعمال الحق بأنه استعمال انسان لحقه على وجه غير مشروع، نص عليه المشرع الجزائري في المادة 124 مكرر من ق.م.ج « **يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لا سيما في الحالات الآتية: إذا وقع بقصد الإضرار بالغير**

إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة للضرر الناتج للغير

إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة مشروعة »

(500) **« Pour certains auteurs, la fraude à la loi en droit international sera pprocherait de la théorie de l' abus de droit, plutôt que de la fraude elle-même étant donner qu'on utilise le droit d'une manière abusive pour obtenir un résultat socialement inacceptable ou injuste.**

Ce rapprochement est basé sur l'intention de choix d'une loi plutôtqu'une autre qui est le même dans les deux cas. Mais la différence réside en le fait que le législateur est apparement pluspermissif dans un cas que dans l'autre » Najla MESTIRI, op.cit, p77.

يمكن للفرد أن يتمتع بشكل طبيعي بحقه في تغيير جنسيته أو موطنه، أو نقل أمواله عبر الحدود بهدف تطوير وتسيير علاقات الأفراد والوصول إلى أكبر قدر من النمو والإزدهار، على أن يكون هذا التغيير مشروعا لا يقصد منه محاولة التهرب من أحكام القانون الواجب التطبيق، والا اعتبر تصرفا تعسفيا ناتج عن استعمال الشخص لحقه في تغيير جنسيته أو موطنه أو غيرها، وفي هذه الحالة يترتب عدم انتاجه لأي آثر من آثاره، ويرجع الاختصاص للقانون الواجب التطبيق أصلا على العلاقة [501]، فإذا اتفقا مفهومان في أن كل منهما يشكل انحرافا في استعمال رخصة مقررة قانونا، فإن ذلك لا يمكن أن يحجب الفروق الواضحة بينهما على نحو ما سنبينه:

يقع التعسف في استعمال الحق ضد مصلحة الخاصة ويؤدي إلى إضرار بالغير فهو موجه ضد الافراد في حين يعد الغش موجه نحو القانون يلحق ضررا بالمصلحة العامة[502]، ويؤدي التعسف في استعمال الحق الى الحكم بالتعويض للطرف المضرور بناء على المسؤولية التقصيرية لأنها تقوم على أساس التعسف في استعمال الحق، في حين أن الغش نحو القانون الهدف منه استبعاد أحكام القانون المختص بحكم النزاع أصلا [503]، وينشأ التعسف ولو كان بحسن النية بمجرد وقوع إهمال أو رعونة أو عدم احتياط، وهو عكس حالة الغش التي يشترط في مرتكبها توافر نية التحايل وتحقيق نتيجة غير مشروعة، وبالمثل لا يعد التحايل عن القانون انحرافا في استعمال السلطة المعروفة في القانون الإداري، والتي تقوم مقام نظرية التعسف في استعمال الحق في القانون المدني[504].

4-الغش نحو القانون من تطبيقات الدفع بالنظام العام: يهدف كل من الدفع بالغش نحو القانون والدفع بالنظام العام إلى استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق باعتبارهما وسيليتين فنيتين وكلاهما أداتي استثناء استبعاد القانون الأجنبي المختص، ولكن لا يلجأ إليهما القاضي إلا كحل أخير أو احتياطي لا مفر منه في مواجهة القانون الأجنبي، ضف إلى ذلك أن مبتغاهما واحد يتعلق بحماية الأسس والمبادئ التي يبنى عليها مجتمع دولة

(501) حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 289.

(502) سليمان علي علي، مرجع سابق، ص 161.

(503) هشام صادق، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 219-220.

(504) زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 268.

القاضي، وعلاوة على أن القاضي يملك سلطة تقديرية واسعة في تقدير مدى تحقق شروطهما، حيث إذا كان الهدف من تغيير ضابط الإسناد هو التهرب من تطبيق الأحكام الآمرة في قانون القاضي، فإن تطبيق قانون الأجنبي في هذه الحالة يعد مخالفا للنظام العام، وهذا ما أدى ببعض الشراح وعلى رأسهم الفقيه بارتان إلىّ اعتبار أن الدفع بالتحايل على القانون يعد تطبيقا للدفع بالنظام العام(505)

غير أنه ومهما يكن من شأن هذا التشابهّ فإن الرأي الراجح لدى غالبية الفقهاء هو عدم قبول هذا الاتجاه للوسيلتين، نظرا لوجود فوارق جوهرية بين الدفعين تؤدي إلى استقلال أحدهما عن الآخر، ويظهر ذلك من خلال النقاط الآتية:

يستمد الدفع بالنظام العام أساسه من فكرة الاشتراك القانوني، ويهدف إلى استبعاد القانون الأجنبي المختص بمقتضى قاعدة التنازع في دولة القاضي بشرط أن يصطدم حكمه مع المقومات الأساسية والجوهرية التي يقوم عليها كيان مجتمع دولة القاضي، بينما الدفع بالغش نحو القانون قوامه فكرة الباعث غير المشروع مبنية على استبعاد القانون الأجنبي غير مختص في حكم العلاقة التعاقدية، وإنما افتعل واصطنع له الإختصاص للإفلات من الأحكام الآمرة في القانون المختص سواء أكان هذا القانون هو القانون الوطني أو قانونا أجنبيا، وبالتالي فهو أوسع نطاق من الناحية العملية(506).

يرمي إعمال الدفع بالنظام العام إلى استبعاد القانون الأجنبي حماية للنظام القانوني الوطني، بخلاف الغش نحو القانون من خلاله يتم استبعاد القانون الأجنبي لتحقيق أهداف شخصية وليس لتحقيق مصلحة عامة، ويبنى على عنصر النية في استعمال ضابط الإسناد(507)

---

(505) محمود كمال فهمي، مرجع سابق، ص. ص. 529-530.

Henri BATIFFOL , Paul LAGARDE : Droit international.op.cit. p 433.

« Dans cette situation, la fraude est invoquée comme un élément de fait accompagnant une application de l'exception d'ordre publicEn effet, le juge relève parfois la fraude des parties pour sanctionner une violation internationale de la loi, alors que les parties n'ont pas modifié l'élément de rattachement traditionnel et qu'il est donc impossible de présenter cette violation comme régulière en invoquant une règle de conflit Dans certaines situations on veut sanctionner la fraude à la loi, mais faute depreuves on ne =peut l'invoquer directement pour faire appliquer la loi normalement applicable, on utilise l'exception d'ordre public » Cité par : Najla MESTIRI, op.cit ,p106 .

(506) عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص561، انظر أيضا: صلاح الدين جمال الدين، مرجع سابق، ص 371.

(507) صلاح الدين جمال، مرجع سابق، ص 371

يتميز الغش نحو القانون والدفع بالنظام العام ، في أن هذا الأخير يبدى دفعه في بعض الأحيان في مرحلة انشاء الحق أو المركز القانوني في دولة القاضي مرتبا أثره كاملا، وفي أحيان أخرى يبدي دفعه في مرحلة الاحتجاج بهذا الحق إذا نشأ في الخارج وتم التمسك به في دولة القاضي ينشئ أثرا مخففا فقط، أما الدفع بالغش نحو القانون يتم إبداءه في مرحلة الرغبة بالاحتجاج بالمركز القانوني فيترتب بطلان كل ما تمّ بناء على الغش إعمالا لقاعدة "أن الغش يفسد كل شيء[508].

ينحصر إعمال قاعدة الدفع بالنظام العام في استبعاد القانون الأجنبي لفائدة قانون القاضي حسب نص المادة 24 من ق.م.ج، أما التمسك بالدفع بالغش نحو القانون فيمكن أن يكون لصالح قانون القاضي كما يمكن أن يكون لصالح القانون أجنبي آخر[509]، حيث جاءت عبارة نص المادة **24** السابقة في فقرتها الأولى مطلقة دون تقييد في المقطع المتعلق بقاعدة الدفع بالغش نحو القانون، فكان النص كما يلي أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون [510] .

من كل ذلك يتبينّ بما لا يدع مجالا للشك بأن الغش نحو القانون ليست من تطبيقات الدفع بالنظام العام، بل هو دفع قائم بذاته يوجد جنبا إلى جنب مع النظام العام دون أن يختلط به.

5-الغش نحو القانون نظرية قائمة بذاتها: يرى جانب من الفقه أن النظرية الغش نحو القانون نظرية مستقلة عن النظريات السابقة تتمتع بكيان مستقل قائم بذاته، مستندين في ذلك إلى أن الدفع بالتحايل يعمل في نطاق أوسع من نظرية التعسف في استعمال الحق، ولا يترتبط أيضا بفكرة النظام العام لأنه يمس القانون الوطني والقانون الأجنبي، ولايعد أيضا تطبيقا من تطبيقات نظريتي الصورية والسبب غير المشروع للأسباب السابقة الذكر، وإنما نظرية الغش نحو القانون هي تطبيق لمبدأ عام وأصيل ولقاعدة عالمية لا تقلّل ظاهرة الحدود

(508) جمال محمود الكردي، مرجع سابق، ص 238.

(509) Mohand ISSAD, op.cit. p 207

(510) أحمد دغيش، **الغش نحو القانون في مجال العلاقات الدولية الخاصة**، الملتقى الوطني حول تنظيم العلاقات الدولية الخاصة في الجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، ورقلة يومي 21 و22 أفريل 2010، ص 171.

السياسية من أهميتها، وهي " **أن الغش يفسد كل شيء،**" وفكرة التحايل على القانون في مجال تنازع القوانين على وجه الخصوص فكرة لها ذاتيتها [511].

ولقد أخذ القضاء بفكرة نظرية استقلالية الغش نحو القانون وإعمال الدفع بالغش نحو القانون سواء أكان القانون المختص المتهرب من أحكامه قانونا وطنيا أو أجنبيا، وهو ماسلكته مختلف التشريعات الحديثة لكثير من الدول التي اعترفت بفكرة أن الغش نظرية مستقلة بذاتها، وهو ما سايره المشرع الجزائري من خلال تعديل القانون المدني بموجب القانون، **10-05** ونصه على الغش نحو القانون كوسيلة لاستبعاد القانون الأجنبي في **1/24** من هذا القانون، وبهذا حسم المشرع الجزائري الأمر حول هذا الأساس، فاعتبرت المادة **24** أساسا قانونياً صريحا للقاضي الجزائري، وعليه فإن قاعدة إعمال الدفع بالتحايل على القانون أصبحت في التشريع الجزائري بعد هذا التعديل نظرية مستقلة قائمة بذاتها[512].

ثالثا: شروط اعمال الدفع بالغش نحو القانون

لا يتصور الغش نحو القانون في العقود الدولية إلا إذا كان اختيار قاعدة الاسناد وفق مبدأ سلطان الإرادة المتعاقدين، وللغش نحو القانون شروط لا بد من توفرها سنتطرق لها فيما يلي:

1- أن يتم تغيير ضابط الإسناد بطريقة مشروعة

لا بد من توافر العنصر المادي في الغش لاستبعاد قانون الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد عن طريق إعمال الدفع بالغش نحو القانون الذي هو عبارة عن تغيير إرادي في ضابط الإسناد بوسيلة مشروعة [513]. ولا يتحقق الغش إلا في الحالات التي يمكن فيها لقانون الإرادة تدخل في تغيير ضابط الإسناد لتحديد القانون الذي يحكم العقد الدولي [514]، حيث يقع الغش عندما يقوم الأفراد بتوفير وخلق ظروف معينة بغية

(511) محمود عبد الكريم حافظ، مرجع سابق، ص 211، انظر أيضا: هشام علي صادق، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 221، انظر أيضا: سعيد يوسف البستاني، مرجع سابق، ص 241.

(512) أحمد دغيش، مرجع سابق، ص 170.

(513) خالد شويرب، مرجع سابق، ص 84، انظر أيضا: عبد الرزاق دربال، مرجع سابق، ص 145، انظر أيضا: حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص المبادئ العامة في تنازع القوانين ، مرجع سابق، ص. ص. 315-316.

(514) Jean DERRUPEE, Droit international privé, op.cit. P108.

الوصول لتطبيق قانون معين غير مختص للنظر في النزاع، فيستبعد بذلك تطبيق القانون المختص من خلال تغيير بعض العناصر في الروابط العقدية فيؤدي بدوره إلى تغيير القانون الواجب التطبيق ويحل محله قانون دولة اخرى أكثر تحقيقا لمصلحة المتعاقدين [515].

وليتحقق الركن المادي في الغش لا بد أن يكون ضابط الإسناد فعليا، وحقيقيا ولا يجب أن يكون صوريا وإلا لامجال لإعمال الدفع بالغش نحو القانون، حيث لا يمكن التمسك بالأحكام الصورية ومن ذلك نذكر مثلا قيام الأطراف بالتحايل على شرط الصلة الواجب توافرها في القانون المختار من خلال استبدال ضابط الإسناد لإيجاد صلة مصطنعة وخيالية للتهرب من الصلة الحقيقية،

وقد يتم تطبيق قواعد التنازع ليس لها صلة وغير مختصة في حكم العلاقة التعاقدية مما يشكل غشا نحو القانون، وذلك إذا كان هذا العقد في طبيعته عقدا داخليا، ولكن يقوم المتعاقدان بتغيير ضابط الإسناد مثل تغيير جنسية أحد المتعاقدين لتحقيق العنصر الأجنبي في العقد ويكتسب العقد في هذه الحالة الصفة الدولية، وينجر عن ذلك منح الحق للمتعاقدين في اختيار القانون المختص لحل النزاع بما يخدم مصالحهم بدلا من القانون الداخلي المختص الذي يقيد تصرفاتهم وقد يصل الأمر إلى بطلان هذه التصرفات.

ويظهر الغش نحو القانون أيضا عندما يتعلق الأمر بالقانون الواجب التطبيق على جنسية الشركات، فيتعمد أصحاب الشركات تأسيس مركز إدارة رئيسي في الخارج بصفة وهمية لا علاقة له بمقر الإدارة الحقيقي، وبذلك تخضع الشركة إلى مقر وهمي غير الحقيقي بالرغم من ممارسة نشاطها في دولة اخرى، وعليه منح القانون للفرد حق في تغيير جنسيته أو مكان إبرام العقد بغية تحقيق مصلحة مشروعة من خلال الانضمام بصدق إلى مجتمع آخر، في حالة إذا لم يتبين فيما بعد وجود غش نحو القانون والذي ينفي مصلحة المشروعة، مما يضطر بعض الدول إلى محاربة التحايل نحو القانون عن طريق رفض تطبيق قانون

(515) سامي بديع منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 801، انظر أيضا: عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص. ص. 497- 498.

الإرادة الذي أعطى له الاختصاص بصورة اصطناعية لا تمت للحقيقة بشيء ولاتطبيق القانون المختص أصلا[516].

2- وجود سوء نية للتحايل على قانون

لابد لتوافر الغش نحو القانون توفر عنصر آخر بالإضافة إلى العنصر السابق يتمثل في العنصر المعنوي الذي يتحدد بواسطة البحث عن نوايا الباطنية للتصرف المبرم بين المتعاقدين، والتي يتم من خلالها إخراج العلاقة القانونية من إختصاص قانون ما وإخضاعه بعد ذلك إلى قانون آخر، فليس مجرد تغيير ضابط الإسناد وتركيز على عنصر مادي قرينة على وجود الغش نحو القانون بل يجب أن تكون إرادة المتعاقدين عند تحديدها لهذا القانون تم قصد منها التحايل على اختصاص قانون ما [517]

يتوقف وجود غش نحو القانون في بحث عن رغبة المتعاقدين في تغيير قاعدة الإسناد، حيث أن الغوص في دراسة مسألة النية تجد صعوبات ومعوقات كثيرة للتطبيق في الميدان، وهذا راجع في أن النية مسألة داخلية وجدانية يستوجب لمعرفتها البحث في أعماق وجدان المتعاقدين، وبالرغم من صعوبة تبينها، لكن يمكن كشفها من دلائل وقرائن تبين سوء نية المتعاقدين [518]، ويتحقق ذلك من خلال التلازم الزمني بين الإجرائين حيث يقوم أحد

(516) محمد كمال فهمي، مرجع سابق، ص 524، انظر أيضا: خالد شويرب، مرجع سابق، ص 85، انظر أيضا: عبد الرزاق دربال، مرجع سابق، ص 146.

(517) صلاح الدين جمال الدين، قانون العلاقات الخاصة الدولية، مرجع سابق، ص 256، انظر أيضا: محمد وليد المصري، مرجع سابق، ص. ص. 279-280، انظر أيضا: عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 182، انظر أيضا: صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص.ص. 146-147.

Voir aussi : **« L'acte réalisé par le fraudeur ne révélant « objectivement » et à lui seul aucun mépris du droit, la sanction d'un tel acte suppose d'identifier une volonté répréhensible. La doctrine s'accorde ainsi dans sa très grande majorité pour faire dépendre l'application du correctif fraus omnia corrumpit de la caractérisation d'une intention frauduleuse. SelonG. Ripert, par exemple : « L'acte juridique, quand il porte sur un objet licite, n'est pas lui même révélateur de la fraude commise. Il faut donc chercher la fraude dans la volonté de celui qui passe l'acte ». . De façon similaire, selon J. Vidal, le problème de la fraude « consiste à se demander si l'emploi d'un moyen en principe correct usceptible de produire un certain résultat juridique produit encore ce résultat lorsque sa mise en œuvre a été dictée par la volonté d'éluder une règle qui prohibe précisément ce résultat », de sorte que « la répression de la fraude n'a plus d'objet si la fraude pas intentionnelle »** François EXPERT, La caractérisation de l' intention frauduleuse, master de droit privé général, Université PANTEAN ASSAS, Paris, 2020, p6.

(518)عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، أحكام التنازع الدولي للقوانين، مرجع سابق، 2012، ص148، انظر أيضا: غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين، تنازع الاختصاص القضائي، تنفيذ الأحكام الأجنبية، مرجع سابق، ص. ص.260-261.

المتعاقدين بتجنس جنسية جديدة وقام بعد ذلك بتحديد قانون هذه الجنسية ليحكم عقده الباطل في قانون الجنسية القديمة، ففي هذه الحالة اذا استخلص القاضي من ظروف الدعوى أن أحد المتعاقدين غير جنسيته من أجل التهرب من القواعد القانونية في دولة القاضي، والتي من المفترض أن تكون أكثر القوانين ملائمة لطبيعة العلاقة المطروحة، ووضع بدلا عنها قواعد تابعة لدولة اخرى، كان عليه استبعاد هذه الأخيرة عن طريق الدفع بالغش [519].

3- أن يتم الغش نحو القانون على قواعد امرة:

أخذ الفقهاء[520] في بداية الأمر بقاعدة إعمال وتطبيق فكرة الغش نحو القانون على النصوص القانونية الآمرة وهو نفس توجه الفقيه فيدال الذي يعد من أشد المناصرين لهذه النظرية، مستندين في ذلك على أن القواعد المكملة لا يمكن تصور التهرب من أحكامها لأنها منشأة بناء على إرادة المتعاقدين ويجوز لهم مخالفتها، غير أن هذا لم يمنع القضاء من إصدار أحكام قضائية حديثة تقر بتطبيق مبدأ الغش نحو القانون سواء بالنسبة للقواعد الآمرة أو المكملة [521].

---

(519) سعيد يوسف البستاني، مرجع سابق، ص. ص. 683-684، انظر أيضا: حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 316، انظر أيضا: عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص. ص. 502-503، انظر أيضا: جمال محمود الكردي، مرجع سابق، ص. ص. 227-228، انظر أيضا: عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص 554.

(520) la théorie générale de J. Vidal. L'auteur ayant formulé la théorie générale de la fraude la plus complète, démontrant l'autonomie du principe fraus, opérant une synthèse de l'ensemble de la jurisprudence et des théories existantes, est probablement. J. Vidal dans sa thèse parue en 1957 : Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français. Cette théorie prévaut aujourd'hui à travers la doctrine, dans toutes les branches du droit. Elle est notamment relayée parl'Introduction générale du Traité de droit civil de J. Ghestin, qui a contribué à son succès et à sa largediffusion. En raison de cette importance doctrinale, cette théorie peut servir de point de départ à la recherche d'une définition générale de l'intention frauduleuse.Voir J. Vidal, Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français, Ed Dalloz, Paris, 1957, p 208.Voir aussi H. Barbier, J. Ghestin, Traité de droit civil, Introduction générale, Droit objectif et droits subjectifs, sources du droit, T. I, 5ème Ed, LGDJ,Paris, 2018, p10

(521) J. Vidal dit: **« il y a fraude chaque fois que le sujetde droit parvient à se soustraire à l'exécution d'une règle obligatoire par l'emploi à dessein d'un moyen efficace, qui rend ce résultat inattaquable sur le terrain du droit positif ». Trois éléments doivent ainsi être réunis : une règle obligatoire éludée, l'intention de se soustraire à cette règle et l'emploi à cette fin d'un moyen efficace. Ce troisième élément fait l'originalité de la fraude. Celle-ci diffère en effet de la violationde la loi ou de la simulation par le moyen employé : ni violation directe, ni apparence fictive, mais emploi d'un moyen tout à la fois réel, licite (« efficacité juridique ») et à même de produire le résultatescompté (efficacité matérielle). Passant sur ce troisième élément, qui déborderait le cadre de notre étude, il faut nous concentrer sur le premier (l'existence d'une règle obligatoire éludée) afind'envisager ensuite la définition de l'intention frauduleuse qui en découle »** cité par : François EXPERT, op.cit. p8, Voir aussi :

عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص555، انظر أيضا: زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 266، انظر أيضا: نادية فوضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني، مرجع سابق، ص 136.

4-أن يتم الغش على قانون القاضي:

استقر الفقه والقضاء خلال فترة طويلة على حصر تطبيق الدفع بالغش على الأوضاع التي يكون فيها الغش يتعلق بقانون قاضي، لأن وظيفة القاضي في الدولة هي كفالة تطبيق القانون الوطني وليس الأجنبي، لكن مؤخرا بدأت الأحكام القضائية تؤكد سلامة الدفع بالغش نحو القانون المختص وطنيا أو أجنبيا[522].

5-أن يحدث الغش ضررا: إضافة إلى ما سبق يجب أن يحدث التحايل على القواعد القانونية سواء وطنية أو أجنبية نتيجة غير مشروعة غير أنه انتقد هذا الرأي لان جزاء الضرر هو جبره، ولكن هدف في القانون الدولي الخاص هو استبعاد القانون المشوب بالغش[523].

الفرع الثاني

آثار الغش نحو القانون

لا يتصور الدفع بالغش نحو القانون إلا إذا كانت قاعدة الاسناد تتوقف على اختيار الأشخاص، ولأن العقود الدولية- عقود المقاولات الدولية- بطبيعتها عقود إرادية يترك فيها اختيار القانون الواجب التطبيق لإرادة المتعاقدين، يترتب على التمسك بالدفع بالغش نحو القانون أثرا سلبيا يتمثل في استبعاد القانون الذي اختاره المتعاقدين عن طريق الغش نحو القانون **(أولا)** وإيجابيا يتمثل في تطبيق القانون الذي حددته قواعد التنازع **(ثانيا)**، وتحديد الجزاءات القانونية المترتبة على ذلك **(ثالثا)**

أولا: استبعاد القاضي في تطبيق القانون المختار عن طريق الغش

يقوم القاضي بتجنب تطبيق القانون المعرض للغش والتحايل واستبداله بالقانون المحدد عن طريق قواعد الإسناد إذا لم يتم التحايل فيه، واختلف في تحديد طبيعة هذا

(522) حسن الهداوي، مرجع سابق، ص. ص. 205-211.

(523) Le résultat illégitime peut également consister en une atteinte aux droits ou intérêts d'autrui, y compris lorsque cette atteinte ne suppose, pour le fraudeur de se soustraire à aucune règle obligatoire. Dans ces hypothèses, l'intentionfrauduleuse est le plus souvent définie comme la volonté de causer cette atteinte. Voir François EXPERT, op.cit. P18

صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص (الجنسية وتنازع القوانين) دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص. ص. 360-365.

الإستبعاد فيما إذا كان يشمل النتيجة فقط أو أنه يشمل الوسيلة المتحايل فيها على ضابط الإسناد وفي ذلك انقسم الفقه إلى اتجاهين:

يرى بعض الفقهاء[524] أن استبعاد تطبيق القانون المعرض للغش نحو القانون يشمل نتيجة تطبيق القانون الأجنبي فقط دون الوسيلة لأنها من حق الشخص وبشرط أن تكون هذه الوسيلة غير مخالفة للنظام العام أو الآداب العامة، حيث تقر كثير من الدول بالوسيلة دون ترتيب نتيجة متمثلة في نقل الإختصاص إلى قانون آخر وهو نفس التوجه الذي سلكته التشريعات والفقه والقضاء لأن اعتراف بصحة الوسيلة وعدم مخالفتها للنظام العام والأداب العامة تكون بموجب مقتضى قانون أجنبي يجيزها ولايكون بمقتضى اقرار من قبل القاضي الوطني [525]، ويبرر أنصار هذا الاتجاه رأيهم عن طريق مجموعة من الحجج أهمها ما يلي:

يتميز الدفع بالغش نحو القانون في القانون الدولي في أنه وسيلة احتياطية تستعمل كعلاج أخير لحماية قاعدة التنازع ويجب استعمالها في الحدود التي تحقق تلك الغاية [526].

يترتب عن الدفع بالغش نحو القانون عدم صلاحية القاضي الوطني للحكم بإبطال إجراء المتعلق بتغيير ضابط الإسناد، فمثلا إذا قام أحد المتعاقدين في عقد المقاولة بتغيير جنسيته أو موطنه، وأدى ذلك لتحويل قاعدة الإسناد الوطنية من قانون لآخر، فإن القاضي المعروض عليه النزاع ليس من حقه إبطال الإجراء الذي تم به تغيير ضابط الإسناد، لأن ذلك يعتبر من صميم أعمال السيادة للدولة التي أصبح يحمل جنسيتها هذا الطرف أو يوجد موطنه الحقيقي فوق أراضيها[527].

يترتب أيضا الإبقاء على الوسيلة دون النتيجة إلى جزاء مضاعف لأن المتحايل لن يستفيد من الأهداف المبتغاة جراء قيامه بعملية التحايل على القانون الواجب التطبيق أصلا،

---

(524) الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مطبعة الفسيلة، الجزائر، 2001، ص 301، انظر أيضا: جمال محمود الكردي: تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 234. انظر أيضا:

. Yvon Lousouarn et Piere Bourel, Droit international privé, 4ème Ed, Dalloz , Paris, 1993. p306.

(525) عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 143.

(526) محند إسعاد، مرجع سابق، ص 314.

(527) الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص 301.

بل الإبقاء على تغيير الحاصل في ضابط الإسناد ينجر عنه آثار أخرى أكثر صرامة وإضرارا من القانون المتحايل فيه[528].

وينتج عن استبعاد الوسيلة المشروعة المغيرة لضابط الإسناد، عدم ترتيب أي أثر وتكون نتيجة منعدمة لأنها لم تتحقق أصلا، وعليه التحايل يكون منعدما ولا يحتاج إلى استبعاد أثره، فيتم تجنب العمل بالقانون الجديد بناء على النتائج وليس على الوسيلة التي تمت بطرق مشروعة [529]، وتعرض هذا الرأي لانتقاد لاذع وشديد لأنه يرى عدم نفاذ النتيجة دون الوسيلة معارض ومناقض للمنطق القانوني السليم، فيرتب أوضاع قانونية متناقضة، فحسبه أن المتحايل الذي حصل على جنسية جديدة عن طريق التحايل يبقى خاضعا للقانون المتحايل فيه وتسري أحكامه بالنسبة للأهداف المبتغاة والتي أرادها من خلال تلاعبه بضابط الإسناد، وفي نفس الوقت يخضع للقانون جنسيته الجديدة بالنسبة للاثار الأخ، وهو ما يبين أن هذا الحل لا يحقق استقرار المراكز القانونية[530].

ويترتب عن الدفع بالغش نحو القانون إلى جزاء مبالغ فيه، فالمكتسب الجنسية الجديدة فعل ذلك بهدف الإفلات من أحكام قانون جنسيته الأولى بخصوص تصرف معين، لم تعد له أية مصلحة للاستمرار في جنسيته الجديدة بسبب زوال الباعث وراء تجنسه بها، وهو القيام بالتصرف الذي حكم عليه بعدم النفاذ[531].

ويذهب اتجاه آخر[532] أن تجنب تطبيق قانون الأجنبي المتوصل إليه بالغش على ضابط الإسناد يتعلق بالنتيجة والوسيلة معا، وهو الرأي الغالب في فرنسا فجزاء الغش يشمل النتيجة والوسيلة معا، حيث إذا تم تغيير الجنسية بسبب التحايل على ضابط الإسناد حتى ولو كانت هذا التغيير مشروعا لا بد أن يحكم ببطلانه لأن الهدف من ورائه غير مشروع

---

(528) صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص، الجنسية وتنازع القوانين، مرجع سابق، ص 367.

(529) محمد التغدويني، الوسيط في القانون الدولي الخاص، ط 3، مطبعة آنفو–برانت، فاس، المغرب.2009، ص 413.

(530) بلقاسم أعراب، مرجع سابق، ص 198.

(531) جمال محمود الكردي، مرجع سابق، ص 234

(532) موحند إسعاد، مرجع سابق ص314، انظر أيضا: عز الدين عبد الله: مرجع سابق، ص449 ، انظر أيضا: هشام علي صادق، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 222، عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص512، أحمد عبد الكريم، سلامة الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مرجع سابق، ص 564 .

(P) Mayer et (V) Heuzé, Droit international privé, 8ème Ed, Delta, Paris, 2005, p192

وهو التحايل على القانون فلا يعترف القانون حسب هذا الرأي بالجنسية الجديدة، وانتقد هذا الرأي على أساس أن الفصل في صحة الوسيلة من عدمها يرجع للقانون الذي رتب هذا المركز القانوني وليس لقانون القاضي [533].

ويبرر أنصار هذا الإتجاه رأيهم القاضي بشمول الجزاء على النتيجة والوسيلة معا باعتماد على مجموعة من الحجج تتمثل في تجنب الإزدواجية في معاملة الشخص، فمختلف الآثار الكلية أو الجزئية الناتجة عن الغش لا تؤثر بالنسبة للمتحايل، وبالتالي يتعين عدم نفاذها، فمن غير المقبول تجزئة العمل القانوني الواحد بالإقرار بعض الآثار العرضية غير المهمة وإهمال الآثار الأخرى، ولهذا يتعين تعميم الجزاء ومحو كل الآثار الناجمة عن ارتكاب الغش [534]،

حسب هذا الاتجاه أيضا أن إقرار شمولية الجزاء للوسيلة والنتيجة معا يسهل عملية تطبيقه، لأن عدم نفاذ النتيجة غير المشروعة باستبعاد تطبيق أحكام قانون الدولة المسند إليها الاختصاص بموجب ضابط إسناد مصطنع بالإضافة إلى عدم نفاذ الوسيلة يجنب كافة المشاكل القانونية في حالة تطبيق قانونين على النتيجة غير المشروعة وعلى الوسيلة[535].

إن شمولية جزاء الغش للوسيلة والغاية معا من شانه أن يجنب الافراد مضاعفة الجزاء الذي وإن حدث سيكون بدون وجه حق[536].

ويستند أنصار هذا الرأي في رأيهم بالقاعدة العامة " **أن الغش يفسد كل شيء**" المعروفة في القانون الداخلي، حيث أنها تطبق في هذا الأخير حتى وإن كانت الوسيلة المستخدمة مشروعة في ذاتها فالنية السيئة المصاحبة لها تفسدها، ذلك أن الغاية عندهم لا تبرر الوسيلة ومن ثم لا يمكن الفصل بينهما[537].

ينحصر الأثر السلبي للدفع بالغش نحو القانون على تجنب تطبيق القانون الأجنبي المتحايل فيه من قبل أحد المتعاقدين كنتيجة لغشه في قاعدة من قواعد الإسناد الوطنية،

---

(533) عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 462، انظر أيضا: أمين رضا رشيد دواس، تنازع القوانين في فلسطين، دراسة مقارنة، دار الشروق للنشروالتوزيع، عمان، الأردن،2001 ، ص.ص. 259-260.

(534) صلاح الدين جمال الدين، مرجع سابق، ص 369.

(535) الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 270.

(536) بلقاسم أعراب، مرجع سابق، ص 197.

(537) صلاح الدين جمال الدين، مرجع سابق، ص 369.

دون تطرق إلى السبب الذي دفع المتحايل إليه، ففي الحالات المفترضة قانونا ويتم فيها تغيير الجنسية مثلا ليس للقاضي أي سلطة إبطال جنسية هذا المتحايل الذي قصد بها تغيير ضابط الإسناد، حيث أن سلطة في ترتيب هذا المركز القانوني تعود لقانون آخر غير قانون القاضي، وهو الذي يقرر الأوضاع التي تمنح بموجبها الجنسية أو المراكز القانونية وهو أيضا الذي يحدد كيفية بطلانها أو سحبه على الأثر السلبي للغش نحو القانون[538].

ثانيا: تطبيق القانون الذي تم الغش في أحكامه

يتمثل أثر الإيجابي في استبعاد تطبيق القانون الذي أراد الشخص الاستفادة من أحكامه وتطبيق القانون الأصلي المتحايل فيه، ويستنتج هذا الأثر من وجود الأثر السلبي حيث يعد من مستلزمات وجوده، فلو تحقق الأثر السلبي دون الأثر الإيجابي لرفضت محكمة ثبوت واقعة الغش نحو القانون المترتب عنها تطبيق القانون الأجنبي، ومن ثم يتم التوقف دون معرفة أو تحديد القانون الواجب التطبيق، ولهذا لابد من إقرار تطبيق القانون المتحايل عليه ليتواجد قانون يحكم المسألة، وعليه يعد الأثر الإيجابي لفكرة الغش نحو القانون ماهي إلا نتيجة مترتبة عن الأثر السلبي المنطوي على استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المتحايل فيه [539].

توصف قاعدة الإسناد بأنها قاعدة مزدوجة الجانب فتشير إما إلى إختصاص قانون القاضي أو إلى اختصاص قانون أحنبي آخر ليحكم النزاع، وعليه فالأثر الإيجابي لإعمال الدفع بالغش نحو القانون يؤدي إلى حلول قانون القاضي محل القانون المستبعد، كما قد يؤدي إلى حلول قانون أجنبي محله.

وهذا ماسلكه المشرع الجزائري بموجب المادة 24 من **ق.م.ج** القاضية باستبعاد تطبيق القانون الأجنبي إذا كان مخالفا للنظام العام، أو ثبت له الإختصاص بواسطة الغش نحو القانون، وأكد على تطبيق القانون الجزائري في حالة مخالفة القانون الأجنبي للنظام العام، غير أنه لم يشر إلى القانون الذي يطبق في حالة حدوث الغش نحو القانون، وعليه

(538) محمد إبراهيم عرسان أبو الهيجاء، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، مرجع سابق، ص 123.

(539) بلقاسم أعراب، مرجع سابق، ص66، انظر أيضا: محمد كمال فهمي، مرجع سابق، ص 265.

يمكن أن يكون القانون الجزائري إذا كان هو المختص بموجب قاعدة الإسناد المتحايل عليها، أو قانونا آخر حسب توجيهات قواعد الإسناد (540).

يجيز المشرع الجزائري استعمال الدفع بالغش نحو القانون بغض النظر إن كان قانونا وطنيا أو أجنبيا، أو كان الهدف منه التهرب من أحكام القواعد الآمرة أو من تطبيق أحكام القواعد المكملة، وهو ما أكدت عليه المادة 18 **من ق.م.ج** والتي أقرت ومنحت الأولوية لتطبيق القانون المختار من قبل المتعاقدين على الالتزامات التعاقدية على أن تكون لهذا القانون صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد، فلابد من وجود علاقة عادية غير مصطنعة لتطبيق القانون المختار، دون أن تشتمل تلك العلاقة على غش أو تحايل ضد أي قانون سواء كان وطنيا أم أجنبيا(541).

ثالثا: الجزاءات القانونية المترتبة عن الدفع بالغش نحو القانون:

تظهر مكانة الدفع بالغش نحو القانون من خلال الجزاء الذي يفرض على القانون المختار إذا ثبت وجود تحايل من قبل المتعاقدين على القانون المختص أصلا، سواء كان هذا الغش ورد على جزء من القانون المختار أو كله مما يؤدي إلى استبعاد جزء منه أو كله.

يختلف الفقهاء حول مسألة الجزاء المترتب على الغش نحو القانون، فيما إذا كان جزئيا أو كليا، ويرون أن الجزاء يكون جزئيا في حالة استبعاد القانون المختار بسبب الغش نحو القانون إما بحرمان التصرف المشوب بالغش من أي أثر قانوني، أو استبعاد القانون المختار بسبب عدم احتجاج بالأثر الذي أراد المتعاقدان الحصول عليه عن طريق الغش، ويكون الجزاء كليا إذا تم الجمع بين الشرطين السابقين كأثر عام لاستبعاد القانون الذي اختاره المتعاقدان (542).

1-البطلان الجزئي: يتم البطلان الجزئي كما أشار سابقا بحالتين هما:

أ-الحالة الأولى: استبعاد القانون المختار بحرمان التصرف المشوب بغش من أي أثر قانوني: يرى جانب من فقهاء الفرنسيين أن الغش ينحصر على الجزاء الذي وقع فيه الغش،

(540) عبد الرزاق دربال، الوافي في القانون الدولي الخاص (النظرية العامة في تنازع القوانين في التشريع الجزائري والمقارن)، مرجع سابق، ص 148.

(541) أحمد دغيش، الغش نحو القانون في مجال القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 85.

(542) كمال كيحل، الغش نحو القانون في تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 8.

وعليه فالجزاء ينحصر في الوسيلة التي يلجأ إليها المتعاقدان للتوصل إلى النتيجة غير المشروعة، فلا يتطرق إلى عدم نفاذ النتيجة التي قصدها المتعاقدين في تغيير ضابط الإسناد، وهو بذلك حسبه أن جزاء الغش نحو القانون هو حرمان التصرف المشوب بهذا العيب من أي أثر قانوني واعتباره باطلا كليا [543].

ب-الحالة الثانية: استبعاد القانون المختار بعدم الاحتجاج بالأثر الذي أراد المتعاقدان الحصول عليه عن طريق الغش: على أن يقتصر الجزاء على عدم الاحتجاج بالأثر الذي أراد ذوي الشأن تحقيقه، فالأثر هنا ينحصر في عدم الأخذ بالنتيجة التي يهدف الشخص من وراءها، والتي تعتبر غير مشروعة[544].

فإن النتيجة التي أرادها المتعاقدان من تغيير ضابط هو اعتبار العقد صحيحا، ووفقا لرأي الفريق الثاني فإن أثر الدفع بالغش هو اعتبار العقد باطلا وفقا للقانون الذي حاول المتعاقدان التهرب منه.

تعرض هذا الرأي لجملة من انتقادات سببها أن مالك الجنسية الجديدة سيبقى محتفظا بجنسيته الجديدة وتنتج أثارها القانونية، وفي نفس الوقت يبقى لأحكام قانون جنسيته القديمة فيما يخص النتائج التي أراد تحقيقها بتغيير جنسيته، مما يترتب عنه عدم تحقيق استقرار للمراكز القانونية، ولم يعد أي اهمية للاحتفاظ بالجنسية الجديدة بحجة إبطال السبب لذلك فكلا طريقتين غير كافية لمنع الغش واستبعاد القانون المختار، وبذلك ظهر سبيل آخر يتمثل في البطلان الكلي للقانون المختار[545].

2-البطلان الكلي: يكون الجزاء كليا في حالة الجمع بين الشرطين السابقين، حيث يرتب الغش نحو القانون آثار تتعلق بالوسيلة التي استعملت للتهرب من قانون الأصلح، إضافة إلى آثار التي تتعلق بالنتيجة والوسيلة معا، وهو ما أكده الفقيه باتيفول لاعتقاده أن الغش نحو القانون يقع على التصرفات القانونية، وبناء عليه تندمج الغاية في الوسيلة مع عدم اعتراف بأي أثر سواء للوسيلة أو الغاية إذ لا يمكن فصلهما عن بعضهما البعض، وعليه

(543) فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص – تنازع القوانين-، مرجع سابق، ص 156، انظر أيضا: سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص ، مرجع سابق، ص 191.

(544) أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص. ص. 565-566.

(545)عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، أحكام التنازع الدولي للقوانين، مرجع سابق، ص. ص. 151-152.

أثر الغش نحو القانون يجمل في أثر واحد هو استبعاد قانون الإرادة الذي ثبت له الاختصاص وفقا لضابط الإسناد المصطنع، وإرجاع الاختصاص إلى القانون الذي أراد المتعاقدان التهرب من أحكامه، وتكون عادة هذه الأحكام تابعة في مجملها لقانون القاضي ذاته [546].

يهدف الدفع بالتحايل إلى توقيف أثر الغش في تغيير ضابط الإسناد، ويستدعي بالضرورة إلى استبعاد أحكام القانون المتحايل فيه، مع تطبيق القانون الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد باختصاصه أصلا والمتهرب من تطبيق أحكامه من طرف المتعاقدين، فأثر الغش إذن هو مجرد أثر حلولي واستبدالي، أي أن القانون المختص أجنبيا كان أو وطنيا يحل محل القانون الذي حاول المتعاقدان أن يتوصلا إلى تطبيقه، حينما حاولا تغيير ضابط الإسناد تهربا من أحكام القانون الأول[547].

(546) محمد وليد المصري، مرجع سابق، ص.ص. 281-282، انظر أيضا: كمال كيحل، مرجع سابق، ص 9.

(547) صلاح جمال الدين صلاح، قانون العلاقات الخاصة الدولية، مرجع سابق، ص. ص.257-263، انظر أيضا: حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص (المبادئ العامة في تنازع القوانين)، مرجع سابق، ص. ص. 323-325.

الفصل الثاني

معايير الاحتياطية لاختيار القانون الواجب التطبيق على التزامات مقاولة الدولي

كما ذكرنا سابقا وحسب العديد من النصوص القانونية سواء الداخلية أو الدولية، يؤخذ من باب أولى تطبيق القانون الذي اتجهت إرادة الأطراف صراحة إلى اختياره، لكن قد يحدث عند ابرام العقد عدم تحديد القانون الواجب التطبيق في حالة النزاع فتنشأ مشكلة تحديد القانون وما يترتب عنه من اختلاف معايير تحديده، ومن جهة اخرى تحديد القانون الواجب التطبيق عند سكوت الأطراف فيما إذا كان النزاع معروض على قاض عدل تختلف كل اختلاف عن وضعية المحكم، حيث يستمد سلطته واختصاصه من إرادة الأطراف وما عليه سوى البحث عن حل للنزاع دون أن يكون مقيد في فصله بأي أمر سوى إرادة الأطراف الذين حكموه **(المبحث الاول)**، فبعد التوصل إلى التحديد القانون الواجب التطبيق على عقد المقاولة الدولي، لا بد من تحديد الجهة التي تفصل في النزاع وفي الغالب تكون جهة قضائية لدولة ما ويتم تحديدها وفق ضوابط ومعايير دولية سنراها لاحقا، ولكن قد يتفق الأطراف على النزاع أمام هيئة تحكيمية وهو ما يعرف بالتحكيم حيث له أهمية كبيرة في حل النزاعات الناشئة عن العقد الدولي بصفة عامة والمقاولة بصفة خاصة، لما يتميز به من خصائص مرتبطة مباشرة بنوعية المعاملات المتعلقة أساسا بالمعاملات الخارجية وتمس اقتصاد أكثر من دولة فيجعل القضاء الوطني عاجزا عن الحل المشاكل التي تنتج عن العقد ويترك المجال للتحكيم الدولي **(المبحث الثاني)**.

المبحث الأول

ضوابط الإسناد إلى القانون الأوثق صلة بعقد المقاولة الدولي

قد يتعذر تحديد القانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية، فتتجه بعض التشريعات لحسم هذه الصعوبة إلى تشكيل ضوابط محددة يستند عليها القاضي في تحديد القانون المطبق على عقود الدولية وبصفة خاصة عقد المقاولة الدولي موضوع الدراسة وهو ينقسم إلى نوعين من الضوابط عامة وهي تتوفر في معظم العقود الدولية ولقد سماها الفقية BATIFOL بالإسناد الجامد (REGIDE) حيث وفقا لهذا النوع من الضوابط يكون محدد وغير قابل

لتغيره بعد إبرام العقد ويلجأ إليه القاضي مباشرة لتحديد القانون الأنسب للتطبيق على العقد[548] **(المطلب الأول).**

أما النوع الثاني من الضوابط أطلق عليه بضوابط خاصة أو ما يعرف بقواعد الإسناد المرن ويتمثل في معيارين هما محل إقامة المدين بالأداء المميز للعقد، قانون الدولة وفق ظروف وملابسات العقد **(المطلب الثاني).**

المطلب الأول

الإسناد الجامد لحل تنازع القوانين في عقد المقاولة الدولي

بشأن ضوابط الاسناد الجامد جرى الفقه على التمييز بين الضوابط الأصلية ذات الارتباط الوثيق بعقد المقاولة الدولي التي يعمل بها في غالبية الاحوال **(الفرع الأول)**، وثمة ضوابط الإسناد الجامد ذات ارتباط وثيق بالمتعاقدين**(الفرع الثاني).**

الفرع الأول

ضوابط الاسناد ذات الارتباط الأصيل بعقد المقاولة الدولي

في حالة غياب اتفاق الأطراف على اختيار القانون الواجب التطبيق على عقد المقاولة الدولي، يتم الأخذ بمعايير وضوابط تتعلق وترتبط بالعقد لحل نزاع ومن بينها معيار محل إبرام العقد **(أولا)**، ومحل تنفيذ العقد **(ثانيا).**

أولا: معيار بلد ابرام عقد المقاولة الدولي

يرجع الأصل التاريخي لقاعدة محل الإبرام إلى أقدم قاعدة من قواعد التنازع وهي قاعدة قانون المحل يحكم التصرف، حيث لم يعد لهذه الأخيرة سلطان إلا على شكل العقد فحسب، بعد أن تقلص مجال إعمالها في أغلب التشريعات الحديثة بخروج موضوع العقد من نطاقها [549].

انتشر قانون محل الإبرام كضابط لإسناد العقد في الوقت الذي ظهرت فيه نظرية سلطان الإرادة، وهي كانت بمثابة بداية المرحلة الأولى لظهور إرادة الأطراف المتعاقدة، فكان إسناد العقد في هذه الفترة لقانون دولة محل إبرام إلزامي، بسبب عجز قدرة المتعاقدين

(548) Henri BATIFFOL ; Paul LAGARDE : Droit international privé, op.cit, p.p. 236-259.

(549) الطيب زروتي، مرجع سابق، ص 225، محمد خالد الترجمان: **تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد القرض الدولي،** المجلة المصرية للقانون الدولي، مد 49، 1993، جامعة عين الشمس، القاهرة ، ص 103.

في تلك المرحلة على اختيار قانون آخر لأنه يعد القانون الأكثر علما به ودراية به من طرف المتعاقدين عن غيره من القوانين، حيث يتسنى لهم معرفته والإمام به في لحظة تبادل الإيجاب والقبول.

لجأت التشريعات في حالة سكوت المتعاقدين على اختيار القانون الذي يحكم العقد إلى الاعتماد على معيار جامد الذي تمثل في قانون دولة الإبرام لإيجاد القانون الواجب التطبيق على التزامات عقد مقاولة دولي، حيث يتولى القاضي البحث عن القانون المناسب الذي على أساسه يتم حل النزاع وهذا وفق قانون محل ابرام المحدد في العقد(550)، وقد اتجهت آراء الفقهاء والقضاء في البحث عن مدى أهمية قانون محل ابرام العقد كظابط في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد المقاولة الدولي.

1-موقف الفقه حول قانون محل إبرام العقد كضابط لاختيار القانون الواجب التطبيق على عقد المقاولة الدولي:

يعتبر قانون محل إبرام العقد ثاني ضابط بعد معيار قانون الإرادة لتحديد القانون الواجب التطبيق على التزامات عقد المقاولة الدولي، وهو ما ذهب إليه غالبية الفقهاء في اعتباره القانون الوحيد الواجب تطبيقه على العقد في حالة سكوت الأطراف(551) وأرجعوا ذلك إلى عدة أسباب هي:

أ- قانون محل إبرام العقد هو مكان نشأة العقد، فهو يسهل لأطراف العقد الرجوع إلى هذا القانون للتأكد من صحة العقد ومدى السلامة القانونية للشروط التي وضعها المتعاقدان.

ب- قانون محل إبرام العقد يتم أثناء لحظة تبادل الإيجاب والقبول، مما يؤدي إلى خضوع العقد للمحل الذي تم فيه إبرام العقد، ويحقق لهم هذا القانون العلم المسبق بالعقد ويوفر الأمان القانوني المنشود ويصون توقعاتهم

---

(550) صلاح الدين جمال الدين، مرجع سابق، ص 21، انظر ايضا: صلاح المقدم، تنازع القوانين في سندات الشحن، مشارطات إيجار السفينة، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1990، ص 199، انظر أيضا: عمار معاشو، الضمانات في العقود الاقتصادية الدولية في التجربة الحزائرية(في عقود المفتاح والانتاج في اليد)، مرجع سابق، ص 139.

(551) Bernard AUDIT, Droit international privé, op.cit,p 627

Voir aussi article 2/1 convention du la haye 1955 dispose **« les conventions légalement formés tiennent lieu de la loi a ceux qui les ont faites »**

Jean- Michel JACQUET, Encyclopédie de droit international, Ed Dalloz, Paris, 2003, p2. Voir aussi : Kenfack HUGUES, Droit du commerce international, 3eme Ed, Dalloz, PARIS, 2009, p.p. 18-19.

ج- محل الإبرام من الناحية العملية لا يكون في أماكن متعددة، بل هو محل واحد في جميع العقود مهما كان نوعها، ولهذا يمكن تحديده بسهولة، ويستطيع المتعاقدين معرفة هذا القانون بسهولة

د- إن الأخذ بمحل الإبرام من الناحية القانونية يؤدي إلى توحيد القانون الواجب التطبيق على العقد شكلا وموضوعا، وذلك من خلال خضوع الشكل والموضوع إلى قانون واحد هو محل إبرام العقد [552].

تعرض تطبيق قانون دولة إبرام العقد إلى انتقادات عديدة تمثلت في كونه لا يأخذ بعين الاعتبار كافة المصالح المعنية المرتبطة بالعقد، وليس مؤشرا هاما بالنسبة لأطراف عقد المقاولة الدولي، حيث لا توجد لهم مصالح دائمة في محل إبرام العقد، وبذلك لا يوفر قانون محل إبرام العقد الصلة بين العقد وقانون محل إبرامه بسبب تحديد مكان إبرام العقد عن طريق الصدفة، أو أن يتم تعارف الأطراف المتعاقدة في مكان ما لغرض آخر غير التعاقد ثم يتفقون صدفة على التعاقد، وبالتالي تكون غير كافية لتحقيق الصلة المطلوبة بين العقد والقانون الواجب التطبيق [553]، لاسيما في ظل التطور الحديث ومتطلبات التجارة الدولية، كذلك تغير الظروف حيث أصبح هناك عقوداً كبيرة القيمة يتم إبرامها من خلال الاتصال بوسائل حديثة مثل الهاتف والفاكس والتيلكس والإنترنت [554]، كل هذه الاعتبارات جعلت الاستاذ BATIFOL يعارض هذا الضابط بحيث وصفه عفوي وعارض بالمقارنة مع المصالح التي يتضمنها العقد لأن العبرة في العقود بتنفيذها وليس بإبرامها[555].

(552) سامي بديع منصور، عكاشة عبد العال، مرجع سابق، ص 389.

(553) Gabriel KOBER, La loi applicable en matière de vente internationale de marchandises, thèse pour le diplôme d'études doctorales, Université de droit d'économie et des sciences sociales , Universités panthéon-Assas, paris II, 1990, pp.85-86.

(554) توجد أربع نظريات يعتمد عليها في تحديد الوقت الذي تم فيه إبرام العقد، وهي نظرية إعلان القبول، تصدير القبول، استلام القبول، العلم بالقبول، ويمكن القول بوجه عام أن تحديد المكان الذي ينشأ فيه العقد يتبع تحديد الوقت الذي يتم فيه. انظر في ذلك: أحمد عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 309.

(555) هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 419، انظر أيضا: عمران علي السائح، مرجع سابق، ص 306، انظر أيضا: صلاح مقدم، مرجع سابق، ص 202، انظر أيضا: محمد خالد الترجمان، مرجع سابق، ص 104، انظر أيضا: الطيب زروتي، مرجع سابق، ص 227، انظر أيضا: ناصر حمودي، نزاعات العقود الإلكترونية، مرجع سابق، ص 155.

3-موقف القضاء حول قانون محل ابرام العقد كمعيار لاختيار القانون الواجب التطبيق على عقد المقاولة الدولي:

يتمتع محل إبرام العقد كمعيار لاختيار القانون الواجب التطبيق على عقد المقاولة الدولي أهمية كبيرة في التأكد من أن إرادة الإطراف قد انصرفت إلى تطبيق قانون ذلك البلد الذي ابرم فيه العقد، وبين التحكيم الدولي أن جل القرارات الصادرة عن هيئات التحكيم تعتمد في معضمها على مؤشرات عامة للاستدلال على الإرادة الضمنية أو المفترضة لخصوم المنازعة، إذ أنها كثيرا ما ترجع إلى إعمال قانون محل إبرام العقد.

عرض في إحدى المنازعات على محكمة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية بباريس والتي تلخصت وقائعها في نزاع نشب بشأن تنفيذ العقد (وكالة عامة في البيع) بين شركة إيطالية واخرى سويسرية تقوم هذه الأخيرة بتوزيع منتجات الشركة الأولى في الولايات المتحدة الأمريكية والمكسيك، ولم يوضح في العقد القانون الذي يحكم النزاع الذي عرض على التحكيم، ولقد طالبت الشركة الإيطالية بتطبيق القانون الإيطالي بينما طالبت الشركة السويسرية تطبيق القواعد العامة للأمم المتحضرة دون الإشارة إلى قانون وطني معين[556].

غير أن المحكم بعد أن أكد في قراره على السلطة التقديرية الممنوحة له بشأن تعيين القانون الذي يحكم موضوع النزاع، قرر إعمال القانون الإيطالي باعتباره القانون الأكثر ملائمة استنادا إلى أن العقد وقع في إيطاليا وأن مكان الرئيسي للتنفيذ كان في إيطاليا، وقد رفض المحكم الاستدلال على الإرادة الضمنية للمتعاقدين في القانون الذي يحكم النزاع من الخلال العملة الواجب الدفع بها وهي الدولار على أساس أن ثانوي لتركيز العلاقة بين أطراف الخصومة[557].

---

(556) راجع الحكم الصادر في الدعوى 1422 لسنة 1966، في جريدة القانون الدولي 1974 عدد 4 ص ص 884-888. نقلا: عن أبو زيد رضوان، الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1981، ص 138.

(557) راجع الحكم الصادر في الدعوى 1422 لسنة 1966، في جريدة القانون الدولي 1974 عدد 4 ص ص 884-888. نقلا: عن أبو زيد رضوان، مرجع سابق، ص 138.

وفي نزاع آخر عرض على محكمة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية[558] بخصوص عقد بيع دولي في طهران بين مشتري إيراني وبائع يوغسلافي يقيم في إيران، وكان يتعين تسليم البضاعة موضوع العقد في إيران، ولم يحدد الطرفان أن قانون يحكم موضوع النزاع، وقد قرر المحكم تطبيق القانون الإيراني بعد أن استبعد قانون دولة البائع (القانون اليوغسلافي) باعتبار أن القانون الإيراني هو الذي اتجهت إليه ضمنا إرادة الأطراف.

ويرى البعض الآخر أن الأخذ بقاعدة محل الإبرام شيء منطقي لأن العقد ينشأ في مكان إبرامه ولكن وجه انتقاد لهذا الرأي وهو أن مكان الإبرام قد يكون عارضا ولا يعبر عن انصراف الإرادة الحقيقية للمتعاقدين[559].

4- موقف المشرع الجزائري حول قانون محل الإبرام كمعيار لاختيار القانون الواجب التطبيق على عقد المقاولة الدولي:

نص المشرع الجزائري في المادة 18 من **ق.م.ج** عن معيار الذي يطبق في حالة سكوت الأطراف المتعاقدة في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، وتبين أنه أخذ بقانون محل الإبرام كضابط احتياطي بعد ضابطي احتياط قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة[560]، مما يؤدي بنا إلى دراسة محل إبرام العقد وفق قانون الجزائري، ودراسة مختلف المشاكل التي تطرأ على تحديده والتي بدورها تؤدي إلى صعوبة تحديد القانون الواجب التطبيق.

---

(558) راجع الحكم في دعوى رقم 1717 لسنة 1974 جريدة القانون الدولي ص 890-892 أبو زيد رضوان، مرجع سابق، ص 189.

.(559) Ali BENCHENEB, Mécanismes juridiques des relaions commerciales internationales de l'algérie, OPU, Alger,1984, p 284

(560) من خلال نص المادة 1/18 من ق.م.ج تنص«:**أنه يسري على الالتزامات التعاقدية قانون المختار من قبل المتعاقدينإذا 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» "يظهر لأول وهلة أن المشرع الجزائري قد أخضع التصرفات التعاقدية لقانون محل الإبرام كضابط احتياطي يلي قانون الموطن المشترك وقانون الجنسية المشتركة إتباعا على ما سارت عليه تشريعات الدول و حتى الاجتهاد القضائي الذي أثبت عكس ما يظهر لأول وهلة. انظر في ذلك: عليوش قربوع كمال، مرجع سابق، ص99.

أقر المشرع الجزائري بقانون محل الابرام كمعيار لاختيار قانون الواجب التطبيق على عقد الدولي وذلك في حالة سكوت المتعاقدين عن اختيار القانون المناسب لحل النزاع وذلك إذا تعذر إعمال ضابط الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة في تحديد القانون الواجب التطبيق، مما يفهم أن المشرع الجزائري أخذ بعين الاعتبار ما أقره الفقه المعاصر في الأخذ بظروف وملابسات التعاقد من أجل تحديد القانون الأوثق صلة بالرابطة التعاقدية، حيث يقوم القاضي في بداية الأمر بتكييف النزاع، مما يسمح له بإضفاء وصف العقد على العلاقة المطروحة أمامه [561]، مما يقتضي الرجوع إلى قانون القاضي حسب نص المادة 9 من **ق.م.ج** [562] ، وبعد تكييف النزاع وتحديد طبيعة العقد يقوم القاضي بالبحث عن القانون الواجب التطبيق بالاستناد إلى نص المادة 18من **ق.م.ج**، فإذا وجد أن المتعاقدين لم يتفقا حول القانون المطبق على العقد يرجع إلى قانون موطن المشترك أو الجنسية المشتركة فإن تعذر ذلك لجأ إلى قانون محل الإبرام لاختيار القانون الواجب التطبيق.

اتجه الفقهاء في تحديد قانون محل الإبرام إلى الأخذ بمكان الذي يوقع فيه العقد، في حين ذهب رأي آخر إلى اعتبار أن عقد دولي يمر بمفاوضات من أجل تقريب وجهات النظر، وعليه فمكان إجراء المفاوضات هو مكان إبرام العقد وعادة ما يتحد مكان التوقيع مع مكان إجراء المفاوضات [563]، لكن الحقيقة أنه لا يمكن تحديد قانون محل إبرام، وفقا لمكان التوقيع، وحتى لمكان إجراء المفاوضات ، ذلك لأنه قد لا يحدد مكان التوقيع لأنّه ليس كل الحالات يتم فيها توقيع العقد في دولة أحد الأطراف، يصعب تحديد قانون مكان إجراء المفاوضات عندما تتم المفاوضات، في أماكن مختلفة تابعة لعدة دول.

وعليه فمحل الإبرام هو المكان الذي يتلاقى فيه الإيجاب مع القبول المطابق له و يتم على إثره إنشاء العقد، والأشياء الايجابية التي تقررت على إثر إخضاع العقد الدولي لقانون محل الإبرام في حالة سكوت المتعاقدين تتم في:

---

(561) محمد حبار، مرجع سابق، ص 59.

(562) تنص المادة 9 من **ق. م ج« يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوبة تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب التطبيق »**

(563) Mohand ISSAD, op.cit , p295 .

1- **توحيد القانون المطبق على العلاقة العقدية من حيث شكلها وموضوعها:** فلقد أقر المشرع الجزائري في نص المادة 19 من **ق.م.ج** أنه: «**تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه، ويجوز أيضا أن تخضع للقانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو لقانونهما الوطني المشترك أو للقانون الذي يسري على أحكامهما الموضوعية**»، وبذلك قد يطبق القاضي قانون محل الإبرام على شكل العقد، وفقا للمادة السابقة ويطبق نفس هذا القانون على موضوع العلاقة العقدية في حالة سكوت الأطراف على تحديده تطبيقا للمادة 1/18 من **ق.م.ج** السابقة الذكر.

2- **قيام القاضي بتطبيق المباشر لقانون محل الإبرام :**

تعرض الفقهاء لعدة انتقادات لتفضيلهم قانون محل الإبرام كضابط احتياطي في اختيار القانون الواجب التطبيق لكونه قرينة يمكن للقاضي الرجوع إليها إلا إذا تم إثبات العكس سواء صراحة أو ضمنا من قبل المتعاقدين، إلا أنه هناك حالات لا يمكن فيها تطبيق قانون المحل حتى وإن لم يثبت فيها وجود الاختيار من قبل المتعاقدين، ومن ضمنها أن يحدد محل الإبرام بصفة عرضية كأن يتم تطابق الإيجاب والقبول فيؤدي لنشوء العقد صدفة، أو أن يكون قانون آخر مناسب أكثر لحكم العقد، فمن الطبيعي أن يرجع إليه القاضي، وعليه يوجد شرطين لمحل الإبرام العرضي هما:

أ- **محل الإبرام معين بالصدفة:** قد يحدث أن يتم تعيين محل إبرام العقد صدفة وبصفة طارئة، فيترتب عن ذلك عدم وجود صلة الأساسية بين قانون محل الإبرام والعقد، والذي يعد مهما جدا في اختيار القانون الذي يحكم العقد، فيكون محل إبرام إذا كانت هناك عناصر أكثر أهمية تعبر موضوعيا عن مركز العلاقة وموجودة في العقد كمكان تسليم البضاعة في عقد البيع الدولي، أو مكان تنفيذ أداء معين الذي يقوم به الموكل في عقد التوكيل التجاري، أو يقوم به المقاول في عقد المقاولة الدولي أو المكان الذي يقوم فيه أحد الملتزمين بدفع الثمن فكل هذه العناصر قد لا يكون لها أدنى صلة بقانون محل الإبرام، إضافة أن معظم العقود الدولية تبرم صدفة و بصفة عرضية في مراكز تجارية

أو معارض دولية، ولا يعدو أن تكون الأماكن إلا مجرد التقاء إرادات المتعاملين من أجل إنشاء العقد دون أن تكون لها صلة أساسية فعالة تربطها مع العقد [564].

يقوم الأشخاص المنتمين إلى دول مختلفة بإبرام عقود في أمكنة محايدة معينة لأغراض آخرى فلا تعد مراكز تجارية أو حتى معارض دولية، وقد يكون سبب إبرام العقد هو قيام برحلة إلى دولة ما، فيكون محل الإبرام في جميع الحالات السابقة محض صدفة لاغير وبذلك لا تكون معيارا لاستناد عليها في تحديد القانون الواجب التطبيق على الرابطة التعاقدية [565]، ولا يمكن الاعتداد بمحل الابرام العرضي وذلك من أجل تقليل من تحايل الأطراف على العقد ومن أجل أيضا أن يتمكن القاضي من تحديد مكان إبرام العقد له علاقة بعناصر ومحتوى العقد حتى يستطيع تطبيقه مباشرة، لأن محل إبرام العقد العرضي يعد عنصر مصطنعا متوقف على إرادة الأطراف وحدها، وقد يستعمل للغش وتهرب من اختصاص قانون واجب التطبيق أصلا[566].

ب-وجود قانون أخر أكثر ملائمة لحكم العلاقة العقدية: هذا الشرط بمثابة نتيجة منطقية لمحل الإبرام العرضي، حيث يفترض أن يكون هناك قانون آخر يكتسب صلة وثيقة بالعقد أو المتعاقدين ويكون واجب التطبيق لأنه يعبر على ارادة المتعاقدين السليمة غير مشوبة بأي غش أو تحايل من قبل الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق.

ثانيا: قانون الدولة محل تنفيذ عقد المقاولة الدولي

تعرض قانون محل الإبرام لمجموعة من الإنتقادات ظهر على إثرها ضابط إسناد آخر يحدد القانون الواجب التطبيق على العقد في حالة سكوت المتعاقدين عن اختياره، والذي أصبح هو المفضل بالنسبة للفقه الحديث ويتمثل هذا الضابط في قانون محل تنفيذ ويرجع سبب ذلك إلى أن العقد يظهر من خلال تصرفات الخارجية التي يقوم بها المتعاقدان، كتسلم البضاعة في عقد المقاولة الدولي مثلا، وبذلك يوجد في قانون محل التنفيذ صلة واقعية بين العلاقة التعاقدية والقانون المطبق[567].

(564)Henri BATIFOL, Paul Lagarde, op.cit , p.254, Voir aussi Mohand ISSAD: op.cit, p295.

(565) Pierre Mayer, op.cit, p.710

(566) منير عبد الحميد، قضاء التحكيم، مرجع سابق، ص 174.

(567) Jean DERRUPEE, op.cit,p 110. Voir aussi Henri BATIFFOL, contrat et convention, op .cit, p369.

يتفق الكثير من الفقهاء والتشريعات[568] على إخضاع العقد الدولي إلى قانون محل التنفيذ بدلا من قانون محل الإبرام وهذا بسبب الانتقادات التي وجهت إليه سابقا، يتميز قانون محل التنفيذ بتفادي كافة العراقيل الخاصة بصيغة العقد أو بالتنفيذ، ويترتب عن اختيار قانون محل إبرام مثلا بدل قانون محل التنفيذ حتى وإن كان له ارتباط وثيق بالعقد يؤدي جزئيا إلى توقيف إنتاج العقد لآثاره، ولقد امتد العمل بمحل تنفيذ بعد الفقه والقضاء[569] إلى مجموعة دول السوق الأوروبية المشتركة في المشروع التمهيدي للاتفاقية الخاصة بتحديد القانون الواجب التطبيق على أن يكون قانون الدولة التي سينفذ العقد فيها القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية وغير التعاقدية[570].

يهدف تطبيق قانون محل تنفيذ العقد إلى تحقيق الوحدة المنشودة التي لم تتحقق في قانون بلد الإبرام، حيث يعتبر التنفيذ هو المغزى من إبرام العقد، لأن الأطراف المتعاقدة تبرم عقودا للوصول إلى تنفيذ الإلتزامات وتحصيل الحقوق التي تشكل موضوع العقد، فيؤدي

---

(568) فالقانون الألماني مثلا يعطي مكانة هامة لمكان تنفيذ العقد باعتباره ضابطا مهما في تحديد القانون الذي يحكم العقد الدولي عند عدم تحديد القانون الواجب التطبيق من طرف الأطراف المتعاقدة. انظر في ذلك: صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص 330. وفي ذات الشأن نصت اتفاقية لاهاي بشأن القانون الواجب التطبيق على عقد البيع الدولي لسنة 1986 على قاعدة إسناد اصلية وهي تطبيق قانون دولة البائع وعليه فإن منشأة البائع هي المكان الرئيسي الذي يتجسد فيه تنفيذ العقد وهذا حسب نص المادة 8 من الاتفاقية اذا لم يتم اختيار القانون الواجب التطبيق على عقد البيع الدولي طبقا لأحكام المادة السابعة يخضع البيع لقانون الدولة التي يوجد فيها المركز التجاري للبائع وقت إبرام العقد. وأشارت ذات الاتفاقية على قاعدة فرعية أخرى وهي تطبيق قانون دولة المشتري حسب نص ذات المادة على تطبيق قانون الدولة التي وجد بها المركز التجاري للمشتري وقت إبرام العقد وهذا إذا تمت المفاوضات وإبرام العقد بحضور الطرفين في الدولة المذكورة، إذا تضمن العقد نصا صريحا يلزم البائع بتنفيذ التزاماته بتسليم المبيع في دولة مذكورة، إذا ابرم العقد وفقا لشروط حددها أساسا المشتري استجابة إلى دعوة للتعاقد موجهة من البائع. إلا أنه قد لا يطبق قانون دولة البائع أو قانون دولة المشتري اذا تبين من الظروف المحيطة أن الأطراف المتعاقدة قد جرى العمل بينهم على أن تعاقدهم يخضع لقانون معين فإن هذا القانون يطبق على العقد. انظر في ذلك: فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص. ص. 196-197.

(569) فقررت أول مرة المحكمة الفيدرالية صراحة كيفية تحديد محل تنفيذ حسب قرار صادر في تاريخ 1918/10/11 والذي أرجع فيه في حالة سكوت المتعاقدين يعود الاختصاص لقانون محل تنفيذ العقد وهو ماذهب اليه القضاء الألماني والقضاء الفرنسي في حالة سكوت الاطراف عن تحديد القانون الواجب التطبيق الذي يحكم عقدهما واتجهوا الى تطبيق قانون دولة تنفيذ العقد. انظر في ذلك: مصطفى عبد الله عالم، مرجع سابق، ص90، انظر أيضا:

Pierre ENGEL, la determination des points de rattachement en droit international prive, universite genève, Paris, 1953, p113.

(570) نصيرة بوجمعة سعدي، مرجع سابق، ص 404.

تنفيذ العقد إلى إبراز مختلف العناصر المادية للعلاقة التعاقدية إلى العالم الخارجي في دولة التنفيذ وهو الذي يمكن الغير من العلم بوجود العقد، بالاضافة إلى أنه يتوافق مع مصلحة المتعاقدين[571]، لكن هذا لم يمنع من وجود عيوب وجهت لهذا المعيار بحيث يتعذر على إثرها تطبيق قانون محل التنفيذ كما لو تعددت أمكنة التنفيذ أو كان محل التنفيذ غير معين في العقد أو تعذر تحديده وهذا ما سنتناوله فيما يلي:

1-في حالة تعدد أماكن التنفيذ: يمكن أن تتعدد أماكن تنفيذ في العقود الدولية، وعليه تتدخل قوانين عدة الدول في التنفيذ، مما يتعذر معه تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الدولية بصفة عامة والمقاولة بصفة خاصة، واقترح بعض الفقهاء في حالة تعدد أماكن التنفيذ اعتماد على تطبيق قانون مكان التنفيذ الأساسي، ومثال ذلك مايمكن اعتباره محلا للتنفيذ الرئيسي في بيع المنقول هو مكان تسليم المبيع مهما يكن مكان الوفاء، وفي عقود التمثيل التجاري هو المكان الذي يمارس الممثل نشاطه[572].

يحكم العقد في حالة غياب إرادة المتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، اللجوء إلى البحث عن القانون الذي يرتبط بالعقد اقتصاديا ارتباطا وثيقا ويتمثل في قانون مكان التنفيذ، ومع ذلك قد يصعب أحيانا تحديد المكان الرئيسي للتنفيذ مما دفع من الفقهاء المعارضين لقانون محل التنفيذ إلى الرجوع إلى تطبيق قانون محل الإبرام [573].

2-في حالة عدم تحديد مكان التنفيذ

وفي حالة تعذر تحديد مكان تنفيذ في العقد، لابد من استناد على معيار آخر لتحديد القانون الواجب التطبيق، فليس من المنطقي الانتظار إلى غاية تنفيذ العقد حتى نعرف مكان التنفيذ، وبالتالي تحديد بسهولة قانون الدولة التي تم فيها التنفيذ، ويرجع السبب ذلك إلى اضطرار القاضي في البحث عن القانون الواجب التطبيق عند سكوت المتعاقدين قبل تنفيذ العقد

---

(571) هشام علي الصادق، مرجع سابق، ص 423.

(572) هشام علي صادق، عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص ص 424-425، انظر أيضا: خالد محمد الترجمان، مرجع سابق، ص 107.

(573) Le contrat de caractére international, et les obligations qui en résultant sont soumis a la loi sous l'empire de laquelle les parties ont entendu se placer, à défaut de la volontéle contrat est régi par la loi avec laquelle il présente par sont économie et notamment par le lieu principal de son execution le lieu le plus étroit.Voir Pierre ENGEL : op.cit.p 113, Voir aussi :

خالد شويرب، مرجع سابق، ص 106.

بسبب نشوب نزاعات قبل تنفيذ العقد ودون تحديد مسبقا لمكان التنفيذ، فلابد في هذه الحالة التوصل إلى مخرج يساعد على تحديد قانون الواجب التطبيق، وبناء على ذلك يستند القاضي إلى البحث في ظروف وملابسات العقد لتحديد القانون الواجب التطبيق [574].

4- تحديد القاضي للقانون الواجب التطبيق وفق ظروف وملابسات العقد.

في حالة عدم إمكان تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد عن طريق محل الإبرام أو مكان التنفيذ، اتجه الفقه إلى بحث عن معيار آخر لإيجاد قانون الواجب التطبيق وهو معيار البحث عن ظروف وملابسات التعاقد، بمعنى البحث عن مختلف الظروف الخارجية المحيطة بالعقد، فيمكن للقاضي اختيار القانون الواجب التطبيق من بين القوانين التي تتنازع في حكم العلاقة التعاقدية والتي تكون أكثر صلة بالعقد وفقا لمقتضيات وظروف التعاقد، وهو ما يمنح للقاضي سلطات واسعة على إثر عرض النزاع عليه[575].

تعرض هذا الرأي لعدة انتقادات بسبب تنوع واختلاف تحديد القانون وفقا لظروف وملابسات العقد من عقد إلى آخر حتى وإن كانت تلك العقود تتمتع بطبيعة واحدة، حيث هذا التباين له أثر كبير في الأحكام الصادرة في هذا الصدد مما يصعب معه إيجاد حل ثابت للمشكلة، وهذا بعكس الضوابط السابقة لأنها ثابتة ومستقرة ولا تتمتع بهذا التباين والاختلاف.

(574) سامي بديع منصور وعكاشة عبد العال، مرجع سابق، ص 389.

(575) الطيب زروتي، مرجع سابق، ص 70.

الفرع الثاني
ضوابط الاسناد ذات الارتباط الاصيل بالمتعاقدين

يلجأ القاضي في حالة غياب إرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي إلى ضوابط إسناد تشير إلى القانون الواجب التطبيق على العلاقة التعاقدية محل النزاع، وهذه ضوابط لها علاقة بالمتعاقدين و منها ضابط الموطن المشترك **(أولا)** وكذلك ضابط الجنسية المشتركة **(ثانيا)**.

أولا: الموطن المشترك كضابط إسناد في عقد المقاولة الدولي

يعد الموطن[576] العامل الثاني الذي يتم من خلاله توزيع الأفراد توزيعا دوليا، إقليميا وجغرافيا، إذ قد يتوطن شخص، يتمتع بجنسية دولة معينة في إقليم دولة اخرى لا يحمل جنسيتها، ويقيم فيها بنية استقرار، ومن ثم ينشأ بينه وبين تلك الدولة صلة اقليمية ومادية فعلية وهو ينطبق على الشخص طبيعيا كان أو معنويا، فالعبرة في توزيع الأفراد بمقتضى الوطن، ليست بتلك الرابطة الروحية المتواجدة في الرابطة الجنسية، وإنما العبرة باتصال شخص باقليم دولة باستقراره عليه واتخاذه منه مركزا لمصالحه[577].

---

(576) **تعريف الموطن لغة** " :الَوطن المَنزِل تُقيُم به، و هو موطن الإنسان و محله، ... و موطَن مكة مواقفها، و هو من ذلكَ وطن بالمكان و أُوطن أقام، الأخيرة أعلى، و أُوطَنهُ : إتخذه وطنا. يقال/ أُوَطن فيها فلاُن أرض كذا و كذا أي إتخذها محلا و َمسَكَنا يقيُم فيها. أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور، مرجع سابق، ص 451.

التعريف (القانوني) للموطن: لقد تطرقت العديد من الدول لوضع تعريف للموطن ضمن تشريعاتها الداخلية، ومن ذلك نجد المشرع المصري في المادة **40** من القانون المدني المصري الذي **عرف الموطن على أنه «المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة»** و هذا في الفقرة الأولى منها وكذلك «**يجوز أن يكون للشخص في وقت واحد أكثر من موطن كما يجوز أن لا يكون له موطن ما**» انظر في ذلك: السيد عبد المنعم حافظ السيد، التعريف بالقانون الدولي الخاص، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، مصر، 2012، ص 59.

(577) بدر الدين عبد المنعم شوقي، العلاقات الخاصة الدولية، أحكام الجنسية – الموطن– مركز الأجانب) دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2007، ص14.

يعبر الموطن في القانون المدني عن موطن الشخص في أي دولة من الدول، وهذا بخلاف الموطن في القانون الدولي الخاص الذي ينصرف إلى اعتباره توطن الشخص في دولة دون غيرها، وعليه يعتمد تحديد الموطن على الربط بين الشخص ومكان أعماله(578)

نصت المادة 39 من **ق.م.ج** على أنه: « **يجوز إختيار موطن خاص لتنفيذ تصرف قانوني معين**»، حيث أخذت جل التشريعات بمعيار الموطن المشترك لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد في حالة غياب قانون الإرادة ومنحته الصدارة والأولوية في التطبيق، وهذا بعكس اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولية للبضائع التي اشترطت اختلاف موطن أطراف العقد وهذا ما نصت عليه المادة الثانية من هذه المادة وتم استبعاد تطبيق قانون الموطن(579).

تطرق المشرع الجزائري في نص المادة 36 من **ق. م.ج** إلى تعريف الموطن بأنه « **موطن كل جزائري هو المحل الذي يوجد فيه سكناه الرئيسي، وعند عدم وجود السكنى يقوم محل الإقامة العادي مقام الموطن**»، كما نصت أحكام الفقرة الثانية في المادة 36 على« و**لايجوز أن يكون للشخص أكثر من موطن واحد في نفس الوقت**».

يلاحظ على المشرع الجزائري أنه لم يعرف الموطن بطريقة مطلقة كما فعلت بقية التشريعات المقارنة والتي اعتمدت مصطلح "موطن كل شخص"، و ذلك لأن استعمال المشرع الجزائري في تعريفه للموطن لعبارة "موطن كل جزائري"، يجعل من هذه المادة لا تتماشى مع جميع نصوص القانون المدني الجزائري المتعلقة بالعلاقات ذات العنصر الأجنبي، كالمواد الخاصة بتنازع القوانين من حيث المكان، واعتبرت المادة 37 **ق. م.ج** من « **يعتبر المكان الذي يمارس فيه الشخص تجارة أو حرفة موطن خاصا بالنسبة للمعاملات المتعلقة بهذه التجارة أو المهنة**»، في حين اعتبرت المادة 38 من أن **ق. م.ج** « **موطن القاصر و المحجور عليه و المفقود و الغائب هو موطن من ينوب عن هؤلاء قانونا**» فمن خلال المواد سابقة ذكر 36 و37 و38 من القانون المدني الجزائري فللموطن اربع صور موطن عام وهو المكان الذي يقيم فيه شخص عادة فلدية إقامة وسكن وفيه وله نية الاستقرار والاعتياد والبقاء في هذا الإقليم، موطن خاص وهو بحيث ليس موطنا عاما وإنما مقر لمباشرة نشاط معين كتجارة أو حرفة، وموطن مختار وهو موطن يختار لتنفيذ عمل قانوني معين ويكون بذلك موطن بالنسبة لكل ما يتعلق بهذا العمل، موطن قانوني: هو موطن لأشخاص لا يستطيعون مباشرة حياتهم القانونية لوجود عارض يمنع ذلك، ويقوم أشخاص اخرين مباشرة أعمالهم القانونية مثل القصر أو الغائب أو المحجور عليهم ...الخ ونفس الشيء الذي أشار إليه المشرع المصري حول تعريف الموطن وصوره. انظر في ذلك: جلال الدين جمال الدين، قانون العلاقات الخاصة الدولية دراسة في ضوء فقه الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص. ص. 41-44.

(578) محمد كمال فهمي، مرجع سابق، ص. ص. 254-256.

(579) انظر المادة 02 من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع.

Voir le cite : *https://uncitral.un.org › conventions › sale_of_goods › cisg*

يعتبر الموطن في القانون الدولي ذو أهمية كبيرة، لأنه ضابط أساسي للإسناد في العديد من القوانين، كما يعد ضابطا للاختصاص القضائي الدولي في بعض الفروض ومثل ما نص عليه في مادة 29 من **ق.إ.م.إ** « **يجوز أن يكلف بالحضور كل أجنبي، وحتى ولو لم يكن مقيما في الجزائر، أمام الجهات القضائية الجزائرية، لتنفيذ الالتزامات التي تعاقد عليها في الجزائر مع جزائري**» ويكون ضابطا في بعض المسائل الشخصية كالأهلية وغيرها كما يكون ضابط لمنح أو كسب الجنسية(580).

نصت الفقرة الثانية من المادة 18 من **ق.م.ج** على ما يلي:«... **و في حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة**» نستنتج من خلال نص المادة السالفة الذكر أنها جعلت ضابط الموطن المشترك أول ضابط احتياطي يتم تطرق إليه في حالة غياب قانون الإرادة، وهذا ماانتهجته العديد من التشريعات العربية لاعتبارها الموطن المشترك ضابط الإسناد الأول في حالة امتناع الأطراف عن تعبير عن إرادتهما في اختيار قانون الواجب التطبيق ومن ذلك نجد المادة **1/20** من **ق.م.ن** أنه « **يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنا**» وهو نفس ما انتهجه المشرع العراقي بموجب المادة **25** من **ق.م.ع** والتي تقابلها المادة **19** من **ق.م.م**(581).

اتجه الفقهاء إلى اعتماد على ضابط موطن المشترك في اختيار القانون الواجب التطبيق ويبررون ذلك في أن قانون الموطن المشترط هو الأكثر دراية ومعرفة لدى الأطراف بسبب اعتيادهم على تنظيم سلوكهم وتصرفاتهم وفقا لأحكام هذا القانون وبالتالي معرفتهم وتوقعهم لآثار إعمالهم لهذا الضابط (582).

---

(580) السيد عبد المنعم حافظ السيد، مرجع السابق، ص. ص. 61-62، انظر أيضا: خالد هشام، المدخل للقانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص. ص.75-90، انظر أيضا: حسام الدين فتحي ناصف، أحكام الموطن في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1995، ص. ص.13 -79.

(581) هشام علي صادق، نظرات انتقادية في نصوص تنازع القوانين من حيث المكان، مرجع سابق، ص. ص.378-380 .

(582) الطيب زروتي، مرجع سابق، ص 206.

نستنتج من خلال الرجوع إلى نص المادة 18 من **ق.م.ج** أن قانون الموطن المشترك للمتعاقدين حظي بمرتبة أولى كضابط إحتياطي قبل قانون الجنسية المشتركة وقانون محل الإبرام، لأنه القانون المعروف عند المتعاقدين وبواسطته قاموا بتنظيم سلوكهم مما يسمح لهم بتوقع كل ما يترتب عنه من آثار، حيث يفترض في العقود الدولية اختلاف موطن االمتعاقدين، يحقق مثل هذا الاختلاف دولية العقد ويعتبر شرطا لإعمال قواعد القانون الدولي الخاص، وهو ما سيؤدي بالقاضي إلى تطبيق ضوابط الإسناد الاخرى(583).

ثانيا: الجنسية المشتركة كظابط إسناد في عقد المقاولة الدولي

تنوعت تعاريف الخاصة بالجنسية بين الفقهاء مما أثار جدلا واسعا انعكس على تشريعات الدول التي عرفت بدورها تغييرات مستمرة حول موضوع الجنسية (584).

تحظى الجنسية بأهمية كبيرة بين الدول لأنها الأداة التي من خلالها يتم تحديد ركن الشعب في الدولة، حيث تساعدنا على التمييز بين المواطن والأجنبي وبالتالي معرفة القواعد الخاصة بالأجانب لكونها رابطة أساسية تربط الفرد بالقانون الدولي، وبناء عليها يمكن تحديد ضوابط الاختصاص القضائي والتشريعي الدوليين(585).

---

(583) ليندة بلاش، إخضاع العقد الدولي للقواعد الموضوعية، مرجع سابق، ص. ص. 401-402.

(584) فجانب من الفقه يرى بأن الجنسية هي أن ينتسب الفرد بصفة قانونية للشعب المكون للدولة، مبّررين بذلك بأن الجنسية هي من مواضيع القانون الخاص، كما أنهم يرون بأن الانتساب القانوني للفرد لدولة معينة يمكنه من كسب حقوق بشكل يميزه عن الأجنبي، في حين ذهب فريق آخر من الفقه إلى القول بأن الجنسية هي عبارة عن رابطة سياسية تربط الفرد بدولة معينة. يجمع الفقه السائد بين الّرأيين السابقين، بحيث يرى بأن الجنسية عبارة عن رابطة سياسية وقانونية بين الفرد والدولة باعتبارها تمثل انتماء الفرد إلى دولة معينة، وبالتالي فالجنسية لا يفهم منها انتماء الشخص كجنس معين، كما يفهم من تعبير اللغة العربية، كما لا يقصد منها انتماء الشخص إلى أمة معينة وفق ما يدل عليه المصطلح. لمزيد من التفاصيل انظر أيضا: محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص. ص.71-77، انظر أيضا:
Mostepha TRARI TANI, William PISSORT & Patrick SAERENS, Droit Commercial International, conforme aux conventions internationales ratifiées par l'Algerie, Ed Berti , Alger, 2007, p. 18

(585)ويتسم ضابط الجنسية بأنه ضابط شخصي وغير إقليمي، فهو مبني على صفة الشخص ودون الاعتداد بالاقليم، وهو ضابط قانوني مبني على فكرة قانونية هي انتماء الشخص للدولة، وهو ضابط عام فهو لا يقتصر على طائفة معينة من المنازعات. صلاح الدين جمال الدين، قانون العلاقات الخاصة الدولية، مرجع سابق، ص 53. انظر في ذلك: هشام خالد، المدخل للقانون الدولي الخاص العربي (دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 2006، ص. ص.42-44، انظر ايضا: السيد عبد المنعم حافظ السيد، مرجع سابق، ص 58.

تفاوتت مختلف التشريعات حول درجة الأفضلية الممنوحة لقانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين، وهو نفس ما انتهجته الأحكام القضائية فمنها من اعتبرت قانون الجنسية المشتركة قرينة على الإرادة المفترضة، ومنها من اعتبرته على أنه دليل على الإرادة الضمنية لمركز الأعمال المشترك، ولكن تعرض ضابط قانون الجنسية المشتركة إلى النقد حيث لايمكن التعويل عليه في العقود الدولية فهي لا تعد عنصرا مؤثرا في هذا النوع من العقود[586].

يعود السبب في نشأة مشكلة تعدد الجنسيات في العالم إلى إقرار القانون الدولي العام بالإختصاص المنفرد والمانع للدولة في المسائل الجنسية، فإتفاقية لاهاي المبرمة في **12-04-1930** المتعلقة بحل بعض مشاكل إزدواج الجنسية[587] والتي من المفروض أن تقدم حلولا للمشكلة، إلا أنها أخذت منهجا آخر اعترفت فيه صراحة بالإختصاص المانع للدولة والذي يشكل عقبة للقضاء على هذه الظاهرة، فقد نصت في مادتها الأولى على أنه « **يعود لكل دولة أن تحدد بموجب تشريعات من هم وطنيوها**» ، وعليه فكل دولة لها الحق في تحديد ضوابط جنسيتها بشكل مستقل عن دول أخرى سواء من حيث اكتسابها أو فقدها بما يخدم مصالحها الخاصة وسياستها السكانية، دون مراعاة مقتضيات الحياة المشتركة في الجماعة الدولية، ودون إعارة الاعتبار لما قد يحدث من مشاكل للأفراد، والتي من بين هذه المشاكل ظاهرة تعدد الجنسيات[588].

(586) فالقانون المدني الإيطالي منح قانون الجنسية المشتركة الموقع الأول في الترتيب، وفضلها على قانون دولة محل ابرام العقد، كما فعل المشرع الجزائري، وهي نفس الأفضلية التي منحها القانون الإسباني، فجعله قبل قانون الموطن المشترك وقانون محل ابرام العقد. انظر في ذلك: صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 332، انظر أيضا: هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص .75

(587) اتفاقية لاهاي 1930/04/12 المتعلقة بتنازع القوانين حول الجنسية.

https :www.legimonaco.mc/305/legi

(588) عبد الكريم بلعيور، «**ظاهرة ازدواج الجنسية أو تعددها (أسبابها، مشاكلها، حلولها)**»، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، ع 1، 2010، كلية الحقوق، ، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، ص. ص.27- 55.

نستنتج أن المشرع الجزائري فتح مجالا واسعا لانتشار ظاهرة تعدد الجنسيات وذلك من خلال تعديل قانون الجنسية[589] لاسيما نص المادة 3 من ق.ج.ج حيث كانت تشترط التخلي عن الجنسية الأصلية لاكتساب الجنسية الجزائرية، ولكن في تعديل قانون جنسية الأخير أجاز قانون للأجنبي الإحتفاظ بجنسيته مع إمكانية حصوله على الجنسية الجزائرية، ولا يخفى علينا أن المشرع الجزائري أقر بمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في منح الجنسية الأصلية وهذا وفق نص المادة 06 من ق.ج.ج [590]، وعلى ذلك فإن كانت الأم جزائرية مثلا، وكان الأب فرنسي أو مصري، فإن الطفل سيولد وهو يحمل جنسيتين، جنسية الأم، وجنسية دولة الأب.

وعليه فإن ظاهرة تعدد الجنسيات وفق قانون الجنسية الجزائري ممكنة في فروض عديدة، لذلك تدخل المشرع الجزائري لحسم هذه المشكلة من خلال إيجاد حل تمثل في تكريس قاعدة فردية مقررا بموجبها الاعتداد بالجنسية الجزائرية دون غيرها من الجنسيات الأخرى سواء كانت أصلية أو مكتسبة أو داخل الإقليم الجزائري أو خارجه[591] وهذا حسب نص المادة2/22 **ق.ج.ج بنصها «...غير أن القانون الجزائري هو الذي يطبق عندما تثبت للشخص في وقت واحد الجنسية الجزائرية بالنسبة إلى الجزائر، وجنسية أخرى بالنسبة لدولة أو عدة دول أجنبية** » .

استخلص المشرع الجزائري هذا الحل من اتفاقية لاهاي المبرمة في 12 أفريل 1930 والتي نصت في مادتها الثانية **على أن « كل شخص يتمتع بجنسيتين أو أكثر،**

(589) فقررت أول مرة المحكمة الفيدرالية صراحة كيفية تحديد محل تنفيذ حسب قرار صادر في تاريخ 1918/10/11 والذي أرجع فيه في حالة سكوت المتعاقدين يعود الاختصاص لقانون محل تنفيذ العقد وهو ماذهب اليه القضاء الألماني والقضاء الفرنسي في حالة سكوت الاطراف عن تحديد القانون الواجب التطبيق الذي يحكم عقدهما واتجهوا الى تطبيق قانون دولة تنفيذ العقد. انظر في ذلك: مصطفى عبد الله عالم، مرجع سابق، ص90، انظر أيضا:
Pierre ENGEL, la determination des points de rattachement en droit international prive, universite genève, Paris, 1953, p113.

(590) تنص المادة 06 من قانون الجنسية الجزائري على أنه« **يعتبر جزائريا الولد المولود من أب جزائري أو أم جزائرية**

(591) بلقاسم أعراب، القانون الدولي الخاص الجزائري، (تنازع الاختصاص القضائي الدولي ، الجنسية) ، ج2، ط2، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص 166.

يمكن أن تعتبره كل الدول التي له جنسيتها من رعاياها» هذا ما سلكته العديد من التشريعات العربية منها واللاّتينية، كما طبقته أحكام القضاء في العديد من الدول[592].

يرجع السبب في الاعتماد على قانون الدولة لما يعتبر الشخص من مواطنيها في أنه لا يمكن إنكار هذه الصفة سواء من أي سلطة قضائية أو إدارية لأنها تستمد صلاحياتها ومهامها من نفس النظام القانوني الذي منح الصفة الوطنية للشخص الذي كان أجنبي عنها[593] ، وعليه إذا منح قانون الجزائري الجنسية لشخص ما، فلا يمكن للسلطات الجزائرية أيا كانت الاعتراض على ذلك، وإن حدث واعترضت فإنها تكون بذلك قد خالفت النظام القانوني المستمدة منه سلطاتها وتستوحي منه ولايتها، وهذا ما عبر عنه الأستاذ Batiffol" بقوله:"إن القانون الفرنسي هو الذي يحدد من هو فرنسي، وما على القاضي الفرنسي إلا تطبيق هذا الحكم، حتى وإن وجد قانون آخر منح جنسيته لنفس الشخص الذي

(592) أخذت به التشريعات العربية ، المادة 25 مدني مصري ، وهي مطابقة للمادة 2/22 مدني جزائري ، و قد أوضحت المذكرة الإيضاحية للقانون المصري علة الأخذ بهذا الحكم ، فقالت "أن تغليب الجنسية المصرية عند تزاحمها مع غيرها من الجنسيات التي يتمتع بها شخص واحد، هو مبدأ عام استقر في العرف الدولي ، باعتبار أن تحديد الجنسية مسألة تتعلق بالسيادة و لا يقبل أن يحتكم في شأنها لغير قانونها " كما أخذ بهذا الحل أيضا القانون السوري المادة 27 مدني سوري ، والقانون الأردنى المادة 26 مدني أردني، أما التشريعات الغربية فهي الأخرى أخذت بهذا الحل نذكر منها، القانون البولوني م 1/20 من القانون الدولي الخاص البولوني لسنة 1986، القانون البرتغالي المادة 27 من قانون الجنسية البرتغالية لسنة، 1981 والقانون الاسباني المادة 2/29 مدني اسباني ، انظر في ذلك: عكاشة محمد عبد العال، الوسيط في أحكام الجنسية اللبنانية ، دراسة مقارنة مع التشريعات العربية، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت، لبنان، 2001، ص. ص. 171 172، أنظر أيضا: الطيب زروتي، الوسيط في الجنسية الجزائرية، دراسة تحليلية مقارنة بالقوانين العربية والقانون الفرنسي، مطبعة الكاهنة ،الجزائر، 2002 ص193. فقد أخذ به القضاء اللبناني في العديد من المناسبات، ومن ذلك حكم لمحكمة التمييز، قررت بموجبه الهيئة العامة أن التفضيل بين الجنسيتين اللتين قد تكونان للزوجة يبقى للزوجة اللبنانية حفاظا على سيادة القانون الوطني وفي حكم آخر لذات المحكمة قضت فيه "بأن التنازع الحادث في المسألة المثارة بين القانون اللبناني والقانون اليوناني تقتضي من القاضي أن يطبق قانونه، أي القانون اللبناني فيما يخص الجنسية المنازع عليها"،كما أخذ بهذا الحل القضاء الفرنسي أيضا، حيث قضت محكمة إستئناف ميولز في 4 – 11 – 1950 بأن المرأة =الفرنسية التي تتزوج من شخص يتمتع في وقت واحد بالجنسية الفرنسية والجنسية السويسرية لا يعد زواجا مبرما مع أجنبي وأن تلك الرابطة تعد رابطة وطنية بحتة، ولا محل من ثم بأن تتمسك بالمادة 94 من قانون الجنسية التي تعطي للفرنسية التي تتزوج من أجنبي الحق في التخلي عن الجنسية الفرنسية بقصد الدخول في جنسية زوجها بفعل هذا الزواج. انظر في ذلك: عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص. ص. 175 – 176.

(593) بلقاسم أعراب، مرجع سابق، ص 166.

اعتبره القانون الفرنسي من الفرنسيين."[594]، وينسجم هذا الحل مع مبدأ لكل دولة تتمتع بالسيادة الحق في اختيار مواطنيها ولا دخل لأية دولة اخرى في ذلك[595] .

نصت أحكام الفقرة الثانية من المادة 18 من **ق.م.ج** على أنه: :«... **و في حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة**»

نستنتج من خلال نص المادة السابقة الذكر أن المشرع الجزائري أضاف معيار الجنسية المشتركة كظابط إسناد إحتياطي بعد قانون الموطن المشترك في حالة عدم تواجد موطن واحد للأطراف المتعاقدة وبذلك أخذ بمبدأ التدرج في إعمال الضوابط الإحتياطية، ويبرر تبني المشرع الجزائري لمعيار الجنسية المشتركة لذات الأسباب التي تبناها في الموطن المشترك وهي أن الأشخاص يكونون في الغالب على دراية بقوانين الدولة التي يتمتعون بجنسيتها [596].

تبنت معظم التشريعات الوطنية معيار الجنسية المشتركة للأطراف كظابط إحتياطي يتم اللجوء إليه في حالة غياب قانون الإرادة، غير أن الاختلاف يكمن في عملية ترتيب هذا الضابط عن غيره من الضوابط الأخرى، وهناك من التشريعات من لم تعتد بقانون الجنسية كضابط إحتياطي، كما هو الحال بالنسبة للمشرع الأردني حيث نصت أحكام المادة 20 من **ق.م.ن** على أنه « **يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الموطن المشترك للأطراف فإن لم يتحدا من حيث الموطن فيطبق قانون الدولة التي أبرم فيها العقد ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك**» أي عند غياب قانون الإرادة وهو نفس التوجه الذي انتهجه المشرع المصري ضمن أحكام المادة 19 من **ق.م.م** و المادة 25 من **ق.م.ع**[597].

---

(594) رأي الأستاذ Batiffol "" مشار إليه في كتاب محمد طيبة: الجديد في قانون الجنسية الجزائرية والمركز القانوني لمتعدد الجنسيات، ط 2، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2006، ص 65.

(595) أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 103، انظر أيضا: عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 169، انظر أيضا: الطيب زروتي، مرجع سابق، ص 192، انظر أيضا: إيناس محمد البهجي، يوسف المصري: دراسات في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص. ص. 41-42، انظر أيضا: محمد كمال فهمي، مرجع سابق، ص. ص. 227-230.

(596) سمير خليفي، حل النزاعات في عقود التجارة الإلكترونية، مذكرة لنيل درجة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2010، ص 43.

(597) غالب علي الداودي، حسني محمد الهداوي: القانون الدولي الخاص (الجنسية) الموطن، مركز الأجانب، و أحكامه في القانون العراقي، ج1، دار الثقافة، عمان ، الأردن، 1990، ص 132 .

لم تهتم الاتفاقيات الدولية بدورها بضابط الجنسية كمعيار يتم الاعتماد عليه لإيجاد قانون يحكم العقد الدولي، ومن ذلك نجد **ت.ر** لسنة 1980 ضمن المادة 4 منها و التي جاءت تحت عنوان القانون المطبق في حالة غياب الاختيار، حيث نصت الفقرة الأولى من هذه المادة على أنه : «**إذا لم يتم إختيار القانون الواجب التطبيق على العقد وفقا لأحكام المادة الثالثة من هذه الإتفاقية فإن العقد يخضع لقانون البلد الذي يرتبط به إرتباطا وثيقا، كما نصت على إمكانية تجزئة العقد إذا كان جزءا من هذا الأخير له صلة أوثق مع بلد آخر**».

لا يتمتع الإسناد إلى الجنسية المشتركة أو الموطن المشترك للمتعاقدين أي أهمية في العقود الدولية لأنهما ليست لهما صلة وثيقة بالرابطة التعاقدية أو العقد فهو غير خاضع لشخصية المتعاقدين، ومن ثم غير مهم البحث في قانون الجنسية أو قانون الموطن عن ضابط موضوعي يوحي بوجود علاقة وثيقة بين القانون والعقد[598].

وبناء عليه فإن المعوقات والصعوبات التي يثيرها الإستناد إلى ضابطين السابقين بسبب عدم قدرتهما على تحديد القانون الواجب التطبيق بصورة أكثر موضوعية وأكثر تماشيا مع مقتضيات العالمية، فلا بد من إعطاء القاضي حرية أكبر في تحديد قانون العقد حسب كل حالة على حدى وذلك إما من خلال البحث القاضي في ظروف وملابسات العقد كونهم لم يحددوا لا صراحة ولا ضمنا قانون العقد، أو ببحث عن مكان التمركز الموضوعي للعقد ليطبق عليه قانون هذا المكان[599].

---

(598) عز الدين عبد الله، اتجاهات القضاء في تطبيق قواعد الإسناد في مواد الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص. ص. 100-106.

(599) الاجتهاد الفرنسي غني بالأمثلة التي تشير إلى دور القاضي ومنها قرار محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1959/07/06، حيث قام القاضي باستخلاص القانون المطبق من خلال طبيعة العلاقة العقدية ومن خلال ظروف الدعوى، قرار محكمة النقض الفرنسية تاريخ 1971/06/29 التي رأت أن دور القاضي يجب أن ينصرف إلى البحث عن التركيز الموضوعي للعقد من خلال نقاط ارتباطه بعدة دول موضوعيا. انظر في ذلك: محمد وليد المصري، مرجع سابق، ص 187.

المطلب الثاني

الإسناد المرن لحل تنازع قوانين في عقد المقاولة الدولي

لاشك أن الإسناد الجامد للعقود الدولية، عن طريق الضوابط السابقة، يشد الانتباه تجاه عنصر لا يمكن تجاهله عند البحث وهو القانون أوثق صلة بالعقد، إلا أنه يندر تطبيقه دون أن تثار صعوبات، وهذا بالذات ما دفع بجانب من فقه القانون الدولي المعاصر إلى تفضيل الإسناد المرن للعقود الدولية، في ضوء فكرة محل الأداء المميز(**المطلب الأول**)، وفكرة التركيز الموضوعي وفقا لظروف وملابسات التعاقد (**المطلب الثاني**).

الفرع الأول

الإسناد إلى قانون دولة محل إقامة المدين بالأداء المميز للعقد.

تعد فكرة محل الأداء المميز للعقد أهم ضابط موضوعي لتعيين القانون الذي يحكم العقد، بل أحد أهم المبادئ الرئيسية لقانون المعاملات الدولية، ولهذا سنتناول مفهوم الإسناد إلى قانون دولة محل إقامة المدين بالأداء المميز للعقد (أولا)، وتبيان موقف بعض الاتفاقيات الدولية من فكرة محل اقامة المدين بالأداء المميز للعقد (**ثانيا**).

أولا: مفهوم الاسناد إلى قانون دولة محل إقامة المدين بالأداء المميز للعقد

لتحديد فكرة الأداء المميز للعقد كضابط رئيسي لاختيار القانون الواجب التطبيق لابد من وصول لتعريف معين لهذا المعيار من خلال تحديد خصائصه و حالة التي يتعذر فيها بالأخذ بهذا المعيار لكونه ليس قانون أكثر صلة بالعقد وهذا ما سنتطرق له فيما يلي:

1-تعريفه: يعني محل الأداء المميز للعقد هو المحل الذي يتم فيه تنفيذ الالتزام الرئيسي، الذي يتميز به عن غيره من الالتزامات التي يفرضها العقد، والراجح أن يتم التنفيذ الفعلي له في محل إقامة المدين به، مما يفسر إسناد العقد لقانون محل إقامة المدين بالأداء المميز[600].

(600) صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص 336، انظر أيضا: هشام علي صادق: مرجع سابق، ص 425، انظر أيضا: حسام الدين فتحي ناصف، مرجع سابق، ص 53.

Jerome HUET, le droit applicable dans les réseaux numériques, op.cit, p13.

يرتكز الأخذ بمعيار قانون دولة محل إقامة المدين بالأداء المميز للعقد على فكرة التركيز الموضوعي المسبق للعقد من خلال تحليل طبيعته الذاتية للعقد، والتي تمكننا منذ البداية من تحديد الأداء المميز في العقد، فبناء على ذلك يقوم القاضي بإسناد العقد مع الأخذ بمحل إقامة المدين بالأداء المميز وقت التعاقد حفاظا على توقعات المتعاقدين، ولقد أخذت به **ت.ر** روما 1980 في شأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية في المادة الرابعة(601).

2- خصائص الاسناد إلى قانون دولة محل إقامة المدين بالأداء المميز للعقد

يتميز ضابط قانون دولة محل إقامة المدين بالأداء المميز للعقد بعدة خصائص نذكر منها:

أ- يقوم قانون دولة محل إقامة المدين بالأداء المميز للعقد على فكرة التركيز الموضوعي التام وفقا للطبيعة الذاتية للعقد، بغض النظر عن دراسة ظروف وملابسات التعاقد، أو البحث في إرادة المتعاقدين (602).

ب- يتم التحديد الدقيق للقانون الأوثق صلة بالعقد عن طريق تحديد القانون الواجب التطبيق وفقا للطبيعة الذاتية للعقد.

ت- يتميز هذا معيار عن بقية المعايير السابقة أنه تحديده يتم بطريقة مرنة يختلف حسب كل عقد على حدى، فيؤدي بدوره إلى اختلاف القانون الواجب التطبيق بحسب طبيعة العقد محل النزاع، وعليه يسمح الأداء المميز بوصف العقد وتمييزه عن العقود الأخرى(603).

ث- تبقى الميزة الأساسية للإسناد وفق هذا الأسلوب، وهي في كونه إسنادا مسبقا لا يختلف من عقد إلى أخر إذا كان من العقود ذات الطبيعة الذاتية الواحدة، لأنه يتشكل بناء على افتراض مسبق مفاده أن محل تنفيذ الأداء المميز هو موطن المدين بهذا الأداء فيحفظ توقعاتهم المشروعة في شأن العلم بالقانون الذي يحكم عقدهم، ويكفل لهم على

(601) هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 458، انظر أيضا: حسام فتحي الدين ناصف: مرجع سابق، ص 530.

(602) هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 437.

(603) حسام الدين فتحي ناصيف، مرجع سابق، ص 54.

هذا النحو الاستقرار المطلوب في العلاقات التجارية الدولية[604]، وهو نفس توجه الفقهاء والقضاة والقانونيين أثناء تحديدهم المقصود بالأداء المميز بالنسبة لكل طائفة من العقود ذات طائفة واحدة، فمثلا اعتبار التزام المقاول بتسليم المقاولة الهدف الرئيسي في عقود المقاولة، ومن ثم يعتبر هو الأداء المميز في هذا العقد[605].

2-التحفظ الاستثنائي على الإسناد إلى قانون دولة محل إقامة المدين بالأداء المميز للعقد.

يصعب أحيانا على القاضي تحديد الأداء المميز في العقد وبالتالي يتعذر تحديد القانون الواجب التطبيق، ويمكن في حالة اخرى يستطيع تحديد الأداء المميز لكن ظروف التعاقد وملابساته تشير إلى وجود قانون آخر أوثق صلة بالرابطة التعاقدية، ويصبح هذا المعيار لا أهمية له بظهور معيار آخر لانتفاء افتراض بأن محل إقامة المدين بالأداء المميز هو أقرب القوانين صلة بهذه الرابطة [606]، ولتدارك الموقف بالنسبة لأنصار قانون دولة محل إقامة المدين بالأداء المميز للعقد أدرجوا تحفظا استثنائيا تمثل في تمكين القاضي خلال تحديده للأداء المميز للعقد من قيام بتركيز العقد وفق ظروف وملابسات التعاقد، والتي قد تكشف عن ارتباط العقد بصلة أوثق بقانون دولة أخرى غير تلك التي يقيم فيها المدين بالأداء المميز [607].

---

(604) صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص. ص. 338-339.

(605) هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 448.

هناك بعض العقود ذات الطبيعة المركبة تتساوى فيها الالتزامات من ناحية الأهمية على النحو الذي يمكن أن يعتبر كل منهما أداء مميزا للعقد، مثل عقود المقايضة وغيرها لاسيما في حالة ابرام العقود عن طريق وسائل الاتصال الحديثة التي قد يتم عن طريقها جميع مراحل ابرام العقود من بدء من المفاوضات التي تتم فيها تبادل المعلومات إلى غاية تنفيذ العقد فمن خلالها تزداد صعوبة في تحديد الأداء المميز في عقد بين طرفين مثل في حالة تبادل معلومات عبر شبكة الانترنت وبالتالي يكون لكلاهما التزامات متساوية فأيها يمكن اعتبارها أداء مميزا للعقد. مما يصعب معه اختيار القانون الواجب التطبيق. انظر في ذلك حسام الدين ناصيف، مرجع سابق، ص 56.

(606) Rosario DUASO CALES, op.cit, p7.

(607) هشام علي الصادق، مرجع سابق، ص 462.

ثانيا: موقف بعض الاتفاقيات الدولية من معيار محل اقامة المدين لحل تنازع القوانين

نصت إتفاقية روما في حالة سكوت المتعاقدين عن اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد صراحة أو ضمنا عن ضابط احتياطي تمثل في القانون الأوثق صلة بالعقد مما يفيد عن إقرارها بوجود ضوابط أخرى مثل قانون دولة المدين بالأداء المميز وذلك من خلال نص المادة 4 من اتفاقية روما بنصها «**أنه في حالة عدم اختيار القانون المطبق وفقا للمادة الثالثة يطبق على العقد قانون الدولة التي يرتبط بها بصلة وثيقة، وإذا كان جزء من العقد يقبل الانفصال عن الأجزاء الاخرى وكان هذا الجزء له صلة وثيقة مع دولة اخرى فإنه يجوز تطبيق قانون الدولة بصفة استثنائية على هذا الجزء**»(608).

نلاحظ أن هذه الإتفاقية أخذت بالمبدأ العام من خلال تأكيدها على خضوع العقد في حالة سكوت المتعاقدين عن اختيار القانون الواجب التطبيق إلى القانون ذو الصلة الأقرب بالرابطة التعاقدية، وأجازت ذات اتفاقية للقاضي بتجزئة العقد وإخضاع كل جزء منه إلى قانون معين وذلك على سبيل الاستثناء وليس العموم حفاظا وحدة العقد ، فيبحث القاضي عن عنصر الأكثر ارتباطا بالعقد وعن مركز القوة في العملية التعاقدية، وبذلك تكون اتفاقية روما قد جمعت بين الإسناد والمرن (609).

نصت اتفاقية لاهاي لسنة 1955 في المادة **02/4** ما يحدد الأداء المميز مع مراعاة الفقرة **5** من نفس المادة، فيفترض أن العقد يكون أوثق ارتباطا بالبلد الذي يقيم فيه الطرف الذي يقوم بالأداء المميز(610)، وذلك بتوفر شروط معينة تتمثل في:

1-أن تكون طبيعة العلاقة العقدية تقبل التجزئة:

لا يمكن إخضاع العقد لقوانين متعددة إذا كانت بعض عناصره لا تقبل التجزئة من حيث طبيعتها، ولهذا لا بد أن تكون عناصره قابلة للتجزئة من أجل إخضاعها للقانون آخر، ويشترط أن تكون تلك العناصر القابلة للتجزئة مرتبطة بقانون دولة اخرى ليست نفس الدولة

Article 4/1 du convention de la rome dispose **: Loi applicable a défaut de choix : Dans la mesure ou la loi applicable au contrat n'a pas été choisie conformément aux disposition de l'article 3 , le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens étroits** " .

(608) اتفاقية روما حول القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية المبرمة في روما في 19 جوان 1980.
http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A41998A0126%2802%29

(609) خالد شويرب، مرجع سابق، ص 170.

(610**) Yvon LOUSSOUARN & Pierre BOUREL,** Droit international privé, op.cit, p396. La prestation caractéristique est : « celle qui permet de distinguer un contrat d'un autre ». **Pierre MAYER, Vincent HEUZE,** Droit international privé, op.cit, p.490.

التي تخضع فيها بقية العناصر الأخرى لقانونها، لأن هناك عناصر قابلة للتجزئة لكنها لا ترتبط بقوانين أخرى بل بقانون واحد.

2-أن تكون الصلة بقانون دولة اخرى وثيقة: ويعتبر من أهم الشروط فلا تحقق التجزئة برغم من وجود الشرطين السابقين إلا بتوفره بسبب أن وجود عناصر قابلة للتجزئة ليس لها صلة وثيقة بقانون دولة أخرى يؤدي إلى منع التجزئة، فيتم الأخذ بالقانون الذي يحكم كامل العلاقة التعاقدية حسب المادة 4 من اتفاقية السابقة.

3-أن يتم تطبيق هذا القانون كحالة استثنائية:

وفق هذه اتفاقية أجازت تجزئة العقد مما يترتب عنه تطبيق عدة قوانين في أجزاء متعددة من العقد، بالرغم من أن القاعدة العامة هي تطبيق قانون واحد على كامل العقد، وعليه فاتفاقية روما أخذت اتجاها معاكسا للاتجاه الحديث، الذي يمنح القاضي عند تحديد القانون الأوثق صلة بالعقد الرجوع إلى عدة قوانين للفصل في العلاقة التعاقدية لكن بشرط توفر الشروط السابقة كاملة، وأن يتم ذلك بصفة استثنائية وهو أمر يرجع إلى القاضي الذي يتمتع بالسلطة التقديرية الذي بإمكانه اعتبار القانون المطبق كواقعة [611].

لقد حددت اتفاقية روما كيفية تحديد القانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية بواسطة تحديد المعيار المؤكد للصلة الوثيقة وهو قانون الدولة المدين بالأداء المميز أثناء مرحلة إبرام العقد ما لم يتضح من ظروف أن هناك قانون أخر له صلة بالرابطة العقدية [612]، وعليه الأداء المميز وفق **ت.ر** حسب المادة 4 منها هو الالتزام الرئيسي والجوهري الذي يفرضه العقد لحظة إبرامه هو قانون دولة الطرف المدين بالالتزام الرئيسي

سلكت اتفاقية لاهاي الصادرة في 1986/12/22 والمتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على البيع الدولي للبضائع نفس منهج اتفاقية روما من حيث اختلاف الأداء المميز من عقد إلى آخر، فمثلا في عقد البيع يكون الأداء المميز هو الالتزام بالدفع، بينما في عقد التأمين يتمثل الاداء المميز التزام المؤمن بتغطية المخاطر المؤمن ضدها، وبالتالي يخضع هذا

---

(611) خالد شويرب، مرجع سابق، ص. ص. 170-171.

(612)Article 4/2 convention du rome 1980 : **« sous réserve de paragraphe 5 , il est présumé que le contrat , présent les liens les plus étroits avec le pays ou la partie qui doit fournir la présentation caractéristique , au moment de la conclusion du contrat "**

العقد لقانون محل إقامة الممؤمن بوصفه المدين بهذا المدين، وفي عقد المقاولة هو الالتزام بتسليم العمل للمقاول وغيرها.

ولقد نصت المادة 8 [613]من اتفاقية لاهاي في حالة سكوت المتعاقدين عن تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد بيع دولي للبضائع على تطبيق قانون دولة منشأ البائع وذلك لأن الالتزام الرئيسي في عقد البيع حسب هذه الاتفاقية هو تسليم البضاعة المباعة، وعليه فإن العمل بتطبيق قانون إقامة البائع بالنسبة للشخص الطبيعي أو قانون مركز إرادته إن كان شخصا معنويا ماهو إلا تطبيق لأحكام اتفاقية روما السابقة التي أخذت بفكرة أن المدين هو البائع والأداء المميز هو تسليم البضاعة، وهذا ما يؤكد اعتراف اتفاقية لاهاي ضمنيا بفكرة الأداء المميز [614].

يقع قانون دولة المدين بالأداء المميز في مركز وسطي بين ما تعترف به الضوابط العامة في تحديد القانون الأنسب من خلال توقعات المتعاقدين مسبقا للقانون المطبق في حالة سكوتهما، لا سيما وأنه في بعض الأحيان يكون قانون دولة المدين بالأداء المميز هو نفسه قانون دولة تنفيذ العقد أو قانون دولة إبرام العقد، وبين تحديد قانون الأوثق صلة بالعقد حسب ظروف وملابسات التعاقد لاختلاف الأداء المميز من عقد إلى آخر بحسب طبيعة كل عقد على حدى دون أن يفقد الأداء المميز طبيعته الواضحة والمحددة [615].

افترضت المادة الرابعة من اتفاقية لاهاي القانون الأوثق صلة لقانون دولة الطرف المدين بالأداء المميز، وفصلت فيما إذا كان هذا الطرف شخصا طبيعيا فالأداء المميز يكون من خلال تحديد الإقامة الاعتيادية للطرف أثناء إبرام العقد أو شخصا معنويا ويتم تحديد الأداء المميز من خلال مركز إدارته.

(613) Article 8/1 convention la haye **« Dans la mesure ou la loi applicable a la vente n'a pas été choisie par les parties conformément aux disposition de l'article 7 , la vente est régi par la loi de l'état dans lequel le vendeur a son établissement au moment de la conclusion du centre "**

(614) صفوت أحمد عبد الحفيظ أحمد، دور الاستثمار الأجنبي في تطوير أحكام القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص. ص. 194-195، انظر أيضا: هشام صادق، نظرات انتقادية في نصوص تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 380.

(615) خالد شويرب: مرجع سابق، ص 170.

يفرق الأداء المميز بين عقد وآخر، ومثال ذلك عقد بيع بضائع فإن المدين بالأداء المميز هو البائع ولا يمكن أن يكون المشتري لأن التزامه يتمثل في دفع ثمن البضاعة المشتراة وهو التزام مشترك في العديد من العقود وبذلك لا يوجد فيه ما يعبر عن ميزة خاصة وعليه فالأداء المميز في عقد البيع هو محل إقامة البائع وفقا لاتفاقية لاهاي السابقة(616).

يرتكز الأداء المميز في حالة ما إذا كان الشخص الذي أبرم العقد شخصا معنويا أو مؤسسة أو جمعية أو غيرها، على مكان الإدارة الرئيسي لشخص اعتباري، وعليه يكون هذا الشخص هو المدين بالأداء المميز، لذلك يتولى القاضي الفصل في نزاع وفق قانون مركز الإدارة الرئيسي عند التعاقد، وإذا تم إبرام عقد متعلق بنشاط مهني لهذا الطرف، فيترتب عليه حسب المادة 4 السابقة الذكر تطبيق قانون دولة التي تتمركز فيها المنشأة الرئيسية لهذا المهني وقت إبرام العقد كأصل عام، لكن يحدث أن يتم تقديم العمل من قبل المنشأة الفرعية، ففي هذه الحالة استثناء نصت ذات المادة على أن الاختصاص للقانون الدولة التابع لها المنشأة الفرعية وقت إبرام العقد (617).

لا يتم إعمال فكرة الأداء المميز بصفة مطلقة بل ترد عليها عدة استثناءات تحد من إطلاقها ويتم ذلك في الحالات التي يتعذر فيها على القاضي تحديد الأداء المميز، أو أنه استطاع تحديد الأداء المميز لكن اتضح من ظروف وملابسات التعاقد على وجود قانون آخر أكثر صلة بالرابطة التعاقدية، ويرجع سبب الخروج الإستثنائي عن عدم إعمال الأداء المميز في أن هناك حالات يصعب فيها تحديد الأداء المميز مثل تساوي الالتزامات بين الطرفين مما يصعب تركيز الأداء المميز الذي يختلف من عقد إلى آخـــر بحسب الأداء الأساسي فيه، وهو ما وضحته المادة 1/4 من اتفاقية روما (618).

---

(616) Pierre Mayer : op.cit. p471.

Voir aussi : G.A.L.DROZ, Cour général de droit international privé, recueil des cours académie de droit international, Ed Dalloz, Paris, 1999, p.p. 257-259,Voir aussi Olivier CACHARD, la régulation internationale de marché électronique, thèse pour le doctorat en droit, Université Panthéon- Assas, Paris2, 2001,p. p.144-162.

(617) شويرب خالد، مرجع سابق، ص 172.

(618) حيث تنص المادة 4/4 من اتفاقية روما على

: « Lorsque la loi applicable ne peut être déterminée sur la base des paragraphes 1 ou 2, le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits ».

حيث تنص المادة 4/1من اتفاقية روما على

: «À défaut de choix exercé conformément à l'article 3 et sans
préjudice des articles 5 à 8, la loi applicable au contrat suivant est déterminée comme suit: a) le contrat de vente de biens est régi par la loi du pays dans lequel le vendeur a sa résidence habituelle.

قامت اتفاقية روما بخلق حلول لتحديد القانون الواجب التطبيق في حالة غياب قانون الإرادة من خلال تحديد قانون دولة المدين بالأداء المميز وفقا لعدة احتمالات سهلت على القاضي تفادي الوقوع في مشكل حول هذا القانون، ولم تكتف فقط هذه الاتفاقية بتحديد قانون الواجب التطبيق بل تناولت مسألة الإحالة، مع منح إمكانية الإحالة في حالة اختيار المتعاقدين لذلك ، بل شملت القاضي والمتعاقدين في حالة سكوتهما عن ذلك عند اختيار القانون الواجب التطبيق، وعليه فعند الإحالة إلى قانون دولة المدين بالأداء المميز سواء كانت دولة إقامة معتادة أو المركز الرئيسي للمؤسسة وقت إبرام العقد فالمقصود هنا تطبيق القواعد الموضوعية من أجل تمكين المتعاقدين من معرفة محتواه [619].

نصت المادة 4 من الاتفاقية السابقة الذكر عدم الأخذ بتعديلات التي تطرأ على القانون بعد التعاقد من خلال اشتراطها أن تحديد الأداء المميز يتم وقت إبرام العقد وهذا غير صحيح ذلك لأن المقصوقد من المادة بذكرها " وقت إبرام العقد"، هو منع محاولة المتعاقدين التحايل على القاضي بتغيير مثلا المدين لإقامته بعد التعاقد إذا كان شخصا طبيعيا أو تغيير كذلك المركز الرئيسي تهربا من القانون الذي من المفترض أن يكون مخصصا[620]، ولم تكتف اتفاقيات الدولية بمعيار فكرة الأداء المميز لتحديد القانون الواجب التطبيق على عقد الدولي بصفة عامة ومقاولة بصفة خاصة، بل استندت إلى ظروف وملابسات العقد كمعيار آخر لتحديد القانون الواجب التطبيق.

(619) خالد شويرب، مرجع سابق، ص 173.

(620) هشام علي صادق، نظرات انتقادية في نصوص تنازع القوانين من حيث المكان، مرجع سابق، ص. ص.381-388.

الفرع الثاني

اسناد إلى قانون الدولة وفق ظروف وملابسات عقد المقاولة الدولي

رأينا سابقا أن فكرة الأداء المميز المعتمد عليها في حالة غياب الاختيار الصريح لقانون العقد تتحقق من خلال البحث عن التزام الرئيسي والجوهري في عقد لتحديد القانون الواجب التطبيق، مما قد يتعذر تطبيق فكرة الأداء المميز في بعض الأحيان لصعوبة وعدم القدرة على تحديد هذا الإلتزام الجوهري والرئيسي، فأدى الأمر إلى ظهور معيار آخر يحدد حسب قانون الدولة وفق ظروف وملابسات التعاقد لهذا وجب التعرف على هذا المعيار (أولا)، تم تبيان موقف بعض اتفاقيات الدولية من اعتماده كمعيار لتحديد القانون الواجب التطبيق على التزامات مقاولة الدولي (ثانيا).

أولا: مفهوم الإسناد إلى قانون الدولة وفقا لظروف وملابسات التعاقد في مقاولة الدولي

يتم تحديد فكرة الإسناد إلى قانون الدولة وفقا لظروف وملابسات التعاقد من خلال تعريف به، وتبيان خصائصه، وذكر سلبياته التي تشكل عائقا في اعتماد عليه كمعيار لتحديد القانون الواجب التطبيق وهذا ما سنراه فيما يلي:

1-تعريف الاسناد إلى قانون الدولة وفق ظروف وملابسات التعاقد: نادى بفكرة الإسناد إلى قانون الدولة وفق ظروف وملابسات التعاقد بطريقة غير مباشرة الفقيه الفرنسي "باتيفول"أثناء دراسته للقانون المطبق على التصرفات التعاقدية التي أقر فيها " تركيز العقد"، ولقد شملت نظرية تركيز العقد وفق الفقيه باتيفول كلا الحالتين سواء في حالة وجود اختيار المتعاقدين للقانون الذي يحكم العقد أو في حالة غياب إرادة المتعاقدين، بحيث القاضي عند بحثه عن القانون الذي يركز في العلاقة التعاقدية يتم الرجوع إلى ظروف وملابسات التعاقد، وعلى هذا الأساس قد ينتهي القاضي إلى تركيز العقد في بلد معين[621].

(621) Henri BATIFFOL, Paul LAGARDE, op.cit, p.237, Voir aussi :

ياقوت محمد محمود، الروابط العقدية الدولية بين النظرية الشخصية والموضوعية، مرجع سابق، ص 140، انظر أيضا: عنايت عبد الحميد ثابت، «**أساليب فض " تنازع القوانين" ذي الطابع الدولي في القانون الوضعي المقارن**»، مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية، ع 65، 1995، جامعة القاهرة، ص 9.

لا يكتفي الإسناد إلى قانون الدولة وفق ظروف وملابسات التعاقد، على الطبيعة الذاتية للعقد فقط، وإنما يحلل ظروف التعاقد وملابساته التي ستتأثر إلى حد بعيد بإرادة المتعاقدين، ويتحقق ذلك من خلال تجميع العناصر المادية للعملية التعاقدية في هذه الدولة أو تلك وفقا لمايرونه ملائما لهم، مما يؤدي إلى تحقيق العدالة من جهة، وبتنوع الإسناد من عقد إلى آخر من العقود ذات الطبيعة الواحدة، طالما أن ظروف وملابسات التعاقد تختلف من عقد إلى آخر من جهة اخرى.

يتحقق هذا المعيار من خلال الأخذ بإرادة المتعاقدين المحتملة أو حتى المفترضة بخصوص تركيز الرابطة التعاقدية، حيث عند سكوت المتعاقدين عند اختيار قانون العقد يركز القاضي اهتمامه على المؤشرات والقرائن التي تبين وتوضح إرادة المتعاقدين ورغباتهم المحتملة في تطبيق قانون معين، ولا يقتصر تركيزه على مجرد القرائن والمؤشرات الموضوعية التي تشير إلى مركز الثقل في الرابطة التعاقدية [622].

يستطيع القاضي البحث من بين القوانين المتواجدة والمتنازعة على حكم العلاقة التعاقدية عن قانون أوثق صلة بالعقد وفقا لظروف وملابسات التعاقد، فالقاضي يتمتع بموجب هذا الحق بسلطة واسعة عند عرض النزاع عليه، لكون تحديد هذا القانون وفقا لهذه الظروف يختلف ويتنوع من عقد إلى عقد آخر حتى وإن كانت تلك العقود تتمتع بطبيعة واحدة، فكل عقد يختلف فيه تحديد القانون المطبق في حالة سكوت الأطراف على عقد آخر يحمل نفس الفئة، على العكس بالنسبة للضوابط السابقة الذكر التي لا تتمتع بهذا التباين فإسناد مسبق لا يختلف من عقد لآخر في عقود ذات طبيعة واحدة[623].

يتبين بالنسبة للأحكام الصادرة في هذا الصدد والتي أخذت بهذا الضابط تباين شديد في هذه الأحكام[624]، يصعب معه القول بوجود حل ثابت للمشكلة المعينة، ومثال عن ذلك ما صدر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1959/7/26 الذي تم الإقرار فيه أنه: إذا لم تقم الأطراف المتعاقدة باختيار القانون المطبق على العقد صراحة، فعلى القاضي الذي ينظر في الموضوع أن يتولى البحث على هذا القانون مستندا في ذلك إلى ظروف التعاقد

(622) هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 429.

(623) Vincent HENZE, op.cit , p.236

(624) خالد هشام، عقود الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص 105.

وملابساته بذلك يتمتع القاضي بالمرونة اللازمة، والتي يستحقها لبحثه عن القانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية التي يتم تطبيقه على العقد الدولي (625)

وعليه لا بد أن يكون القاضي على معرفة ودراية بظروف وملابسات التعاقد أثناء الرجوع إليها في بحثه عن القانون الأوثق صلة بالعقد، و تتمثل هذه الظروف على سبيل المثال في:

أ-**تحرير العقد من قبل موظف تابع لدولة معينة:** يمكن أن يتفق المتعاقدان على تدوين العقد وتحريره أمام موثق رسمي تابع لدولة معينة أو أمام قنصلية ما تخضع لدولة معينة، وهذه الوضعية بمثابة ظرف مرافق لابرام العقد الدولي يساعدنا على تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، من خلال استنباط القاضي واستنتاجه من هذا الضرف قانون دولة الموثق كقانون مختص(626)

ب- **اللغة المستعملة في العقد:** يمكن أن يستنبط القاضي القانون المناسب وفقا لظروف وملابسات التعاقد من خلال الاستناد إلى اللغة التي يحرر بها العقد، لكن القضاء لايعتبر بصفة قطعية لغة تحرير العقد في حد ذاته برهانا كافيا ودليلا قاطعا على تطبيق قانون دولة لغة المحرر بها العقد ما لم توجد قرينة اخرى تزيدها قوة من أجل اعتبارها ضابطا يرجع إليه(627) .

ج- **التعاقد مع الدولة:** يمكن اعتبار التعاقد مع الدولة بوصفها شخصا من أشخاص القانون الدولي الخاص غير متمتعة بسيادة بمثابة دليل وبرهان للقاضي على إمكانية خضوع العقد لقانون تلك الدولة، لكنه لا يتعدى على كونه مجرد قرينة على اختيار قانون دولة كطرف في العقد ما لم يتحقق العكس، حيث يتوجب على القاضي التأكد بعدم قيام

---

(625) نقلا عن: خالد شويرب، مرجع سابق، ص 107.

وقد قضت كذلك محكمة النقض الفرنسية في إحدى أحكامها الصادرة في 29 جوان 1971 بما يلي:

« Les juges du fond apprécient souverainement les circonstances qui déterminent la localisationd'un contrat d'où ils déduisent la loi qui est applicable ».Voir : Jean DERRUPPE, Droit international privé, op.cit, p. 104.

(626) خالد شويرب، مرجع سابق، ص 108.

(627) هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 322.

المتعاقدان في بعض الحالات باختيار قانون آخر بعد إبرام العقد، ولا يحقق هذا الضابط مبدأ العلم ودراية به من قبل المتعاقدين أو من قبل القاضي إلا بعد قيامه بالبحث في محتواه والاضطلاع عليه وبذلك لا يمكن توقعه ومعرفة محتواه مسبقا، وعليه لا يمكن توفر شرط العلم المسبق للمتعاقدين بالقانون الذي يحكم العقد قبل تحديده وهو ما يتحقق في الضوابط العامة السابقة كقانون محل الإبرام أو قانون محل التنفيذ [628].

2-خصائص الإسناد إلى قانون دولة وفقا لظروف وملابسات العقد: تتجلى خصائص الإسناد وفق هذا الضابط متعلق بإخضاع العقد حسب قانون الدولة وفق ظروف وملابسات التعاقد في أنه لا يقوم على تركيز موضوعي بحت، و إنما يترك المجال واسعا للمتعاقدين في تحديد هذا التركيز، وعليه يحقق بدوره إسناد العقد إلى قوانين أوثق صلة به من خلال تحديد ملابسات وظروف التعاقد في كل حالة على حدى، ولا يكفي أيضا تحقيق العدالة بشكل أفضل من خلال مراعاة طبيعة العقد الذاتية فقط، وإنما لابد من دراسة ظروف التعاقد ومقتضياته في كل حالة على حدى [629].

3-سلبيات الإسناد إلى قانون دولة وفقا لظروف وملابسات العقد: يترتب عن الإسناد وفق قانون دولة المحدد حسب ظروف وملابسات التعاقد عدة سلبيات وهذا لترك المجال الواسع للقاضي في تحديد القانون الواجب التطبيق حسب كل حالة على حدى من خلال دراسته لمقتضيات التعاقد وملابساته على أن تكون هذه الظروف على صلة وثيقة بالمتعاقدين، و يؤدي هذا المعيار إلى فقدان الأمان القانوني الذي ينشده المتعاقدين من خلال عدم تحقق العلم المسبق لما ستصدره المحمكة في شأن هذا القانون مما يخل بتوقعات الأطراف المتعاقدة ويمس باستقرار المعاملات الدولية، وكل هذه العيوب المتعلقة بمعيار قانون الدولة وفق ظروف وملابسات التعاقد دفعت بأنصار الأداء المميز للعقد إلى السماح للقاضي في

(628) Henri BATTIFOL, Paul LAGARDE : op.cit, p260 .

(629) عمران علي السائح: مرجع سابق، ص 117.

بعض الظروف للأخذ به تحقيقا للعدالة استثناء إلى تطبيقه إلا في نطاق ضيق الحدود، ويبقى الأصل أن يتم إسناد إلى قانون دولة محل إقامة المدين بالأداء المميز للعقد [630].

ثانيا: موقف بعض الاتفاقيات الدولية من معيار ظروف وملابسات العقد لحل تنازع القوانين

لم تأخذ اتفاقية روما بمعيار قانون دولة وفق ظروف وملابسات التعاقد لحل تنازع القوانين بصفة مطلقة وإنما أوردت عدة قيود في بعض العقود، وهذا ما طبقته أحكام القضاء في السنوات الأخيرة عند تحديد القانون الواجب التطبيق في حالة غياب إرادة المتعاقدين من خلال إعمال قانون الدولة وفق ظروف وملابسات التعاقد إلا أنها فيما بعد تراجعت وأصبحت تعتمد على قانون دولة المدين بالأداء المميز، وعليه فالقاضي حسب اتفاقية روما في نص المادة الرابعة عنده قيامه بالبحث عن القانون الأوثق صلة لابد أن يتأكد من توفر بعض الشروط في بعض العقود [631] ونذكر منها ما يلي:

1-**الأداء المميز في عقد النقل الدولي للبضائع:** بالرجوع إلى نص المادة الرابعة من اتفاقية روما تخضع عقد نقل الدولي للبضائع لقانون الدولة التي يتمركز فيها بإقامة المعتادة إذا كان شخصا طبيعيا، أو مركز الإدارة الرئيسية للشركة إذا كان شخصا معنويا، لأن الناقل هو المدين بالأداء المميز في العقد، لقيامه بنقل بضاعة بالكامل مع حفاظ عليها إلى مكان ما، غير أنه في نفس المادة قيدت تطبيق هذا القانون حيث يجب أن تكون دولة ناقلة للبضاعة هي في نفس الوقت دولة شاحنة للبضاعة أو دولة تفريغها أو دولة المركز الرئيسي للشاحن فهي لا تكتفي بوجود الأداء المميز في دولة المدين بل تفرض إضافة إلى ذلك توفر أحد الضوابط السابقة، ولم تشترط هذه المادة أن تكون كل هذه الضوابط المجتمعة[632].

---

(630) سمية بن غرابي، عقود التجارة الإلكترونية ومنهج تنازع القوانين، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع التعاون الدولي، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2009، ص. ص. 120-122.

(631) خالد شويرب، مرجع سابق، ص 174.

(632) Article 4 du conventions de la rome **: «Loi applicable a défaut de choix –" Dans la mesure ou la loi applicable au contrat n'a pas été choisie conformément aux disposition de l'article 3, le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens étroits.**
sous réserve de paragraphe 5, il est pr ésumé que le contrat, présent les liens les plus étroits avec le pays ou la partie qui doit fournir la présentation caractéristique, au moment de la conclusion du contrat ».

يتعين على القاضي قبل البدء في تطبيق قانون دولة المدين بالأداء المميز لابد من التأكد من تطابق هذه الدولة مع إحدى هذه الدول وأن يكون محل العقد نقل بضاعة فقط وفق المادة السالفة الذكر، وهذا منعا لتحايل وغش الناقل بجعله مركزه الرئيسي في دولة غير دولة الشحن أو التفريغ تهربا من تطبيق القواعد الآمرة في تلك الدولة التي لا تخدم مصالح الناقل [633].

ولقد تعرضت هذه المادة للنقد لكونها لم تمنح الحل البديل في حالة إثبات القاضي عدم تطابق بين المركز الإدارة الرئيسي للناقل وبين دولة الشحن أو دولة التفريغ، مما يجبرنا للعودة إلى القواعد العامة التي تقوم بتطبيق القانون الأوثق صلة بالرابطة التعاقدية دون رجوع إلى ما سبق، ويمكن تحديد القانون الأوثق صلة بالعقد من خلال دراسة ظروف وملابسات التعاقد، في حالة غياب قانون دولة المدين بالأداء المميز

2-صعوبة تحديد الأداء المميز في بعض العقود: يمكن أن يتعذر على القاضي في عقود معينة تحديد الاداء المميز لوجود عدة أداءات مميزة في نفس المرتبة، ومن بين ذلك مثلا عقد المقايضة لتساوي وتميز أداءات كلا الطرفين، فيكون كلاهما مدينا بالأداء المميز للطرف الأخر، وعليه تتمثل صعوبة في عدم القدرة على تحديد الأداء المميز وهو بمثابة قيد يختلف عن القيد الأول في:

أ- عدم توفر هذا القيد في كل عقود دولية وإنما يخص جملة معينة من العقود، بينما القيد الأول يتوفر حصرا في عقود النقل الدولي للبضائع فقط

ب- صعوبة تحديد الأداء المميز هو عامل الذي يمنع من تطبيق قانون دولة المدين بالأداء المميز، بينما في الشرط الأول الأداء المميز موجود لكن يشترط لتطبيقة ارتباطه بإحدى الدول المذكورة سابقا، وعليه ينجر عن صعوبة تحديد الأداء المميز تطبيق القانون الأوثق صلة بظروف وملابسات التعاقد وفق المادة السابقة الذكر لتفادي الوقوع علاقة

(633) سمية بن غرابي: مرجع سابق، ص 123.

قانونية لا يوجد قانون يحكمها، ويرجع تحديد الأداء المميز إلى سلطة التقديرية للقاضي الذي يملك سلطة واسعة في هذا المجال[634].

3-العقود التي ترتبط بصلة وثيقة بدولة غير دولة المدين بالأداء المميز:

لقد نصت المادة الرابعة من اتفاقية روما عن الحالات التي يستبعد فيها الضابط الاحتياطي لعدم توفره على صلة وثيقة بين العقد أو المتعاقدين، لوجود دولة أخرى أكثر ارتباطا وصلة بالعلاقة التعاقدية والذي يتحدد من خلال ظروف وملابسات التعاقد، وفي هذه الحالة يصبح من السهل تحديده لكن لافائدة منه في تحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية في حالة سكوت المتعاقدين.

ويطلق على هذه الوضعية بمصطلح البند الاستثنائي فالقاضي عندما تعرض عليه قضية من هذا النوع يطبق القانون الذي يعبر على صلة وثيقة بالعلاقة التعاقدية ويستبعد قانون دولة المدين بالأداء المميز، وليس في ذلك ما يقلل من شأن نظرية الأداء المميز فهي تبقى المختصة في تحديد القانون الأوثق صلة إلا في حالات استثنائية يستبعد فيها[635] .

وحسب هذا الاستثناء الذي لا يعترف بخضوع عقد البيع الدولي لقانون دولة إقامة البائع بصفة مطلقة، فبإمكان القاضي وضع استثناءات تم ذكرها سابقا وتبين من ظروف التعاقد أن عقد البيع له صلة وثيقة بقانون دولة اخرى غير تلك التي يقيم فيها البائع.

ولقد عمل القضاء على تطبيق هذا الاستثناء من طرف محكمة النقض الفرنسية بشكل ضمني وهذا قبل دخول اتفاقية روما حيز التنفيذ، وهذا من خلال الحكم الصادر في تاريخ 1989/08/25 التي أبطلت فيه عقد الوساطة تطبيقا للقانون الجزائري الذي يحضر هذا النوع من العقود حيث أن من حق محكمة الاستأناف دون منافس تفسير الإرادة المشتركة للمتعاقدين من خلال تركيز العقد على ضوء مجموعة من الظروف واعتبرت أن الأداء المميز في هذا العقد قد تم تنفيذه في الجزائر، لكن وفقا لاتفاقية روما فإن المدين بالأداء المميز هي الشركة الفرنسية وبذلك يجب تطبيق قانون دولة تمركز الإرادة لهذه

(634) شويرب خالد، مرجع سابق، ص 175.

(635)Pierre Mayer : op.cit , p.470 ; Marie_Laure Niboyet Hoegy, op.cit , p.3, Voir aussi Patrick Courbe, op.cit , p.24 .

هشام علي صادق، مرجع سابق، ص.463

الشركة أي تطبيق القانون الفرنسي الذي يسمح بإبرام عقود الوساطة، لكن هذه القضية أخذت بها المادة السابقة ويظهر ذلك من خلال أخذها بظروف وملابسات التعاقد من جهة فضلا على أن الأداء المميز الذي أقرته محكمة النقض الفرنسية التي لم يتم تعيينه وفقا للمادة 02 من الاتفاقية، وبذلك هذا الحكم لم يطبق المادة 2/2[636].

يحظى القاضي عند تطبيق هذا البند الاستثنائي نوعا من السلطة التقديرية الواسعة لعدم ربطه بقوانين دول معينة وترك مجال له في تحديد هذا القانون بالاستعانة بظروف وملابسات التعاقد التي تختلف من عقد إلى آخر، مما يؤدي إلى ميله لتطبيق قانون الدولة وفق ظروف وملابسات التعاقد أكثر من قانون دولة المدين بالأداء المميز، مما يستوجب تسليط الرقابة على أحكامه من خلال الاعتماد على ظروف المحيطة بالعقد عند ابرام العقد وليس لاحقا، وذلك بالرغم من عدم قيام هذه المادة بتحديد الوقت الذي يتم فيه الاعتماد على ملابسات التعاقد، وأخيرا يمكن اعتبار الحل المقدم من اتفاقية روما بشأن سكوت المتعاقدين عن تحديد القانون المطبق حلا يرجع له القاضي في بعض حالات عقود الدولية تسهيلا للقاضي في البحث عن القانون المطبق دون أن يتجرد القاضي من قدراته في تقدير القانون المناسب[637]

(636) خالد شويرب، مرجع سابق، ص 176.

(637) Pierre Mayer, op.cit, p.470.Voir aussi : Vincent HENZE, La réglementation française des contrat internationaux, op.cit, p.14..

المبحث الثاني

تحديد جهة المختصة لحل النزاعات المترتبة عن عقد المقاولة الدولي

يقوم الأفراد في كل دولة معينة بتصرفات قانونية ضرورية عن طريق إبرام عقود تنشئ لهم حقوق وترتب على عاتقهم التزامات، حيث يمكن لهذه الحقوق والالتزامات أن تمتد لتشمل عدة الدول، فهي قد لا تنحصر في حدود إقليم دولة واحدة بسبب تنقل الافراد عبر الدول، مما يترتب عليه إلزامية الاعتراف بالحقوق المكتسبة وإقرار بالالتزامات للأفراد، وفي حالة ما إذا نشب نزاع وخلاف بين الأفراد حول تنفيذ هذه العقود لا بد من تحديد الجهة المختصة في حل النزاع لا سيما في العقود التي يكون أحد أطرافها شخصا أجنبيا أو محل تنفيذها متواجد في مكان غير مكان الإقامة المتواجد فيها الأطراف [638].

تتولى الجهات القضائية لكل دولة حل كافة المنازعات التي تقوم بين الأفراد سواء أكانت هذه المنازعات وطنية بحتة أو كانت مشتملة على عنصر أجنبي، إذ لا توجد حتى الآن هيئة قضائية دولية تتكفل بفض النزاعات الداخلية المرتبطة بقواعد القانون الدولي الخاص (**المطلب الأول**)، وقد يتفق الأطراف المتعاقدة على لجوء إلى التحكيم في حالة حدوث نزاع بينهم بدل اللجوء إلى جهة قضائية لدولة ما ويكون ذلك بنص في بنود العقد المبرم بينهم أو في اتفاق لاحق (**المطلب الثاني**).

(638) حسام الدين فتحي ناصف، الإختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، دار النهضة العربية، القاهرة ، مصر، 2012، ص 05.

المطلب الأول

الاختصاص القضائي الدولي لحل النزاعات الناتجة عن عقد المقاولة الدولي

تتولى المحاكم النظر في الدعاوى التي ترفع من طرف الأشخاص المقيمين في إقليمها سواء كانوا مواطنين أو أجانب، وتختص بالنظر أيضا في الدعاوى المتعلقة بالإلتزامات التي تنشأ أو تنفذ في إقليم الدولة المتواجدة فيها المحكمة، حيث يرجع اختصاص المحاكم باعتبارها لها الولاية القضائية على الأشخاص المتواجدين على إقليمها بصرف النظر عن جنسيتهم و كذا الأموال الموجودة والالتزامات التي تتم في إقليمها، فهو حق مستمد من سيادة الدولة على إقليمها.

يهدف اختصاص المحاكم على أساس الارتباط الإقليمي إلى سهولة تنفيذ الحكم غير الصادر منها على الأشخاص والأموال المتواجدة على إقليمها، ويرجع سبب هذا الاختصاص إلى المبدأ القائل الأصل براءة ذمة المدعي عليه حتى يثبت العكس، وعليه يقع على المدعي واجب رفع الدعوى أمام المحكمة المتواجدة في إقليم المدعى عليه مادام لم يثبت بعد انشغال ذمته فليس من العدل أن يحمل مشقة الانتقال وراء دعوى، بل على المدعي من يتحمل ذلك ويلاحق المدعى عليه لاثبات دعواه، حيث يحق للمحكمة النظر في الدعوى على الرغم من عدم وجود ارتباط إقليمي أو شخصي إذا تحقق ظرف طارئ عقد لها الاختصاص، والمتمثل في الاختصاص الخاضع للإرادة أو ما يسمى بالخضوع الإرادي، أي قبول الخصوم بالخضوع لولاية القضاء إما باتفاق صريح أو ضمني[639].

ولتحديد الجهة القضائية المختصة بالنظر في النزاع لا بد من التطرق أولا لمفهوم الإختصاص القضائي الدولي وما يميزه عن الإختصاص الوطني الداخلي لدولة ما، ثم يليها تحديد المعايير والضوابط التي تساعد بشكل دقيق على تعيين الجهة القضائية للنظر في نزاعات عقد المقاولة الدولي **(الفرع الأول)**، وقد يرد في تحديد الإختصاص القضائي لدوله ما في حل النزاع الوارد على عقد المقاولة الدولي قيود تعيق وتمنع منح الاختصاص القضائي لتلك الدولة **(الفرع الثاني)**.

---

(639) ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، القانون الدولي الخاص والمقارن، تنازع القوانين– الاختصاص القضائي الدولي– تنفيذ الأحكام الأجنبية، ج1، مرجع سابق، ص. ص. 242–243.

الفرع الأول

تحديد الإختصاص القضائي الدولي لحل نزاعات عقد المقاولة الدولي

يختلف الإختصاص القضائي الدولي عن الإختصاص القضائي الداخلي لاشتمال أحد عناصر عقد المقاولة على عنصر أجنبي، فيجعله بذلك ينفرد عن الاختصاص القضائي الداخلي، مما يتوجب علينا تعريف بالاختصاص القضائي الدولي وتبيان خصائصه التي تميزه عن الاختصاص القضائي الداخلي **(أولا)**، ولتعيين الاختصاص القضائي لدولة ما لابد من تحديد معايير وضوابط يتم اعتماد عليها في تحديد الجهة القضائية المختصة بالنظر في نزاعات عقد المقاولة الدولي وهذا ما سنتناوله لاحقا **(ثانيا)**.

أولا: مفهوم الإختصاص القضائي الدولي

وللاختصاص القضائي الدولي عدة تعاريف اشتركت في تمييز بين اختصاص القضائي الداخلي والدولي لأنها تتعلق بعقود تحتوي على عنصر أجنبي وهذا ما سنراه فيما يلي:

1- تعريف بالإختصاص القضائي الدولي

يقصد بالاختصاص القضائي الدولي هو « **مجموعة القواعد التي تحدد ولاية محاكم الدولة في المنازعات التي تتضمن عنصرا أجنبيا إزاء غيرها من المحاكم الدول الاخرى وذلك بالمقابلة لقواعد الاختصاص القضائي الداخلي والتي تحدد كل محكمة من محاكم الدول الأخرى إزاء غيرها من محاكم نفس الدولة**»[(640)].

ويعرف أيضا بأنه« **بيان الحدود التي تباشر فيها الدولة سلطاتها القضائية بالمقابل للحدود التي تباشر فيها الدول الاخرى سلطاتها القضائية**» [(641)].

يتبين من خلال هذه التعاريف أن الاختصاص الدولي موضوعه نزاعات قانونية ذات عنصر أجنبي سواء ارتبط هذا العنصر بالأطراف المتعاقدة كليا أو جزئيا على أساس انتمائهم إلى جنسية دولة أخرى أو تواجد موطنهم أو محل إقامتهم في هذه الدولة الأجنبية،

(640) هشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي- دراسة مقارنة- منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2007، ص 05.

(641) صلاح الدين حمال الدين، قانون العلاقات الخاصة الدولية – دراسة في ضوء فقه الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 15.

وقد يرتبط العنصر الأجنبي أيضا بموضوع المنازعة، كما لو انصبت الدعوى على مال معين يوجد في إقليم دولة أجنبية أو تعلقت بتصرف قانوني أجرى في هذه الدولة، أو بواقعة قانونية تمت في الخارج، في حين يبنى الإختصاص الداخلي على المنازعات القانونية الوطنية لاتشتمل على عنصر أجنبي سواء في أطرافها أو موضوعها(642).

2- خصائص الاختصاص القضائي الدولي: للاختصاص القضائي الدولي عدة خصائص نذكر منها ما يلي:

أ- **قواعد الاختصاص القضائي الدولي قواعد تشريعية داخلية (قواعد وطنية):** تعد قواعد الإختصاص القضائي الدولي قواعد وطنية نابعة من التشريعات الوطنية للدول وهي مثلها مثل بقية قواعد القانون الدولي الخاص كالجنسية ومركز الأجانب وغيرها، وعليه تنفرد كل دولة بوضع القواعد التي ترسم نطاق إختصاصها القضائي سواء بالنسبة النزاعات الوطنية أو النزاعات الدولية (643).

ب- **قواعد الاختصاص القضائي الدولي قواعد مفردة الجانب:** تعتبر قواعد الاختصاص القضائي الدولي قواعد انفرادية تحدد حسب نطاق اختصاص المحاكم الوطنية دون التطرق إلى حالات اختصاص محاكم الدول الأخرى وهذا بغض النظر عن اختصاص هذه المحاكم أو عدم اختصاصها، ولهذا لا يمكن للمشرع الوطني لدولة ما تشريع قواعد تتعلق بمحاكم دولة اخرى، وفي حالة قيامه بذلك اعتبر تجاوزا منه على موقف قضاء تلك الدول الأجنبية، ولا يؤخذ به من طرف القاضي الأجنبي لأنه لا يأتمر إلا بأوامر

(642) أحمد قسمت الجداوي، مبادئ الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1972، ص 22، انظر أيضا: هشام خالد، القانون القضائي الخاص الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2012، ص.ص.37-38، انظر أيضا: هشام خالد، المدخل للقانون الدولي الخاص العربي دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص. ص.290-293.

(643) أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 39، انظر أيضا: هشام خالد، القانون القضائي الخاص الدولي، مرجع سابق، ص39.

قانونه الوطني، ولا يمكن أن يخضع فيما يتعلق بتحديد اختصاص لأية قاعدة يقضي بها مشرع أجنبي[644].

ثانيا: معايير تحديد جهة الإختصاص القضائي على نزاعات عقد المقاولة الدولي

تتفق أغلبية القوانين والتشريعات المقارنة أن أهم ضابط في تحديد الاختصاص القضائي في منازعات عقود الدولية (عقد المقاولة الدولي)، وهو ضابط الإرادة القائم على حرية الأطراف في اختيار الجهة القضائية لعرض النزاع القائم بينهما، أي وجود بند خاص في العقد يحدد المحاكم أو الجهة المختصة للنظر في النزاع عند حدوثه، أو أن يكون التحديد في اتفاق مستقل عن العقد بعد نشوب النزاع[645] .

وفي حالة غياب إرادة الطرفين في تحديد المحكمة للنظر في النزاع، فإن الدول تتطلب لاختصاص محاكمها للنظر في النزاع وجود ارتباط أو نقاط اتصال بين العقد وهذه الدولة، كأن يجري إبرام العقد أو تنفيذه على إقليمها أو أن يكون لأحد أطرافه وجود قانوني كموطنه، فالمبدأ السائد فيما يتعلق بتحديد إختصاص المحاكم يقوم على الوجود المادي للأشخاص أو الأشياء في دائرة إختصاص المحكمة[646]).

1- **اختصاص الأطراف في تعيين المحكمة المختصة:** يعتبر الضابط المستقر والمعترف به في أغلب التشريعات المقارنة بغض النظر عن نوع العلاقة القانونية أو نوع النزاع ضابط سلطان الإرادة الذي يسمح للأطراف المتعاقدة من خلال المعاملات الدولية تحديد

(644) فؤاد رياض وسامية راشد، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وأثار الأحكام الأجنبية، مرجع سابق، ص 366، انظر أيضا: حسن الهداوي، تنازع القوانين وأحكامه في القانون الدولي الخاص الأردني، مرجع سابق، ص. ص.242-246.

(645) أحمد شرف الدين، الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية وآليات تسوية منازعاتها، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2008. ص168.

(646) فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز، الحماية القانونية لعقود التجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة ، مصر، 2008. ص710.

السلطة القضائية في حل النزاع القائم أو المحتمل وذلك من خلال تعيين دقيق للمحكمة المؤهلة لطرح النزاع على مستواها(647).

يسمح للأطراف المتعاقدة وفق مبدأ سلطان الإرادة على تطبيق قواعد اخرى يتفقون عليها وتختلف عن قواعد الاختصاص التي حددها المشرع الوطني، مما يؤدي إلى منح الاختصاص إلى محاكم أخرى وفق معايير مختلفة غير تلك التي نص عليها المشرع الوطني مثل المحكمة التي يقع في دائرتها موطن أو محل إقامة المدعى عليه، وهو ما يعرف بشرط الاختصاص القضائي، وهو المبدأ الذي أخذت به اتفاقية بروكسل بشأن الإختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية في المواد المدنية والتجارية بين دول الاتحاد الأوروبي لعام 1968 (648)، واتفاقية لوجانوا لعام 1988، التي تبنت إمكانية الأطراف على تحديد المحكمة المختصة(649).

---

(647) صابر عبد العزيز سلامة، العقد الإلكتروني، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2008، ص 80، انظر أيضا: بولين أنطونيوس، تحديات شبكة الأنترنت على الصعيد القانون الدولي الخاص دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2006، ص119.

منها القانون الجزائري الذي نص في المادة 46 من **ق.إ.م.إ** على أنه « **يجوز للخصوم الحضور باختيارهم أمام القاضي حتى ولو لم يكن مختصا إقليميا، ويوقع الخصوم على تصريح بطلب التقاضي، وإذا تعذر التوقيع يشار إلى ذلك، ويكون القاضي مختصا طيلة الخصومة، ويمتد الاختصاص في حالة الاستأناف إلى المجلس القضائي التابع له»**

(648) اتفاقية بروكسل بشأن الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية في المواد المدنية والتجارية بين الدول الاتحاد الأوروبي

www.dutchvillaw.com/legislation/brid.

(649)عادل أبو هشيمه محمود حوتة، مرجع سابق، ص ،332 انظر أيضا: إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 314.

Une telle dérogation peut être le résultat soit d'une prorogation conventionnelle de compétence par laquelle les parties conviennent de saisir une juridiction d'un autre Etat que celui désigné par la règle de compétence, soit d'un accord compromissoire par lequel les parties décident de soustraire le litige à toute juridiction étatique pour le confier à un tribunal arbitral, voir : Yvon LOUSSOUARN, Pierre BOUREL, Pascal DEVAREILLES-SOMIERES, op.cit, p. 629.

A. Eric CAPRIOLI, Règlement des litiges internationaux et droit applicable dans le commerce électronique, du juris-classeur, Ed Litec, Paris, 2002, p. 15.

Bruxelles du 27 : Les règles visant la détermination de la compétence juridictionnelle, selon la convention de domicile dans un Etat membre. septembre 1968, s'appliquer notamment lorsque le défendeur au litige a son اتفاقية لوجانوا المبرمة في 1988/09/16فيما بين دول إتحاد التبادل الحر المنضمة إلى الاتحاد الأوربي

Selon l'article 17 de la convention de Bruxelles **:" Si les parties, dont l'une au moins à son domicile sur le territoire d'un Etat contractant, sont convenues d'un tribunal ou de tribunaux d'un Etat contractant pour connaître des différends nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé, ce tribunal ou les tribunaux de cet Etat les seul compétents**". Voir : Julien LE CLAINCHE, op.cit, p.p. 11-1

أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 23

يقوم الأطراف المتعاقدة في تحديد الإختصاص القضائي بموجب عقد سابق على قيام النزاع أو بموجب اتفاق لاحق بعد قيام النزاع، ويستوي أن يتم تحديد هذا الاختصاص بشكل صريح في صلب العقد أو بموجب وثيقة مستقلة تعين فيها المحكمة التي يتم اللجوء إليها في حالة حدوث نزاع وذلك في أي فترة من فترات النزاع، ويمكن أن يتم أيضا تحديد المحكمة من طرف الأطراف بشكل ضمني كأن يقوم المدعي برفع الدعوى في محكمة غير مختصة مما يفيد قبول إختصاصها ضمنا من طرف المدعي، ومثول المدعى عليه أمام هذه المحكمة وسيره في إجراءات التقاضي دون اعتراض على عدم اختصاصها بمثابة قبول ضمني بإختصاصها (650).

يجب أن يكون الاتفاق الذي ينص على تعيين المحكمة المختصة مكتوبا من خلال إدراج بند في العقد يمنح الاختصاص لمحكمة دولة معينة، أو أن يتم الاشتراط التوجه إلى التحكيم من خلال نص علي ذلك في العقد، وبالتالي يتم الاستغناء عن القضاء بصفة كلية ويتم اللجوء إلى التحكيم، وهذا ما ذهبت إليه اتفاقية بروكسل التي نصت المادة 17 منها على شروط اختيار القاضي للفصل في النزاع(651).

لا يتمتع الأطراف المتعاقدة بالحرية المطلقة في تعيين المحمكة المختصة بحل النزاع، وإنما تكون مقيدة ببعض الشروط متمثلة في أن تكون هناك جدية بين النزاع المطروح والمحكمة المختارة، وأن يكون اختيار سليما غير مشوب بعيب من عيوب الإرادة (652).

أ- **جدية العلاقة بين النزاع والمحكمة المختصة:** يشترط لترتيب الاختيار أثره وجود رابطة جدية بين النزاع المطروح والمحكمة المختصة بالنظر في النزاع، وهو بذلك يستلزم

(650) أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 73، انظر أيضا: إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 315.

«Par écrit ou verbalement avec confirmation écrite, soit ; sous une forme qui soit conforme aux habitudes que les parties ont établies entre elle, soit ; sous une forme qui soit conforme a un usage dont les parties avaient connaissance et qui est largement connu et régulier ment observé dans ce type de commerce par les parties à des contrats de même type dans la branche commerciale considérée. Voir Julien CLAINCHE, op.cit, p. 12

(651) كما أكدت الاتفاقية المبرمة في 1958/04/15 بشأن اختصاص القاضي التعاقدي في حالة البيع الدولي للمنقولات المادية في نص المادة 2/2على **أن «عندما يتضمن البيع المبرم شفويا تعيينا للقاضي فلا يكون هذا التعيين مشروعا إلا إذا ظهر وتأكد بإعلان كتابي من أحد الأطراف بالبريد، وألا يكون محل نزاع**"» انظر في ذلك: عادل أبو هشيمه محمود حوتة، مرجع سابق، ص. ص. 334—335.

(652) عادل أبو هشيمة محمود حوته، مرجع سابق، ص 333.

ضرورة توافر صلة بين العقد والقانون المختار، حيث يشترط القضاء هذه الصلة لأنها تتعلق بالخضوع الإرادي للجهة القضائية المختصة ولهذا لا بد من توافر رابطة جدية بين النزاع المطروح والمحكمة المختصة، لأنه إذا تبين للمحكمة عدم جدية العلاقة بين النزاع والمحكمة المعروض عليها النزاع يتعين عليها رفض الاختصاص في النظر في النزاع المعروض عليها [653].

يترتب عن جدية الرابطة بين النزاع والمحكمة المختصة بالنظر في النزاع قوة وفعالية الأحكام الصادرة عن هذه المحاكم لأن هذه الأحكام تحمل في طياتها صفة الارتباط بين النزاع والإقليم المختص للنظر في النزاع، عكس الأحكام القضائية الخالية من الرابط الجدي والحقيقي حيث تأتي مجردة من قوة وفعالية في تنفيذ الأحكام لكونه صادرا من قضاء غير مختص[654].

يصعب تحديد الرابطة الجدية من طرف الأشخاص المتعاقدة لعدم وضع معيار يحدد بناء عليه مضمون هذه الرابطة، ويمكن للأطراف الإستعانة بمختلف القوانين الداخلية للدول التي يكون فيها الارتباط الشخصي أو الإقليمي متحققا بين النزاع والإقليم الذي تم فيه أو نفذ على مستواه الالتزام المتعلق بالعقد، كأن يكون أحد الطرفين أو كلاهما مستوطنا في إقليم دولة المحكمة.

يؤمن الأطراف المتعاقدة بضرورة تنظيم العلاقات الدولية الخاصة بطريقة تحررية دون التقيد بالشروط المتعلقة بالارتباط، وهذا بالاتفاق على إخضاع العقد المبرم بينهما لأحكام وتنظيم عقد نموذجي متعارف عليه في دولة ما، ويتفقون في الوقت ذاته الاختصاص بشأن الخلاف المتولد عن هذا العقد لقضاء تلك الدولة نظرا لما تتطلبه المعاملات [655].

---

(653) ناصر حمودي، ناصر حمودي، النظام القانوني لعقد البيع الدولي الالكتروني المبرم عبر الأنترنت، أطروحة لنيل درجة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2009، ص78

(654) عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية، الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص 77 .

(655) أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 73.

ب- أن يكون اختيار الأطراف المتعاقدة للمحكمة المختصة سليما:

أقرت جل القوانين والتشريعات الدولية في حق المتعاقدين على تعيين الجهة المختصة للنظر في النزاع المترتب عن العقود الدولية بصفة عامة وعقد المقاولة الدولي بصفة خاصة، تطبيقا لمبدأ سلطان الإرادة واحتراما لتوقعاتهم، إلا أن هذه الحرية تبقى معلقة على شرط الحرص ألا تصل إلى حد الإطلاق على نحو قد يؤدي إلى الغش أو الإفلات من الأحكام الآمرة في قوانين الدولة التي تختص محاكمها بالنظر في النزاع(656).

يشترط في اختيار الأطراف لمحكمة التحكيم بديلا عن القضاء العادي للنظر في النزاع تمتعها بالأهلية حتى يتسم الاتفاق بطابعه الصحيح، لكن تبقى الأهلية غير كافية بل يجب أيضا تكون إرادة الأطراف سليمة وخالية من عيوب الرضا (الغلط، التدليس، الإكراه، الاستغلال) وسلامة هذا الاختيار يتيح حتما سلامة رضا طرفي الاتفاق، مما ينتج تلاقي إرادة الطرفين على الاتفاق السليم على جهة التحكيم(657).

قد يتعارض اتفاق المتعاقدين في تعيين الجهة القضائية المختصة مع مبادئ النظام العام والآداب العامة في دولة القاضي الفاصل في النزاع، مما يقتضي استبعاد تطبيق هذا الاتفاق بما في ذلك اختيار المحدد للمحكمة المختصة للنظر في النزاع، وهذا ما يؤكد أن النظام العام يشكل قيدا على حرية الأطراف في تعيين المحكمة المختصة (658).

يمكن لأطراف العقد اتفاق على اجراءات الواجب اتباعها في سير خصومة التحكيم أو تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع وغير ذلك من الإجراءات بشرط عدم مخالفة هذه الإجراءات للنظام العام لقانون الدولة المعنية بالتحكيم، كما يمكن استبعاد اتفاق الأطراف على إخضاع التحكيم لقانون معين بخصوص أدلة الاثبات وقواعده أو في حالة

(656) محمد أمين الرومي، النظام القانوني للتحكيم الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2006، ص85 ، انظر أيضا: صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص 274، انظر أيضا: ناصر حمودي، النظام القانوني لعقد البيع الدولي الالكتروني، مرجع سابق، ص 455.

(657) يبقى أن شرط التحكيم الذي يشوبه عيب من عيوب الإرادة يؤدي حتما إلى بطلانه، مع إبقاء العقد الأصلي صحيحا. انظر في ذلك: خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2008، ص 292.

(658) صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص 294.

تفويض المحكمة بذلك الأمر فاختارت قانونا معينا إذا كان هذا القانون مخالفا للنظام العام[659].

2- عدم تعيين المحكمة المختصة من طرف الأطراف المتعاقدة

قد لا يقوم الأطراف المتعاقدة بتعيين المحكمة المختصة للنظر في النزاع سواء صراحة أو ضمنا، لذا اتجهت معظم الدول على إنشاء عدة معايير يمكن اعتماد عليها في تحديد الجهة القضائية المختصة للنظر في النزاع ومنها اختصاص محكمة موطن المدعى عليه أو محل إقامة ومكان إبرام أو تنفيذ الالتزام أو محكمة جنسية المتعاقدين لايجاد الصلة بين المتعاقدين والمحكمة المختصة [660].

تشترط غالبية الأنظمة القانونية لمحاكم كل دولة للنظر في النزاع المعروض عليها وجود ارتباط ونقاط اتصال بين العقد والدولة المعنية، كأن يجري إبرام العقد أو تنفيذه على إقليمها أو أن يكون لأحد الأطراف وجود قانوني على هذا الإقليم [661].

يتم تعيين اختصاص المحكمة على أساس ارتباطات جغرافية أو شخصية، فالارتباط الجغرافي هو الذي يمنح الاختصاص لمحكمة موطن المدعى عليه أو المدعى أو مكان تواجد المال موضوع النزاع، وقد يعود الاختصاص أيضا لمحكمة مكان نشوء أو تنفيذ الالتزامات[662].

يخضع الإختصاص القضائي إلى القواعد الأساسية لتحديده والمتمثلة أساسا في انعقاد الاختصاص لمحاكم الدول التي يقع فيها موطن أو محل إقامة المدعى عليه، وهذا ما

---

(659) إيناس خالدي، التحكيم الإلكتروني، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 2009، ص 285.

(660) تبقى هذه القاعدة معمول بها حتى بالنسبة للعقود المبرمة عبر شبكة الاتصالات الدولية، سواء تعلق الأمر بتبادل السلع أو الخدمات، فالبادئ أنه ليس هناك ما يدعوا للخروج عن القاعدة العامة في تحديد الاختصاص الدولي للمحاكم. انظر في ذلك: أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 70.

Bottini RENAUD, Litiges entre professionnels dans le commerce électronique international (la détermination objective du tribunal compétent), Ed Brulant, Bruxelles, 2002, p. 03.

(661) وأعيب على هذا المبدأ أنه في حالة انتفاء الوجود المادي المذكور وغياب قبول أطراف النزاع لاختصاص محكمة معينة، فقد أدرجت أنظمة التقاضي أمام المحاكم وجود صلة مقبولة بين المعاملة والمكان الذي تمارس فيه اختصاصها، أي البحث عن أية صلة تبين العلاقة الموجودة بين المعاملة القانونية والمحكمة، انظر في ذلك: أحمد شرف الدين، جهات الاختصاص القضائي بمنازعات التجارة الإلكترونية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2009، ص. ص. 08-09.

(662) بولين أنطونيوس، تحديات شبكة الأنترنت على الصعيد القانون الدولي الخاص دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 84.

إذا كان المدعى عليه مقيما في إحدى الدول المتعاقدة أو اختصاص محكمة إبرام أو تنفيذ العقد، أي المحكمة التي تم إنشاء العلاقة القانونية بين الطرفين أو تنفيذها في دائرة اختصاصها.

أ- اختصاص محكمة موطن أو محل إقامة المدعى عليه:

استقرت مختلف الأنظمة القانونية الداخلية للدول والقوانين الدولية على عقد الاختصاص لمحاكم الدول المتواجد بها موطن أو محل إقامة المدعى عليه، والمغزى من ذلك هو أن المدعى هو الذي يسعى إلى المدعى عليه في المحكمة ومراعاة لاعتبارات العدالة وحاجة المعاملات الدولية التي تقتضي توفير الرعاية للمدعى عليه بمقاضاته أمام محمكة موطنه(663)،

حيث نصت المادة 16 من اتفاقية لوجانوا المتعلقة بالمنازعات الخاصة بعقود المستهلكين أنه " **في حالة عدم وجود اتفاق صريح في شأن الاختصاص بين طرفي العقد على أن يكون للمستهلك أن يرفع دعواه أمام محاكم الدولة الملتزمة بهذه الاتفاقية التي يقيم هذا الطرف في إقليمها، أو محاكم الدولة التي يقع فيها موطن محل إقامة المستهلك**(664).

يفرض على المتعاقد مع المستهلك الذي يرغب في رفع الدعوى عليه، التوجه إلى محكمة موطن مستهلك ويشترط لانطباق قواعد الاختصاص القضائي بمنازعات العقود مع المستهلكين خصوصا فيما يتعلق باختيار المستهلك التداعي أمام محاكم موطنه، إلا أنه

(663) محمد أمين الرومي، النظام القانوني للتحكيم الإلكتروني، مرجع سابق، ص 84، انظر أيضا: أحمد الفضلي: الموجز في القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية، مرجع سابق، ص. ص.181- 186، انظر أيضا: غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الإجنبية دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص. ص. 291-292، انظر أيضا: سهيل حسين فتلاوي، القانون الدولي الخاص، المكتب المصري لتوزيع المطبوعات، القاهرة، مصر، 2002، ص.ص. 263-265 .

(664) Conventions concernant la compétance judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale conclue à lugano le 30/10/2007
Voir le cite :
http://jafbase.fr › docUE › Suiss

يتعلق العقد بسلع وخدمات وأن يكون قد سبق إبرام العقد إعلان في دولة المستهلك بدعوة إلى التعاقد، وأن يجري إبرام العقد في البلد الذي يوجد فيه موطن المستهلك(665).

اعتمد القانون الجزائري على محكمة موطن المدعى عليه للنظر في النزاع ويرجع سبب ذلك في براءة ذمة المدعى عليه إلى أن يثبت عكس ذلك، ويكون اثبات ذلك في موطن المدعى عليه، لأن الدين مطلوب وليس محمول، وهو ما يحقق نوع من التوازن بين مراكز الخصوم حيث يحق للمدعى القيام برفع الدعوى في أي مرحلة من مراحل تنفيذ العقد أو إبرامه لكن لا بد عليه من رفع الدعوى في موطن المدعى عليه باعتباره المكان الذي تتركز في الغالب أدلة الاثبات(666).

(665) Rosario DUASO CALES : op.cit, p. 14**. « Si un consommateur de l'Union Européenne achète un livre sur un site étranger, il pourra toujours saisir les tribunaux de son domicile, même si les conditions générales du site prévoient la compétence exclusive des tribunaux du domicile du commerçons, dés lors que lesite « dirige » ses activités vers le pays de l'acheteur ou vers plusieurs pays, dont celui de ce dernier. Cette possibilité dont le commerçant dispose encouragera sans doute l'achat en ligne et favorisera le développement du commerce électronique en Europe. »**. voir : Jérôme PASSA, Le contrat électronique international : conflits de lois et de juridictions, collection de la faculté de Droit et des sciences sociales de Poitiers, Université de Poitiers, Paris, 2005, p. 116.

(666) طبقا للمادة 37 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 08-09 « **يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه، وإن لم يكن له موطن معروف فيعود الاختصاص للجهة القضائية التي يقع فيها آخر موطن له، وفي حالة اختيار الموطن يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع فيها الموطن المختار، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك**». وهو نفس الاتجاه الذي ذهب إليه المشرع المصري في المادة 29 من قانون المرافعات المصري. انظر في ذلك: حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص (الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية وأحكام التحكيم) الكتاب الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2002، ص. ص. 53-55، انظر أيضا: عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص (الجنسية، الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية، مرجع سابق، ص. ص. 440-445، انظر أيضا: هشام خالد، القانون القضائي الخاص الدولي، مرجع سابق، ص.ص. 56-62.

فالموطن الأصلي أو العام الذي يتحدد بالمكان الذي يقيم فيه الشخص عادة، وهو يتكون من عنصرين: الأول هو الإقامة الفعلية وهو عنصر عادي ومادي، والثاني: معنوي يعتمد على عنصر الاستقرار والاعتياد، فالمشرع الجزائري أخذ بالتصور الواقعي للموطن أي التصور الذي يتطابق مع الواقع، ولم يأخذ بالتصور الحكمي كما فعلا لمشرع الفرنسي الذي يربط الموطن إما بمحل الميلاد أو بمكان العمل أو بتركيز العائلة. انظر في ذلك: عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مرجع سابق، ص ص 51-60.

ب-إختصاص محكمة محل إبرام أو تنفيذ العقد: يتم تطبيق ضابط محكمة محل الإبرام أو تنفيذ العقد على الأطراف الأجنبية التي ليس لها موطن أو محل إقامة في بلد الابرام أو تنفيذ العقد محل النزاع أو الدعوى التي تتعلق بمال موجود في إقليم تلك الدولة أو كانت متعلقة بالتزام نشأ أو نفذ أو كان واجبا تنفيذه [667].

تنظر حسب هذا الضابط محكمة الدولة التي نشأ ولأول مرة الالتزام تصرفا قانونيا أو فعلا ضارا، فكون الالتزام قد نشأ في إقليم دولة معينة، أو كونه نفذ فيها مما يفيد أن ثمة رباط أو صلة بين الالتزام وتلك الدولة على النحو الذي يبرر انعقاد الاختصاص به لمحاكمها بحيث يأتي حكمها ترجمة لهذه الرابطة وتعبيرا عن هذه الصلة ونفس المبادئ التي يتم العمل بها بالنسبة لانعقاد الاختصاص للمحكمة التي يوجد فيها محل تنفيذ الالتزام[668].

تختص المحاكم في دولة تنفيذ الالتزامات التعاقدية طبقا لقانون القاضي، والاسترشاد بنية الأطراف طبيعة العقد وعادات التجارة، إذ يتعلق الأمر بتفسير إحدى قواعد الاختصاص الوطنية فدفع الثمن عن طريق تقديم بطاقة الإئتمان ورقمها إلى البائع أو تقديم الاستشارة القانونية أو المحاسبية تعد تنفيذا للعقد في بلد المستفيد منها، وينعقد الاختصاص لمحاكم دولته[669].

---

(667) أحمد شرف الدين، الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية وآليات تسوية منازعاتها، مرجع سابق، ص. ص.-170. 169

(668) عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 36.

(669) أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 72، انظر أيضا: سمير خليفي، حل النزاعات في عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص. ص. 90-103، انظر أيضا: غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الإجنبية دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص. ص. 293-300، انظر أيضا: صلاح الدين حمال الدين، قانون العلاقات الخاصة الدولية – دراسة في ضوء فقه الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص. ص. 276-279، انظر أيضا: سهيل حسين فتلاوي: القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص.ص.267-269، هشام خالد، موقع المال كضابط للاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العربية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2007، ص. ص. 9-99.

الفرع الثاني

القيود الواردة على الإختصاص القضائي الدولي لحل نزاعات عقد المقاولة الدولي

تتمتع كل دولة بالحرية الكاملة في تنظيم قواعد إختصاص القضائي على صعيدين الوطني والدولي دون السماح بالتدخل أي دولة أو هيئة خارجية في شؤونها لأنها مسألة تخص السيادة وهي تتعلق بالنظام العام الداخلي لكل دولة، حيث تقوم كل الدولة بتضييق أو توسيع في قواعد تنظيم اختصاص لمحاكمها بما يفيد مصالحها فلها كامل الحرية في تقييد قواعد إختصاص القضائي من خلال انضمام إلى المعاهدات واتفاقيات دولية التي تصادق عليها وتلتزم معها بما يتماشى مع مصالحها الوطنية، وتتمثل هذه القيود في منح الحصانة القضائية للعديد من الهيئات الأجنبية المتواجدة في إقليم دولة معينة ولا تخضع لمحاكمها وقواعدها وتتمثل في حصانة الدول والأشخاص **(أولا)**، سيادة الدول الأجنبية **(ثانيا)**.

أولا: حصانة الدول والأشخاص

يعد نزاع الدولي من اختصاص محاكم الدولة حسب معايير وضوابط اختصاص القضائي المتواجدة في قوانينها إلا أنه استثناء قد يتعذر النظر في النزاع من جانبها لتوفر صفة في أحد الخصوم تجنبه تطبيق اختصاصها القضائي عليه وتتمثل هذه الصفة في الحصانة القضائية، وهي بمثابة معيار سلبي يحد من إختصاص القضائي للدولة المتواجد بها هذا الشخص [670] .

يتمتع بالحصانة القضائية في غالب الأحيان المدعى عليه، فيتم إعفاؤه من الخضوع للقضاء لأنه يكون من المستبعد أن يقيم المدعي دعواه رغم تمتعه بالحصانة إلا إذا تنازل عن حصانته ورفع دعوى أمام القضاء، فيتعين على المحكمة في هذه الحالة أن تفصل في الدعوى إذا تم تحقق من توافر شروط التنازل عن الحصانة، وتتمثل الصفة التي تؤدي إلى

(670)عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص 758، انظر أيضا: حسام الدين فتحي ناصيف، الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية (دراسة مقارنة) ، مرجع سابق، ص 291.

إعفاء الخصم من الخضوع للقضاء الوطني في كونه دولة أجنبية أو رئيسا لدولة أجنبية أو مبعوثا دبلوماسيا أو قنصليا أو كونه هيئة دولية [671].

تخضع الحصانة إلى قواعد القانون الدولي العام الإتفاقي أو غير الاتفاقي، وعليه فإن الحصانة القضائية حسب البعض قد لا تكون قيدا أو استثناء مباشرا على إختصاص القضائي لكنها مانع غير مباشر له حيث يؤدي إلى الحد من ولايتها أو سلطة القضاء ذاتها [672].

1-حصانة الدول:

تجد حصانة الدول مصدرها من فكرة المجاملة الدولية، وهو ما يعلل تسميتها ب: "**الحصانة الدبلوماسية** "، لأن هذه الأخيرة تنبع من فكرة مبدأ استقلال الدول الذي هو من من مبادئ المسلمة في القانون الدولي العام، وهو ما يستوجب منع مقاضاتها أمام محاكم دولة أخرى، لأن حق الحصانة القضائية مرتبط بشكل وثيق بسيادتها، حيث لا تستطيع الدول النظر في المنازعات التي تمس هذه الدول دون المساس بعلاقتهما، وهذه الحجج جميعا تقوم على فكرة واحدة هي استقلال الدولة وسيادتها[673].

وفي الإعفاء القضائي الممنوح لدول الأجنبية قد يكون مطلقا يمنع مقاضاتها بصورة عامة أو مشروطا يمنع مقضاتها نسبيا.

أ-الإعفاء القضائي المطلق الممنوح للدول الأجنبية: يتمثل الإعفاء القضائي المطلق الممنوح للدول الأجنبية ذات سيادة في إعفاء التام والكامل من الخضوع إلى محاكم الدول الاخرى على جميع المستويات وجميع هيآتها ومؤسساتها العامة ومصالحها وبعثاتها الديبلوماسة ومقراتها في الخارج، ولا يوجد فرق بين دول صغيرة أو كبيرة في السيادة

(671) عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص 758.

(672) أحمد قسمت الجداوي، مبادئ القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 139، انظر أيضا: عبد العزيز بن ناصر بن عبد الرحمان العبيكان، الحصانات والامتيازات الدبلوماسية والقنصلية المقررة في القانون الدولي، العبيكان للنشر والتوزيع، السعودية، 2007، ص. ص. 213-215.

(673) الطيب زروتي، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص. ص. 107-108، أنظر أيضا: سامي بديع منصور، عكاشة عبد العال: مرجع سابق، ص. ص. 539-540 عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مرجع سابق، ص ص 159-166.

والاستقلال، وبهذا لا يحق لمحاكم الدول اخرى محاكمتها دون موافقتها احتراما لسيادتها، وإذا صدر حكم في حق دولة اخرى لا يمكن تنفيذه ولا يحوز على قوة التنفيذ في الدولة المحكوم عليها، وإلا أدى ذلك إلى توتر واضطراب العلاقات الدولية وتشكيل خطر على السلم والأمن الدوليين، وعليه كل شخص يتعاقد مع أي دولة لا بد من علمه المسبق بتمتع تلك الدولة بالحصانة القضائية فيفقد حقه في مقاضاة الدولة عند حصول أي نزاع [674].

ب- الإعفاء القضائي النسبي الممنوح للدول الأجنبية:

يتجلى الإعفاء القضائي النسبي الممنوح للدولة الأجنبية في التمييز بين الشخصية المدنية للدولة وبين شخصيتها السياسية، وهذا التمييز هو الذي يحدد تمتعها بالحصانة القضائية من عدمها من خلال التفرقة بين الأعمال السيادية التي تقوم بها والتي تبرم من خلالها تصرفاتها بموجب شخصيتها السياسية فتكون مشمولة بالإعفاء القضائي، أو عند قيامها بأعمال غير سيادية استنادا لشخصيتها المدنية فلا تتمتع بالحصانة القضائية، وهو نفس ما انتهجه القضاء الفرنسي عندما أقر عدم تمتع الدولة بالحصانة القضائية في حالة ممارستها لأعمال التجارية، وعليه فمعيار مباشرة ألأعمال التجارية حسب الفقه الفرنسي أفضل من معيار التفرقة بين الأعمال السلطة العامة والسلطة الخاصة، يؤدي زوال الحصانة القضائية للدولة بمناسبة قيامها بالأعمال التجارية معناه التخلي عن فكرة المجاملة الدولية وهي الأساس التي قامت عليه الحصانة القضائية، وفي حالة عدم تمتع الدولة بالحصانة القضائية يترتب عنه رفع الدعاوى القضائية وصدور الأحكام في حقها ويؤدي أيضا إلى التنفيذ عليها وهذه الفكرة هي محل خلاف عند الفقهاء بسبب اختلاف وجهات النظر في وسائل التنفيذ[675].

(674) غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الإجنبية دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص. ص. 302-303 .

(675) عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص 767، انظر أيضا: حسن الهداوي، تنازع القوانين وأحكامه في القانون الدولي الخاص الأردني، مرجع سابق، ص. ص.251-255.

ثانيا: حصانة الأشخاص:

يؤسس نظام الحصانة الديبلوماسية بناء على الرخص التي تمنحها الدول المستلمة لاعتمادات الأفراد المكلفين بممارسة أعمال محددة لهم قانونا في إقاليم تلك الدول، لأن السفارة تعتبر امتداد لإقليم الدولة المرسلة للاعتماد، حيث تقوم الحصانة على مبدأ التمثيل وذلك لما يقوم به المبعوث الديبلوماسي بوظائف تجعله يمثل دولته مما يقتضي توفير جميع الظروف الملائمة والمناسبة لحمايته وتمكينه من القيام بالأعمال الموكلة له من طرف دولته(676).

1-حصانة المبعوث الديبلوماسي:

أكدت اتفاقية فيينا للعلاقات الديبلوماسية في ديباجتها أهمية الحصانة الديبلوماسية فهي حتمية لا بد منها ويترتب عنها عدم خضوع الديبلوماسي إلى قانون الدولة المرسل إليها، وإنما يخضع إلى قانون دولته التي منحته الاعتماد ووفرة له الحماية الكاملة من كافة الأخطار للقيام بوظائفه عن طريق اتفاق مع الدولة المستقبلة له لتوفير جميع أساليب الحماية، والحصانة القضائية التي يتمتع بها الديبلوماسي تخضع للاختصاص المحلي، ويجوز له التنازل عنها وهذا ما نصت عليه المادة 41 في فقرتها الأولى من **ت.ف**(677) على أنه « **من واجبات الأشخاص الذين يتمتعون بالحصانة القضائية أن يحترموا قوانين وأنظمة الدولة المعتمدين لديها**».

يتمتع الديبلوماسي بالحصانة الجزائية وهي مسألة تعد من مبادئ القانون الدولي منذ القدم وهذا ما أكدت عليه المادة **31 من ت.ف**، كما أنه في حالة وفاة هذا ديبلوماسي يتم تصفيته تركة بصفته الشخصية وليس باعتباره مسؤولا فتنتقل إلى ورثته كل ممتلكاته

ويتابع ديبلوماسي في أية دعوى ترجع إلى أنشطته المهنية والتجارية والتي يتم ممارستها من قبله خارجا عن حدود وظائفه الرسمية، علما أن المادة 42 من **ت.ف** تمنع الدبلوماسي من تعاطي مثل هذه الأعمال لغرض الربح ما عدا شراء عقار مخصص للسكن.

(676) سهيل حسين فتلاوي، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص.ص. 273-275، انظر أيضا: هشام خالد، القانون القضائي الخاص الدولي، مرجع سابق، ص. ص.419-423.

(677) اتفاقية فيينا للعلاقات القنصلية لسنة 1963

https://www.fmprc.gov.cn/ara/lsfw/88

02-حصانة القناصل: تعتبر مهمة القنصل أضيق نطاق من مهمة المبعوث الديبلوماسي، وهو بذلك يتمتع بحصانة أقل من حصانة المبعوث الديبلوماسي، لأنه وظيفته تقتصر على مسائل الأحوال الشخصية والتجارية، ولكن هذا لا يمنع من ضرورة توفير له الحصانة حسب طبيعة عمله التي تقتضي توفير له الحماية الكاملة لممارسة مهنته، مما يترتب عن ذلك منحه الإعفاء القضائي في مختلف الأعمال التي يؤديها في الدولة المضيفة، وهذا ما أكدته اتفاقية فيينا 1963 للعلاقات الديبلوماسية عندما أقرت مبدأ احترام القنصل وحمايته وعدم القيام بأي إجراء يمس بشخصه أو حريته أو وكرامته [678].

تعتبر حصانة القنصل أقل توسعا من حصانة المبعوث الديبلوماسي وهذا لأن الموظفين والمستخدمين القنصليين لايخضعون لاختصاص المحاكم في الدولة المضيفة كما هو الحال بالنسبة للمبعوث الديبلوماسي إلا أن القناصل يمكن حسب اتفاقية السابقة استدعائهم من طرف المحكمة المدنية أو الجزائية للإدلاء بشهادتهم أو لدفاع عن شاهد ما عكس المبعوث الديبلوماسي على أن يشترط عدم استعمال وسائل العنف ضده في حالة امتناع من الحضور [679].

3-حصانة البعثات الخاصة: بجانب البعثات الدبلوماسية الدائمة والقنصلية قد تقوم الدول أحيانا بإرسال بعثات خاصة أو مستقلة وذلك بوظائف مختلفة أما لأغراض البروتوكولات الدولية كالاحتفال أو التوقيع على وثائق أو عقد مفاوضات أو حضور الندوات [680].

---

(678) غالب علي داودي، مرجع سابق، ص. ص. 323-324، انظر أيضا: صلاح الدين حمال الدين، قانون العلاقات الخاصة الدولية – دراسة في ضوء فقه الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص. ص. 50-51، انظر أيضا: عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مرجع سابق، ص 166.

(679) أنظر نص المادة 1/43 من اتفاقية فيينا للعلاقات القنصلية سنة 1963، انظر أيضا: عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص. ص. 396-397، انظر أيضا: عبد العزيز بن ناصر بن عبد الرحمان العبيكان، الحصانات والامتيازات الدبلوماسية والقنصلية المقررة في القانون الدولي، مرجع سابق، ص. ص. 396-408

(680) ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، القانون الدولي الخاص والمقارن، ج1، تنازع القوانين، الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية، مرجع سابق، ص. ص. 277-280.

04- **حصانة المنظمات الدولية:** يرجع اهتمام المنظمات الدولية بمنح موظفيها الحصانة إلى القرن التاسع عشر، وبازدياد النشاط الدولي الذي أدى إلى ظهور عصبة الأمم المتحدة التي تم نص في ميثاقها على وجوب تمتع ممثليها وأعضائها وموظفيها بالحصانة الديبلوماسية أثناء القيام بمهامهم، كما تتمتع المنظمة في إقليم كل دولة الأعضاء فيها بالامتيازات والحصانة لبلوغ الأهداف المرجوة منها، وأن الموظفين الدوليين الذين يعملون ويعينون بقرار من المنظمة الدولية يتمتعون بحصانة نسبية فهي قاصرة على مهامهم الرسمية فقط[681].

ثانيا: سيادة الدول الأجنبية

يعترف القانون الدولي للدول بتنظيم الاختصاص القضائي في محاكمها، إلا أنه أورد بعض القيود أو الحالات التي تقف أمام هذه الحرية الواسعة، لأن أي حق كان لا يمكن تركه دون ضبطه بقواعد وقيود لأن ذلك سيؤدي إلى خلق حالات من الفوضى والارتباك بسبب أنانية الدول الوطنية ورغبتها في ممارسة سيادتها على كامل أراضيها وعلى كافة الأشخاص المقيمين فيها بغض النظر إن كانوا من مواطنيها أو أجنبي عنها.

نصت المادتان الأولى والثانية من ميثاق الأمم المتحدة على أهم مقاصد الهيئة ومبادئها، ومن بين هذه المبادئ مبدأ المساواة في السيادة بين جميع أعضائها مما يضمن لهم جميع الحقوق والمزايا المترتبة على هذه الصفة ويؤدون بحسن النية جميع الالتزامات التي وقعت على عاتقهم بموجب هذا الميثاق.

ليس في هذا الميثاق ما يسوغ (للأمم المتحدة) أن تتدخل في الشؤون الداخلية التي تكون من صميم السلطان الداخلي لدولة ما، وليس فيه ما يقتضي الأعضاء أن يعرضوا مثل هذه المسائل لأن تحل بحكم هذا الميثاق[682].

---

(681) إبراهيم ملاوي، «**حصانة الموظفين الدوليين**»، مجلة الفكر، ع3، 2013، جامعة محمد خيضر، بسكرة، ص.ص. 238-239، انظر أيضا: سامي بديع منصور، عكاشة عبد العال، مرجع سابق، ص 544، انظر أيضا: أحمد الفضلي، الموجز في القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية، مرجع سابق، ص 190، انظر أيضا: عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 402، انظر أيضا: سهيل حسين فتلاوي، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص293 .

[682]«Les États parties à la présente Conventio Rappelant que, depuis une époque reculée, les peuples de tous les pays reconnaissent le statut des agentsdiplomatiques, Conscients des buts et des principes de la Charte des Nations Unies concernant l'égalité souveraine des États, lemaintien de la paix et de la sécurité internationales et le développement de relations amicales entre les nations, Persuadés qu'une convention internationale sur les

نصت المادة الثانية من **ت.ف للأمم المتحدة للعلاقات الدبلوماسية** على ما يلي: « **إنشاء العلاقات الدبلوماسية ما بين الدول وما بين البعثات الدبلوماسية الدائمة يتم عن طريق الاتفاق المتبادل ما بين الدولتين**»[683].

يقوم مبدأ الحصانة القضائية للدول على عاملين أساسيين، يتمثل في مبدأ المساواة واستقلال كل دولة في مواجهة الأخرى أمام محاكم وطنية من جهة، وفي حالة نشوب نزاع بين الدول يتم اللجوء إما إلى طرق الودية المعروفة في فض المنازعات الدولية عن طريق المفاوضات، أو التحكيم أو التسوية القضائية من جهة اخرى، وفي حالة رفع دعوى أمام أي محكمة لدولة معينة بمثابة قبول اختصاص لمحكمة تلك الدولة.

اختلف الفقه حول مدى الحصانة المقررة للدول ففي الوهلة الأولى قاموا بمباشرة بعض الوظائف التجارية مثل النقل والسكك الحديدية أو السفن الحكومية وبعدها توسعت إلى وظائف أخرى شملت وظائف صناعية، وعلى هذا أساس قامت معظم المحاكم إلى التفرقة بين أعمال الحكومة ذات السيادة وأعمال ذات طبيعة تجارية، وبذلك منح الحصانة للفئة الأولى من الأعمال حيث كل من يؤدي أعمال متعلقة بالسيادة يتمتع بالحصانة، بينما بقية اعمال اخرى التي لا ترتبط بالسيادة فموظفوها لا يتمتعون بالحصانة.

=relations, privilèges et immunités diplomatiquescontribuerait à favoriser les relations d'amitié entre les pays, quelle que soit la diversité de leurs régimesconstitutionnels et sociaux, Convaincus que le but desdits privilèges et immunités est non pas d'avantager des individus mais d'assurerl'accomplissement efficace des fonctions des missions diplomatiques en tant que représentants des États, Affirmant que les règles du droit international coutumier doivent continuer à régir les questions qui n'ont pas étéexpressément réglées dans les dispositions de la présente Convention ». Convention de vienne sur les relations diplomatique 1961, faite a Vienne le 18 avril 1961, entré en vigueur le 24 avril 1964 Nations Unies, Recueil des Traités, 500, p 95. Voir le cite https://legal.un

683 Article 2 du Convention de vienne sur les relations diplomatique 1961 **« L'établissement de relations diplomatiques entre États et l'envoi de missions diplomatiques permanentes se font par consentement mutuel ».**

المطلب الثاني

التحكيم آلية سلمية لحل نزاعات عقد المقاولة الدولي

ساد نظام التحكيم في المجتمعات منذ القدم، حيث كان يلجأ الأفراد بموجب إرادتهم الحرة إلى زعيم الأسرة أو زعيم القبيلة لعرض نزاعاتهم والفصل فيها وكانوا يرضون بما صدر من الحكم وينفذونه، لذا فإن التحكيم هو الأسبق ليس في المعاملات المالية فقط بل في شتى المجالات منذ القديم، مما دفع بالعديد من المتعاملين في مجال الدولي إلى الاستعانة بالتحكيم لحل خلافاتهم تجنبا لعرض النزاع على المحاكم وما ينتج عنها من تبعات مثل تحمل الرسوم والتكاليف والوقت [684]، يختلف التحكيم في مفهومه عن القضاء ولهذا تعددت التعاريف الخاصة به **(الفرع الأول)** وله عدة خصائص ومميزات يتمتع بها **(الفرع الثاني)**، والتحكيم الية لحل نزاعات عقد المقاولة الدولي لهذا لا بد من معرفة مختلف القواعد المتعلقة بالتحكيم سواء من حيث الشكل والموضوع **(الفرع الثالث)**.

الفرع الأول

مفهوم التحكيم الدولي

يلجأ الأطراف في عقود المقاولة الدولي إلى عدة الوسائل لتسوية المنازعات الناشئة بينهم، وذلك باللجوء إلى القضاء كما رأينا مسبقا أو لجوء إلى طريق آخر يبتعد تماما عن إجراءات القضاء ويكون بموافقة الأطراف عن طريق التسوية بشكل ودي من خلال التحكيم فهو الأمثل والأنسب لحل منازعات عقد المقاولة الدولي، فعادة ما يرتاح المتعاقد إلى التحكيم كسبيل لحل النزاع بشكل ودي وبذلك يحل محل القضاء الطبيعي، وسنتناول في هذا الفرع ابتداء تعريف التحكيم ، مرورا بتبيان المعايير المعتمدة لجعل التحكيم دوليا **(أولا)**، وانتهاء بإيجابياته وعيوبه**(ثانيا)**.

(684) فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي كما جاء في القواعد والاتفاقيات الدولية والإقليمية العربية، ج5، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1997 ص 11.

أولا: تعريف التحكيم والمعايير المحددة لدوليته

انتشر التحكيم في عصرنا الحالي على الصعيد الدولي لحل النزاعات الدولية لا سيما في المعاملات الدولية، من خلال تنامي العلاقات التجارية والاقتصادية بين الدول وتطور المشاريع استثمارية وازدهارها.

1-تعريفه

يعرف التحكيم أنه « **هو القضاء العام لمجتمع التجار ورجال الأعمال العابر للحدود**"، وعرف أيضا " **بأنه وسيلة خاصة للتقاضي، تقوم على اتفاق يعهد بمقتضاه الأطراف إلى الشخص أو عدة أشخاص، بمهمة حسم المنازعات المتعلقة بهم عن طريق إصدار حكم ملزم، يتمتع بحجية الأمر المقضي**»[685].

وعرف أيضا «**إجراء اختياري لتسوية المنازعات، بحكم ملزم يتأسس على القبول المسبق من جانب الأطراف في النزاع**» [686].

يتم اللجوء إلى التحكيم في المنازعات التي كانت أساسا من اختصاص المحاكم في حالة اتفاق الأطراف على ذلك، مما يقتضي وجود اتفاق تحكيم، وهذا وفقا للمبدأ القائل" **لا تحكيم بدون اتفاق تحكيم**"، ويأخذ اتفاق التحكيم عدة صور كإدراجه في بند في العقد المبرم بينهم، وهو ما يعرف شرط التحكيم، أو أن يتم التحكيم في اتفاق مستقل ومنفصل عن العقد وما يطلق عليه في هذه الحالة بمشارطة التحكيم، ويتم تحديد تحكيم التجاري الدولي من خلال عدة معايير سنتناولها فيما يلي:

2-المعايير المحددة لدولية التحكيم

يعتمد الفقهاء في تعريف التحكيم التجاري الدولي على عدة معايير وهي معيار اقتصادي وقانوني مع الجمع بين هذين المعيارين سنتناوله فيما يلي:

أ- **المعيار الاقتصادي:** يعتبر التحكيم دوليا وفق هذا المعيار إذا كان متعلقا بمصالح التجارة الدولية حسب المادة **1492** من **ق.ا.م.ف**، بينما المعيار الثاني فيتعلق بأطراف النزاع من خلال معرفة جنسياتهم أو المكان المعتاد لإقامتهم أو مقراتهم إذا كانوا من الشركات،

(685) حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2000، ص 44.

(686) محمد حسين منصور، العقود الدولية، مرجع سابق، ص 476.

يتبين من المادة السابقة الذكر تكريس المعيار الاقتصادي في تحديد دولية التحكيم وهو معيار شامل وكاف بالمقارنة مع اختلاف مكان إقامة الطرفين، لأنه حسب الاتفاقية أن اختيار التحكيم على أساس مكان إقامة الطرفين سواء كانوا من جنسيتين مختلفتين أو جنسية واحدة لكنهما مقيمان في دولة واحدة لا يخضع هذه اتفاقية لتحكيم التجاري الدولي، وكذلك نفس الأمر بالنسبة للمعيار المبني على مكان التحكيم أو على مكان قرار التحكيم، لأن هذا معيار ينفي وجود نزاع دولي وأن الظروف هي التي دفعت إلى إجراء التحكيم في مكان معين.

ب-المعيار القانوني: يعتبر القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي بصيغته التي اعتمدتها اللجنة سنة 1985 من القوانين التي تبنت المعيار القانوني كأساس لتدويل التحكيم، حيث نصت المادة الأولى في فقرتها الثالثة من **ق.ن.ت.ت.د** على أنه « **يكون التحكيم دوليا:**

أ- إذا كان مقر عمل طرفي التحكيم واقعين في دولتين مختلفتين، وإذا كان لأحد الطرفين أكثر من مقر عمل فتكون العبرة بمحل إقامته، وهو ما نصت عليه المادة الأولى في فقرتها الرابعة من القانون النموذجي للتحكيم.

ب- إذا كان أحد الأماكن التالية واقعا خارج الدولة التي يقع فيها مقر عمل الطرفين:

1- مكان التحكيم إذا كان محددا في اتفاق التحكيم أو طبقا له، أي على الرغم من أن كل من طرفي التحكيم له مقر عمل يقع في ذات الدولة، إلا أنه إذا اتفقا على إجراء التحكيم في مكان خارج هذه الدولة يكون التحكيم دوليا.

2- أي مكان ينفذ فيه جزء هام من الالتزامات الناشئة عن العلاقات التجارية أو المكان الذي يكون فيه موضوع أوثق صلة به[687]».

687 Article 01 /3 du loi type de la cnudci sur l'arbitrage commercial international dispose que « **… Un arbitrage est international si :**

a) Les parties à une convention d'arbitrage ont, au moment de la conclusion de la dite convention, leur établissement dans des Etats différents; ou

b) Un des lieux ci-après est situé hors de l'Etat dans lequel les parties ont leur établissement :

i) Le lieu de l'arbitrage, s'il est stipulé dans la convention d'arbitrage ou déterminé en vertude cette convention;

ii) Tout lieu où doit être exécutée une partie substantielle des obligations issues de la relation commerciale ou le lieu avec lequel l'objet du différend a le lien le plus étroit; ou

c) Les parties sont convenues expressément que l'objet de la convention d'arbitrage a des liens avec plus d'un pays… ».

ثانيا: مزايا وعيوب التحكيم

يلعب التحكيم دورا هاما في حسم المنازعات التي يمكن أن تثيرها عقود المقاولة الدولي، إلى درجة أن البعض يعتبره أمرا حتميا بشأن هذه الطائفة من العقود وأنه أصبح القضاء الطبيعي في هذا المجال ويرجع ذلك إلى عدة مزايا وإيجابيات عند العمل بالتحكيم(688).

1-مزايا التحكيم: للتحكيم مزايا عديدة دفعت المتعاقدين اللجوء إليه بدل القضاء حماية لمصالحهم وتتمثل في:

أ-رغبة الخصوم في حسن سير العدالة: يتميز التحكيم عن القضاء في سرعة الفصل في النزاع وهذا تلبية لرغبة الخصوم في التوصل للفصل في النزاع وقت قصير، ويرجع سبب سرعة الفصل في النزاع إلى تكريس المحكمين كل وقتهم للفصل في النزاع مع بساطة إجراءات الفصل في النزاع، ونظرا لما يتمتع به هؤلاء المحكمون من الخبرة تمكنهم من الفصل في نزاع في وقت قصير وبما يرضي الأطراف، مما يؤدي في النهاية إلى تحقيق عدالة خاصة سريعة قدر الإمكان شريطة عدم تجاوز الضمانات الأساسية للتقاضي كاحترام حقوق الدفاع والمساواة بين الخصوم واحترام مبدأ الوجاهية(689).

ب-سرية قضاء التحكيم:

يختلف التحكيم عن القضاء في أن التحكيم أساسه السرية في حل النزاعات الدولية، وهو الهدف المباشر والأساسي من التحكيم نظرا لخصوصية المعاملات التجارية التي تتطلب السرية في معاملات خوفا من القرصنة وكشف وثائق المعاملات التجارية للأفراد، فالسرية هي طريق الثروة ومفتاح النجاح.

تترجم سرية قضاء التحكيم في عدة الصور، من بينها التزام المحكم بالسرية لا يشمل بطبيعة الحال بعض الصور التي أباحها القانون، كحق المحكم في الامتناع عن التوقيع على القرار، وحقه في إعطاء رأي مخالف للأغلبية، أو التصريح بأن القرار لم يصدر بالإجماع

---

(688) الحفيظة السيد الحداد، التحكيم في عقود الدولة دات الطابع الإداري، مرجع سابق، ص 3.

(689) إبراهيم أحمد إبراهيم، «**اختيار طريق التحكيم ومفهومه في إطار مركز حقوق عين شمس للتحكيم**» مجلة الدراسات القانونية، ع 7، 2001، كلية الحقوق، جامعة بيروت العربية، ص 126، انظر أيضا: حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع السابق، ص 18،

وإنما بالأغلبية، كذلك فإن المحكم لا يعد مخلا للالتزام بالسرية إذا قام بالإبلاغ عن الوقائع تشكل أمورا معاقب عليها تكشفت له أثناء جلسات التحكيم (690).

ح- **عدم خضوع التحكيم شكليات خاصة:** لا يتطلب التحكيم من الخصوم استعمال لغة قضائية تتسم بالتعقيد وإنما يكفي استعمال لغة عادية معروفة لديهم، لأن المعالجة القضائية للنزاع يتم فيها الالتزام بمبادئ شكلية معينة، وهذا بخلاف معالجة التحكيمية لنفس النزاع والتي لا تتطلب شكليات معينة وإجراءات معقدة.

خ- **بساطة إجراءات التحكيم:** يتميز التحكيم ببساطة إجراءاته بخلاف القضاء الذي يتطلب إجراءات معقدة من تبليغات وإدارة الجلسات، وتنظيم وتقديم البيانات والاتصال بأطراف النزاع وغير ذلك، وعليه التحكيم يبتعد عن كافة الإجراءات الشكلية طويلة الأمد ومملة لا أهمية لها إلا فيما يخص بالتقيد بحرفية النصوص الخاصة بالإجراءات، وهو مما يؤدي إلى صدور قرار التحكيم خلال وقت قصير بشكل ملموس فيما لو عرض النزاع ذاته على القضاء (691).

د- **تعيين أعضاء التحكيم من أشخاص ذوي كفاءة وخبرة:** يتميز التحكيم بتعيين أشخاص ذوي خبرة وكفاءة في مجال النزاع المعروض عليهم، فيتم اختيارهم حسب طبيعة النزاع مثلا إذا تعلق بالتجارة يتم اختيار التجار لحل النزاع التجاري، وإذا كان النزاع طبي يتم اختيار الأطباء المختصين لحل النزاع وغيرها، وهذا بخلاف القاضي فبرغم من براعته وكفاءته في مجال القانوني إلا أنه قد يكون قليل الخبرة في موضوع النزاع، الأمر الذي يحتم عليه الاستعانة بخبير يرشده ويكشف له ما كان غامضا من جوانب النزاع، فيكون

---

(690) إبراهيم أحمد إبراهيم، اختيار طريق التحكيم ومفهومه في إطار حقوق مركز عين شمس للتحكيم، مرجع سابق، ص 121، انظر أيضا: محسن شفيق، التحكيم التحاري الدولي، دراسة في قانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1997، ص 17، أبو زيد رضوان، الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي أبو زيد رضوان، الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 4، انظر أيضا: هشام خالد، جدوى اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي، منشأة المعارف، بالإسكندرية، مصر، 2004، ص 32، انظر أيضا: حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 12.

(691) فراح مناني، التحكيم طريق بديل لحل النزاعات حسب اخر تعديل لقانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري، دار الهدى، عين مليلة، 2010، ص 87.

من أفضل أن يلجأ الخصوم مباشرة لاختيار محكم ليفصل في النزاع في وقت أقصر وبنفقات أقل[692].

ز-مرونة التحكيم: يتمتع التحكيم بقدر كبير من المرونة بخلاف القضاء لأن القضاة في المحاكم مقيدون بالقانون ويسهرون على تطبيق نصوصه وإجراءاته وإذا صدرت أحكامهم مناقضة للنصوص القانونية، فهي أحكام معيبة واجبة النقض ولو كانت تناسب ظروف الدعوى [693].

ر-الرغبة في الخضوع لقواعد الانصاف والعدالة: يتمتع الخصوم في التحكيم بحريتهم الكاملة في عدم إخضاع نزاعهم للقواعد القانونية الخاصة بدولة معين، بل وأكثر من ذلك فهم في بعض الأحيان يتجنبون تطبيق أي نظام قانوني معين ويرتكزون على فصل نزاعهم وفقا لمبادئ العدل والإنصاف، مما يفيد أن صدور القرار التحكيمي لن يؤدي إلى قطع أواصر الود والصداقة بين الخصمين [694].

س-الرغبة في المحافظة على مستقبل العلاقة: يتميز التحكيم في قضايا المعروضة عليه من طرف الخصوم في المحافظة على طبيعة العلاقات بينهم، ويشجع التحكيم على تلافي الحقد بينهم، وهذا لأن المحكمين تم اختيارهم بموافقتهم وبذلك يحوزون على ثقتهم، مما يؤدي

---

(692) سيد أحمد محمود، مفهوم التحكيم وفقا لقانون المرافعات، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2008، ص 19، محسن شفيق، التحكيم التحاري الدولي، مرجع سابق، ص 16، انظر أيضا: منير عبد المجيد، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، مرجع سابق، ص6، انظر أيضا: فراح مناني، التحكيم طريق بديل لحل النزاعات حسب اخر تعديل لقانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري، مرجع سابق، ص. ص.87-88.

(693) خالد هشام، جدوى اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2006، ص.ص. 281-284، انظر أيضا: محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دراسة في قانون التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 31، انظر أيضا: حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 30.

(694) وهذا ما ذهبت إليه المادة 3/28 من القانون النموذجي التي تنص على أن « **تجري محكمة التحكيم تسوية وفقا للعدالة والانصاف وبصفتها منشئة لمواءمة ودية فقط، إذا أذن لها الأطراف في ذلك صراحة**». يلاحظ أن تخويل المحكم إجراء تسوية للنزاع يحرره من التقيد بأي نصوص تشريعية أو أية قواعد قانونية أيا كان مصدرها، ليوجد المحكم نوعا ما من التسوية للنزاع المعروض عليه، مستلهما ما يراه محققا للعدالة وما يرضي ضميره ، فهو يقوم بعمل إنشائي خلاق لا يخضع =فيه إلا لما يرضي وجدانه. قانون الانسترال النموذجي بشان التحكيم التجاري الدولي لعام 1985 مع التعديلات التي اعتمدت في عام 2006. انظر في ذلك حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 34.

إلى القضاء على الخصومة والمشاحنات بينهم، وبعث اطمئنان النفوس وإعادة العلاقات الطيبة بينهم، ضف إلى ذلك أن التحكيم يعتبر كضمانة إجرائية لتشجيع الاستثمار وهو الأمر الذي دفع بالكثير من الدول إلى أن تتضمن قوانينها الصادرة لتشجيع الاستثمار نصوصا صريحة تفيد قبول التحكيم(695).

1-عيوب التحكيم: بالرغم من المزايا العديدة للتحكيم إلا أن هذا لا يمنع من وجود عيوب كثيرة نجملها فيما يلي:

أ-كثرة المصاريف: من بين العيوب التي خص بها التحكيم في نظر البعض كثرة المصاريف بمقارنة مع القضاء لا سيما إذا كان التحكيم دوليا، وكان أعضاء هيئة التحكيم وأطراف النزاع والمحامين من جنسيات مختلفة أو مقيمين في دول مختلفة مما يرتب عنه زيادة في مصاريف التحكيم بسبب تنقلاتهم واجتماعاتهم في مكان معين، ومع زيادة أتعاب المحكمين والمصاريف الخاصة بالمركز وغيرها، وعلى العموم هذه المصاريف والنفقات تتناسب طرديا مع قيمة النزاع، بحيث يزداد مقدارها كلما زادت هذه القيمة (696) .

في حين يرى البعض الآخر أن تكاليف التحكيم أقل من تكاليف القضاء، فمثلا التحكيم المتعلق بالاستثمارات الكبرى مهما كانت مصاريفه يعد أقل تكلفة من إجراءات التقاضي التي تبقى لسنوات طويلة حتى يتم فيها الفصل في النزاع مما يؤدي إلى تجميد الاستثمار ويحدث خسائر كبيرة بالمقارنة مع التحكيم، حتى وإن كان المحكمين يتقاضون في العديد من بلدان العالم أتعابا باهضة إلا أن هذه المصاريف مهما بلغت لا يمكن أن تتجاوز ما يخسره التاجر أو المستثمر إذا مضت سنوات عديدة والنزاع معلق أمام المحاكم في انتظار الفصل النهائي في الحكم (697).

---

(695) محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص. ص. 20-21،

(696) جلال وفاء محمدين، التحكيم تحت مظلة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، مرجع سابق، ص. ص. 9-10، انظر ايضا: أحمد القشيري، التحكيم في عقود الدولة ذات العنصر الأجنبي، محاضرة ألقيت بنادي مجلس الدولة بتاريخ 1981/04/09، ومنشورة في مجموعة محاضرات الموسم الثقافي لنادي مجلس الدولة، مد 1، 1981، ص 99 ، انظر أيضا: فراح مناني، التحكيم طريق بديل لحل النزاعات حسب اخر تعديل لقانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري، مرجع سابق، ص 89 .

(697) محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص. ص. 24-25.

ب-التحكيم آلية الدول المتقدمة إقتصاديا: يتم اللجوء إلى التحكيم في الغالب من طرف الدول المتقدمة إقتصاديا باعتباره وسيلة من وسائل التي تضمن بها تفوقها على الدول الضعيفة، ويهدف التحكيم في هذه الحالة إلى تجنب اللجوء إلى القضاء الوطني في الدول النامية بخصوص النزاعات المتعلقة بالتنمية الإقتصادية، وعليه لا يخضع المستثمر الأجنبي سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا إلى سريان القوانين الوطنية في حقه، حيث يتولى الطرف القوي إملاء شروطه على الطرف الضعيف الذي لا يملك عادة سوى الإذعان، وكذا فرض تطبيق القواعد القانونية التي يراها هو مناسبة له والتي تساهم الدول المتقدمة اقتصاديا في صياغتها.

ج-بالنسبة لتعيين المحكمين: يتم تعيين المحكمين بناء على اختيار الأطراف المتعاقدة، مما يغرس في ضمائرهم ضرورة الدفاع عن مصلحة من قام بتعيينه والقيام بتمثيله ولو جزئيا، وهذا هو السبب الرئيسي في نظر المتعاقد عند اختياره لمحكم معين ليخدم مصالحه، لذلك ليس غريبا أن نجد رئيس هيئة التحكيم في العديد من القضايا يسعى إلى توفيق وجهة نظر المحكمين قدر الإمكان، وعليه يترتب عن ذلك تأثر العملية التحكيمية من حيث وجوب حياد أعضاء هيئة التحكيم ونزاهتهم وعدم تحيزهم لصالح طرف ضد طرف آخر من أطراف النزاع [698].

د-اختلاف التشريعات والنظم القانونية: يفصل المحكم عند النظر في النزاع المعروض عليه متأثرا بثقافة بلده واتجاهاتها السياسية والاجتماعية مما يؤثر بطبيعة الحال في نتائج حكمه دون النظر إلى طبيعة وظروف الدولة طرف النزاع[699].

ذ- تنفيذ القرار التحكيمي: يطرح تنفيذ القرار التحكيمي مشاكل عديدة ، فالمتعاقد الذي رفع الدعوى لايعنيه كسبها لمجرد الكسب وإنما لابد من تنفيذ هذا القرار التحكيمي الذي صدر لصالحه، ولا تثار إية مشاكل في حال تم تنفيذ بطريقة ودية وهو أفضل سبيل وأقصرها لتنفيد قرار التحكيم، لكن أن يرفض الطرف الآخر تنفيذ القرار التحكيمي، فيضطر كاسب الدعوى التحكيم اللجوء إلى القضاء لتنفيذ قرار التحكيم جبرا وبشروط معينة، فبالرغم من تهرب الأطراف المتعاقدة من القضاء في بداية الأمر إلا أنه يتم لجوء إليه في نهاية

(698) عمر سعد الله، حل النزاعات الدولية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005. ص. ص. 140-141.

(699) عامر علي رحيم، التحكيم بين الشريعة والقانون، دار الجماهيرية، مصراتة، ليبيا، 1987، ص 49.

المطاف لتنفيذ القرار التحكيمي، هذا إذا لم يتوفر في حكم التحكيم حالات عدم التنفيذ المنصوص عليها في القوانين الوطنية، ويعيد النزاع إلى نقطة البداية وكأن التحكيم لم يكن، ولكن يتبين من خلال الأحكام الصادرة من غرفة التجارة الدولية بباريس أن معظم الأحكام الصادرة عن هيئات التحكيم التابعة لها تنفذ دون أية معارضة أو إشكال، الأمر الذي جعل حالات الطعن في حكم التحكيم بالبطلان أو إشكالات التنفيذ نادرة جدا [700].

الفرع الثاني

الخصائص المميزة للتحكيم في عقود المقاولة الدولي

لا تختلف إجراءات التحكيم في منازعات عقود المقاولات عن غيرها من إجراءات التحكيم في مختلف المنازعات الأخرى، فيسري على التحكيم نفس القواعد التي تسري في القضاء العادي من عملية الإخطار، وتعيين المحكمين، وردهم وإبداء الخصوم لطلباتهم وغير ذلك من المسائل الأخرى، ومع ذلك يتميز التحكيم في منازعات عقود المقاولات الدولية بخصوصيات تفرقه عن التحكيم في المنازعات الآخرى بسبب اختلاف المشاكل التي تعرض على المحكمين والتي ترتبط أساسا بدولة ما وتتعلق بتحقيق التنمية الاقتصادية مما يجعل منازعات هذه العقود لا تخلو من خلفية سياسية واقتصادية دولية.

الأمر الذي يترتب عليه أن يكون لأحكام التحكيم الصادرة في هذه المنازعات آثارا بعيدة المدى تؤثر على حياة الملايين من البشر، ولذلك فإنه يتعين في تحكيم منازعات عقود المقاولات الدولية اختيار نوع التحكيم الملائم لخصوصية منازعتها(**أولا**)، وكذلك وجوب اختيار محكمين يتوفر لهم التكوين الملائم والخبرة الخاصة للتصدي لمثل هذه المنازعات(**ثانيا**)، كما يتعين مراعاة السرية في إجراءات التحكيم في هذه العقود لارتباطها بمصالح الدولة (**ثالثا**).

(700)محسن شفيق: التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 25، انظر أيضا: أحمد حسان الغندور، التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص 626.

أولا: اختيار التحكيم الملائم لنزاعات عقود المقاولات الدولية

يتم اللجوء إلى التحكيم كسبيل لحل نزاعات عقد المقاولة الدولي، وهذا بسبب تجنب الأطراف المتعاقدة لجوء لقضاء محاكم دولة معينة، فعند اختيار الأطراف للتحكيم لتسوية منازعاتهم الاتفاق على أن يستقلوا في إدارة العملية التحكيمية وهو ما يعرف ب:**(التحكيم الخاص)**، أو أن يشيروا في اتفاقهم إلى خضوع إلى إحدى المؤسسات التحكيمية الدائمة وهو ما يطلق عليه **ب: (التحكيم المؤسسي)** [(701)]، وهو ما سنتناوله فيما يلي:

1-مفهوم التحكيم الخاص والتحكيم المؤسسي: أحاول فيما يلي تحديد المقصود بكل من التحكيم الخاص والتحكيم المؤسسي:

أ-**التحكيم الخاص Ad hoc Arbitration:** التحكيم الخاص أو تحكيم الحالات الخاصة أو التحكيم الحر أو التحكيم الذاتي هو الذي تولى الأطراف صياغته بمناسبة نزاعهم، خارج إطار أية مؤسسةّ أو مركز من مراكز التحكيم، حيث يتولى الخصوم إقامته بمناسبة نزاع معين للفصل فيه، فيقومون بتشكيل هيئة تحكيم، وتحديد القواعد والإجراءات الخاصة بهم، أو الإحالة إلى قواعد تحكيم توضع لأجل هذا الغرض، كما هو الأمر في شأن قواعد تحكيم لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي العام 1976 [(702)].

بعبارة أخرى فإن التحكيم الخاص هو تحكيم أعد لحالة خاصة بعينها، سواء من حيث تشكيل هيئة التحكيم التي تتولاه أو من حيث القواعد والإجراءات التي تطبق عليه، وهو ما حدا بالبعض إلى أن يصف هذا التحكيم بأنه " **نفذ التحكيم بنفسه**"، لذلك فهو يحتاج ممن يختاره من الأطراف عناية كبيرة في تحديد كافة القواعد التي تنظمه[(703)].

يمكن أن نشير كمثال على اللجوء إلى التحكيم الخاص في اتفاقيات تحكيم منازعات عقود الدولية، إلى ما ورد في العقد المبرم بتاريخ 18/11/1994 بين الحكومة اللبنانية، وبعض الشركات الفرنسية الخاصة، من أجل تنفيذ ما يسمى الأوتوستراد العربي من أن فض

(701) بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2006، ص 358.

(702) أحمد السمدان، «**القانون الواجب التطبيق في التحكيم التجاري الدولي**»، مجلة الحقوق، ع 1 و2، 1993، جامعة الكويت، ص 189، انظر ايضا: بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 359، محمد حسين منصور، العقود الدولية، مرجع سابق، ص.ص. 448-449

(703) إبراهيم احمد إبراهيم، مرجع سابق، ص 122.

الخلافات الناشئة عن هذه الاتفاقية يكون خاضعا للتحكيم وفقا لدفتر الشروط وملاحقه، مع تطبيق أحكام نظام لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (يونوسترال)، على أن يحصل التحكيم في بيروت باللغة الفرنسية، وعلى أن يطبق القانون اللبناني في أساس الموضوع[704].

وكذلك ما ورد في المادة 34 من الصيغة النموذجية لاتفاقية امتياز أبو ظبي، حيث تنص على أنه:«

أ –إذا ظهر أي شك أو خلاف أو نزاع في أي وقت بين الأطراف فيما يتعلق بتفسير أو تنفيذ أي بند منصوص عليه في العقد، أو فيما يتعلق بحقوق والتزامات أي طرف، وفشل الأطراف في تسوية ذلك النزاع أو الخلاف بأية طريقة أخرى، فإنه يلزم إحالة الأمر إلى محكمين يعين كل طرف محكما عنه، ثم يقوم المحكمان باختيار محكم ثالث للفصل في النزاع في خلال ستين يوما (60) من تاريخ طلب أحد الطرفين كتابة.

ب –يلزم كل طرف بترشيح محكمه في خلال ستين يوما من تاريخ تقديم الطرف الآخر طلب التحكيم، فإذا فشل أحد الطرفين في تسمية محكمه يتولى رئيس محكمة العدل الدولية تسميته بناء على طلب الطرف الاخر. وإذا فشل المحكمان في الاتفاق على المحكم الثالث فيتولى رئيس محكمة العدل الدولية تسميته استجابة لطلب المحكمين أو لطلب أحدهما.

ج–القرار من المحكمين أو الاختلاف في الرأي بينهما بشأن المحكم الثالث يعتبر نهائيا وملزما لكل الطرفين

د– تتمتع هذه الاتفاقية بقوة القانون ويلزم تفسيرها وتطبيقها بما يتفق مع المبادئ العامة المعترف بها في الدول المتمدينة بما في ذلك المبادئ القانونية التي طبقتها المحاكم الدولية»[705].

(704) نادر محمد إبراهيم، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي، مرجع سابق، ص51.

(705) نادر محمد إبراهيم، مرجع سابق، ص 52، انظر ايضا: أحمد السمدان، القانون الواجب التطبيق على التحكيم الدولي، مرجع سابق، ص.ص. 191–192.

2-التحكيم المؤسسي :Institutional Arbitration

يعرف التحكيم المؤسسي هو قيام الأطراف المتعاقدة باختيار اتباع اجراءات التحكيم وفقا لقواعد مؤسسة تحكيمية معينة، ووفقا للبعض نكون أمام تحكيم مؤسسي متى جرى في ظل منظمة لم تكتف بوضع كل قوانينها التنظيمية وتجهيزاتها من مكاتب وخدمات تحت تصرف أطراف النزاع، بل احتفظت لنفسها باختصاص معين في تطبيق لائحتها المذكورة، ولا يهم حينئذ كون المنظمة تتناول مهمة نظر النزاع والفصل فيه [706].

يتم اختيار الأطراف هذا نوع من التحكيم من خلال إدراج بند في العقد يشترط ذلك، أو أن يتم ذلك عن طريق ابرام اتفاق مستقل عن العقد يحدد فيه الهيأة التي يتم لجوء فيها للتحكيم وهو ما يعرف بمشارطة التحكيم.

قد ازداد عدد مؤسسات التحكيم الدائمة، بعد أن أصبح التحكيم من أكثر الوسائل قبولا في حسم منازعات التجارة الدولية والاستثمار، ومن أهمها يمكن أن نشير إلى محكمة التحكيم الدائمة التابعة لغرفة التجارة الدولية بباريس، والمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في واشنطن، والمركز الدولي لحسم المنازعات التابعة لجمعية التحكيم الأمريكي، ومركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي.

تجدر الإشارة إلى أن بعض مؤسسات التحكيم الدائمة قد تنشأ للاختصاص بنوع معين من المنازعات دون غيرها، مثل المركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار، وكذلك مركز التحكيم والوساطة التابعة للمنظمة العالمية للملكية الفكرية WIPO، وأيضا مركز الإسكندرية للتحكيم البحري الدولي.

ومن أمثلة اتفاقات تحكيم منازعات عقود المقاولات الدولية التي تجيز التحكيم المؤسسي، ما نص عليه اتفاق التحكيم الوارد في المادة 21 من عقد امتياز البحث عن البترول المبرم سنة 1987 بين الشركة الألمانية **Deutsh-Schactbau-und-Tiefbohrgesellschaft**، وشركة رأس الخيمة الوطنية للبترول **Rakoil**

(706) بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 361.

من أن« **جميع المنازعات التي تنشأ بخصوص تفسير هذه الاتفاقية أو تطبيقها ستتم تسويتها بموجب قواعد التوفيق والتحكيم لغرفة التجارة الدولية، وذلك من قبل ثلاثة محكمين يعينون بموجب هذه القواعد**»[707]

وكذلك ما ورد في البند الثاني عشر من العقد المبرم بين الحكومة المصرية والشركة الأسبانية المصرية للغاز سيجاس سنة 2001 لإنشاء وتشغيل وإعادة تسليم رصيف بحري بترولي متخصص في ميناء دمياط بنظام B.O.T من أن« **المنازعات الناشئة عن هذا الترخيص تتم تسويتها طبقا لقواعد التحكيم المعمول بها في مركز القاهرة للتحكيم الدولي بالقاهرة، ويعتبر قرار المحكمين ملزما ونهائيا للطرفين ويتم التحكيم باللغة الإنجليزية وتنطبق أحكام القانون المصري ويكون عدد المحكمين ثلاثة يعين كل طرف محكما عنه، وإذا لم يقم المدعي عليه بإخطار المدعى كتابة باسم المحكم الذي عليه خلال ثلاثين يوما من استلام إخطار المدعى كتابة فيقوم المركز بناء على طلب المدعى بتعيين المحكم الثاني**»[708].

ثانيا: العوامل التي يجب الاعتداد بها في إختيار المحكمين في منازعات عقود المقاولات الدولية

تحتوي عقود الدولية على مشاكل فنية بالغة التعقيد، ولهذا يتطلب في المحكم المختص بالنظر في النزاع بعض المؤهلات التي تتلاءم مع هذه الخصوصية، حيث قد ترتبط هذه المشاكل مثلا بمنازعة تتعلق بمسؤولية الدولة عن تأميم المشروع الاستثماري والتعويض عنه، أو ترتبط بطلب إعادة توازن شروط العقد في الحالات الطارئة المخلة بالتوازن بين التزامات المتعاقدين أو عندما يتعلق الأمر بتجميد بعض القوانين التي يؤثر تعديلها على الاستثمار، أو أنها قد ترتبط هذه المشاكل بأحكام القانون الدولي الخاص مثل ارتباط المنازعة بمشكلة من مشاكل البيئة، أو تعلق بمشكل نقل التكنولوجيا، ولهذا لا بد أن يتم اختيار المحكم ذو دراية كافية بأحكام القانون الدولي سواء كان عاما أو خاصا، وعليه فكثيرا ما يضطر المحكم بالبحث في فروع القانون المختلفة لتشعب المشاكل التي تثيرها عقود الاستثمار.

(707) بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 363.

(708) بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 364.

ولا تختلف عقود المقاولات الدولية عن العقود الدولية اخرى لارتباط منازعاتها بمشاكل فنية بالغة التعقيد، مثل مشاكل المتعلقة بالنواحي الفنية لاستغلال الحقل أو معدل الانتاج في عقود البترول، أو مشاكل هندسية بحتة ترتبط بكفاءة المنشآت في عقود الأشغال، أو أن تتعلق المشاكل بالحسابات المالية أو بنوعية التكنولوجيا المستخدمة في بناء مصنع ما في عقود التعاون الصناعي.. الخ، ولذا يتعين في هيئة التحكيم أن تتكون بقدر الإمكان الخبرات الكافية واللازمة من مهندسين وتقنيين لحسم النزاع.

وعليه العديد من عقود المقاولات الدولية تسمح بالتحكيم الفني في الأمور التي تتطلب خبير فني، ويكمن الهدف من ذلك تجنب أية خلافات أو مشاكل حول تحديد سعر السوق بالنسبة للنفط أو الزيت الخام المنتج في فترة معينة، وهذا ما أكدته المادة السابعة من عقد الامتياز المبرم بين الحكومة المصرية العام للبترول وشركة SA.AM للبترول والغاز، حيث تشترط تعيين محكم ذو كفاءة وسمعة عالية وخبرة جيدة في مجال صناعة البترول، ليتمكن من تسعير وتسويق الزيت الخام في التجارة الدولية، وهذا بعد تمكينه من الاطلاع على عقود بيع الزيت الخام، ولا تكفي المحكم الخبرة في هذا المجال بل لا بد أن يكون خبيرا في القانون في مثل هذه المنازعات ليتمكن من الفصل فيها [709].

ثالثا: الالتزام بسرية إجراءات التحكيم في منازعات عقود المقاولات الدولي

تتم إجراءات التحكيم في منازعات عقود المقاولات الدولية في سرية تامة، وذلك لما ينجم عن هذه العقود من آثار سياسية وإقتصادية كبيرة تؤثر في مصالح الدول ومصالح الشركات الكبرى، وهذا لخطورة المعلومات والوثائق المرتبطة بإبرام هذه العقود الواجب أن تبقى في سرية تامة، فإذا كنا بصدد عقد من عقود البترول مثلا، فإن حساسية المعلومات التي لا يحتفظ بسيرتها والتي تتعلق بمستوى إنتاج حقل أو تدق إنتاجيته قد تؤدي إلى أزمات أو اضطرابات سياسية أو اقتصادية، أو تؤدي إلى اضطراب أسعار البترول في الأسواق العالمية، أو كنا بصدد عقد من عقود التعاون الصناعي، فإن عدم مراعاة السرية قد تؤدي إلى تسرب الأسرار التكنولوجية المستخدمة في هذه العقود إلى الغير.

(709) نادر محمد إبراهيم، مرجع سابق، ص 55، بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 368، حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 20،

فقد أعلنت المحكمة العليا الاسترالية في حكمها الصادر في 7 أفريل 1995 في قضية Esso Australia Resources Ltd.Et alV Ministry of Energy and Mineral Plowman أن التزام السرية يخضع لما يتطلبه وما تقتضيه شئوون المصالح العليا، وأنه ليس هناك ما يبرر فرض التزام السرية على الإجراءات والمستندات والمعلومات التي يدلي بها الأطراف في تحكيم خاص، حيث أن عنصر السرية يتعبر واحدا من أهم أسباب اختيار الأطراف للتحكيم كأسلوب لتسوية منازعاتهم، مما يقتضي معه في اعتقادنا احترام التوقعات المشروعة للأطراف بالتزام السرية في التحكيم عندما اتفقوا عليه لتسوية منازعاتهم. فقد أعلنت محكمة استئناف باريس في حكمه الصادر في 18 فبراير 1989 أنه" مما يتمشى مع طبيعة التحكيم وإجراءاته ضمان سرية حل المنازعات ذات الطابع الخاص وهو ما يستجيب لاتفاق الأطراف المتنازعة[710].

وبما أن السرية في التحكيم تعتبر أمرا هاما في منازعات عقود المقاولات الدولية، فلا بد من نص على ذلك في عقد مقاولات الدولية أو في اتفاق لاحق مستقل عن العقد، بل أكثر من ذلك لابد من إضافة شروط أخرى لضمان سرية إجراءات التحكيم سواء عن طريق الأطراف في شكل شروط عقدية، أو عن طريق المحكمين في شكل أمر إجرائي أو في مشارطة التحكيم، أو عن طريق تضمين التشريعات وقواعد التحكيم النص صراحة على التزام السرية في التحكيم

الفرع الثالث

القانون المطبق على التحكيم في عقد المقاولة الدولي

يختار أطراف عقد المقاولة الدولي التحكيم لكونه وسيلة لحماية حقوقهم من تعسف الدولة المضيفة، ولاتباع التحكيم كوسيلة لحل نزاع المرتبط بالمقاولة لا بد من تبيان القانون المطبق على إجراءات التحكيم **(أولا)**، وعلى موضوع التحكيم **(ثانيا)**.

(710) نقلا عن حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 21، انظر أيضا: بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 369،

أولا: على إجراءات التحكيم

تخضع منازعات عقود المقاولات الدولية في حالة استبعاد الأطراف اللجوء إلى قضاء محاكم دولة معينة اللجوء إلى التحكيم، حيث يقوم أعضاء هيئة التحكيم بتطبيق قانون إجرائي لدولة ما مثل قانون دولة مكان التحكيم، أو قانون جنسيتهما أو جنسية أحد الأطراف.. إلخ، كما يمكنهم إنشاء قواعد إجرائية من طرفهم، وفي حالة عدم اتفاق الأطراف على قواعد وإجراءات التحكيم التي ستطبق على نزاعاتهم، وتمت الإشارة فقط إلى خضوع النزاع إلى التحكيم، فتتولى هنا هيئة التحكيم التي تم تشكيلها وفقا لاختيارهم الحر هذه الإجراءات، أو تتولى مهمة ذلك أحد مراكز التحكيم الدائمة [711].

1-حالة اتفاق أطراف النزاع على اختيار قانون اتفاقي

ينشأ التحكيم بناء على إرادة الأطراف المتعاقدة حيث خول لهم القانون اختيار الجهة التي تفصل في نزاع سواء كانت قضائية أو تحكيمية، وعليه مبدأ سلطان الإرادة هو الأساس الذي يبنى عليه التحكيم، فبإرادتهم يوجد التحكيم وبها ينقضي، فهم يملكون حرية وضع وبيان الإجراءات التي يتم وفقها. وهذا ما اتفقت عليه معظم التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية ولوائح مراكز التحكيم الدائمة، بحرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على اجراءات التحكيم، حيث تنص المادة 25 من **ق.ت.م** على أنه « **لطرفي التحكيم الاتفاق على الاجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم، بما في ذلك حقها في إخضاع هذه الإجراءات للقواعد النافذة في أي منظمة أو مركز تحكيم في جمهورية مصر أو خارجها**». وهو ما كرسه القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 الذي نصت مادته 1/19 من **ق.ن.ت.ت.د على أنه« مع مراعاة أحكام هذا القانون يكون للطرفين حرية الاتفاق على الاجراءات التي يتعين على هيئة التحكيم اتباعها عند السير في التحكيم»**

يفصل المشرع الجزائري بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي، وهذا عكس المشرع المصري الذي لم يميز في قانون التحكيم بين التحكيم الداخلي التحكيم الدولي، حيث يمكن

(711) أبو العلا النمر، القانون الواجب التطبيق على المسائل الإجرائية في مجال التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2000، ص. ص. 55.

في كلا الحالتين للأطراف اختيار القانون الذي ينظم إجراءات التحكيم[712] ، في حين المشرع الجزائري أعطى للأطراف حرية اختيار القواعد الإجرائية التي يرونها مناسبة لتنظيم خصومتهم، حيث نصت المادة **1019.ا.ج.م.** إ على أنه « **تطبق على الخصومة التحكيمية الآجال والأوضاع المقررة أمام الجهات القضائية ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك**».

يتبين من نص المادة السالفة الذكر أن المشرع الجزائري منح الأولوية للأطراف المتعاقدة في تحديد إجراءات التحكيم الداخلي، وفي حالة عدم اتفاقهم على ذلك لا يمكن لمحكمة التحكيم أن تتولى ذلك وتتصدى للفراغ الذي يخلفه غياب اتفاق الأطراف، فأجبر محكمة التحكيم بتطبيق أحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري وفقا للمادة السابقة الذكر.

أما فيما يخص التحكيم الدولي فقد نصت المادة 1043 **من ق.إ.م** .إ على أنه « **يمكن تضبط في اتفاقية التحكيم الاجراءات الواجب اتباعها في الخصومة مباشرة واستنادا على نظام تحكيم، كما يمكن إخضاع هذه الإجراءات إلى قانون الإجراءات الذي يحدده الأطراف في اتفاقية التحكيم**».

وعليه نستنتج من خلال المادة 1043 السابقة الذكر أن المشرع الجزائري منح سلطة الكاملة للأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق في مجال التحكيم الدولي، فيمكنهم اختيار أي قانون إجرائي لدولة ما أو لجوء إلى لوائح مراكز ومؤسسات التحكيم الدائمة، وأخيرا يمكنهم وضع قواعد إجرائية من ابتكارهم، وتكون محكمة التحكيم ملزمة باحترام تطبيق إرادة الأطراف فيما يخص تنظيم الإجراءات الواجب اتباعها أمامها لنظر في النزاع[713].

(712) لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار هومة، الجزائر، 2014، ص 244.

(713 أحمد عبد الكريم سلامة، التحكيم في المعاملات الداخلية والدولية المدنية والتجارية والإدارية و الجمركية، والضريبية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص 327.

2-تصدي هيئة التحكيم لتحديد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات في حالة غياب اتفاق الأطراف على ذلك

يمكن أن لا يحدد المحكمون القواعد الإجرائية التي تتبعها محكمة التحكيم وهذا إما سهوا أو لاعتقادهم أنها إجراءات قضائية تخص عمل هيئة التحكيم أو لأنهم لم يتفقوا بشأنها، وفي حالة عدم اتفاقهم على هذه المسائل تقوم محكمة التحكيم بتحديد القواعد الواجب اتباعها[714]، إلا أن سلطتها في تحديد إجراءات التحكيم مقيدة تضبطها عدة اعتبارات من بينها تطبيق محمكة التحكيم لقانون مكان التحكيم، وقد يتم تطبيق القانون الذي اختاره الأطراف للفصل في النزاع، أو تطبيق قانون أحد مراكز مؤسسات التحكيم الدائمة، كما يمكن لهيئة التحكيم أن تكمل القواعد الإجرائية التي اختارها الأطراف إذا ظهر عليهما النقص أثناء نظر في النزاع [715].

ثانيا: القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع

تتولى هيأة التحكيمية تحديد سبب النزاع بين الطرفين والبحث عن القانون الواجب التطبيق لحل هذه المشكلة، حيث منحت كافة التشريعات والاتفاقيات الدولية الأولوية للأطراف في اختيار القواعد التي تؤدي إلى حل النزاع عن طريق التحكيم، لكن في حالة عدم قيامهم بذلك تتولى هيئة التحكيم بنفسها تحديد هذه القواعد القانونية الواجبة التطبيق على النزاع دون أي تقيد بأي نص أو نظام قانوني ومنحها حرية كاملة في الفصل في موضوع النزاع وفقا لما تراه محققا للعدالة والإنصاف[716].

1-تطبيق قانون الإرادة:

اختلفت معظم الأنظمة القانونية حول حدود التي يقف عندها مبدأ سلطان الإرادة، فلا يمكن الأخذ به على الإطلاق وإنما هناك قيود تحد منه في تحديد القانون الواجب التطبيق،

---

(714) فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 75

(715) إبراهيم الدسوقي أبو الليل، «**قواعد وإجراءات التحكيم وفقا لنظام غرفة التجارة الدولية**»، بمجلة الحقوق، ع1 و2، 1993، جامعة الكويت، ، ص. ص.70-90

(716) لما أحمد كوجان، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدولة والمستثمر الأجنبي، وفقا لأحكام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في واشنطن، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، ص 132.

ولذا لابد من التحقق من صحة اختيار الاطراف لقانون العقد ومدى تطابق ذلك مع القواعد الملزمة للقانون مثل قانون مكان إبرام العقد أو قانون مكان تنفيذ العقد أو المسائل الأخرى التي تتعلق بقواعد القانون الدولي الخاص، والتي قد يتم الرجوع إليها مثل مسائل التكييف أو الإحالة فلا يكفي الاكتفاء بقواعد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وبالرغم من ذلك فإن الأمر يزداد صعوبة في حالة عدم اتفاق الصريح أو الضمني على تعيين قواعد تنازع القوانين المطبقة على النزاع لأن إرادة الأطراف هي مصدر القواعد التي تحكم التحكيم، ولذا يجب أن يحدد بشكل صريح، وأن يناسب الهدف المتمثل بالحصول على القبول لأي نظام قانوني، وقد يتفق الأطراف على:

أ-تطبيق قانون دولة معينة: إذا اتفق الأطراف على القواعد القانونية التي يطبقها المحكم على موضوع النزاع وجب على المحكم تطبيقها والأطراف هم الذين اختاروا التحكيم بديلا عن قضاء الدولة واختاروا المحكمين ليفصلوا في نزاعهم، ولهم اختيار إجراءات الخصومة أمام المحكمين فلهم أيضا اختيار القواعد الموضوعية التي يطبقها المحكمون على النزاع. قد تتجه إرادة الأطراف لاختيار قانون دولة معينة، ليكون الفصل في النزاع وفقا لما تضمنه هذا القانون من نصوص وأحكام، وإطلاق النص يسمح باختيار أي قانون سواء كان قانون وطني أو أجنبي، ولو لم يكن بين القانون الذي اختاروه ومحل النزاع أي صلة، بحيث قد يكون أجنبيا عن مكان التحكيم أو عن جنسية أطرافه، أو جنسية المحكمين(717).

يقصد اختيار الأطراف لقانون معين هو أن يكون اختيار هذا القانون وقت حصول النزاع وتشكيل المحكمة التحكيمية للسير بالتحكيم، إلا أن الأمر لا يقتصر على أي من القانونين قصد الأطراف أن يطبقوا، فقد يقوم الأطراف باختيار تطبيق قانون الدولة المضيفة،

(717) ولقد كرست الاتفاقيات الدولية من مبدأ سلطان الإرادة الممنوح للأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع من بين الاتفاقيات نجد اتفاقية البنك الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، نصت على ما يلي "تحكم المحكمة في النزاع وفقا للقواعد القانونية التي يتفق عليها الطرفان "، إن هذه العبارة من المادة 19 من اتفاقية البنك الدولي لتسوية منازعات الاستثمار تعتمد على مبدأ سلطان الإرادة فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق ، وينتج عن هذا المبدأ انه يصبح بإمكان الطرفين الاتفاق على القانون الواجب التطبيق سواء قبل تقديم الدعوى أمام المركز أو أثناء السير بالإجراءات أمام المحكمة، وتمنح هذه الاتفاقية الدول الأطراف فيها الاستقلال التام في اختيار القانون الواجب التطبيق على منازعات الاستثمار. انظر في ذلك: عبد الحميد الأحدب، التحكيم التجاري الدولي، ج3، دار نوفل، بيروت، لبنان، 1990، ص 284.

ثم قامت هذه الدولة بتغيير هذا القانون بهدف الحد من حقوق هذا المتعاقد، في هذه الحالة يعد تصرف الدولة المضيفة خرق للقانون الدولي وللحد من حرية الدولة وقدرتها على المساس بالتوازن العقدي حيث يمكن إدراج ما يعرف بشرط الثبات التشريعي الذي يحد من سلطة الدولة وينتقص من سيادتها في سن التشريعات الداخلية وخاصة إذا ما تعلق الأمر باستثمار الموارد الطبيعية، ويحد كذلك من حرية الدولة في مواجهة التغييرات الاقتصادية العالمية التي قد تؤثر في الاستثمار الحاصل فيها[718] .

تتركز نظرة البلدان الصناعية في كون شرط الثبات التشريعي لا يتعارض مع سيادة الدولة في شيء، لأن هذه الدولة هي التي وافقت بإرادتها على وجود هذا الشرط وبالتالي يجب أن تحترم هذه الدولة اتفاقها مع المستثمر الأجنبي بحيث يبقى القانون المتفق على تطبيقه وقت انعقاد الاستثمار، كما هو عند حصول النزاع ليطبق.

وبالتالي فان الإرادة لها الدور الحاسم في هذا النطاق وفقا لهذه الاتفاقية، ويقصد بهذه الإرادة، الإرادة الحقيقية سواء كانت صريحة أم ضمنية ، فتمكن هذه الاتفاقية الأطراف المتعاقدة من اختيار قانون معين عبر تسميته أو الإشارة إليه ضمنا وبشكل غير مباشر والذي يمكن أن يعرف من خلال ظروف العلاقة بين الطرفين، وبالتأكيد فان إرادتهما اتجهت إلى هذا القانون أو غيره[719].

ب-تطبيق القواعد المتفق عليها بين الأطراف: من المتصور خاصة في مجال عقود الدولية تنظيما خاصا وقواعد منتقاة تواجه ما قد ينشا من منازعات، هم الأقدر على تصورها، وعلى وضع ما يلائمها من حلول مبتكرة لا تجد مصدرها في قانون دولة معينة، وإنما في إرادة الأطراف مباشرة. كما قد يلجأ الأطراف إلى المزج بين عدة مصادر فينشئون قانون عقدهم من مجموعة من القواعد المستخلصة من تشريعات وطنية، أو أجنبية، أو يكرسون العادات

(718) حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 320، انظر أيضا: إدوار عيد، موسوعة أصول المحاكمات المدنية، مرجع سابق، ص ص 129-130.

(719)عكاشة عبد العال، «**القانون الذي يحكم موضوع في التحكيم التجاري الدولي والأثر المترتب على عدم مراعاته من قبل هيئة التحكيم في القانون المصري**»، مرجع سابق، ص 6.

أحمد السمدان، **القانون الواجب التطبيق في التحكيم التجاري الدولي**، مرجع سابق، ص. ص. 183-184.

والأعراف المتعلقة بموضوع العقد، أو الإحالة إلى القواعد والشروط التي تتضمنها وثيقة أو عقد نموذجي ففي هذه الصور لا توجد أي إشارة لتطبيق قانون دولة معينة.

للأطراف الحق في الاتفاق على القانون الموضوعي واجب التطبيق على النزاع، ومثل هذا الاتفاق يكون "غالبا "عن طريق تضمين بند في العقد أو الاتفاقية المتنازع حولها أو عن طريق الإشارة إلى هذا القانون في مشارطة التحكيم، فإن هذا القانون الموضوعي يطبق على جوهر النزاع وليس إجراءات الدعوى التحكيمية، وعلى هذه القاعدة نصت معظم قوانين التحكيم حول العالم[720].

2- تصدي هيئة التحكيم لتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في حالة عدم اتفاق الأطراف على ذلك: حرصت التشريعات الوطنية والمؤسسية على منح المحكم سلطة احتياطية في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع عند عدم اتفاق الأطراف، حيث نص المشرع المصري في المادة 2/39 من **ق.ت.م** على أنه «**إذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية الواجبة التطبيق على موضوع النزاع، طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه الأكثر اتصالا بالنزاع**»[721].

وإذا لم يتفق الأطراف على اختيار قانون معين فيتم اللجوء إلى تحديد القانون المذكور من قبل المحكمين اخذين بعين الاعتبار الظروف المحيطة بالحالة حيث نصت المادة 1/42 أن محكمة التحكيم تحكم في النزاع وفقا للقواعد القانونية التي يتفق عليها الطرفان وفي حالة عدم وجود مثل هذا الاتفاق تطبق المحكمة قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع بما في ذلك قواعد تنازع القوانين الخاصة بها وبما ينطبق من قواعد القانون الدولي[722]. وبالتالي على محكمة التحكيم أن تأخذ بعين الاعتبار قواعد القانون الوطني و قواعد القانون الدولي، وقد لاقى مثل هذا التطبيق ترحيب من قبل الدول الصناعية المتقدمة على أساس أن قانون الدولة المضيفة للاستثمار هو الأجدر بالتطبيق لان الاستثمار جار في هذه الدولة، و بالتالي يكون القانون الأساسي المطبق هو القانون الوطني لهذه الدولة بالإضافة

---

(720) محمد سليم العوا، «**القانون الواجب التطبيق على منازعات التحكيم**»، مرجع سابق، ص 32.

(721) لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 316.

(722) لما أحمد كوجان، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدولة والمستثمر الأجنبي، مرجع سابق، ص. ص. 140-141.

إلى قواعد تنازع القوانين الخاصة بها، والسؤال الممكن طرحه هنا يتناول حالة ما إذا كان الأطراف قد اختاروا قانونا ما ليحكم النزاع بينهما، فهل إن اختيار قانون دولة ما هنا يعني استثناء قواعد تنازع القوانين لهذه الدولة أم لا؟ للإجابة على هذا السؤال تطرقنا إلى ثلاث نقاط الأولى حالة اختيار الأطراف قانون دولة معينة، الثانية تطبيق هيئة التحكيم للأعراف الجارية، الثالثة الفصل في النزاع وفقا لقواعد العدالة والإنصاف.

أ-**إختيار قانون دولة معينة:** إذا لم يتفق الأطراف على قواعد قانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع قامت هيئة التحكيم باختيار القواعد القانونية الموضوعية التي تطبقها. فالمحكمون هم الذين يختارون القانون الذي يطبقونه، و يمكن أن يكون هذا القانون هو قانون الدولة التي يجري فيها التحكيم أو قانون الدولة التي جرت فيها وقائع النزاع أو أية قواعد قانونية نافذة في دولة أخرى، على أن هيئة التحكيم ليس لها سلطة مطلقة في هذا الاختيار[723]، فقد ألزم المشرع هيئة التحكيم باختيار القواعد الموضوعية للقانون الذي ترى أنه الأكثر اتصالا بالنزاع، فإذا كان النزاع حول صحة العقد فإن القانون الأكثر اتصالا بالنزاع هو قانون الدولة التي تم فيها إبرام هذا العقد، و إذا كان النزاع حول تنفيذ التزام معين في العقد، فالقانون الأكثر اتصالا بالنزاع هو قانون الدولة التي تم فيها تنفيذ هذا الالتزام،أو التي اتفق الأطراف على تنفيذه فيها..

يلاحظ أنه في التحكيم التجاري الدولي لا ينظر المحكم إلى النظام العام الداخلي، وفقا للقانون الذي اختار الطرفان تطبيقه، إلا باعتباره مكملا لإرادتهما و لهذا فإذا تضمن العقد نصوصا تخالف النظام العام، وجب على المحكم احترام هذه النصوص و لو خالفت النظام العام الداخلي، و ذلك ما لم تكن قاعدة النظام العام الداخلي في نفس الوقت قاعدة نظام عام دولي، فالمحكم لا يلتزم بقواعد النظام الداخلي المرتبطة بالقانون الأكثر اتصالا بالنزاع و إنما بالنظام العام الدولي.

ب-تطبيق هيئة التحكيم للأعراف الجارية:

أعطى المشرع الجزائري محكمة التحكيم إمكانية الفصل في النزاع وفق ما تراه ملائما من أعراف من خلال نص المادة 1050 من **ق.ا.م.ا** التي نصت على أنه «... **وفي غياب**

(723) فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص 422.

الاختيار تفصل حسب قواعد القانون و الأعراف التي تراها ملائمة » على أنه يلاحظ أن ما يجرى عليه العرف باعتباره مصدرا من مصادر القانون يظل أحد مصادر التشريع، فإذا تعارض العرف مع نص تشريعي واجب التطبيق أو مع قاعدة قانونية اتفق الأطراف على تطبيقها على موضع النزاع، فان هيئة التحكيم لا تلقي أي اعتبار بما يجري عليه العرف، فتطبيق الأعراف يكون تطبيقا تكميليا و يظهر هذا جليا من نص المادة 39 من قانون التحكيم المصري، التي لم توجب على هيئة التحكيم تطبيق الأعراف الجارية ، و إنما أوجبت عليها فقط أن تراعي الأعراف الجارية [724].

ج-الفصل في النزاع وفقا لقواعد العدالة والإنصاف: تنص الفقرة الرابعة من المادة 39 من **ق.ت.م** على أنه «**"يجوز لهيئة التحكيم إذا اتفق طرفا التحكيم صراحة على أن تفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون تقيد بأحكام القانون**» . ويقابل هذا النص الفقرة 3 من المادة 28 من **ق.ن.ت.ت.د** التي تنص على أن «**تجري محكمة التحكيم تسوية وفقا للعدالة والإنصاف وبصفتها منشئة لمواءمة ودية فقط، إذا أذن لها الأطراف في ذلك صراحة**»

(724) فتحي والي، مرجع سابق، ص 11.

خاتمـــة

كانت العقود الدولية ومن بينها –**عقد المقاولة الدولي**– وهو موضوع الدراسة من أهم الأسباب الرئيسية في نشأة القانون الدولي الخاص الذي تتجلى مهمته الأصلية في حل مشكلة تعدد الأنظمة القانونية التي تحكم علاقة قانونية واحدة أو أكثر، وذلك عن طريق ما **يعرف بقواعد تنازع** المتضمن مجموعة من القواعد القانونية المسماة بقواعد الإسناد ذات الطبيعة المحايدة غير مباشرة، على اعتبار أن مهمتها الأساسية تتمثل في اختيار وتحديد القانون الأكثر ملائمة للتطبيق **ومن أهم ما تم التوصل إليه من خلال دراستنا للقانون الواجب التطبيق على عقد المقاولة الدولي ما يلي:**

أولا: لم يحظى عقد المقاولة الدولي من طرف المشرع الجزائري بتنظيم خاص على غرار عقد المقاولة الداخلي وذلك للفصل في حالة حدوث نزاع بين أطرافه والبحث عن القانون الواجب التطبيق على العقد، مما اضطرنا الرجوع إلى القواعد العامة في تحديد دولية عقد المقاولة وكذا بالاعتماد أيضا على تدخل الفقه من خلال تشكيل معايير قانونية واقتصادية للتفرقة بين عقد المقاولة الدولي وعقد المقاولة الداخلي والذي على أساس هذه المعايير قام المشرع الجزائري بتبنيها في المادة 1039 من **ق.ا.م.ا** فجعل أي عقد لا يكون دوليا إلا إذا تعلق بالمصلحة الاقتصادية وارتبط بأكثر من دولة واحدة حيث يكون واردا على عملية من العمليات التي يترتب عليها حركة خروج ودخول رؤوس الأموال عبر الحدود.

ثانيا: ارتكز تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد المقاولة الدولي على مبدأ سلطان الإرادة الذي تم تكريسه من طرف عدة اتفاقيات دولية ووطنية ومن بينها المشرع الجزائري في المادة 18 من **ق.م.ج** والتي منحت سلطة كاملة للأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم كأصل عام.

ثالثا: لا يمكن الاعتماد بصفة مطلقة على مبدأ سلطان الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد المقاولة الدولي في بعض المسائل التي ارتبطت بإبرام هذا العقد مثلا

مسألة تحديد زمان ومكان العقد المبرم بين المتعاقدين وضرورة اخضاعه لقانون القاضي على أساس الأمر يتعلق بتكييف ووصف العلاقة التعاقدية للتوصل لمعرفة قاعدة الإسناد، وإخراج مسألة السكوت ومدى اعتباره تعبيرا عن القبول من مجال قانون العقد ووجوب إخضاعها لقانون مركز أعمال من وجه إليه الإيجاب أو قانون محل إقامته، بالإضافة إلى شروط صحة التراضي أهلية شخص المتعاقد سواء كان طبيعي أو معنوي.

رابعا: لا يخفى علينا أيضا أن أي عقد الدولي بما فيه عقد المقاولة لا يمكن أن يبرم دون إجراء مفاوضات سابقة أثناء فترة الإيجاب مما قد يرتب عليه مسؤولية قد تكون تعاقدية أو تقصيرية، ففي حالة قطع المفاوضات وإلحاق ضرر بطرف ما لا بد في هذه الحالة تضمين القانون الواجب التطبيق ضمن البنود المتناقش عليها عند بدء المفاوضات أو الاعتماد على قانون معين وإلا تبقى لقاضي سلطة تكييف النزاع .

خامسا: يقوم عقد المقاولة الدولي على نقل سلع و البضائع خارج الحدود دولة ما ويتم نقلها عن طريق وسائل معينة فيما إذا كانت سفن أو طائرات أو قطارات، استقر الأمر على عدم الاعتداد بالمكان الفعلي لوجود هذه الوسائل واعتبارها موجودة بالمكان الذي قيدت فيه أو سجلت فيه الموقع الحكمي وإخضاعها لقانون بلد التسجيل أو القيد أو ما يسمى بقانون العلم، وينطبق هذا القانون في الواقع على كل ما يتعلق بحيازة السفن والطائرات، ويسري كذلك على كل ما يترتب على أي منها من حقوق عينية، وفيما يتعلق بالقطارات وعربات السكك الحديدية، والتي تعد من بين أهم وسائل النقل الدولي كذلك فمن الصعب تحديد القانون الذي يحكمها لذلك فقد حرصت الكثير من الدول على توحيد الأحكام المتعلقة بالحقوق العينية الواردة عليها بمقتضى معاهدات دولية أو إلى تطبيق قانون الدولة التي تم فيها قيد وتسجيل هذه المركبات. وفيما يخص البضائع اثناء النقل توصلنا إلى إخضاع النظام القانوني بشأن السلع والبضائع المنقولة على ظهر سفينة أو

طائرة لقانون العلم حتى ولو كانت وسيلة النقل في المياه الإقليمية أو الاقليم الجوي لدولة آخرين، وإذا كانت برا إلى تطبيق قانون الدولة المرسلة منها السلع أو البضائع

سادسا: يعد عقد المقاولة من العقود الرضائية التي لا تتطلب شكلا معينا للانعقاد، ولكن ونظرا للعمليات المعقدة التي يتم من خلالها ابرام عقد المقاولة الدولي الذي يكون بهدف نقل التكنولوجيا ما أو انجاز أشغال كبرى، ولهذا لا بد أن يتفق الأطراف في عقد المقاولة في شكل معين كشرط للاثبات، وقد أخضع المشرع الجزائري شكل التصرف إما لقانون محل إبرامه أو للقانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو لقانونهما الوطني المشترك أو للقانون الذي يسري على أحكامهما الموضوعية.

سابعا: تقليص دور إرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقد المقاولة الدولي في سواء في حالة الاختيار الصريح أو الضمني لهذا القانون من خلال استنباطه من مجموعة من العوامل والظروف المحيطة بالعقد، وتقييده بمبادئ النظام العام والآداب العامة لدولة معينة وأيضا بمجموعة من قواعد البوليس و كذلك بحالات الغش نحو القانون، مما يؤدي إلى تحجيم وتقليص دور الإرادة في اختيار القانون الذي يناسب ويلائم مصالحهم الشخصية بمقتضى العقد من جهة، وزيادة تدخل الدولة لحماية الاقتصاد الوطني والمصلحة العامة التي اقتضت فرض مثل هذه المبادئ لمنع الأطراف بإبرام عقود قد تضر بمصالح الاقتصادية لدولة ما من جهة اخرى.

ثامنا: تدخل القاضي عند النظر في النزاع في حالة اختيار القانون الواجب التطبيق على عقد المقاولة الدولي من طرف المتعاقدين، فيقوم باستبعاد القانون المختار في حالة عدم وجود صلة بين القانون الذي يختاره المتعاقدان لحكم العلاقة العقدية والعقد في حد ذاته أو المتعاقدين، وأن يقع اختيار المتعاقدين على قانون دولة معينة. وفي حالة عدم تبين توفر

الشرطين يمكن للقاضي الدفع بالنظام العام إذا توفرت شروطه أو الدفع بالغش نحو القانون إذا توفرت كذلك شروطه السابقة دراستها يقوم باستبعاد هذا القانون.

تاسعا: يتولى القاضي في حالة غياب اتفاق الأطراف على اختيار القانون الواجب التطبيق على عقد المقاولة الدولي، الاختيار وذلك عن طريق البحث عن القانون الأوثق صلة بالرابطة التعاقدية، وهذا باعتماد على ضوابط اعتمدتها مختلف التشريعات واتفاقيات الدولية والتي انحصرت في ضوابط جامدة ومرنة تختلف أهميتها بحسب كل دولة، فمنها من تولي أهمية كبيرة لمكان إبرام أو تنفيذ العقد ومنها من تولي أهمية لجنسية الأطراف المتعاقدة في تحديد القانون الواجب التطبيق وهذا رغبة من كل دولة في اختيار قانونها الوطني للتطبيق على عقد المقاولة الدولي وذلك حماية لمصالحها الاقتصادية على مستوى الدولي، لاسيما أن عقود المقاولة الدولي عقود ضخمة تتطلب أموالا طائلة يتم انجازها بهدف تطوير ونقل تكنولوجيا للدولة المستفيدة.

عاشرا: نجد أن المشرع الجزائري منح الأولوية في تحديد اختيار القانون الواجب التطبيق في حالة غياب اتفاق على اختياره من طرف أطراف العقد إلى اعتماد على قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة، وفي حالة عدم امكان ذلك يطبق قانون محل إبرام العقد. وبذلك منح أولوية لجنسية الأطراف وموطن المشترك على معيار محل ابرام العقد، مما أعطى أولوية للنظرية الشخصية على حساب النظرية الموضوعية، وبهدف منح اختصاص قدر الإمكان للقانون الجزائري في فصل في نزاعات المتعلقة بعقود الدولية نظرا لأهميتها.

إحدى عشر: ظهور فكرة الأداء المميز كمعيار لاختيار القانون الواجب التطبيق على عقد الدولي – عقد المقاولة الدولي– والأخذ بها في جل اتفاقيات الدولية هذا نظرا لعجز معايير السابقة في تحديد القانون الواجب التطبيق واعتبارها أكثر فعالية لإرتباطها بالأداء الرئيسي للعقد وأكثر تحقيقا لفكرة الصلة الحقيقية بالعقد والمتعاقدين.

إثني عشر: عند التحديد القانون الواجب التطبيق على عقد المقاولة الدولي يتم اختيار الجهة التي تختص بالنزاع وقد تكون جهة قضائية أو جهة التحكيمية وهذا على حسب اختيار المتعاقدين، لكن أصبح التوجه في الوقت الحالي بالنسبة للمتعاقدين في عقد المقاولة أو عقود دولية اخرى تتعلق بمصالح اقتصادية لدولة ما اختيار جهة تحكيمية تحقق وتلبي مطالب المتعاقدين والتهرب من القضاء لدولة ما، خصوصا إذا تعلق الأمر بقانون دولة سائرة في طريق النمو، وهذا لتخوف من عدالة القضاء بالنسبة لهذه البلدان، وعدم موافقة تشريعاتها للمستوى المطلوب بالمقارنة مع التشريعات الدولية الأخرى، ضف إلى ذلك ما يتميز به التحكيم من سرعة في إجراءاته وقلة تكاليفه بالمقارنة مع القضاء.

اقتراحات:

–ضرورة انشاء نظام قانوني خاص بعقد المقاولة الدولي نظرا لما تكتسيه من أهمية في مجال العلاقات الاقتصادية الدولية، لاسيما للتركيبة المعقدة لمثل هذه العقود وظهور أنواع اخرى حديثة ارتبطت بتطور تكنولوجي الموجود في الدول الأجنبية من جهة، وعجز دول العالم الثالث عن مواكبة هذا التنوع في عقود المقاولات الدولية وتأثيره الكبير على اقتصادها الوطني و الاجتماعي من جهة اخرى.

– ابرام اتفاقيات الدولية تتعلق بعقد المقاولة الدولي على غرار عقود اخرى مثل اتفاقية عقد البيع الدولي للبضائع لحل جميع المشاكل فيما يخص تنازع في حالة تعدد الأنظمة التي تحكم هذا العقد من أجل ايجاد حلول سريعة لكافة النزاعات المرتبطة بالعقد لتفادي الخسائر الكبيرة التي تنجر عن مثل هذه العقود من أجل حماية اقتصاد الدول.

– إعادة النظر حول تسمية " **القانون الواجب التطبيق**" واستبداله بتسمية اخرى " **كالقانون المطبق على النزاع**" أو **القواعد القانونية المطبقة على النزاع** " لأن مصطلح " الواجب

التطبيق" ذو صيغة آمرة وبالتالي فهو يتناقض مع مبدأ سلطان إرادة الأطراف، وكذلك مع مبدأ استقلالية المحكم في اختيار القواعد القانونية لحكم النزاع.

– تعديل النصوص القانونية فيما يخص عقود المقاولات الدولية في الجزائر بما يخدم مصلحة الأطراف المتعاقدة وترك لهم المجال في اختيار القوانين التي تحكم هذه العقود واختيار بإرادتهم الحرة الجهات المختصة للفصل في النزاع سواء كانت جهة قضائية أو تحكيمية بمنحهم الأمان والثقة في عدالة دولة جزائرية من خلال حصولهم على ضمانات كافية للحصول على حقوقهم.

قائمة المراجع

أولا: المراجع باللغة العربية:

I-الكتب:

01-أبو العلا النمر، القانون الواجب التطبيق على المسائل الإجرائية في مجال التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2000.

02-أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب، مد 6، دار صادر، بيروت، لبنان، 1980.

03-أحمد الفضلي، الموجز في القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية)، دار قنديل للنشر، عمان، الأردن، 2004.

04-أحمد حسان الغندور، التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998.

05-أحمد حلمي، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، ضمانات المتعاقد في مواجهتها، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1996.

06-أحمد شرف الدين، جهات الاختصاص القضائي بمنازعات التجارة الإلكترونية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 2009.

07-ـــــــــــــــــــ، الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية وآليات تسوية منازعاتها، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2008.

08- أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، مد1، ط 3، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت، لبنان، 2005.

09-ـــــــــــــــــــ، الوسيط في القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء(الإيجار والعارية)، ج6، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2000 .

10-ـــــــــــــــــــ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد- العقود التي ترد على الملكية- (البيع والمقايضة)، ج4، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2002.

11-ـــــــــــــــــــ، الوسيط في شرح القانون المدني- عقد الإيجار- (إيجار الأشياء) المجمع العلمي العربي الإسلامي، منشورات محمد الدابة، بيروت، لبنان، 1990.

12-ـــــــــــــــــــــــــــــ، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على العمل(المقاولة، الوكالة والوديعة)، ج7، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004.

13-ـــــــــــــــــــــــــــــ، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على العمل (المقاولة- الوكالة – الوديعة- الحراسة)، مد8، ج8، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 2000.

14-ـــــــــــــــــــــــــــــ، نظرية العقد، ج2، ط2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998.

15-أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2008.

16-ـــــــــــــــــــــــــــــ، التحكيم في المعاملات الداخلية والدولية المدنية والتجارية والإدارية و الجمركية، والضريبية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.

17- أحمد عصام البهجي، عقود البوت، الطريق لبناء مرافق الدولة الحديثة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2008.

18-أحمد عمر أبو زقية، أوراق في التحكيم، منشورات جامعة قاريونس، بنغازي، ليبيا، 2003.

19-أحمد قسمت الجداوي، مبادئ الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، دار النهضة العربية، مصر، القاهرة، 1972.

20- أحمد فرج حسين، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1999.

21- أحمد محمد شريف، مصادر الالتزام، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي، دار الثقافة، عمان، الأردن، 1999.

22-إدريس فاضلي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2009.

23-إدوار عيد، موسوعة أصول المحاكمات المدنية، ج 12، مطبعة تميم، بيروت، لبنان، 1989.

24-السيد عبد المنعم حافظ السيد، التعريف بالقانون الدولي الخاص، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، مصر، 2012.

25-الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مطبعة الفسيلة، الجزائر، 2001.

26-ـــــــــــــــ، الوسيط في الجنسية الجزائرية، دراسة تحليلية مقارنة بالقوانين العربية والقانون الفرنسي، مطبعة الكاهنة ،الجزائر،2002 .

27-ـــــــــــــــ، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010 .

28-العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج1، التصرف القانوني ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999.

29-الهداوي حسين، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1990.

30-أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2006.

31-أمين رضـــا رشيد دواس، تنـازع القوانين في فلسطين، دراسـة مقارنـة، دار الشــروق للنشروالتوزيع، عمان، الأردن،2001 .

32-إيناس خالدي، التحكيم الإلكتروني، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 2009.

33-إيناس محمد البهجي، يوسف المصري، دراسات في القانون الدولي الخاص، المركز القومي للاصدارات القانونية، القاهرة، مصر، 2013.

34-بجاوي المدني، التفرقة بين عقد العمل وعقد المقاولة، دار هومة، الجزائر، 2008.

35-بدر الدين عبد المنعم شوقي، العلاقات الخاصة الدولية، أحكام الجنسية – الموطن- مركز الأجانب) دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2007.

36- بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2006.

37-بشير بلعيد، القضاء المستعجل في الأمور الإدارية، مطابع عمار قرفي، باتنة، الجزائر، 1988.

38-بشير هدفي، الوجيز في شرح قانون العمل، جسور، الجزائر، 2015.

39-بلقاسم أعراب، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، ط9، دار هومة، الجزائر، 2006.

40-ـــــــــــ، القانون الدولي الخاص الجزائري(تنازع الإختصاص القضائي الدولي، الجنسية، ج2، ط2، دار هومة، الجزائر، 2008.

41-بولين أنطونيوس، تحديات شبكة الأنترنت على الصعيد القانون الدولي الخاص دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2006.

42-توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دراسة مقارنة بالقوانين العربية، ط3، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، .1998

43-ثروت حبيب، دراسة في قانون التجارة الدولية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية، مصر، 1973.

44-جاك غستان، كريستوف جامان مارك بيو، ترجمة منصور قاضي، المطول في القانون المدني ، مفاعيل العقد، مجد المؤسسة الجامعية، دمشق، سوريا، 2008.

45-جلال الدين جمال الدين، قانون العلاقات الخاصة الدولية دراسة في ضوء فقه الشريعة الإسلامية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2006.

46-جلال علي العدوي، وعصام أنور سليم، قانون العمل، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1995.

48-ـــــــــــــــــــــ، التحكيم تحت مظلة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 1995.

49-جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2005.

50-جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1995.

51-حامد ماهر محمد، النظام القانوني لعقود الانشاء والتشغيل وإعادة المشروع، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2005.

52-حسام الدين الصغير، ترخيص الملكية الفكرية ونقل التكنولوجيا، عمان، الأردن، 2004.

53-حسام الدين فتحي ناصف، أحكام الموطن في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1995.

54-ـــــــــــــــــ، الإختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، دار النهضة العربية، القاهرة ، مصر، 2012.

55-حسن الحسن، التفاوض والعلاقات العامة، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، بيروت، لبنان، 1993.

56-حسن الهداوي، تنازع القوانين (المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني، دراسة مقارنة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2005.

57-ـــــــــــ، تنازع القوانين وأحكامه في القانون الدولي الخاص الأردني، دار مجدلاوي، عمان، الأردن، 1993 .

58-حسن كيرة، المدخل إلى القانون، مطبعة الأطلس، القاهرة، مصر، 1994.

59-حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2003.

60-ـــــــــــــــــ، القانون الدولي الخاص (الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية وأحكام التحكيم) الكتاب الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2002.

61-ـــــــــــــــــ، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، المبادئ العامة في تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007.

62-ـــــــــــــ، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2000.

63-ـــــــــــــ، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2002.

64-حميد بن شنيتي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، ج2، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 2008.

65- حمدي ياسين عكاشة، العقود الإدارية في التطبيق العملي، المبادئ والأسس، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1998.

66- رمضان سيد محمود، الوسيط في شرح قانون العمل، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2006.

67-خالد رمول، المحافظة العقارية كألية للحفظ العقاري في التشريع الجزائري، قصر الكتاب، الجزائر، 2001.

68-خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2008.

69-خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري (عقد البيع)، ج4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994.

70-ـــــــــــــــــ، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام، ج1، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.

71-رشيد شويخ، دروس في النظرية العامة للالتزام، دار الخلدونية، الجزائر، 2011.

72- رضوان أبو زيد، الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة، 1981.

73-رمزي محمد علي دراز، فكرة التنازع القوانين في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر ، 2004.

74-رمضان أبو السعود، العقود المسماة (عقدي البيع والمقايضة) دراسة مقارنة في قانونين المصري واللبناني، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1990.

75-ـــــــــــــــــ، شرح المقدمة في القانون المدني، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة، مصر، 1994.

76-سامي بديع منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، دار العلوم الطبيعية، الاسكندرية، مصر، 1994.

77-سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي، المضمون الواسع المتعدد الموضوعات، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009.

78-ـــــــــــــــــ، القانون الدولي الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2004.

79-ـــــــــــــــــ، القانون الدولي الخاص، تطور وتعدد طرق حل النزاعات الخاصة الدولية، تنازع القوانين، المعاهدات، التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2004.

80-سلام أحمد رشاد محمود، عقد الإنشاء والإدارة والتحويل، في مجال العلاقات الدولية الخاصة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2004.

81-سلامة فارس عرب، اختلال التوازن في العقود الدولية في قانون التجارة الدولية، بغداد، العراق، 1999.

82-سليمان مرقص، الواضح في شرح القانون المدني، نظرية العقد والإرادة، مد1، ط6، دار هومة، الجزائر، 1987.

83-سهيل حسين فتلاوي، القانون الدولي الخاص، المكتب المصري لتوزيع المطبوعات، القاهرة، مصر، 2002.

84-سيد أحمد محمود، مفهوم التحكيم وفقا لقانون المرافعات، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2008.

85-سيد محمود رمضان، الوسيط في شرح قانون العمل، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2006.

86-سيراج أبو زيد، التحكيم في عقد البترول، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 2000.

87-صابر عبد العزيز سلامة، العقد الإلكتروني، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2008.

88-صادق محمد محمد الجبران، التصنيف في القانون الدولي الخاص المعاصر، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2006.

89- صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية، مصر، 2006.

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

91-ـــــــــــــــــــ، تنازع القوانين (دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2006.

92-ـــــــــــــــــــ، قانون العلاقات الخاصة الدولية (دراسة في ضوء فقه الشريعة الإسلامية)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2006.

93-صلاح الدين نامق، التجارة الدولية والتعاون الاقتصادي الدولي، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 1972.

94-صلاح المقدم، تنازع القوانين في سندات الشحن، مشارطات إيجار السفينة، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1990.

95-عادل سعيد محمد أبو الخير، الضبط الإداري وحدوده، مطابع الطوبجي، القاهرة، 1993.

96-عامر محمد الكسواني، تنازع القوانين، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2010.

97-عباس لعبودي، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجيتها في الإثبات المدني، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن،1997.

98-عبد الحميد الأحدب، التحكيم التجاري الدولي، ج3، دار نوفل، بيروت، لبنان، 1990.

99-عبد الحميد الشواربي، الالتزامات والعقود التجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2001.

100-عبد الرزاق حسين يس، المسؤولية الخاصة بالمهندس المعماري، ومقاول البناء، شروطها، نطاق تطبيقها، الضمانات المستحدثة فيها، دراسة مقارنة في القانون المدني، جامعة أسيوط، مصر، 1987.

101-عبد الرزاق دربال، الوافي في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول (النظرية العامة في تنازع القوانين)، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، 2012.

102- ـــــــــــ، الوجيز في النظرية العامة للإلتزامات، مركز العلوم، عنابة، الجزائر، 2009.

103-عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، أحكام التنازع الدولي للقوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2012.

104-عبد العزيز بن ناصر بن عبد الرحمان العبيكان، الحصانات والامتيازات الدبلوماسية والقنصلية المقررة في القانون الدولي، العبيكان للنشر والتوزيع، السعودية، 2007.

105-عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته، منشاة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2009.

106-عبد العزيز محمودي، آليات تطهير وتسوية سندات الملكية العقارية في التشريع الحزائري، منشورات بغدادي، الجزائر، 2010.

107-عبد القادر الفار، مصادر الالتزام، مصادر حق الشخصي في القانون المدني، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2000.

108-عبد المنعم دسوقي، التحكيم التجاري الدولي والداخلي في القانون الجديد رقم 67 لسنة 1994 تشريعا وفقها وقضاء، مكتبة مدبولي، القاهرة، مصر، 1995.

109-عبد المنعم رياض، وسامية راشد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1979.

110-عبد المنعم فرج الصده، نظرية العقد، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 1984.

111-عبد الودود يحيى، الموجز في النظرية العامة للالتزام، أحكام الاثبات، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1994.

112-عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، بيروت، لبنان، 2008.

113-عثمان سعيد عبد العزيز، دراسات جدوى المشروعات بين النظرية والتطبيق، دار الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2006.

114-عدنان إبراهيم السرحان، نوري حمد خاطر، شرح القانون المدني، مصادر الحق الشخصي، دار الثقافة للنشر، عمان، الأردن، 2008.

115-ـــــــــــــــــــــــ، شرح القانون المدني، العقود المسماة (المقاولة، الوكالة، الكفالة، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2013

116-عمر سعد الله، حل النزاعات الدولية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.

117- ـــــــــــ، دراسات في القانون الدولي الخاص، نظرية التكييف، دراسة تحليلية، دار هومة، الجزائر، 2010

118-عامر علي رحيم، التحكيم بين الشريعة والقانون، دار الجماهيرية، مصراتة، 1987.

119- عامر محمد الكسواني، موسوعة القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2010.

120-عرموش عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص والمقارن، تنازع القوانين، الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية، ج1، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1998.

121-عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، الاختصاص القضائي الدولي، ج2، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1986.

122-عكاشة حمدي ياسين، العقود الإدارية في التطبيق العملي- المبادئ والأسس العامة، منشأة المعارف، مصر، 1998.

123-عكاشة محمد عبد العال، أصول القانون الدولي الخاص اللبناني المقارن، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1990.

124-ـــــــــــــــ، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية وتنفيذ الأحكام الأجنبية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2007.

125-ـــــــــــــــ، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2002.

126-ـــــــــــــ، الوسيط في أحكام الجنسية اللبنانية، دراسة مقارنة مع التشريعات العربية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2001.

127-علاء محي الدين مصطفى أبو حامد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية في ضوء القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية وأحكام محاكم التحكيم، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2008.

128-علي بن غانم، الوجيز في قانون التجاري وقانون الأعمال، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 2002.

129-علي سيد قاسم، المشروع التجاري الفردي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1997.

130-علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.

131-ـــــــــــــ، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ط6، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.

132-ـــــــــــــ، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003.

133-علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر، 2010.

134-عليوش قربوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2011.

135-ـــــــــــــ، التحكيم التجاري الدولي، ديوان المطبوعات الجامعية، 2004.

136-عمار بوضياف: النظرية العامة للحق وتطبيقاتها في القانون الجزائري، دار الجسور، الجزائر، 2010.

137-عمار عوابدي، دروس في القانون الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 1989.

138-عمار معاشو، النظام القانوني لعقود المفتاح في اليد بالجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر، 1999.

139-عمر بلمامي، دراسات في القانون الدولي الخاص المعاصر، نظرية التكييف، دراسة تحليلية ونقدية، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2010.

140-عمر بن سعيد، الاجتهاد القضائي وفقا لأحكام القانون المدني، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2001.

141-غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين، تنازع الاختصاص القضائي، تنفيذ الأحكام الأجنبية)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2011.

142-ـــــــــــــــــــــــــ، حسني محمد الهداوي: القانون الدولي الخاص (الجنسية) الموطن، مركز الأجانب، و أحكامه في القانون العراقي، ج1، دار الثقافة، عمان، الاردن، 1990 .

143-غانم محمد أحمد، مشروعات البنية الأساسية بنظام الBOT ، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، مصر، 2009.

144-فتيحة قرة، أحكام عقد المقاولة دراسة فقية قضائية للعقد في القانون المدني والتجاري، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1992.

145-فراح مناني، التحكيم طريق بديل لحل النزاعات حسب اخر تعديد لقانون الإجراءات المدنية والادارية الجزائري، دار الهدى، عين مليلة، 2010.

146-فريدة محمدي زواوي، المدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق، المؤسسة الوطنية للفنون، الجزائر،2002.

147- فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز، الحماية القانونية لعقود التجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة ، مصر، 2008.

148-فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص – تنازع القوانين- منشورات جامعة دمشق، سوريا، 1995.

149-فؤاد عبد المنعم، فؤاد راشد، الوجيز في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، ج2، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1996.

150-فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدراسي، دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي كما جاء في القواعد والاتفاقيات الدولية والإقليمية العربية، ج5، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1997.

151-ـــــــــــــــــــــــ، التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2015.

152-فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز، الحماية القانونية لعقود التجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2000.

153- فتحي عبد الرحيم عبد الله، شرح النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، ط3، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2007.

154- فتحي والي، قانون التحكيم بين النظرية والتطبيق، دار المعارف، الإسكندرية، مصر، 2006.

155-قدري عبد الفتاح الشهاوي، عقد المقاولة في تشريعي المصري والمقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر 2002.

156- كمال عليوش قربوع: القانون الدولي الخاص الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2011.

157-ـــــــــــ ، التحكيم التجاري الدولي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004

158-لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار هومة، الجزائر، 2014.

159-لما أحمد كوجان، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدولة والمستثمر الأجنبي، وفقا لأحكام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في واشنطن، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2000.

160-محسن شفيق، المشروع القوميات المتعددة من الناحية القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2006.

161-ـــــــــــــــ، التحكيم التحاري الدولي، دراسة في قانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1997.

162- محمد طاجين رجب، عقود الشراكة، دراسة مقارنة لبعض جوانبها في القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2007.

163-محفوظ لعشب، الوجيز في القانون الإقتصادي، النظرية العامة وتطبيقاتها في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1993.

164-محمد التغدويني، الوسيط في القانون الدولي الخاص، ط3، مطبعة آنفو-برانت، فاس، المغرب، 2009.

165- محمد أمين الرومي، النظام القانوني للتحكيم الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2006.

166-محمد السعيد رشدي، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة ومدى حجيتها في الاثبات، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2007.

167- محمد حسام لطفي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، أحكام الاثبات، قصر الدعاية والطباعة والإعلان، القاهرة، مصر، 2007.

168- محمد حسن قاسم، الموجز في عقد البيع، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 1996.

169-محمد حسنين، الوجيز في نظرية الإلتزام، مصادر الالتزامات وأحكامها في القانون المدني الجزائري، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 1990.

170-ـــــــــــ، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام، الأشخاص والأموال والإثبات في القانون المدني، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1985.

171-ـــــــــــ، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ط 3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1990.

172 -محمد حسين منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديد، الإسكندرية، مصر، 2009.

173-ـــــــــــــــــــ، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ط1، دار الجامعة الجديد، مصر، 2006.

174- محمد رجب طاجين رجب، عقود الشراكة دراسة مقارنة لبعض جوانبها في القانون الإداري الفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، .2007

175-محمد سعيد جعفور، المدخل إلى علم القانون، دروس في نظرية الحق ، ج2، ط 2، دار هومة، الجزائر، 2011.

176-ـــــــــــ، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري، دار هومة، الجزائر، 1999.

177-محمد شريف أحمد، مصادر الإلتزام ، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ، الأردن، 1999.

178-محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الإلتزام، العقد والإرادة المنفردة، دار الهدى، الجزائر، 2012.

179-محمد طيبة، الجديد في قانون الجنسية الجزائرية والمركز القانوني لمتعدد الجنسيات، ط 2، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع،الجزائر، 2006.

180-محمد عبد العزيز بكر، منازعات الاستثمار في آسيا بين القانون والمصلحة لأحكام منازعات الاستثمار في آسيا، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2001.

181-محمد عبد المجيد إسماعيل، عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2003.

182-ـــــــــــــــــــــ، القانون العام الاقتصادي والعقد الإداري الجديد، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2003.

183-ـــــــــــــــــــــ، عقود الأشغال الدولية والتحكم فيها، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان ، 2010.

184-محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2006.

185-محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2011.

186- محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد المقاولة، ط2، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2004.

187-محمد يحيى عبد الرحمان المحاسن، مفهوم المحل والسبب في العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1989.

188-محمود سمير الشرقاوي، القانون التجاري، النظرية العامة للمشروع، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1989.

189-محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي (بين النظرية والتطبيق)، دراسة تحليلية ومقارنة في ضوء الاتجاهات الحديثة، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 2000.

190-مصطفي كمال طه، العقود التجارية وعمليات البنوك، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2002.

191-ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، القانون الدولي الخاص والمقارن، (تنازع القوانين، الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية)، ج1، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1998.

192-ـــــــــــــــــــــــــــ، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2005.

193-منير عبد المجيد، التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي في الفقه والقضاء، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1997.

194-ـــــــــــــــــــ، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 1995.

195-ـــــــــــــ، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1995.

196-منير محمد الجنبيهي، ممدوح محمد الجنبيهي، العقود التجارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2000.

197- موحند إسعاد، القانون الدولي الخاص (قواعد التنازع)، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989.

198-مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2005.

199-مهند وليد حداد، خالد وليد حداد: المدخل لدراسة علم القانون، المؤسسة الوطنية للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2008.

200- موسى طالب حسن، الموجز في قانون التجارة الدولية، الدار العلمية الدولية، مكتبة دار الثقافة للنشر، عمان، الاردن، 2001.

201- نادر محمد إبراهيم، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي، ط2، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002.

202-نادر محمد محمد الإبراهيمي، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الإقتصادي الدولي ، منشأة المعارف، القاهرة، مصر، 2000.

203-نادية فضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القانون الوطني، دار هومة، الجزائر، 2005.

204-ناصر دادي عدون، اقتصاد المؤسسة ، دار المحمدية العامة، الجزائر،1991.

205-نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديد، الفاهرة، مصر، 2009.

206-نعيم مغبغب، عقود مقاولات البناء والأشغال الخاصة والعامة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1997.

207- نغم حنا رؤوس ننس، النظام القانوني لزيادة رأسمال الشركة المساهمة، الدار العلمية، عمان، الأردن، 2002.

208-هشام خالد، القانون الدولي الخاص، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2014.

209-ـــــــــ، القانون القضائي الخاص الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2012.

210-ـــــــــ، المدخل للقانون الدولي الخاص العربي (دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 2006.

211-ـــــــــ، جدوى اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي، منشأة المعارف، بالإسكندرية، مصر، 2004.

212-ـــــــــ، موقع المال كضابط للاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العربية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2007.

2013-ـــــــــــ، جدوى اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2006.

214-هشام علي الصادق، تنازع القوانين، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1993.

215-ـــــــــــــ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية(دراسة تحليلية ومقارنة)، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1995.

216-ـــــــــــ، التعليق على أحكام محكمة النقض في مسائل القانون البحري، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1985.

217-ـــــــــــــ، المطول في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 2014.

218-ـــــــــــــ، تنازع الاختصاص القضائي الدولي- دراسة مقارنة- منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2007.

219-ـــــــــــــ، تنازع القوانين، دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1998.

220-وسيلة حمداوي، إدارة الموارد البشرية، مديرية النشر قالمة، الجزائر، 2004.

221-ياسين محمد جبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، مد1 ، ج1، دار وائل للنشر، الأردن ، 2002.

222-يوسف محمد عبيدات، مصادر الالتزام في القانون المدني ، ط2، دار المسيرة ، عمان، الأردن، 2009.

II- الأطروحات والرسائل الجامعية:

أ- الأطروحات

01-ابراهيم أحمد سعيد الزمزمي، القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود التجارة الإلكترونية، أطروحة لنيل درجة دكتوراه الدولة في القانون ، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، القاهرة، 2006.

02-أحمد حسان حافظ مطاوع، التحكيم في العقود الدولية للانشاءات، أطروحة لنيل درجة دكتوراه الدولة في القانون ، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، القاهرة، 1998.

03-الطيب زروتي، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن، أطروحة لنيل درجة دكتوراه الدولة في القانون ، كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 1991 .

04-أم السعد بن زيان، اختصاص القانون الجزائري في حل تنازع القوانين، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل درجة دكتوراه الدولة في القانون، كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2015.

05-حمزة قتال، دور القاضي في تطبيق القانون الأجنبي في القانون الجزائري والمقارن، أطروحة لنيل درجة دكتوراه الدولة في القانون ، كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2011.

06-خالد شويرب، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، أطروحة لنيل درجة دكتوراه الدولة في القانون ، كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2009.

07-سفيان شبه، عقد البيع الدولي، أطروحة لنيل درجة دكتوراه الدولة في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2012.

08-صافية ولد رابح، المركز القانوني للمقاولة الخاصة في القانون الجزائري، أطروحة لنيل درجة دكتوراه الدولة في القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2007.

09-صبحي عرب، تسويق النفط الجزائري (عقد التسويق)، أطروحة لنيل درجة دكتوراه الدولة في القانون ، كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 1989.

10-عادل أبو هشيمة محمود حوتة، عقود خدمات المعلومات الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، أطروحة لنيل درجة دكتوراه الدولة في القانون، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، القاهرة، مصر، 2003.

11-عبد الكريم بوخالفة، دور الإرادة في حل منازعات عقود الاستثمار الدولية، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه الدولة في القانون، قانون استثمار، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة ، 2018.

12-عبد الكريم محمد عدلي، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، أطروحة لنيل درجة دكتوراه الدولة في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2011.

13-**علي بن شعبان،** آثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري، أطروحة لنيل درجة دكتوراه الدولة في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة ، 2012.

14-علي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2015.

15-عمران علي السائح، التحكيم والقانون الواجب التطبيق على منازعات، عقود التجارة الإلكترونية، أطروحة لنيل درجة دكتوراه الدولة في القانون، كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة ، الجزائر، 2006.

16-عوض الله شبيه السيد، النظام القانوني لعقود إنشاء المنشآت الصناعية بين الدول والشركات الأجنبية، أطروحة لنيل درجة دكتوراه الدولة في القانون، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، القاهرة، 1992.

17-فريدة زواوي، مبدأ نسبية العقد، أطروحة لنيل درجة دكتوراه الدولة في القانون، كلية العلوم الإدارية، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 1992.

18-ليندة بلاش، إخضاع العقد الدولي للقواعد الموضوعية، اطروحة لنيل درجة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2017.

19- محمد إبراهيم عرسان أبو الهيجاء، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، اطروحة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، القاهرة، 2004.

20-محمد اقلولي، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار، التجربة الجزائرية نموذجا، أطروحة لنيل درجة دكتوراه الدولة في القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2007.

21- محمد حبار، قانون العقد والمسؤولية العقدية في القانون الجزائري والمقارن، أطروحة لنيل درجة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 1987.

22-ناصر حمودي، النظام القانوني لعقد البيع الدولي الالكتروني المبرم عبر الأنترنت، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2009.

ب-رسائل الماجستير:

01-بلحاكم عبتوت السيد، أثر العقد بالنسبة إلى الخلف الخاص، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون ، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2000.

02-سعدية مالك، عقد المقاولة الدولي، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، قانون الأعمال، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، 1990.

03-سمية بن غرابي، عقود التجارة الإلكترونية ومنهج تنازع القوانين، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2009.

04-طاهر حدادن، دور القاضي الوطني في مجال التحكيم التجاري الدولي، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2012.

05-عمر بلمامي، الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، معهد الحقوق والعلوم السياسية، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 1988.

06-عيد عبد الحفيظ، مبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2005.

07-فيروز الموهاب، القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في التحكيم التجاري الدولي طبقا للقانون الجزائري، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2009.

08-لويزة تكليت، القانون الواجب التطبيق على العقود الالكترونية، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2010.

09-كمال فراحتية، عقد المقاولة الدولي، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2005.

10-محمد أحمد علي محاسنة، تنازع القوانين في العقود الإلكترونية، نحو إيجاد منظومة للقواعد الموضوعية، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، الأردن ، 2006 .

11-محمد جارد، دور الإرادة في التحكيم التجاري الدولي، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2010.

12-مسعودة مروش، عقد المقاولة في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون ، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2003.

13-ناصر حمودي، المفاوضات في العقود الإقتصادية الدولية، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو ، 2001.

14-هنية شريف، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2003.

III-المقالات:

01-إبراهيم أحمد إبراهيم، «اختيار طريق التحكيم ومفهومه في إطار مركز حقوق عين شمس للتحكيم»، مجلة الدراسات القانونية، ع 7، 2001، كلية الحقوق، جامعة بيروت العربية، ص.ص 127-135.

02-إبراهيم الدسوقي أبو الليل، «قواعد وإجراءات التحكيم وفقا لنظام غرفة التجارة الدولية»، مجلة الحقوق، ع1و 2، 1993، جامعة الكويت، ص. ص.59-107.

03-ابراهيم عنتر فتحي الحياني، عامر عاشور عبد الله، «نطاق الضمان الخاص في عقد المقاولة»، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، 1995، جامعة كركوك، العراق، ، ص.ص. 17-30.

04-إبراهيم ملاوي، «حصانة الموظفين الدوليين»، مجلة الفكر القانوني، ع3، 2013، جامعة محمد خيضر، بسكرة، ، ص. ص. 238-247.

05-أحمد السمدان، «القانون الواجب التطبيق في التحكيم التجاري الدولي»، مجلة الحقوق ، ع1و2، 1993، جامعة الكويت، ص.ص. 170-200.

06-أحمد دغيش، «الغش نحو القانون في مجال القانون الدولي الخاص»، مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية، ع2، 2017، جامعة يحي فارس المدية، ص. ص. 74-87.

07-عبد الرسول كريم أبو صبيع، «أثر الغش نحو القانون على ظرف الإسناد»، مجلة مركز دراسات الكوفة، مجلة علمية فصلية محكمة تهتم بالبحوث العلمية الإنسانية، مد 1، ع 19، 2010، جامعة الكوفة، العراق، ص.ص.01-40.

08-عبد الكريم بلعيور، «ظاهرة ازدواج الجنسية أو تعددها (أسبابها، مشاكلها، حلولها)»، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، ع1، 2010، كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، ص. ص.27-88.

09-عثمان بقنيش، هواري بلحسان، «القانون الواجب التطبيق على المنازعات المعروضة أمام محكمة تحكيم مركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار»، مجلة منازعات الأعمال، ع5، 2016، المغرب، ص. ص. 1-40.

10-عز الدين عبد الله، «اتجاهات القضاء في تطبيق قواعد الإسناد في مواد الأحوال الشخصية»، مجلة القانون والاقتصاد، ع 1و2، س24 ، 1954، جامعة القاهرة، ص. ص. 49-134.

11-عكاشة عبد العال، «القانون الذي يحكم موضوع في التحكيم التجاري الدولي والأثر المترتب على عدم مراعاته من قبل هيئة التحكيم في القانون المصري»، المجلة اللبنانية للتحكيم، ع23، 2002، جامعة لبنان، ص.ص. 01-35.

12-عنايت عبد الحميد ثابت، «أساليب فض " تنازع القوانين" ذي الطابع الدولي في القانون الوضعي المقارن»، مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية، ع65، 1995، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ص. ص.01-97.

13-فاخر النكاس جمال، «العقود والاتفاقيات الممهدة للتعاقد وأهمية التفرقة بين العقد والانعقاد في المرحلة السابقة عن العقد»، مجلة اتحاد الجامعات العربية للدراسات والبحوث القانونية، ع04، 1996، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ص. ص.01-45.

14-فؤاد ديب، «المحكم الدولي ونظم تنازع القوانين الوطنية»، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، مد 24، ع2، 2008، كلية الحقوق، جامعة دمشق، سوريا، ص ص 33-56.

15-فيصل نسيغة، محمد خيضر، «النظام العام»، مجلة المنتدى القانوني، ع5، قسم الكفاءة المهنية، مارس 2008، جامعة محمد خيضر بسكرة، ، ص ص 166-181.

16-كمال كيحل، «الاثر المخفف للنظام العام في القانون الدولي الخاص»، حوليات القانون، ع5، 2009، جامعة طاهري محمد بشار، ص. ص. 461-470.

17-ـــــــــــــ ، «الغش نحو القانون في تنازع القوانين»، ع8، مجلة البحوث والدراسات، ع 8، جوان 2009، الجامعة الإفريقية بأدرار، ص. ص.71-82.

18- محمد الجبوري ياسين، «الدعوى المباشرة في القانون المدني الأردني»، مجلة الشريعة القانون، ع52، أكتوبر 2012، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، ص. ص.267-345.

19-محمد الصالح خزار، «المفهوم القانوني لفكرة النظام العام»، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، 2003، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، ص.ص.30-54.

20-محمد خالد الترجمان، « تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد القرض الدولي»، المجلة المصرية للقانون الدولي، مد 49، جامعة القاهرة، 1993، ص.ص. 99-120.

21-محمد سليم العوا، «القانون الواجب التطبيق على منازعات التحكيم»، مجلة التحكيم العرب، ع10، سبتمبر 2000، جامعة القاهرة، ص.ص. 30-55.

22- محمد شكري سرور، «أحكام عقد البيع الدولي للبضائع وفقا لاتفاقية فيينا 1980»، مجلة الحقوق، ع3، السنة 18، 1984، جامعة الكويت، ص.ص. 101-180.

23-محمد عبد الظاهر حسين، «الجوانب القانونية للمرحلة السابقة عن التعاقد»، مجلة الحقوق، ع 04، س 19، ديسمبر 1995، جامعة الكويت، ص.ص.100-130.

24-مشعل مهدي جوهر حياة، «مدى جدية عنصر الاعتبار الشخصي في عقد الوكالة (دراسة وفقا للقانون الكويتي والقوانين المقارنة)»، مجلة الحقوق، ع1، مارس 2009، كلية الحقوق، جامعة الكويت، ص. ص. 13-179.

25-ناصر حمودي، «نزاعات العقود الالكترونية - أزمة مناهج تنازع القوانين وظهور القانون الموضوعي الإلكتروني كبديل»، مجلة المعارف، ع 5، 2008، جامعة البويرة، ص. ص.149-189.

26-نجلاء عبد الحسن، «التنظيم القانوني للتجارة الإلكترونية»، مجلة القانون والعلوم السياسية، ج2، ع 30، جويلية 2018، جامعة الواسط، العراق، ص. ص.512-525.

27-نغم حنا رؤوف، «العقود النموذجية للجنة الإقتصادية الأوروبية» مجلة العلوم الإنسانية، مد 14، ع6، جوان 2008، جامعة تكريت، العراق، ص. ص. 325-356.

28-هاني صلاح سري الدين، «المفاوضات في العقود التجارية الدولية- دراسة مقارنة في القانونين المصري والانجليزي»، مجلة اتحاد جامعات العربية للدراسات والبحوث القانونية، ع4، 1996، جامعة القاهرة ، ص.ص.90-160.

29-هاني مروان زينه، «الاختصاص التشريعي والقضائي للقرض المصرفي المجمع»، مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية، مد 15، ع1، 2018، كلية الحقوق، جامعة دمشق، سوريا، ص. ص. 1-32.

30-هشام علي الصادق، «نظرات إنتقادية في نصوص تنازع القوانين من حيث المكان التي تضمنتها المجموعة المدنية المصرية»، مجلة الدراسات القانونية، جامعة بيروت، ع1، 1998، لبنان، ص. ص. 361-393.

31-ـــــــــــــــــــــ، «مدى سلطة المحكمين في إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري»، المجلة المصرية للقانون الدولي، مد 50، 1994، جامعة القاهرة، ص.ص.104-179.

IV- المداخلات:

1-أحمد دغيش، الغش نحو القانون في مجال العلاقات الدولية الخاصة، الملتقى الوطني حول تنظيم العلاقات الدولية الخاصة في الجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، ورقلة يومي 21 و22 أفريل 2010، ص.ص. 170-185.

2-أمية حسن علوان، ملاحظات حول القانون الواجب التطبيق على المسؤولية قبل التعاقدية عن قطع المفاوضات في العقود الدولية، بحث مقدم لندوة المنظمة التعاقدية

للقانون المدني ومقتضيات التجارة الدولية– معهد القانون الدولي– كلية الحقوق، جامعة القاهرة، بالإشتراك مع القسم العلمي والفني للبعثة التابعة لسفارة فرنسا ونقابة محامي باريس 1993، ص.ص. 1–15.

03–سامية كسال، تأثير فكرة النظام العام على تنفيذ أحكام التحكيم التجاري الدولي، مداخلة في ملتقى وطني حول التحكيم التجاري الدولي، جامعة تيزي وزو، يومي 09/08 ماي 2013، ص.ص. 01–13.

V– النصوص القانونية

أ– **الاتفاقيات الدولية:**

1–مرسوم رئاسي رقم 88–233 المؤرخ في 05 نوفمبر 1988 يتضمن الانضمام بتحفظ ألى الاتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الامم المتحدة في نيويورك بتاريخ 10 يونيو 1958، والخاصة باعتمادات القرارات التحكيمية الاجنبية وتنفيذها، ج ر ع 48، صادر بتاريخ 23 نوفمبر 1988.

2–مرسوم رئاسي رقم 90–299 مؤرخ في 13 أكتوبر 1990، يتضمن المصادقة على الاتفاقية الجزائرية المغربية قصد تجنب الازدواج الضريبي ووضع قواعد المساعدة المتبادلة في ميدان الدخل والثروة، الموقعة في الجزائر يوم 25 جانفي 1990، ج ر ع 44، صادر في 17 أكتوبر 1990.

3–مرسوم رئاسي رقم 91–241 مؤرخ في 20 جويلية 1991، يتضمن المصادقة على الاتفاقية الدولية حول النظام المنسق لتعيين وترميز البضائع، الموقعة في بروكسل يوم 14 جوان 1983، ج ر ع 36، صادر في 31 جوان 1991.

4–مرسوم رئاسي رقم 91–245 مؤرخ في 13 أكتوبر 1991، يتضمن المصادقة على الاتفاقية المتعلقة بالاختلافات في التفسير والتطبيق بين الأطراف المتعاقدة، ج ر ع 46، صادر في 16 أكتوبر 1991.

5–مرسوم رئاسي رقم 92–329 مؤرخ في 29 أوت 1992، يتضمن المصادقة على اتفاق النقل الجوي بين الجزائر ومملكة هولندا، الموقع عليه يوم 22 مارس 1987، ج ر ع 65، صادر في 29 أوت 1992.

06-اتفاقية واشنطن لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار بين الدول ورعايا الدول الاخرى 1965، صادق عليها الجزائر بموجب مرسوم 95-346، مؤرخ في 30 اكتوبر 1995، ج. ر عدد 66، الصادر في اكتوبر 1995.

07-مرسوم رئاسي رقم 95-346 المؤرخ في 30 أكتوبر1995، يتضمن المصادقة على اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، ج ر ع 66، صادر بتاريخ 06 نوفمبر 1995.

ب-الدستور

دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، مؤرخ في 30 ديسمبر 2020، ج ر عدد 82، الصادر في 30 ديسمبر 2020

VI- النصوص التشريعية:

01- قانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 جوان 1984، يتضمن قانون الأسرة، ج ر ع 24، صادر بتاريخ 12 جوان 1984 معدل ومتمم بأمر 05-02 مؤرخ في 27 فيفري 2005، ج ر ع 15، صادر في 27 فبراير 2005.

02- قانون رقم 07-05 مؤرخ في 13 ماي 2007، يعدل ويتمم الأمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني، ج ر ع31، صادر بتاريخ 13 ماي 2007.

03- قانون رقم 03-03 مؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلق بقانون المنافسة، ج ر عدد 43، صادر بتاريخ 20 جويلية 2003، معدل ومتمم بقانون 08-12 مؤرخ في 25 جوان 2008، ج ر ع 36، صادر في 2 جويلية 2008، قانون رقم 10-05 مؤرخ في 15 أوت 2010 ج ر ع 46، صادر 18 أوت 2010.

04- قانون رقم 12-07 مؤرخ في 12 فبراير 2012، يتعلق بالولاية، ج ر ع 12، صادر ب 29 فيفري 2012.

05- قانون رقم 11-10 مؤرخ في 22 جويلية 2011، يتعلق بالبلدية، ج ر ع 37، صادر بتاريخ 3 جويلية 2011 معدل ومتمم بأمر رقم 21-13 مؤرخ في 31 أوت 2021، ج ر ع67، صادر 31 أوت 2021.

06-قانون 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر ع 21، صادر بتاريخ 23 أفريل 2008، معدل ومتمم بقانون 22-13 مؤرخ في 12 يوليو 2022، ج ر ع 48 صادر بتاريخ 17 يوليو 2022.

07- قانون 23-12 مؤرخ في في 5 أوت 2023، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، ج ر ع 51، صادر 06 أوت2023.

08-أمر رقم 67-90 مؤرخ في 17 جوان 1967، المتضمن قانون الصفقات العمومية، ج ر ع 52، الصادر بتاريخ 27 جوان 1967 (ملغى).

09-أمر رقم 05 - 01 مؤرخ في 27 فبراير2005، يعدل ويتمم الأمر رقم 86-70 مؤرخ في 15 ديسمبر1970 والمتضمن قانون الجنسية، ج ر ع 15، صادر بتاريخ 27 فبراير 2005.

10-أمر رقم 75-59 مؤرخ 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون التجاري، ج ر ع 101، صادر 19 ديسمبر 1975 المعدل والمتمم بقانون 15-20 مؤرخ في 30 ديسمبر2015، ج ر ع 71، صادر في 30 ديسمبر 2015.

11-أمر رقم 01-03 مؤرخ في 20 أوت 2001 يتعلق بتطوير الاستثمار، ج ر ع 47، صادر بتاريخ 22 أوت 2001 معدل ومتمم بأمر رقم 06-08 مؤرخ في 15 جويلية 2006، ج ر عدد 47، صادر بتاريخ 19 جويلية 2006، وبالقانون رقم 16-09 مؤرخ في 03 أوت 2016، يتعلق بترقية الاستثمار، ج ر ع 46، صادر 3 أوت 2016، وبقانون رقم 22-18 مؤرخ في 22 جويلية، ج ر ع 50، صادر 28 جويلية 2022.

12-مرسوم تشريعي 93-09 مؤرخ في 25 أفريل1993 يعدل ويتمم الأمر قم 66-154 المؤرخ في 8 يونيو والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر ع 27، صادر بتاريخ 27 أفريل 1993.

13-مرسوم رئاسي رقم 15-247 مؤرخ في 16سبتمبر2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج ر ع 50، صادر في 20 سبتمبر 2015.

VII- وثائق أخرى:

01-اتفاقية لاهاي 1930/04/12 المتعلقة بتنازع القوانين حول الجنسية.

09-https :www.legimonaco.mc/305/legi

2- الاتفاقية الاوروبية للتحكيم التجاري الدولي المنعقدة في جنيف تحت رعاية اللجنة الاقتصادية لاوروبا بتاريخ 21 أفريل 1961، وضعت موضع التنفيذ في 7 جانفي 1964 وفقا لأحكام المادة 8/10، وأصبحت سارية المفعول في 18 اكتوبر 1965.

www.drmma hran.com

3-اتفاقية فيينا للعلاقات القنصلية لسنة 1963

https://www.fmprc.gov.cn/ara/lsfw/88

4- لجنة الأمم المتحدة لتوحيد قانون التجارة الدولية المنشأة في سنة 1966.

https://www.unicitral.org

5-اتفاقية بروكسل المبرمة في 27 سبتمبر 1968 بشأن الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية في المواد المدنية والتجارية بين الدول الاتحاد الأوروبي

www.dutchvillaw.com/legislation/brid.

6-اتفاقية روما حول القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية المبرمة في روما في 19 جوان 1980.

http://eur-lex.europa.eu/lega content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A41998A0126%2802%29

7-اتفاقية عمان للتحكيم التجاري الدولي، المنعقدة في مدينة عمان بتاريخ 14 أفريل 1987 بموجب قرار مجلس وزراء العدل العرب رقم 80 مؤرخ في 14 أفريل 1987 ، دخلت حيز النفاذ ابتداء تاريخ 27 جوان 1992، عدلت الاتفاقية بموجب قرار مجلس وزراء العدل العرب رقم 162 مؤرخ في 22 أفريل 1992 في دور انعقاده العادي الثامن.

www.aiadr.com

8-اتفاقية مكسيكو 1994 بين دول الاتحاد الأمريكي حول القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية.

www.oas.org/juridico/english/treaties.

9-اتفاقية لاهاي لسنة 2015 المتعلقة باختيار القانون المطبق على العقود التجارية الدولي .https://www.hcch.net. conventions

ثانيا: باللغة الفرنسية

01-Ouvrages :

01-A. Eric CAPRIOLI, Règlement des litiges internationaux et droit applicable dans le commerce électronique, du juris-classeur, Ed Litec, Paris, 2002.
02-Alain SERIEUX, Droit des obligations, 2 ème Ed, PUF, Paris, 1992.
03-Alex WEILL, François TERRE, Droit civil, les obligations,2 ème Ed, Dalloz, Paris, 1975.
04-ALI BEN CHENEB, Mécanismes juridiques, des relations commerciales Internationales de l'algérie, OPU, Alger, 1984.
05 -————————, Théorie générale des contrats, 2éme Ed, OPU, Alger, 1982 .
06-André Delaubadere, Yves Gaudemet, Traité De Droit Administratif, droit Administratif Des Biens-Les Domaines Administratifs, L'expropriation, La Réquisition, Les Travaux Publics ,T 2, 11ème Ed, L.G.D.J. Paris, 1998.
07-Audit BERNARD, Droit international privé, 6 éme Ed, Economica, Paris, 2010.
08- Ancel, YVES BERTRAND, Lequette Grands arrêts de la Jurisprudence française de Droit international Privé, 3ème Ed, Dalloz, Paris, 1998.
09-(j-p) BABANDO, groupements d'entreprises et co traitance, Ed Dalloz, Paris, 1998.
10-Bernard AUDIT, Droit international privé, 2ème Ed, Economica, Paris 1997.
11-Bottini RENAUD, Litiges entre professionnels dans le commerce électronique international (la détermination objective du tribunal compétent), Mélanges Jean-PierreSortais, Ed BRULANT, BRUXELLES, 2002.
12- Brigitte HESS- FALLON et **Anne marie SIMON**, Droit des affaires, 12 éme Ed, sirey, 1999.
13-(CH- H) le **CHENET,** contrat de consortium, LGDJ, Paris, 2003.
14- Christian LARROUMET, les obligations, le contrat, T3, 5 ème Ed, Economica, Paris, 2003.
15-Courbe PATRICH, droit international privé, Ed Dalloz, Paris, 2000.
16-D. DEROUSSIN, Histoire du droit des obligations, 2 ème Ed, economica, Paris, 2012.
17-Daniel ROUACH, « Management de transfert de technologie : l'art, innover, veiller, Ed PUF, Paris. 2000.
18-Dominique BERLIN, Contrat D'Etat, Ed Dalloz, Paris, 1998.
19-Dominique BEREAU, L'influence de la volonté individuelle sur les conflits de lois, Mélanges en hommage à françois terrée, Ed DELTA, Paris, 1999.
20-Durand CLAUDE, la coopération technologie internationale : les transferts de technologie, ED BOECK, Paris, 1994.

21-ESCARA (J) , COURS DE DROIT COMMERCIAL, Ed Dalloz, Paris, 1952.
22-François CHABAS, Introductions à l'étude du droit, T1, Vol 11, 11éme Ed, Delta, Paris, 2000.
23-François TERRE, Philippe SIMLER, Droit civil, les obligations, Ed Dallos, Paris, 1999.
24-Françoise MELIN, droit international privé, 4 éme Ed, extenso, Paris, 2010.
25-Jean Jean DERRUPE et Pierre LABORD, Droit international privé, Ed Dalloz, Paris, 2011.
26- J. **GHESTIN**, Cause de l'engagement et validité du contrat, L.G.DJ. Paris, 2006.
27-H. Barbier, J. **Ghestin**, Traité de droit civil, Introduction générale : Droit objectif et droits subjectifs, sources du droit, T1, 5eme éd, LGDJ,Paris, 2018.
28-Henri Batiffol, Droit international privé, Ed Dalloz, paris, 1981 .
29-J. M. MOUSSERON, la durée dans la formation du contrat, in Mélange Alfred Jauffret, Aix-Marsilles, 1974.
30-J. Vidal, Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français, Ed Dalloz, Paris, 1957.
31-J.M.Sarhan, Pratique du commerce international, Ed foucher, Paris, 1999
32-Jacques GHESTIN, Bernard DESCHE, Traité des contrats, L.G.D.J. Paris, 1990.
33-JACQUET Jean- MICHEL, Encyclopédie de droit international, Ed Dalloz, Paris, 2003.
34-Jean- BAPTISE Michel, créer et exploiter un commerce électronique, Ed LITEC, Paris. 1998.
35-Jean- Christophe POMMIER, principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel, Ed Economica, Paris, 1992.
36-Jean DELACOLLETTE, les contrats de commerce internationaux, Ed Economica, Paris, 1996,
37-Jean Derrupé, Droit international privé, 13éme Ed, Dalloz, Paris, 1999.
38-Jean-Paul NIBOYET, cours de droit international privé français, 2éme Ed, Dalloz, Paris, 1949
39-Jérome HUET, Traité de droit civil, les principaux contrats spéciaux, L. G.D.J, Paris, 1996.
40-Joanna Schmidt, négociation et conclusion de contrats ,Ed Dalloz , paris, 1982.
41-Kenfack HUGUES, Droit du commerce international, 3ème Ed, Dalloz, Paris, 2009

42-KLATZMANN, « que sais je : les transferts des technologies », ED PUF, Paris, 1993.
43- levy LAURENT, la nationalité des sociétés, L.G.D.J, Paris, 1984.

44-LOUSSOUARN ET BOUREL, Droit internationel privé, 3ème Ed, Ed Dalloz, Paris, 1988.
45-Lupiac THIERRY, le contrat commercial, Ed Gualino, Paris, 2000.
46-(M) LYONNET DU MOUTIER, Financement sur projet et partenariat Public-Privé, Ed EMS, Paris, 2006.
47-M. BENACHNHOU, les nouvaux investisseur, alpha, design, Paris, 2006

48-Mahfoud BOUHACENE, Droit international de la cooperation industrielle, Ed publisud, Alger, 1982.
49-Marie NOELLE JOBARD BACHELLIER, L'apparence en droit international privé, L.G.D.J, Paris ,1984
50-(P) Mayer et (V) Heuzé, Droit international privé, 8ème Ed, Delta, Paris, 2005.
51-Michel MENJUCQ, Droit international et européen des sociétés, Ed Montchrestien, Paris, 2001.
52-Mohand ISSAD, Droit international privé, les règles de conflits, OPU, Alger, 1988.
53-Mostepha Trari Tani, William Pissoort & Patrick Saerensn, Droit Commercial International, conforme aux conventions internationales ratifiées par l'Algerie, Ed Berti, Alger, 2007.
54- Mury SMITH, droit et pratique de l'arbitrage commercial international, L.G.D.J, Paris, 1991.
55-Nour eddine TERKI, L'arbitrage commercial international en Algérie, OPU, Alger.1984
56-Patrick CANIN, Droit civil, les obligations, 3 éme Ed, Hachets livre, Paris, 2007.
57-Philipe MERLE, Droit commercial, sociétés commerciales, 8ème Ed, Dalloz, Paris, 2001.
58-Phlippe FOUCHARD, Emmanuel GAILLARD : Traité de l'arbitrage commercial international, Ed Litec, Paris ,1965.
59-Pierre GOURION, Alain George PEYRAD, Nicolas SOUBEYRAND, Droit du commerce international, 4 éme ED, L.G.D.J, Paris, 2008..
60-Pierre MAYER, Droit international privé, 5ème Ed, Montchrestien, Paris, 1994.
61-————, «les méthodes de la reconnaissance en droit international privé, Ed Dalloz, Paris, 2005.
62-Pierre MAYER, VINCENT Heuzé, droit international privé, 8éme Ed, Delta, Beyrouth, liban, 2005
63-Réné SAVATIER, Jean SAVATIER et Jean-marie LE LOUP, DROIT DES AFFAIRES, 3éme Ed, Sirey, Paris, 1970.
64- Saisoonthorn KANCHANACHITRA, Droit international privé, bangkok, 2003.

66- Yvon Lousouarn et Pierre BOUREL, Droit international privé, 4ème Ed Dalloz, Paris, 1993.

II - Theses et Memoires :

A- Thèses :

01-Annie TOUBIANA, le domaine de la loi du contrat en droit privé, Thése de doctorat, université panthéon- Assa s, Paris2, 1972.
02-BRENNER (CI), le contrat- coopération, contribution à la théorie de doctorat droit privé, université panthéon- Assas, Paris2, 2010.
03-DJAZIA CHERIF BENMMOUSSA, Le transfert et l'intégration des technologies au sein des organisations dans une démarche d'intelligence économique cas du secteur de l'énergie- sonelgaz, Thèse présentiée et soutenue publiquemt pour l'obtontion du grade de doctorat, Université Aboubakr Belkaid Tlemcen, Alger, 2015.
04-Gabriel KOBER, La loi applicable en matière de vente internationale de marchandises, thèse pour le diplôme d'études doctorales, Université de droit d'économie et des sciences sociales de Paris panthéon- Assas, (paris II), 1990.
05-Houria YESSAD, Le contrat de vente internationale de marchandises, Thèse pour le doctorat en droit, Faculté de Droit, Université Mouloud Mammeri, Tizi-ouzou, 2008.
06-Ibrahim ELBEHERRY, Théorie des contrats administratifs et marché public internationnaux, Thése pour le doctorat en droit, Université de nice sophia- antipolis, Paris, 2004.
07-Maire NAMIE- CHARBONNIER, la formation et exécution du contrat électronique, Thèse de doctorat, droit économie, sciences sociales, université panthéon-Assas- Paris2, Paris, 2003.
08-Meziani ALLIOUCH Kerboua, les mécanismes internationaux de transfert technologie vers l'algérie, thése doctorat, Strasbourg, 1981.
09-Olivier CACHARD, la régulation internationale de marché électronique, thèse pour le doctorat en droit, Université Panthéon- Assas, Paris2, 2001.
10-Ratchaneekorn LARPVANICHAR, Les contrats internationaux : étude comparative franco-thailandaise, Thése pour obtenir le grade de docteur en droit, faculte du droit international privé, Université Lille 2, France, 2013.
11-TOUBIANA Annie, le domaine de la loi du contrat en droit privé, Thése de doctorat, panthéon- Assa s, Paris2, 1972.

B- Mémoires :

01-Farida KARA Mostefa, la preuve écrite en droit civil algérien, mémoire pour le diplôme de magister en droit ,option contrat et responsabilité, institut des scinece juridique et administrative, Université Youcef ben khada, Alger, 1982

02-François EXPERT, La caractérisation de l'intention frauduleuse, master de droit privé général, Université panthéon- Assas, Paris 2, 2020.
03-Jérôme PASSA, Le contrat électronique international : conflits de lois et de juridictions, master de droit privé général, collection de la faculté de Droit et des sciences sociales de Poitiers, Université de Poitiers, Paris, 2005.
04-Julien M.RISSER, l'avenir de la cause en droits des contrats, mémoire pour obtenir du diplôme de master2, université de lorraine, Paris, 2015.
05-Lama KOTEICHE, la loi applicable aux contrats du commerce électronique, Mémoire pour l'obtention d'un Diplôme d'études approfondies en Droit Internet et International des affaires, faculté de Droit et des SciencesPolitique et Administratives, Université, Beyrouth, 2005.
06-Louiza IGOUDJIL, Le Régime des contrats d'entreprise, mémoire pour le master recherche droit privé des contrats, Université Versailles saint, Paris, 2006.
07-Najla MESTIRI, Notion d'internationalité et fraude à la loi en matière de contrat, Mémoire pour de l'obtion du grade de maitrise en droit, Université de montreal, Paris, 2002
08-Robert Sabine, les lois de police, diplome de maitrise, droit international privé, faculté du droit de lyon, France, 2006.

III -Articles :
01- E. CHEVREAU, la cause dans le contrat en droit français: une interprétation erronée des sources du droit romain, revue de droit commerçial, n°01, 2013, Paris,
02-François DIESSE, L'exigence de la coopération contractuelle dans le commerce international, Revue de Droit des Affaires Internationales, n° 07 1999, Paris.
03-(J-F), BABIERI le porte- fort, engagement de faire sans formalisme, bulletin joly Société, n°9, 2013, Paris.
04- Henri BATIFFOL, répertoire de droit internationale « contrats et conventions », Encyclopédie juridique, n°9, 1981, Dalloz, Paris.
05-Heintz MATHIEU, **La responsabilité du maitre d'œuvre du fait des travaux supplémentaires,** revue de la semaine juridique, juriclasseur, n°8, 2007, Paris, France,
06-M.FOUNTAINE, **Les clauses de confidentialité dans les contrats internationaux**, revue de droit des affaires internationals, 1991, Universités Lyon, Paris.
07-Mohammed Abdelwahab BEKHECHI, **« L'arbitrage commercial internationalen droit algérien**, Revue algérienne des relations internationales, n°25, 1994, Université youcef ben khada, Alger,
08-Mohand ISSAD, le decret législatif algérien du 23 avril 1993 relatif à l'arbitrage commercial Interational, revue d'arbitrage, n° 03, 1993, Paris.

09-Mustafa ELGHARBI, « justice contractuelle et liberté de la volonté : un rapport problématique », Revue de la recherche juridique, n°107,2005, Alger.
10-NABIL FERJANI ET HUET Véronique, « L'impacte de la discision onusienne d'embargo sur juillet l'éxécution des contrats internationaux », journal de droit international, n°3, 2010, Paris.
11-Pierre MAYER, « le mouvement des idées dans le droit des conflits de lois », revue français de théorie juridique, n°3,1985, Université Lyon, Paris.
12-Ramtane Zerguine, Considérations sur la responsabilité de droit commun du constructeur, revue algerienne des sciences juridiques économique et politiques, n° 02, 1986, faculté de droit, Alger.
13-Roche FRISON, Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats, RTD CIV, Paris, 1995.

IV - Les sites électroniques :

01-Henri ROLIN, « vers un ordre public réellement international», disponible sur **: http//www.sfdi.org/wp-content/uploads/2014/10/ordre public.pdf**
02-Lionel THOUMYRE: L'échange des consentements dans le commerce électronique, **disponible sur le site : www.lex-electronica.com..**
03-Rosario DUASO CALES, La détermination du cadre juridictionnel et législatif applicable aux -1contrats de cyberconsommation, disponible sur le site **: www.lex-electronica.org.**

VI -Conventions internationales :

04-convention internationale sur le système harmonisé de désignation et de codification des marchandises https://www.douane.gov.dz *› IMG › pdf › decret...*

05-du Principes UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international https://www.unidroit.org *› uploads › 2021/06 › Uni...*
système chambre comerçiale. voir le cite : https://iccwbo.org *› uploads › sites › 2015/12 › 2...*

الفهرس

مقدمة.....02

الباب الأول:القانون الواجب التطبيق على تكوين عقد المقاولة الدولي.....07

الفصل الأول: تحديد الصفة الدولية في عقد المقاولة الدولي.....08

المبحث الأول: مفهوم عقد المقاولة الدولي 09

المطلب الأول: تعريف عقد المقاولة دولي وتمييزه عما يشابهه من عقود.... 10

الفرع الاول: تعريف عقد المقاولة..... 11

أولا: التعريف الفقهي لعقد المقاولة 11

ثالثا: التعريف القانوني لعقد المقاولة.....16

رابعا: خصائص عقد المقاولة 17

الفرع الثاني: تمييز عقد المقاولة عن غيره من العقود المشابهة له.....18

أولا: عقد المقاولة و عقد العمل..... 19

ثانيا: عقد المقاولة عقد والايجار.....20

ثالثا: عقد المقاولة وعقد الشركة.....21

رابعا: عقد المقاولة وعقد الوكالة.....22

خامسا: عقد المقاولة وعقد البيع.....23

المطلب الثاني: أنواع عقود المقاولات الدولية.....26

الفرع الأول: عقد البوت.....27

الفرع الثاني: عقد الأشغال الدولي.....33

المبحث الثاني: إضفاء صفة الدولية على عقد المقاولة الدولي.....39

المطلب الأول: معايير تحديد أطراف عقد المقاولة الدولي وفق القوانين الأجنبية.....40

الفرع الأول: معيار القانوني في تحديد أطراف عقد المقاولة الدولي.....40

الفرع الثاني: المعيار الاقتصادي في تحديد أطراف عقد المقاولة الدولي.....53

المطلب الثاني: تحديد أطراف عقد المقاولة الدولي وفق التشريع الجزائري.....62

الفرع الاول: تحديد عنصر الأجنبي لعقد المقاولة وفق قانون الإجراءات المدنية والإدارية.....63

الفرع الثاني: تحديد عنصر الاجنبي لعقد المقاولة وفق قانون الصفقات العمومية.....68.

الفصل الثاني: القانون الواجب التطبيق على ابرام عقد المقاولة الدولي.....75

المبحث الأول: التراضي في عقد المقاولة الدولي 76

المطلب الأول: مفهوم تراضي في عقد المقاولة الدولي.....76

الفرع الأول: وجود التراضي في عقد المقاولة الدولي 77

الفرع الثاني: شروط صحة تراضي في عقد المقاولة الدولي.....88

المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على التراضي في عقد المقاولة الدولي.....95

الفرع الأول: التكييف مرحلة أولية لتعيين القانون الواجب التطبيق..... 96

الفرع الثاني: اسناد إلى مبدأ إرادة المتعاقدين في تحديد القانون الذي يحكم النزاع أثناء مرحلة التراضي في عقد المقاولة الدولي..... 105

المبحث الثاني: القانون الواجب التطبيق على أركان اخرى لإبرام عقد المقاولة الدولي..... 117

المطلب الأول: القانون الذي يطبق على المحل والسبب في عقد المقاولة الدولي.....118

الفرع الأول: المحل في عقد المقاولة الدولي.....118

الفرع الثاني: السبب في عقد المقاولة الدولي..... 128

المطلب الثاني: الشكلية في عقد المقاولة الدولي.....132

الفرع الاول: أهمية الشكلية في عقد مقاولة دولي.....133

الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على الشكلية في عقد المقاولة.....138

الباب الثاني:القانون الواجب التطبيق على تنفيذ التزامات عقد المقاولة الدولي.....147

الفصل الأول:تباين أسلوب اختيار القانون الواجب التطبيق على التزامات الأطراف في عقد المقاولة الدولي.....148

المبحث الأول: حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على التزامات عقد المقاولة الدولي.....149

المطلب الاول: مضمون مبدأ سلطان الإرادة في عقد المقاولة الدولي.....150

الفرع الأول: تكريس مطلق لسلطان الارادة في اختيار القانون المطبق على التزامات المقاولة الدولي.....151

الفرع الثاني: وجود قاعدة قانونية تقرر حق الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد.....164

المطلب الثاني: تكريس مبدأ سلطان الإرادة وفق الاتفاقيات الأجنبية والتشريع الجزائري.....172

الفرع الأول: موقف بعض الإتفاقيات والهيآت الأجنبية من مبدأ سلطان الإرادة.....172

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري من سلطان الارادة لاختيار القانون المطبق على عقد المقاولة الدولي.....180

المبحث الثاني: الاستثناءات الواردة على الإرادة في اختيار القانون الواجب على التزامات عقد مقاولة الدولي.....187.

المطلب الأول: النظام العام:استثناء على تطبيق مبدأ الإرادة في التزامات المقاولة الدولية.....188

الفرع الأول: دور النظام العام في توفيق بين مقتضيات سلطان الإرادة والهدف الاجتماعي العام للدولة..... 188

الفرع الثاني: دور قواعد البوليس في التوفيق بين مقتضيات سلطان الإرادة وحماية المصالح العليا للدولة.....202

المطلب الثاني: الغش نحو القانون..... 208

الفرع الأول: مفهوم الغش نحو القانون.....209

الفرع الثاني: اثار الغش نحو القانون.....220

الفصل الثاني: معايير الاحتياطية لاختيار القانون الواجب التطبيق على التزامات المقاولة الدولي.....228

المبحث الأول: ضوابط الإسناد إلى القانون الأوثق صلة بعقد المقاولة الدولي 228

المطلب الاول: الإسناد الجامد لحل تنازع القوانين في عقد المقاولة الدولي.....229

الفرع الأول: ضوابط الإسناد ذات الارتباط الاصيل بعقد المقاولة الدولي.....229

الفرع الثاني: ضوابط الإسناد ذات الإرتباط الاصيل بالمتعاقدين.....240

المطلب الثاني: الإسناد المرن لحل تنازع قوانين في عقد المقاولة الدولي.....249

الفرع الأول: الإسناد إلى قانون دولة محل إقامة المدين بالأداء المميز للعقد.....249

الفرع الثاني: اسناد إلى قانون الدولة وفق ظروف وملابسات عقد مقاولة الدولي.....257

المبحث الثاني: تحديد الجهة المختصة لحل النزاعات المترتبة عن عقد المقاولة الدولي.....265

المطلب الاول: الاختصاص القضائي الدولي لحل النزاعات الناتجة عن عقد المقاولة الدولي.....266

الفرع الأول: تحديد الإختصاص القضائي الدولي لحل نزاعات عقد المقاولة الدولي.....267

الفرع الثاني: القيود الواردة على الاختصاص القضائي الدولي لحل نزاعات عقد المقاولة الدولي.....278

المطلب الثاني: التحكيم آلية وسيلة لحل نزاعات عقد المقاولة الدولي.....285

الفرع الأول: مفهوم التحكيم الدولي.....285

الفرع الثاني: الخصائص المميزة للتحكيم في عقود المقاولة الدولي..... 293

الفرع الثالث: القانون المطبق على التحكيم في عقد المقاولة الدولي.....299

الخاتمة.....309

قائمة المراجع.....316

الفهرس.....352

ملخص باللغة العربية:

يتعذر تحديد القانون الواجب التطبيق في حالة نشوء خلاف بين المتعاقدين عند ابرام أو تنفيذ بعض أو كل من الالتزامات الناشئة عن عقد المقاولة الدولي.

توجه المشرع لابتكار معايير يرتكز عليها لحل النزاع بداية من مبدأ سلطان الإرادة كأصل عام ولكنه ليس مطلق بل هو محدد بعوامل تؤدي إلى تقييده حماية لمبادئ ومقومات دولة ما قد يتعارض معها هذا القانون المختار.

نشأت معايير احتياطية اخرى قسمت إلى نوعين معايير مرنة وأخرى جامدة يعتمدان فيه على القانون الأوثق والأقرب صلة بالعقد وبالمتعاقدين للوصول إلى حل يرضي الأطراف يؤدي بدوره إلى تحديد الهيأة التي يتم فيها فصل النزاع سواء كانت قضائية أو تحكيمية.

Résumé :

Il n'est pas possible de déterminer la loi applicable en cas de litige survenant entre les contractants lors de la conclusion ou de l'exécution de tout ou partie des obligations découlant du contrat entreprise international.

Le législateur a ordonné d'élaborer des normes basées sur celui-ci pour résoudre le conflit, en commençant par le principe de l'autorité de la volonté comme principe général, mais il n'est pas absolu, mais il est plutôt déterminé par des facteurs qui conduisent à sa restriction afin de protéger les principes et composantes d'un État avec lesquels cette loi choisie peut entrer en conflit.

D'autres normes de précaution ont émergé et ont été divisées en deux types, les normes flexibles et les normes rigides, dans lesquelles elles s'appuient sur la loi la plus proche et la plus étroitement liée au contrat et aux parties contractantes pour parvenir à une solution qui satisfait les parties, qui à leur tour conduit à déterminer l'instance au sein de laquelle le différend sera réglé, qu'il soit judiciaire ou arbitral.