

تكييف الإسناد لحل تنازع القوانين في عقد المقاولة الدولي

*Adaptation of the award to resolve conflicts of laws
in the international contractual contract*

الباحثة: فاطمة رافد

Researcher: Fatima RAFED

طالبة الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو

**PHD student, Faculty of law and political science, University
of Mouloud Mammeri Tizi Ouzou**

rafedfatma@gmail.com

الدكتورة الأستاذة: ربيعة صبايحي

Professeur: Rabea SBAIHI

أستاذ محاضرة أ، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة مولود معمري تيزي وزو

**Professor lecturer, Faculty of law and political science, University
of Mouloud Mammeri Tizi Ouzou**

skyblu 235@gmail.com

تاريخ النشر: 2020/12/27

تاريخ القبول: 2020/11/17

تاريخ إرسال المقال: 2020/10/10

ملخص:

تلجأ التشريعات الدولية إلى تشكيل ضوابط يستند عليها القاضي في تحديد القانون المطبق على عقود الدولية ومنها عقد المقاولة الدولي، حيث تتمثل هذه الضوابط في نوعين هما ضوابط عامة تقليدية وعرفت أيضا بالإسناد الجامد لكونها غير محددة وغير قابل لتغيرها بعد إبرام العقد، كما يلجأ إليه القاضي مباشرة لتحديد القانون الأنسب للتطبيق، وقد ترتبط ارتباطا وثيقا بالعقد مثل محل إبرام العقد ومكان تنفيذ أو ترتبط بالمتعاقدين كالموطن والجنسية. كما أن هناك ضوابط أخرى سميت بالإسناد المرن وتتمثل في قانون دولة محل إقامة المدين بالأداء المميز للعقد والذي يقوم على التركيز الموضوعي المسبق للعقد من خلال طبيعته الذاتية بالإضافة إلى ذلك الإسناد وفق ظروف وملابسات العقد فهنا لا يتوقف الإسناد فحسب على الطبيعة الذاتية للعقد فقط وإنما يحلل ظروف التعاقد وملابساته التي ستتأثر إلى حد بعيد بإرادة الأطراف، لكونهم يستطيعون تجميع العناصر المادية للعملية التعاقدية في هذه الدولة أو تلك وفقا لما يجدونه مناسباً لهم فيسمح لهم بإدراك العدالة وتنوع الإسناد من عقد إلى آخر وذلك بالرغم من أن هذه العقود ذات الطبيعة الواحدة لكن ظروف وملابسات التعاقد تختلف من عقد إلى آخر.

كلمات مفتاحية:

الإقامة، جنسية، تنفيذ العقد، المفاوض

Abstract:

International law uses the formation of controls on which the judge relies to determine the law applicable to international contracts, including the international contractual contract. These controls are represented in two types. The first is traditional general controls and it is called rigid attribution when they are not defined and cannot be changed after the contract is concluded. For application to the contract, and these controls may be closely related to the contract, such as the place of conclusion of the contract and the place of performance, or related to the contracting parties, such as nationality and nationality controls known as flexible award, which are represented in the law of the State of the debtor's place of residence for the separate performance of the contract, which is based on the objective prior orientation of the contract in light of its subjective nature, as well as the The award according to the conditions and circumstances of the contract.

It does not depend solely on the subjective nature of the contract, but rather analyzes the conditions and circumstances of the contract. Which will be greatly affected by the will of entrepreneurs, as they can collect the material elements of the contracting process in a particular country depending on what they deem appropriate for them. This allows the perception of justice on the one hand, and the diversity of attribution from one contract to another of contracts of the same nature as long as the conditions and circumstances of the contract differ from one contract to another.

Keywords:

Residence , Nationality, Execution of the contract, Contractor

مقدمة

تكمن الصعوبة الأساسية في موضوع تنازع القوانين كإحدى موضوعات القانون الدولي الخاص في كيفية الوصول إلى القانون الواجب التطبيق في نزاعات المرتبطة بالعقود الدولية خاصة في عقد المقاولة الدولي، وذلك لكون العلاقات القانونية التي تندرج في مجال القانون الدولي الخاص ترتبط بأكثر من دولة وقانون وبذلك يحتاج الأمر إلى تحديد قانون من بين هذه القوانين التي ترتبط بالعقد، خصوصاً إذا أصرت كل دولة على تطبيق قوانينها وتستبعد تطبيق قوانين أجنبية إلى جانب قانونها.

ولحل هذا النزاع لابد من تحديد القاعدة القانونية التي تنطبق على موضوع النزاع ويكون هذا عن طريق قواعد تسمى قواعد الإسناد وهي قواعد قانونية وضعية ذات طبيعة فنية، تسري على العلاقات الخاصة الدولية فتصطفي أكثر القوانين مناسبة وملائمة لتنظيم تلك العلاقات حينما تتعدد القوانين ذات القابلية للتطبيق عليها. وتظهر أهمية قواعد الإسناد في كونها الطريقة الأساسية لحل مشكلة التنازع في عقود تشتمل في علاقاتها على عنصر أجنبي سواء كان أثناء تكوين العقد أو في مرحلة تنفيذه، لاسيما وأن الكثير من الدول تختار تطبيق قوانينها الوطنية وذلك وفقاً لمبدأ سيادة

الوطنية بالإضافة إلى اختلاف المعايير والضوابط التي يعتمد في اختيار تطبيق قانون ما من دولة إلى أخرى فهناك من اعتمدت على قانون الجنسية وأخرى اعتمدت على قانون الموطن وغيرها من المعايير مما قد يطرح تنازع بين الدول في اختيار تطبيق قانون ما لأكثر من دولة ولذا لابد من اعتماد ضوابط ومعايير مشتركة لحل المشكلة وتحدد القانون الواجب التطبيق على عقد المقاولة الدولي مما يطرح عدة إشكاليات فرعية منها: ما هي هذه المعايير المشتركة لحل مشكل التنازع في عقد المقاولة دولي؟ وما هي قدرة هذه المعايير لحل مشكلة التنازع في عقد المقاولة الدولي؟

وبناء على الإشكاليات الفرعية السابقة استنبط منها الإشكال الرئيسي التالي: ما مدى استجابة وكفاية قواعد الإسناد لحل تنازع في عقد المقاولة الدولي؟

المنهجية المتبعة: تماشياً مع طبيعة الدراسة، اتبعنا المنهج التحليلي بطريقة منهجية علمية، وتحليل النصوص القانونية التي لها علاقة بالموضوع

المبحث الأول

الإسناد الجامد لحل تنازع القوانين في عقد المقاولة الدولي

تلجأ بعض التشريعات إلى تشكيل ضوابط محددة يستند عليها القاضي في تحديد القانون المطبق على عقود الدولية وهو ينقسم إلى نوعين من الضوابط عامة وهي تتوفر في معظم العقود الدولية وسميت بالإسناد الجامد حيث وفقاً لهذا النوع من الضوابط يكون محدد وغير قابل لتغييره بعد إبرام العقد ويلجأ إليه القاضي مباشرة لتحديد القانون الأنسب للتطبيق على العقد⁽¹⁾، وهذه ضوابط قد ترتبط ارتباطاً وثيقاً بالعقد (المطلب الأول) أو ترتبط بالمتعاقدين (المطلب الثاني)

المطلب الأول

المعايير الأكثر ارتباطاً بعقد المقاولة الدولي

لقد تم حصر هذه الضوابط المرتبطة بالعقد في قانون مكان إبرام عقد المقاولة الدولي حيث قد تتعدد الأماكن التي يبرم فيها العقد (الفرع الأول) وقانون مكان تنفيذ العقد حيث يقوم كلا المتعاقدين بتنفيذ جزء من الالتزامات في مكان والباقي في مكان آخر (الفرع الثاني).

الفرع الأول

معيار بلد إبرام عقد المقاولة الدولي

اختارت بعض التشريعات الإسناد الجامد للعقد والمتمثل في قانون دولة إبرام العقد عند سكوت المتعاقدين على اختيار القانون الذي يحكمه حيث يتولى القاضي البحث عن القانون المناسب الذي على أساسه يتم حل النزاع وهذا وفق قانون السابق الذكر⁽²⁾ وقد اتجهت آراء الفقهاء والقضاء حول مدى أهمية قانون محل إبرام العقد كضابط في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي.

أولاً: موقف القضاء حول قانون محل إبرام العقد كمعيار لاختيار القانون الواجب التطبيق على عقد المقاولة الدولي

يكتسي محل إبرام العقد المثار للنزاع المعروض على المحكم أهمية بالغة في استدلال واستبيان في أن إرادة الأطراف قد انصرفت إلى إعمال قانون ذلك البلد الذي أبرم فيه العقد. وقد بين قضاء التحكيم التجاري الدولي أن القرارات الصادرة في المنازعات التي تطرح على التحكيم تميل في غالبيتها إلى مؤشرات عامة للاستدلال على الإرادة الضمنية أو المفترضة لخصوم المنازعة، إذ أنها كثيرا ما ترجع إلى إعمال قانون محل إبرام العقد.

ففي إحدى المنازعات التي طرحت على محكمة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية بباريس⁽³⁾ والتي تتلخص وقائعها في نزاع نشب بشأن تنفيذ العقد بين شركة إيطالية وأخرى 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 بتطبيق القواعد العامة للأمم المتحدة دون الإشارة إلى قانون وطني معين.

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 أبرم في إيطاليا وأن مكان الرئيسي للتنفيذ كان في إيطاليا، وقد رفض المحكم الاستدلال على الإرادة الضمنية للمتعاقدين في القانون الذي يحكم النزاع من خلال العملة الواجب الدفع بها وهي الدولار على أساس أنه معيار ثانوي لتركيز العلاقة بين أطراف الخصومة. ويرى البعض الآخر أن الأخذ بقاعدة محل الإبرام أمر 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⁽⁴⁾.

ثانيا: موقف الفقه حول قانون محل إبرام العقد كمعيار لاختيار القانون الواجب التطبيق على عقد

المقاوله الدولي

وبناء على الكثير من القضايا التي اعتبرت أن قانون محل إبرام العقد يعد أول ضابط لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي وهذا في حالة سكوت المتعاقدين عن تحديد القانون المطبق في العقد المبرم بينهم، مما دفع بغالبية الفقهاء إلى اعتباره القانون الوحيد الذي يجب تطبيقه على العقد في حالة سكوت الأطراف وأرجعوا ذلك إلى عدة أسباب هي:

- إن المكان الذي يبرم فيه يعتبر مكان نشأته ويسهل بذلك للمتعاقدين الرجوع إليه للتأكد من مدى صحة التعاقد و كذا الشروط القانونية التي يضعها المتعاقدان.

- في حالة تبادل الأطراف الإيجاب والقبول في محل معين يكفل لهم ذلك ميزة العلم المسبق بالقانون الذي يحكم العقد، ومن ثم يكفل لهم الأمان القانوني المطلوب ويصون توقيعاتهم.

- ومن الناحية العملية لا يمكن لمحل الإبرام أن يكون متعددا بل يكون محل إبرام واحد ويمكن تحديده من دون أي صعوبة تثار، ويمكن للمتعاقدين معرفته بسهولة.

-ويشكل من الناحية القانونية الأخذ بمحل الإبرام توحيد القانون المطبق على العلاقة العقدية من حيث شكل العقد وموضوعه، وبالتالي يخضع العقد شكلا وموضوعا لقاعدة محل الإبرام⁽⁵⁾.

ولقد انتقد تطبيق قانون محل إبرام العقد على أساس أنه لا يعبر عن حقيقة المصالح التي ترتبط بالعملية التعاقدية، وذلك لكون أن محل إبرام العقد لا يكون مؤشرا هاما بالنسبة لأطراف عقد الدولي والمقاوله بصفة خاصة فغالبا لا توجد لهم مصالح دائمة في محل إبرام العقد وهو الأمر الذي يصعب معه القول بتوفر الصلة بين العقد وقانون محل إبرامه، حيث أنه من الممكن أن يتحدد مكان إبرام العقد في ظروف تحكمها الصدفة وتكون غير كافية لتحقيق الصلة المطلوبة بين العقد والقانون الواجب التطبيق، ولاسيما في ظل التطور الحديث ومتطلبات التجارة الدولية، حيث نلاحظ أن العقود تبرم في أماكن محايدة تفرضها الصدفة، كأن يتعارف الأطراف المتعاقدة مثلا في مكان ما لغرض آخر غير التعاقد ثم بعد ذلك يخطر ببالهم فكرة التعاقد، كما أصبحت هناك عقود كبيرة القيمة يتم إبرامها من خلال وسائل الاتصال الحديثة مثل (الهاتف) و(الفاكس) و(التيلكس) و(الإنترنت)، وبالتالي يصعب تحديد محل إبرام العقد لوجود الدولة التي أرسل منها بالإيجاب، والدولة التي تم فيها القبول، والدولة التي علم فيها الموجب بالإيجاب فيصعب الاعتداد بأحد هذه الأماكن ومنه يتعذر تحديد محل الإبرام وأما بخصوص العلم المسبق بأحكام هذا القانون⁽⁶⁾ فهو مردود عليه ذلك لأن الأطراف المتعاقدة لا يثيرون هذه المسألة أثناء التعاقد، وإذا أثبتت خلال تلك الفترة فيإمكانهم وجود حل وهو أن يقوموا باختيار قانون يحكم العقد كما يستطيعون استشارة محاميهم في هذا الشأن، ومن خلال هذه انتقادات جعلت الأستاذ BATIFOL يعارض هذا الضابط بحيث وصفه عفوي وعارض بالمقارنة مع المصالح التي يتضمنها العقد لأن العبرة في العقود بتنفيذها وليس بإبرامها⁽⁷⁾.

الفرع الثاني

قانون الدولة محل تنفيذ عقد المقاوله الدولي

يعتبر قانون محل التنفيذ الضابط الثاني الذي يمكن للقاضي الرجوع إليه في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد إذا سكت المتعاقدان عن اختياره، فقد أصبح قانون مكان التنفيذ هو المفضل لدى الفقه الحديث⁽⁸⁾ نظرا للانتقادات التي وجهت لمحل الإبرام. ولكون أن العقد يظهر من خلال تصرفات خارجية التي يقوم بها المتعاقدان كتسلم البضاعة في عقد المقاوله الدولي، فمحل التنفيذ هنا له صلة واقعية بين العلاقة التعاقدية والقانون المطبق⁽⁹⁾.

ويجمع الكثير من الفقهاء والتشريعات⁽¹⁰⁾ على إخضاع العقد الدولي إلى قانون محل التنفيذ بدلا من قانون محل الإبرام، لكون قانون محل التنفيذ يتجنب كل الصعوبات الخاصة بصيغة العقد أو بالتنفيذ، وعليه فاختيار قانون آخر كمحل إبرام مثلا ولو كانت له صلة وثيقة بالعقد يؤدي جزئيا إلى تعطيل انتاج العقد لآثاره. ولم يتوقف الأخذ بمحل التنفيذ عند الفقهاء والقضاء فقط⁽¹¹⁾، بل اختارته مجموعة دول السوق الأوروبية المشتركة في المشروع التمهيدي للاتفاقية الخاصة بتحديد القانون الواجب التطبيق⁽¹²⁾.

إن الهدف من تطبيق قانون محل التنفيذ هو تحقيق الوحدة المنشودة والتي يعجز قانون بلد الإبرام تحقيقها، وكذا أن التنفيذ من الناحية المنطقية هو الحادثة الرئيسية في التعاقد، لاعتبار أن الأطراف لم تتعاقد إلا من أجل الوصول إلى

الأداءات التي تشكل موضوع العقد، فتنفيذ العقد يؤدي إلى ظهور العناصر المادية للعلاقة العقدية إلى العالم الخارجي في دولة التنفيذ وهو الذي يمكن الغير من العلم بوجود العقد، بالإضافة إلى أنه يتوافق مع مصلحة المتعاقدين⁽¹³⁾، لكن هذا لم يمنع من وجود عيوب وجهت لهذا المعيار بحيث يتعذر على إثرها تطبيق قانون محل التنفيذ كما لو تعددت أماكن التنفيذ أو كان محل التنفيذ غير معين في العقد أو تعذر تحديده.

-الحالة الأولى: تعدد أماكن التنفيذ

تتعدد في بعض الحالات القوانين التي تحكم العلاقة القانونية نظرا لتعدد أماكن التنفيذ، ولهذا اقترح البعض لتحديد هذا القانون تطبيق قانون مكان التنفيذ الأساسي إذا وجد من بين تلك الأماكن ما يمكن اعتباره محلا للتنفيذ الرئيسي ففي بيع المنقول مثلا هو مكان تسليم المبيع مهما تعددت أماكن الوفاء بالثمن، وفي عقود التمثيل التجاري هو المكان الذي يمارس الممثل نشاطه فيه⁽¹⁴⁾.

-الحالة الثانية: عدم تحديد مكان التنفيذ

في حالة عدم تحديد مكان تنفيذ في العقد فمن غير الممكن الانتظار حتى يتم تنفيذ العقد بالفعل لكي نحدد بسهولة قانون الدولة التي تم فيها التنفيذ، حتى أنه قد يجبر القاضي في البحث عن القانون المطبق عند سكوت المتعاقدين قبل تنفيذ العقد أو قد يثور نزاع حول العقد قبل بدء في التنفيذ ودون أن يحدد مسبقا مكان التنفيذ، ففي هذه الحالة يمنح للقاضي سلطة التقديرية في تحديد القانون المطبق على العقد الدولي من خلال البحث في ظروف وملابسات العقد⁽¹⁵⁾.

المطلب الثاني

المعايير الأكثر صلة بالمتعاقدين

قد يلجأ القاضي في حالة غياب قانون الإرادة إلى اعتماد قواعد التنازع باعتبارها القواعد المنظمة للعلاقات المشتملة لعنصر أجنبي، فهي تحتوي على ضوابط إسناد تشير إلى القانون الواجب التطبيق على العلاقة التعاقدية محل النزاع، و من هذه الضوابط نجد ضابط الموطن المشترك (الفرع الأول) وكذلك ضابط الجنسية المشتركة (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الموطن المشترك

يعد الموطن العامل الثاني الذي يتم من خلاله توزيع الأفراد توزيعا دوليا، إقليميا وجغرافيا، إذ قد يتوطن شخص، ويتمتع بجنسية دولة معينة في إقليم دولة أخرى لا يحمل جنسيتها وقيم 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 الموطن ليست بتلك الرابطة الروحية المتواجدة في الرابطة الجنسية، وإنما العبرة باتصال شخص باقليم دولة باستقراره عليه واتخاذ منه مركزا لمصالحه⁽¹⁶⁾.

يختلف تعريف الموطن بين القانون الدولي الخاص عنه في القانون المدني فإذا كان الأول يعبر عن موطن الشخص في أي دولة من الدول فإن الثاني ينصرف إلى اعتباره توطن الشخص في دولة دون غيره. وعموما فتحديد الموطن يعتمد على الربط بين الشخص والمكان الذي يتخذه مركزا لمصالحه ولأعماله، أما المشرع الجزائري فلقد تطرق ضمن أحكام المادة 36 من القانون المدني الجزائري⁽¹⁷⁾ إلى تعريف الموطن بأنه المحل الذي يوجد فيه السكن الرئيسي وعند عدم وجود السكن فإن محل الإقامة العادي يحل محل الموطن كما نصت أحكام الفقرة الثانية في المادة 36 على عدم جواز أن يكون للشخص أكثر من موطن في نفس الوقت.

وما 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. ولقد اعتبرت المادة 37 من القانون المدني الجزائري المكان الذي يمارس فيه الشخص حرفة معينة أو تجارة بمثابة موطن بالنسبة للمعاملات المتعلقة بهذه المهنة أو التجارة، في حين اعتبرت المادة 38 من القانون المدني الجزائري أن موطن كل من القاصر و المفقود و المحجور عليه و الغائب هو موطن من يقوم بالنيابة القانونية عن هؤلاء⁽¹⁸⁾.

أما المادة 39 من القانون المدني فقد أجازت أن يقوم الشخص باختيار موطن معين من أجل تنفيذ تصرف قانوني. وبالرغم من أن التشريعات الوطنية قد أكدت على معيار الموطن المشترك كقانون يطبق على هذا العقد الدولي في حالة غياب قانون الإرادة و منحت له الأولوية في التطبيق إلا أن اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقد البيع الدولي للبضائع قد استبعدت تطبيق هذا المعيار بل واشترطت اختلاف موطن أطراف العقد. حيث قضت أحكام المادة الثانية من هذه الاتفاقية بأن هذه الأخيرة تطبق على عقود بيع البضائع بين الأطراف الذين تتواجد أماكن عملهم في دول مختلفة على أن تكون هذه الدول متعاقدة أو عندما تقضي قواعد القانون الدولي الخاص بتطبيق قانون دولة متعاقدة.

وللموطن أهمية كبيرة في إطار القانون الدولي الخاص حيث يعد ضابطا أساسيا للإسناد في العديد من النظم القانونية، ويعد أيضا ضابطا للاختصاص القضائي الدولي في بعض الفروض ومثل ما نص عليه في مادة 29 من قانون المرافعات " تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوي التي ترفع على الأجنبي الذي له موطن، ويكون ضابطا في بعض المسائل الشخصية كالأهلية وغيرها كما يكون ضابط لمنح أو كسب الجنسية⁽¹⁹⁾."

ثانيا: الموطن كضابط إسناد في العقد المقاولة الدولي.

نصت الفقرة الثانية من المادة 18 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "... و في حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة". نستنتج من نص المادة أن المشرع الجزائري قد جعل من الموطن المشترك لأطراف العلاقة التعاقدية أول ضابط احتياطي يتم اللجوء إليه في حالة غياب قانون الإرادة في العقد. لقد حول المشرع الجزائري لقانون الموطن المشترك للمتعاقدین الموقع الأول في الترتيب قبل قانون الجنسية المشتركة وقانون محل إبرام العقد، والأصل أن تحديد الموطن يعتمد على الربط بين الشخص والمكان برابط قانوني، ولهذا يعرفه الفقه بأنه المكان الذي

يقيم فيه الشخص أو يتخذ منه مركز أعماله ويدافع أنصار هذا الإسناد بقولهم أن قانون الموطن المشترك القانون الذي يعرفه المتعاقدون أكثر من غيره حيث اعتادوا أن ينظموا سلوكهم وفق أحكامه الأمر الذي يسمح لهم بتوقع الآثار التي ستترتب عن أعماله. وانتقد بعض الفقهاء هذا التوجه في الإسناد انطلاقاً من فكرة أن عقود التجارة الدولية يفترض فيها في الغالب اختلاف موطن المتعاقدين لأن مثل هذا الاختلاف هو الذي يحقق دولية العقد ويعتبر شرطاً لإعمال قواعد القانون الدولي الخاص، وهذا ما سيؤدي بالقاضي إلى تطبيق ضوابط الإسناد الأخرى⁽²⁰⁾.

الفرع الثاني

الجنسية المشتركة

تعتبر الدولة هي صاحبة اختصاص المانع لشهادة الجنسية وهذا ما أقرته اتفاقية لاهاي لسنة 1930 باعتبارها مصدراً لأحكام القانون الدولي الخاص ونصت أحكام ميثاق الأمم المتحدة على عدم التدخل في الشؤون التي تعتبر من صميم السلطات الداخلية لدولة معينة. فتمتع الشخص بجنسية دولة معينة هو معيار التفرقة بين الوطني والأجنبي وبالتالي تتحدد لنا حقوق وواجبات الأفراد ومدى خضوعهم لقانون الدولة من عدمه، فالشخص الذي يحمل جنسية دولة معينة يفترض فيه معرفته بقوانين تلك الدولة على أساس أنه لا يعذر بجهل القانون وعليه توقعه لنتائج وعواقب تصرفاته بما فيها التصرفات الإرادية كالالتزامات التعاقدية التي يقوم بها، لذلك كانت الجنسية من ضوابط الإسناد التي يستدل بها القاضي في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد المقاولة الدولي في كثير من الدول في حالة سكوت أطراف عن تحديد قانون يحكم عقدهم.

وتعد الجنسية الأداة التي يتم من خلالها تحديد ركن الشعب في الدولة ويتم من خلالها التمييز بين الوطني والأجنبي حتى تتم معرفة القواعد الخاصة بالأجانب، ومن خلاله يتم تحديد ضوابط الاختصاص القضائي والتشريعي الدوليين بالإضافة إلى اعتبار الجنسية رابطة أساسية تربط الفرد بالقانون الدولي⁽²¹⁾.

اختلفت معظم التشريعات والأحكام القضائية حول موقع الأفضلية لقانون الجنسية المشتركة للمتعاقدین فاعتبرته بعض أحكام القضاء الفرنسي قرينة على الإرادة المفترضة، بينما اعتبرته أحكام أخرى دليلاً على الإرادة الضمنية مركز الأعمال المشترك غير أن هذا الإسناد منتقد بدوره فمن الصعوبة بما كان التعويل عليه في مجال عقود التجارة الدولية حيث يرى الفقهاء أن الجنسية لا تعد عنصراً مؤثراً في هذا النوع من العقود⁽²²⁾.

نصت أحكام الفقرة الثانية من المادة 18 من القانون المدني الجزائري على أنه: " في حالة عدم اختيار الأطراف لقانون يحكم عقدهم، فإنه يطبق قانون موطنهم المشترك أو جنسيتهم المشتركة". باستقراء أحكام هذه المادة نلاحظ بأن المشرع الجزائري قد جعل من الجنسية المشتركة لأطراف العقد ضابط إسناد احتياطي يتم اللجوء إليه في حالة عدم إتحاد الأطراف من حيث الموطن، أي أن المشرع الجزائري قد انتهج طريقة التدرج في إعمال الضوابط الاحتياطية، و يمكن تبرير تبني المشرع الجزائري لهذا المعيار إلى أن الأفراد عادة ما يكونون على دراية بقوانين الدولة التي يتمتعون بجنسيتها بل ويفترض فيهم ذلك، وبالتالي فهم لا يتفاجأون بتطبيق قانون أجنبي قد لا يخدم مصالحهم عند تطبيقه على العقد محل النزاع⁽²³⁾.

ولقد اعتمدت غالبية القوانين الوطنية للدول معيار الجنسية المشتركة للأطراف كضابط احتياطي يتم اللجوء إليه عند غياب قانون الإرادة، لكنهم قد اختلفوا في ترتيبه ومدى منحه الأولوية عن باقي الضوابط كما نجد من التشريعات الوطنية ما لم يشير إلى الجنسية المشتركة للأطراف كضابط إسناد احتياطي كما هو الحال بالنسبة للمشرع الأردني حيث نصت أحكام المادة 20 من القانون المدني الأردني على أنه " يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الوطن المشترك للأطراف فإن لم يتحدا من حيث الوطن 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 القانون المدني المصري و المادة 25 من القانون المدني العراقي⁽²⁴⁾

أما الاتفاقيات الدولية فهي بدورها لم تهتم بضابط الجنسية كمعيار يتم الاعتماد عليه لإيجاد قانون يحكم العقد الدولي، ومن ذلك نجد إتفاقية روما 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 اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد وفقا لأحكام المادة الثالثة من هذه الاتفاقية فإن العقد يخضع لقانون البلد الذي يرتبط به ارتباطا وثيقا، كما نصت على إمكانية تجزئة العقد إذا كان جزءا من هذا الأخير له صلة أوثق مع بلد آخر.

فما يستشف من هذه المادة أن القاضي في حالة غياب قانون الإرادة يكون حرا في تحديد البلد الذي يرتبط به العقد ارتباطا وثيقا والملاحظ مما سبق بيانه أن الجنسية المشتركة للأطراف تجد مكانة لها في بعض الدول حيث تمنحها الأولوية عن بقية الضوابط أو تجعلها ضمن الضوابط الاحتياطية على سبيل الترتيب.

الفرع الثالث

موقف المشرع الجزائري

إن مسألة البحث عن الضابط الذي يأخذ به المشرع الجزائري عند سكوت الأطراف يتم حسمه بالرجوع إلى نص المادة 1/18 من القانون المدني الجزائري الذي يعتبر تحليلها من الأمور الصعبة⁽²⁵⁾، لكن الرأي الغالب الذي رجع إلى نفس المادة باللغة الفرنسية تبين أنه أخذ بقانون محل الإبرام كضابط احتياطي يرجع له عند سكوت الأطراف مما يؤدي بنا إلى دراسة محل إبرام العقد والإشكاليات التي تطرأ عند تحديده وتشكل بدورها صعوبة تحديد القانون المطبق.

إن إقرار المشرع الجزائري لقانون محل الإبرام يرجع له القاضي عند سكوت المتعاقدين عن تحديد القانون الملائم للرابطة العقدية ما هو إلا تكريس للإسناد المسبق الذي يتم وفقا للضابط العام، و بذلك فلم يأخذ هذا الأخير بما أقره الفقه المعاصر حول الأخذ بظروف وملابسات التعاقد من أجل تحديد القانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية. فيقع على القاضي الجزائري المختص أن يقوم في بداية بتكييف النزاع⁽²⁶⁾، وهو ما سيسمح له بإضفاء وصف العقد على العلاقة المطروحة أمامه، و هذه المسألة تقتضي الرجوع إلى قانون القاضي، وهذا ما أكدته كذلك نص المادة 9 من القانون المدني⁽²⁷⁾، وبعدها يطبق المادة 18/3 من القانون المدني فإذا وجد أن المتعاقدين لم يتفقا حول القانون المطبق على العقد يرجع إلى قانون محل الإبرام التي تعتبر قواعده احتياطية.

لقد حاول البعض تحديد قانون محل الإبرام فمن الفقهاء من اعتبر أن قانون محل الإبرام يحدد في المكان الذي يوقع فيه العقد أما البعض الآخر فاعتبر أن العقد مادام يمر عادة بمرحلة المفاوضات من أجل تقريب وجهات النظر، فمكان إجراء المفاوضات هو المكان الذي يبرم فيها العقد وعادة ما يتحد مكان التوقيع مع مكان إجراء المفاوضات⁽²⁸⁾، لكن الحقيقة أنه لا يمكن تحديد قانون محل إبرام وفقا لمكان التوقيع وحتى لمكان إجراء المفاوضات، ذلك لأنه قد لا يحدد مكان التوقيع بما أنه ليس كل الحالات يتم فيها توقيع العقد في دولة أحد الأطراف.

كما أنّ قانون مكان إجراء المفاوضات قد يصعب تحديده عندما تتم هذه الأخيرة في أماكن مختلفة تابعة لعدة دول، وبالتالي فمحل الإبرام هو المكان الذي يتلاقى فيه الإيجاب مع القبول المطابق له و يتم على إثره إنشاء العقد والأشياء الإيجابية التي تقررت على اثر إخضاع العقد الدولي لقانون محل الإبرام في حالة سكوت المتعاقدين تتم في: في حالة تحقيق توحيد القانون المطبق على العلاقة العقدية من حيث شكلها وموضوعها، فلقد أقر المشرع الجزائري في نص المادة 19 من القانون المدني الجزائري أنه " تخضع العقود مابين الأحياء في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه، ويجوز أيضا أن يخضع للقانون الوطني المشترك للمتعاقدين"، 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 القانون المدني السابقة الذكر.

الشيء الإيجابي الثاني هو أن القاضي يتولى تطبيق مباشرة قانون محل الإبرام لكن رغم هذه الإيجابيات التي أدت ببعض الفقهاء إلى تفصيل محل الإبرام باعتباره ضابطا يعبر على قرينة يمكن للقاضي الرجوع إليها إلا في حالات إثبات العكس، ويتم إثبات هذا العكس بوجود اختيار صريح أو ضمني من قبل المتعاقدين للقانون الذي يحكم العلاقة العقدية لكن هناك حالات رغم عدم إثبات وجود اختيار من المتعاقدين يتعذر فيها تطبيق قانون محل الإبرام من ضمنها أن يحدد هذا الأخير بصفة عرضية، ويقصد بمحل الإبرام العرضي أن يتم تلاقي الإيجاب مع القبول مطابق لينشأ العقد صفة أو أن يكون هناك قانون آخر كأثر ملائمة لحكم العقد فمن الطبيعي أن يرجع إليه القاضي.

ويلاحظ على المشرع الجزائري أنه لم ينتبه إلى هذه المسألة و يظهر ذلك عندما وضع في المادة ضابط احتياطي واحد يرجع إليه عكس التشريعات الأخرى التي أغلبيتها تنبته لهذه المسألة وقامت من خلال نصوصها بإعطاء ضوابط أخرى يرجع لها القاضي لتحديد الإرادة الحقيقية للمتعاقدين عند سكوت الأطراف على تحديد القانون المطبق فيطبق عند بعض التشريعات قانون الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنهم، فإن اختلفا موطنهم طبق على الالتزامات الناشئة على العلاقة العقدية قانون الدولة التي يبرم فيها العقد⁽²⁹⁾.

الملاحظ بالنسبة للتشريعات التي تأخذ بهذا الترتيب قد أعطت موقع الأفضلية لقانون آخر غير قانون محل الإبرام. بحيث أخذ فيه الضابط الذي أخذ به المشرع الجزائري الموقع الثاني في الترتيب بعد قانون الموطن المشترك في حالة سكوت الأطراف عن الاختيار، وهذا ما دفع البعض ممن حاولوا التوسع في تفسير المادة 18 السابقة الذكر على التساؤل حول ما إذا كان الضابط المذكور في المادة قد ذكر على سبيل المثال وتوجد إلى جانبه ضوابط أخرى لم يذكرها المشرع أو على سبيل الحصر حيث هو الضابط الوحيد ولا يوجد ضوابط أخرى تتنازع معه على حكم الرابطة العقدية

فهناك اعتبار أن قانون محل الإبرام المذكور فيها تم على سبيل المثال ليس على سبيل الحصر لأنه لا توجد قواعد أخرى إلى جانب هذه القاعدة لا تقل أهمية عنها ولم يشر إليها المشرع الجزائري⁽³⁰⁾، فيمكن للقاضي الرجوع إليها في حالة سكوت المتعاقدين عن ذلك.

ونظرا للصعوبات التي يثيرها الاستناد إلى ضابطي الموطن المشترك ومكان إبرام العقد من جهة، وعدم كفايتها لتحديد القانون الواجب التطبيق بصورة أكثر موضوعية وأكثر تماشيا مع متطلبات العالمية فإننا نفضل إعطاء القاضي حرية أكبر في تحديد قانون العقد حسب كل حالة على حدى وذلك إما من خلال البحث قاضي في ظروف وملابسات العقد عن نية الأطراف الافتراضية كونهم لم يحددوا لا صراحة ولا ضمنا قانون العقد أو بالبحث عن مكان التمرکز الموضوعي للعقد ليطبق عليه قانون هذا المكان⁽³¹⁾.

المبحث الثاني

الإسناد المرن لحل تنازع قوانين في عقد المقاوله الدولي

يلفت الإسناد الجامد للعقود الدولية الانتباه اتجاه عنصر لا يمكن تجاهله عند البحث عن القانون أوثق صلة بالعقد. إلا أنه لا يمكن تطبيقه دون أن تثار صعوبات، وهذا ما دفع بجانب من فقه القانون الدولي المعاصر إلى تفضيل الإسناد المرن للعقود الدولية على الإسناد الجامد من خلال ظهور فكرة محل الأداء المميز (المطلب الأول)، وفكرة التركيز الموضوعي وفقا لظروف التعاقد (المطلب الثاني).

المطلب 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 سنتطرق لمضمونه (الفرع الأول) وموقف الاتفاقيات الدولية من هذا المعيار وفعاليته في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد المقاوله الدولي (الفرع الثاني).

الفرع الأول

مضمون محل الأداء المميز للعقد

يعني محل الأداء المميز للعقد هو المحل الذي يتم فيه تنفيذ الالتزام الرئيسي وهو ما يتميز به عن غيره من الالتزامات التي يفرضها العقد والراجح وفقا لهذا المعيار أن يتم التنفيذ الفعلي في محل إقامة المدين بالعقد فيترتب عليه إسناد العقد لقانون محل إقامة المدين بالأداء المميز⁽³²⁾.

يقوم الإسناد بالنسبة لقانون دولة محل إقامة المدين بالأداء المميز للعقد على التركيز الموضوعي المسبق للعقد على ضوء طبيعته الذاتية التي يمكن من خلالها تحديد الأداء المميز في العقد منذ البداية. وعليه يمكن للقاضي إسناد العقد وفق محل إقامة المدين بالأداء المميز وقت التعاقد لصيانة توقعات المتعاقدين وهذا ما أخذت به اتفاقية روما 1980 المتضمن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية في المادة الرابعة⁽³³⁾.

ثانيا: خصائص الاسناد إلى قانون دولة محل إقامة المدين بالأداء المميز للعقد

يتميز الإسناد لقانون دولة محل إقامة المدين بالأداء المميز للعقد، بعدة خصائص نذكر منها:

يقوم الإسناد وفق هذا المعيار على فكرة التركيز الموضوعي البحث من خلال دراسة الطبيعة الذاتية للعقد وذلك بصرف النظر عن إرادة المتعاقدين وعن ظروف التعاقد وملابساته⁽³⁴⁾.

يؤدي تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد وفقا لطبيعته الذاتية إلى التحديد الدقيق للقانون الأوثق صلة بهذا العقد. كما يتميز بأنه تحديد من يختلف بالنسبة لكل فئة من العقود عن غيرها من الفئات الأخرى فيؤدي بدوره إلى اختلاف القانون الواجب التطبيق بحسب طبيعة العقد محل النزاع، وبناء عليه فالأداء المميز للعقد يسمح بوصف العقد وتمييزه عن غيره من العقود الأخرى⁽³⁵⁾.

والأهم من ذلك كله أنه يبقى للإسناد وفقا لهذا النهج ميزته الأصلية في كونه إسنادا مسبقا لا يختلف من عقد إلى آخر بالنسبة للعقود ذات الطبيعة الواحدة خاصة وأنه يقوم على افتراض مسبق مؤداه أن محل تنفيذ الأداء المميز هو موطن المدين بهذا الأداء وهو ما يصون للمتعاقدين توقعاتهم المشروعة في شأن العلم بالقانون الذي يحكم عقدهم ويكفل لهم على هذا النحو الاستقرار المطلوب في العلاقات الدولية⁽³⁶⁾.

ثالثا: التحفظ الاستثنائي على الإسناد إلى قانون دولة محل إقامة المدين بالأداء المميز للعقد.

قد يتعذر على القاضي في بعض الفروض أن يحدد الأداء المميز في العقد ويستحيل معه الكشف عن القانون الواجب التطبيق. بل قد يتبين له في فروض أخرى أنه وعلى الرغم من إمكان تحديد هذا الأداء إلا أن ظروف التعاقد وملابساته تشير إلى وجود قانون آخر أوثق صلة بالرابطة التعاقدية، فينهار معه أساس الافتراض بأن محل إقامة المدين بالأداء المميز هو أقرب القوانين صلة بهذه الرابطة⁽³⁷⁾. وحتى يستدرك الوضع أنصار الإسناد قانون دولة محل إقامة المدين بالأداء المميز للعقد أوردوا عليه تحفظا استثنائيا يتمثل في تصريحهم للقاضي أن يقوم بتركيز العقد وفق ظروف التعاقد وملابساته والتي قد تكشف عن ارتباط العقد بصلة أوثق بقانون دولة أخرى غير تلك التي يقيم فيها المدين بالأداء المميز⁽³⁸⁾.

الفرع الثاني

موقف بعض الاتفاقيات الدولية من معيار محل إقامة المدين لحل تنازع القوانين

منعنا من احتمال وجود فكرة عقد بدون قانون وضعت اتفاقية روما ضابطا احتياطيا يتم على أساسه تحديد القانون الواجب التطبيق في حالة سكوت المتعاقدان عن اختيار الصريح أو الضمني لهذا القانون المستند في ذلك إلى القانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية، إن البحث عن هذا الرابط يفترض علينا تحديد أولا ما إذا كانت هذه الاتفاقية تأخذ بالضوابط العامة أو بالضابط الاحتياطي وذلك بالرجوع إلى ظروف وملابسات التعاقد أولا وبعدها تجسيد الضابط الاحتياطي من قبل القضاء.

سبق أن أشرنا إلى القاضي الفرنسي يتولى تحديد القانون المطبق على العلاقة العقدية بالرجوع إلى ضوابط عامة موجودة مسبقا في العقد في حالة سكوت الأطراف عن الاختيار. لكن في بعض الأحكام القضائية تراجع عن ذلك

بإسناد للقانون الذي تحدده ظروف وملابسات التعاقد ولقد حسمت اتفاقية روما في المادة 4 بإقرارها لقانون دولة الدين بالأداء المميز وذلك 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 الأخرى وكان هذا الجزء له صلة وثيقة مع دولة أخرى فإنه يجوز تطبيق قانون الدولة بصفة استثنائية على هذا الجزء⁽³⁹⁾.

وتظهر من خلال هذه الفقرة أن الاتفاقية لم تأت بشيء جديد بحيث أخذت بالحكم العام الذي يأخذ به كل من الفقه وحتى القضاء من خلال إقرارها لخضوع العقد في حالة سكوت المتعاقدين إلى القانون الذي يشكل الصلة الأقرب بالرابطه العقدية فضلا على إجازتها للقاضي بتجزئة العقد وإخضاع كل جزء من العقد إلى قانون معين ويتم ذلك على سبيل الاستثناء حفاظا على وحدة العقد⁽⁴⁰⁾.

لقد فسر الفقه توجه الاتفاقية بأنه توجه موضوعي وذلك يجعل القاضي يعتمد على العامل الأكثر ارتباطا بالعقد ويبحث عن مركز القوة في العملية التعاقدية، فالفقه المؤيد لهذه الاتفاقية يؤكد أنها تجمع بين الإسناد الجامد والمرن للرابطه العقدية خلافا لاتفاقية لاهاي لسنة 1955 التي وضعت 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⁽⁴¹⁾.

ويقصد بذلك أنه يجب توفر شروط معينة حددتها هذه الفقرة في الحالة المعروضة لإمكانية تجزئة العقد وتمثل

في:

أولاً: أن تكون طبيعة العلاقة العقدية تقبل التجزئة: وهذا يرجع إلى طبيعة بعض العناصر في العقد أنها لا تقبل التجزئة فلن يمكن إخضاع العقد لقوانين متعددة لا بد أن تكون عناصره من ضمن العناصر التي لا تقبل تجزئتها عن بقية الأجزاء المتبقية من العلاقة العقدية من أجل إخضاعها إلى قانون آخر، وأن تكون العناصر القابلة للتجزئة لها صلة بقانون دولة أخرى غير قانون الدولة التي يحكم العناصر الأخرى للرابطه العقدية حيث هناك بعض العقود تحتوي على عناصر قابلة للتجزئة لكنها لا ترتبط بقوانين أخرى بل بقانون واحد.

ثانياً: أن تكون الصلة بقانون دولة أخرى وثيقة: بحيث يعد هذا الشرط أهم الشروط نظراً لأنه لا تتحقق التجزئة من دونه رغم وجود شرطين سابقين الذكر ذلك لأن وجود عناصر قابلة للتجزئة مرتبطة بقانون دولة أخرى لكن بصلة غير وثيقة يمنع الأخذ بالتجزئة، فهنا يتم الرجوع إلى القانون الذي يحكم كامل العلاقة التعاقدية كونه يحقق هذه الصلة تطبيقاً لما أقرته المادة الرابعة من الاتفاقية.

ثالثاً: أن يتم تطبيق هذا القانون كحالة استثنائية: ذلك لأن القاعدة العامة هو تطبيق قانون واحد على كامل العقد وتجزئته في حالة حدوثها فهي من صلاحيات المتعاقدين، ومن خلال ما سبق نلاحظ أن الاتفاقية أخذت بعكس ما يميل إليه الاتجاه الحديث في الفقه الأوروبي الذي يقر بالوحدة وذلك بالسماح للقاضي عند تحديد القانون الأوثق صلة للعقد الرجوع إلى قوانين مختلفة لحكم العلاقة العقدية بشرط أن تتوفر الشروط الأربعة مكتملة رغم أنه حاول تقييدها باشتراط أن يتم ذلك بصفة استثنائية نظراً لما يتمتع به القاضي من سلطة تقديرية يرجع سببها إلى اعتبار القانون المطبق كواقعة⁽⁴²⁾.

ولم يتوقف هذا النص عند الطابع العام للمادة السابقة بل أضافت كيفية تحديد القانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية عن طريق افتراض أن القانون الأوثق صلة هو قانون دولة المدين بالأداء المميز أثناء مرحلة إبرام العقد ما لم يتبين من ظروف أن هناك قانون آخر له صلة بالرابطة العقدية

Art 4/2: “ 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 ” ⁴³.

ويقصد بالأداء المميز هو الالتزام الرئيسي والجوهرى الذي يفرضه العقد لحظة إبرامه وفقا للمادة الرابعة حيث القانون المطبق على الالتزامات التعاقدية في حالة سكوت الأطراف هو قانون دولة الطرف المدين بالالتزام الرئيسي. يحتل قانون دولة المدين بالالتزام الرئيسي المميز مركزا وسطيا بين ما تقر به الضوابط العامة في تحديد القانون المناسب لأنه في كلا الحالتين يتوقع المتعاقدان مسبقا للقانون المطبق في حالة سكوتهما، إضافة إلى أنه في بعض الحالات يكون قانون دولة المدين بالأداء المميز نفسه قانون دولة تنفيذ العقد أو قانون دولة إبرام العقد وبين تحديد قانون الأوثق صلة وفقا لظروف وملابسات التعاقد باعتبار أن الأداء المميز يختلف من عقد إلى آخر بحسب الفئة التي يتبعها العقد محل النزاع دون أن يفقد الأداء المميز طبيعته الواضحة والمحددة⁽⁴⁴⁾.

فالأداء المميز يسمح بالفرقة بين عقد وآخر فمثلا إذا كان العقد هو بيعا لبضائع فإن المدين بالأداء المميز كما تم توضيحه هو البائع فمن غير المعقول أن يكون مثلا المشتري نظرا لأن التزام رئيسي هنا يتمثل في دفع ثمن البضاعة المشتراة و هو مشترك في كثير من العقود الملزمة للجانبين، وعليه فتحديد الأداء المميز إذا تم التعاقد بين شخصين هو محل إقامة البائع وفقا لهذه الاتفاقية وحتى اتفاقية لاهاي هو قانون محل إقامة البائع⁽⁴⁵⁾.

أما إذا كان المدين بالأداء المميز هو مؤسسة أو جمعية أو شخصا اعتباريا اخر فمن المنطقي أن يتركز الأداء المميز في مكان الإدارة الرئيسي لذلك الشخص المعنوي لذلك القاضي يحكم بقانون مركز الإرادة الرئيسي عند التعاقد على الالتزامات التعاقدية.

أما إذا كان العقد متعلقا بنشاط مهني لهذا الطرف والذي يقصد به أن العقد قد تم مع طرف محترف لهذا النوع من العقود، فالقاعدة حسب نص المادة 4 هو تطبيق قانون دولة التي تتمركز فيها المنشأة الرئيسية لهذا المهني وقت إبرام العقد كقاعدة عامة لكن يرد على هذه القاعدة استثناء يتمثل في الحالة التي لا يقدم الأداء المميز من قبل المنشأة الرئيسية بل من المنشأة الفرعية، فمن غير المتصور أن تخضع العلاقة العقدية لقانون لا يعبر فيه على أداء المميز لذلك وجدت هذه الحالة فجعلت في نفس المادة الاختصاص للقانون الدولة التابع لها المنشأة الفرعية وقت إبرام العقد⁽⁴⁶⁾.

يرد على فكرة تطبيق قانون الأداء المميز بعض الاستثناءات التي تقيد من إطلاقها وذلك في حالات التي لا يتمكن فيها القاضي من تحديد الأداء المميز أو أنه تمكن من ذلك ولكن تبين من ظروف التعاقد وملابساته وجود قانون آخر أوثق صلة بالرابطة العقدية، ففي هذه الحالة لا تعمل فكرة الأداء المميز ويمكن تبرير هذا الخروج الاستثنائي عن إعمال فكرة الأداء المميز من حيث أن هناك حالات يصعب فيها تحديد الأداء المميز عندما تتساوى مثلا التزامات

الطرفين مما يصعب تركيز الأداء المميز الذي يختلف من عقد إلى آخر بحسب الأداء الأساسي فيه وهو ما وضحته المادة 1/4 من اتفاقية روما 2008⁽⁴⁷⁾.

إضافة أن إقرار هذه الاتفاقية بالنظرية الشخصية في بعض أحكامها لا يدفعنا إلى الاعتراف بحرية مطلقة للمتعاقدین يسمح لهما بتطبيق قواعد دولية لا تأخذ بصفة عامة قانون تابع لدولة معينة مثل قانون التجار أو تسمح أن يجعل علاقة بدون قانون يحكمها لقانون معين. بحيث يقوم قاضي الموضوع بتحديد القانون المطبق وفقا للمادة 4 وقانون دولة المحدد وفقا للمادة السالفة يحدد مصير إرجاع العلاقة مثلا إلى قانون التجار، لكن يختلف الأمر إذا كان المحكم هو الذي ينظر في القضية بحيث وكما سنرى بعد ذلك أنه يمكن تطبيق قواعد لا تتبع أي دولة على العلاقة العقدية⁽⁴⁸⁾.

وأخيرا دفعت صياغة المادة 4 إلى التفكير في أن الاتفاقية تأخذ بفكرة 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 المقصود 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.

المطلب الثاني

الإسناد إلى قانون الدولة وفق ظروف وملابسات العقد

فضل جانب من فقه القانون الدولي الخاص في حالة غياب الاختيار الصريح لقانون العقد أن يسند العقد إلى قانون دولة معينة يتم تحديدها تبعا لظروف التعاقد وملابساته. ولهذا سنتطرق لمضمون الاسناد وفقا لظروف وملابسات العقد (الفرع الأول)، وموقف الاتفاقيات الدولية من هذا المعيار (الفرع الثاني).

الفرع الأول

مضمون إسناد إلى قانون الدولة معينة وفقا لظروف وملابسات التعاقد.

لا يتوقف الإسناد إلى قانون دولة ما وفقا لظروف وملابسات التعاقد على الطبيعة الذاتية للعقد فقط وإنما يحلل ظروف التعاقد وملابساته التي ستتأثر إلى حد بعيد بإرادة المتعاقدين لكونهم يستطيعون تجميع العناصر المادية للعملية التعاقدية في هذه الدولة أو تلك وفقا لما يجدونه مناسباً لهم. وهو ما يسمح بإدراك العدالة وبتنوع الإسناد من عقد إلى آخر ذات الطبيعة الواحدة طالما أن ظروف وملابسات التعاقد تختلف من عقد إلى آخر.

فيعتقد هذا الإسناد على إرادة المتعاقدين ورغباتهم المحتملة أو حتى المفترضة في شأن تركيز الرابطة التعاقدية فهو لا يأخذ بالقرائن والمؤشرات الموضوعية التي تشير إلى مركز الثقل في الرابطة التعاقدية عند سكوت المتعاقدين عند اختيار قانون العقد، قدر اهتمامه بالقرائن والمؤشرات التي تكشف عن إرادة المتعاقدين ورغباتهم المحتملة في تطبيق قانون معين⁽⁴⁹⁾.

أولا: خصائص الإسناد إلى قانون دولة وفقا لظروف وملابسات العقد

تتمثل خصائص الاسناد إلى قانون دولة وفقا لظروف وملابسات التعاقد فيما يلي:

- يلاحظ أن الإسناد إلى قانون دولة وفقا لظروف وملابسات التعاقد لا يقوم على أساس تركيز موضوعي بحت وإنما هو يحتفظ لإرادة المتعاقدين بدور مهم في هذا التركيز.

-يؤدي التركيز الموضوعي للرابطة العقدية وفقا لظروف التعاقد وملابساته إلى إسناد العقد إلى أوثق القوانين صلة به في ظروف التعاقد حسب كل حالة على حدى.

-لا يكفي لإدراك العدالة على نحو أفضل مراعاة طبيعة العقد الذاتية فقط وإنما ظروف التعاقد ومقتضياته حسب كل حالة على حدى.

ثانيا: سلبات الإسناد إلى قانون دولة وفقا لظروف وملابسات العقد

ومن أهم سلبات الإسناد وفق قانون دولة معينة حسب ظروف وملابسات العقد أنه يترك للقاضي سلطة وحرية واسعة في تحديد القانون الواجب التطبيق حسب كل حالة على حدى وفقا لظروف التعاقد وملابساته مع الحرص على رده إلى إرادة المتعاقدين.

ويشكل خطورة تتمثل في تضحية بالأمان القانوني الذي ينشده المتعاقدون والذين يتعذر عليهم العلم المسبق بما ستنتهي إليه المحكمة في شأن هذا القانون. ويؤدي إلى الإخلال بتوقعات الأطراف ومناهضة استقرار المعاملات الدولية⁽⁵⁰⁾.

أول من نادى بهذه الفكرة الفقيه الفرنسي "باتيفول" أثناء دراسته للقانون المطبق على التصرفات التعاقدية التي أقر فيها تركيز العقد بحيث لم يتوقف هذا الفقيه على فكرة تركيز العقد في حالة اختيار المتعاقدين للقانون الذي يحكم العقد بل امتد أيضا إلى غياب إرادة المتعاقدين. فيركز القاضي عند بحثه عن القانون الذي يحكم العلاقة التعاقدية على ظروف وملابسات التعاقد وبموجبها قد يختار القاضي قانون بلد ما⁽⁵¹⁾.

وهو ما ذهب إليه القضاء الانجليزي بعدما كان يأخذ بالنوع الأول من الضوابط أي قانون محل الإبرام أو قانون محل التنفيذ، وقد تبعه في ذلك القضاء الفرنسي الحديث من خلال بعض الأحكام القضائية التي صدرت في شأنها و تم على إثرها إسناد العقد للقانون الأوثق صلة ومن ضمن هذه الأحكام 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 وملابساته". بذلك يتمتع القاضي بالمرونة اللازمة للبحث عن القانون الأوثق صلة بالرابطة التعاقدية الذي يتم تطبيقه على العقد الدولي فالقاضي له سلطة تحديد هذا القانون حسب كل حالة على حدها وفقا لظروف وملابسات التعاقد وقد تكون هذه الظروف معروفة للقاضي يمكنه الاعتماد عليها في بحثه على القانون الأوثق صلة⁽⁵²⁾، ونذكر منها على سبيل المثال لا الحصر ما يلي:

أ- تحرير العقد من قبل موظف تابع لدولة معينة قد يكون ضمن الظروف المرافقة لإبرام العقد أن يتفق المتعاقدان على أن تحرير العقد يتم أمام موثق رسمي تابع لدولة معينة أو أمام أحد القناصل التابعة كذلك لدولة ما، وهذا يعبر على الظرف الذي رافق إبرام العقد الدولي ويمكن الاستناد إليه في تحديد القانون المطبق، فالقاضي يمكنه أن يستنتج من هذا الضابط قانون دولة الموثق كقانون مختص.

ب- اللغة التي يحرر بها العقد: تعد هذه اللغة كذلك وسيلة يستشف بها القاضي القانون المناسب إسنادا إلى الأخذ بظروف وملابسات التعاقد إلا أن القضاء لا يعتبر لغة تحرير العقد في ذاتها دليلا على تطبيق قانون دولة لغة المحرر بها العقد إلا لو وجدت برفقته قرينة أخرى لجانبها تزيدها قوة من أجل اعتبارها ضابطا يرجع إليه⁽⁵³⁾

ت- ج- التعاقد مع الدولة: كذلك التعاقد مع الدولة باعتبارها شخصا من أشخاص القانون الدولي الخاص غير متمتعة بسيادة يشكل دليلا بالنسبة للقاضي على الخضوع لقوانين تلك الدولة إلا أن ذلك يقتضي أن لا يتجاوز كونه مجرد قرينة على اختيار قانون دولة الطرف في العقد كمركز العلاقة ما لم يثبت العكس، فالقاضي إذن عليه التأكد من عدم وجود العكس بحيث يقوم المتعاقدان في بعض الحالات باختيار قانون آخر بعد إبرام العقد.

وإن كان لهذا الضابط مميزاته في السعي من أجل تحقيق العدالة على نحو أفضل لكونه لم يراع فقط طبيعة العقد الذاتية، وإنما المقتضيات التي صاحبت التعاقد إلا أن هذا الضابط لا يحقق للمتعاقدين العلم به و حتى القاضي إلا بعد البحث عنه عندما يعرض النزاع عليه بالتالي لا يمكنه توقعه ولا حتى محتواه وبذلك لا يتحقق شرط العلم المسبق للمتعاقدين بالقانون الذي يحكم العقد قبل تحديده الذي يمكن للضوابط العامة سواء كانت محل الإبرام أو التنفيذ أن تحققه لكن هذا لا يمس بشرط العلم نظرا لأن هذا الشرط يجد فعاليته عندما يكون الاختيار صريحا أو ضمنيا للمتعاقدين، أما عندما ينظر القاضي في هذه المسألة فقد يفقد هذا الشرط تلك الفعالية إذا استند إلى ظروف وملابسات التعاقد لكن ورغم الانتقادات التي وجهت لكل هذه الضوابط إلا أن هذا لا يدفعنا إلى القول بعدم إعمال هذه القوانين بل تبقى هذه القوانين تعبر على صلة وثيقة بالعلاقة العقدية، ولقد حاولت اتفاقية روما تجنب هذه الانتقادات بفرض حل يعرف بالأداء المميز ومن ضمن القوانين التي أخذت بأحد الضوابط السابقة الذكر القانون الجزائري بحيث أخذ بقانون محل الإبرام الذي يطرح عدة إشكالات مما يؤدي إلى صعوبة تحديده خاصة مع التطور التكنولوجي الحاصل والذي أثر على العقود إلى درجة وجود عقود تبرم في بعض الحالات تعرف بعقود التجارة الإلكترونية⁽⁵⁴⁾.

الفرع الثاني

موقف بعض الاتفاقيات الدولية من معيار ظروف وملابسات العقد لحل تنازع القوانين

أخذت أحكام القضاء الفرنسي في السنوات الأخيرة عند تحديد القانون الواجب التطبيق في حالة سكوت المتعاقدان بظروف وملابسات التعاقد لكنها تراجعت بعض الشيء عن ذلك ويرجع السبب إلى وضع اتفاقية روما. لذلك فالأحكام الصادرة في هذا الشأن عن محكمة النقض الفرنسية أقرت بتطبيق قانون دولة مدين بالأداء المميز بعد وضع هذه الاتفاقية وقبل أن تدخل حيز التنفيذ في 28 فيفري 1991 ولكن ليس بصفة مطلقة بل فرضت قيودا على

بعض العقود فالقاضي عندما يتولى البحث عن القانون الأوثق صلة وفقا لما افترضه المادة الرابعة فإنه يتأكد قبل ذلك توفر شروط في بعض العقود ليطبق قانون دولة المدين بالأداء المميز⁽⁵⁵⁾ ونذكر منها مثلا:

أولا: عقد النقل الدولي للبضائع: فهذه العقود إذا طبقنا عليها المادة الرابعة الفقرة الثانية فإنها بذلك تخضع لقانون الدولة التي يتمركز فيها الناقل سواء كانت الإقامة المعتادة للناقل إذا كان الشخص طبيعيا أو مركز الإدارة الرئيسية للشركة إذا كان شخصا معنويا ذلك لأن الناقل هو المدين بالأداء المميز في العقد الذي يتمثل في القيام بنقل بضاعة إلى مكان دون أن يصيبها تلف أو ضرر. لكن الاتفاقية في مادتها الرابعة فرضت قيودا على تطبيق هذا القانون بحيث اشترطت لتطبيق هذا الافتراض أن تكون دولة ناقلة هي في نفس الوقت دولة شاحنة دولة شحن البضاعة أو دولة تفريغها أو دولة المركز الرئيسي للشاحن فهي لا تكفي بوجود الأداء المميز في دولة المدين بل تفرض إضافة إلى ذلك توفر أحد الضوابط السابقة ولم تشترط هذه المادة أيضا أن تكون كل هذه الضوابط المجتمعة. وهذا منعا تحايل الناقل بوضع مركزه الرئيسي في دولة أخرى غير دولة الشحن أو التفريغ أو دولة المركز الرئيسي للشاحن تحريا من القواعد الآمرة المفروضة في قوانين تلك الدول التي لا تخدم مصالح الناقل، لذلك فعلى القاضي قبل تطبيق قانون دولة المدين بالأداء المميز التأكد من أن هذه الدولة تتطابق مع أحد هذه الدول. والملاحظ على هذا الشرط أنه واجب توافره في عقود نقل البضائع فقط كما أكدته هذه الفقرة دون أن تأخذ هذا الحكم عقود نقل الأشخاص ذلك لأن هذه العقود تخضع لما أقرته المادة السابقة أي قانون دولة المدين بالأداء المميز المتمثل في الناقل دون فرض أن تتطابق مع الدول السابقة الذكر⁵⁶.

لكن يعاب على هذه المادة أنها لم تعط البديل كحل آخر في حالة إثبات القاضي عدم التطابق لذلك يجب الرجوع إلى النص العام في المادة الرابعة التي تقرر بتطبيق القانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية دون الأخذ بالافتراضات المنصوص عليها.

ويتم تحديد في هذه الحالة القانون الأوثق صلة رجوعا إلى ظروف وملابسات التعاقد، إذا كانت تعبر على صلة وثيقة أكثر من صلة التي يقرها قانون دولة المدين بالأداء المميز.

ثانيا: العقود الذي لا يمكن تحديد فيها الأداء المميز: قد يحصل في بعض العقود أن يتعذر على القاضي تحديد الأداء المميز فيها نظرا لوجود عدة أداءات مميزة تحتل نفس المرتبة والمثال على ذلك هو عقد المقايضة ذلك لأن في هذا النوع تكون أداءات كلا الطرفين متبادلة ومميزة بحيث يكون كلا المتعاقدين مدين بالأداء المميز للمتعاقد الآخر ولذلك فالقيد الثاني الذي يفرض على تطبيق الضابط الاحتياطي هو إمكانية تحديد الأداء المميز ويختلف هذا القيد على الأول: - إن هذا القيد ليس محدد لعقود معينة بل يمكن توافره في جملة من العقود بينما القيد الأول فيتوفر في عقد النقل الدولي للبضائع فقط دون عقود أخرى.

- إن عدم إمكانية تحديد الأداء المميز هو الذي يدفع إلى عدم تطبيق قانون دولة المدين بالأداء المميز بينما في القيد الأول الأداء المميز متوفر لكن يمكن للقاضي تطبيقه بشرط ارتباطه بأحد الدول السابقة الذكر وبذلك وفقا للمادة

الرابعة فإن القاضي لا يمكنه تطبيق قانون دولة المدين بالأداء المميز نظرا لصعوبة تحديده لكن السؤال الذي يطرح نفسه ما هو القانون الواجب التطبيق في هذه الحالة؟

والجواب يكون من خلال نص المادة الرابعة بتطبيق القانون الأوثق صلة وفقا لظروف وملابسات التعاقد المنصوص عليها سابقا منعاً من وجود علاقة قانونية عقدية من دون قانون يحكمها، لكن تقدير تحديد إمكانية تحديد الأداء المميز من عدمه متوقف على إرادة القاضي فهو يتمتع بسلطة تقديرية في هذا المجال⁽⁵⁷⁾.

ثالثا: العقود التي ترتبط بصلة وثيقة بدولة غير دولة المدين بالأداء المميز: نحن نعلم أن الشرط الأساسي إعمال قانون دولة المدين بالأداء المميز أن يكون يعبر على صلة وثيقة بالرابطة العقدية ولقد تناولت نص المادة الرابعة الحالة العكسية حيث يستبعد فيها الضابط الاحتياطي نظرا لعدم توفر صلة وثيقة ويتحقق ذلك بأن يكون هناك قانون لدولة أخرى أكثر ارتباطا بالعلاقة بالعقدية والذي من المفروض أن يطبق وفقا لما تقره ظروف وملابسات التعاقد، وبذلك فهذه الحالة يكون فيها الأداء المميز سهل تحديده لكن لا فائدة منه في تحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات في حالة سكوت المتعاقدين.

ووفقا لهذا البند فالقاعدة التي تقر خضوع عقد البيع الدولي لقانون دولة إقامة البائع باعتباره المدين بالأداء المميز في العقد ليست مطلقة إذ يستطيع القضاء أن يضع بعض الاستثناءات المنصوص عليه سابقا كما أسلفنا ذكره إذا تبين من ظروف التعاقد أن عقد البيع له صلة وثيقة بقانون دولة أخرى غير تلك التي يقيم فيها البائع. ولقد طبق هذا الاستثناء من قبل القضاء عن طريق محكمة النقض الفرنسية قبل دخول اتفاقية روما حيز التنفيذ دون التصريح عنه صراحة من خلال حكم صدر في تاريخ 1989/08/25 التي أبطلت فيه عقد الوساطة تطبيقا للقانون الجزائري الذي يحضر هذا النوع من العقود.

" أن من حق محكمة الاستئناف 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

فوفقا لاتفاقية روما فإن المدين بالأداء المميز هي الشركة الفرنسية وبذلك يجب تطبيق قانون دولة تمرکز الإرادة لهذه 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⁽⁵⁸⁾.

ولكن وبالرغم من أن هذا الاستثناء يمنح للقاضي نوعا من المرونة نظرا لعدم تقييده بقوانين محددة مسبقة بل إلى ظروف وملابسات التعاقد التي تختلف من عقد إلى آخر إلا أنه عيب عليه أنه يمنح للقاضي سلطات واسعة في

الخروج عن قانون دولة المدين بالأداء المميز مدعيا استناده إلى ظروف وملابسات التعاقد مما يتطلب فرض رقابة من قبل محكمة النقض الفرنسية عند إعمال البند الاستثنائي.

وبذلك فمن المفروض أن يتم الاعتماد بالظروف المحيطة بالعقد عند إبرام العقد وليس بعد ذلك رغم أن هذه المادة لم تحدد متى يمكن أن يعتد بتلك الملابسات وأخيرا يمكن اعتبار الحل المقدم من اتفاقية روما بشأن سكوت المتعاقدين عن تحديد القانون المطبق حلا يرجع له القاضي في بعض حالات عقود التجارة الدولية تسهيلا للقاضي في البحث عن القانون المطبق دون أن يتجرد القاضي من قدراته في تقدير القانون المناسب⁽⁵⁹⁾.

خاتمة:

تعد المقاولة الدولية في مركز الصدارة في العلاقات الدولية الحديثة والمحور الرئيسي الذي تدور حوله هذه العلاقات مما دفع بالمعاملات على الصعيد الدولي أن يترتب عليه نشوء علاقة تعاقدية ذات عنصر أجنبي وهي علاقة قانونية خاضعة للقانون الدولي الخاص بموجب اتفاق أو عقد يبرمه أطراف التعاقد ذلك أن مضمون القانون الدولي الخاص ينصب حول إيجاد حلول للمنازعات الدولية ذات العنصر الأجنبي لاسيما في عقد المقاولة الدولي ولإيجاد حل هذه النزاعات كان لابد من وجود ضوابط ومعايير يستند عليها القانون سميت بقواعد الإسناد التي من خلالها يتم الفصل في القانون الذي يحكم النزاع، وتنقسم هذه القواعد إلى قسمين قواعد الإسناد جامدة وقواعد الإسناد مرنة فالأولى تمثل معايير ارتبطت بالعقد ذاته كمحل إبرام العقد وتنفيذه بالإضافة إلى معايير ارتبطت بالمتعاقدين وهي الموطن والجنسية بينما الثانية أتت لتحديد معيار وضابط بشكل أدق وتلخصت في معيار محل الأداء المميز للعقد وكذا معيار مراعاة ظروف وملابسات العقد.

ومن أهم النتائج المتوصل إليها أن جل التشريعات اعتمدت على معايير تقليدية في تحديد القانون الواجب التطبيق كمعيار بلد الإبرام ومحل التنفيذ وقانون الجنسية المشتركة والموطن المشترك إلا أن عدم كفاية هذه المعايير وقصورها في تحديد بشكل أدق للقانون الواجب التطبيق أدى إلى ظهور نوع آخر من معايير هو محل الأداء المميز للعقد أو معيار ظروف وملابسات العقد لاسيما في عقد المقاولة الذي تكثر فيه الالتزامات وتتعدد فيه أمكنة التنفيذ مما يصعب تحديد مكان التنفيذ أو محل الإبرام، ضف إلى ذلك هذا نوع من العقود الدولية متشعب جدا ويكون أطرافه مؤسسات دولية ذات جنسية واحدة أو عدة جنسيات أو لها موطن وعدة مواطن للتنفيذ هذه صعوبات أدت إلى ظهور معيار محل الأداء المميز الذي يقصد به الأداء الرئيسي للالتزام فهو يحدد نوعا ما بشكل أدق قانون الواجب التطبيق على عقد المقاولة الدولي وبما أن عقود تقوم على مبدأ سلطان الإرادة نحاول البحث في ظروف وملابسات العقد لتحديد الأسباب والأهداف التي أدت إلى إبرام العقد وبذلك نختار المعيار الأنسب والذي له صلة الوثيقة بالعقد وبالمتعاقدين لإيجاد حلول مرضية لكلا أطراف المتعاقدة.

قائمة المصادر والمراجع:

أولاً: باللغة العربية:

I. النصوص القانونية:

1. أمر رقم 58-75 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، الصادر بتاريخ 30-09-1975 معدل ومتمم إلى غاية القانون رقم 05-07 المؤرخ في 13 ماي 2007، ج ر 31، الصادرة بتاريخ 13 ماي 2007.
2. قانون رقم 84-11 مؤرخ 9 يونيو 1984 يتضمن قانون الأسرة معدل ومتمم إلى غاية الأمر رقم 05-02 مؤرخ 27 فبراير 2005، ج ر 15، صادرة سنة 2005.
3. الأمر 70-86 المؤرخ في 17 شوال 1390 الموافق ل 15 ديسمبر 1970، المتضمن قانون الجنسية الجزائرية المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-01 المؤرخ في 27 فبراير 2005 الجريدة الرسمية عدد 15 الصادر سنة 2005.

II. الكتب:

1. أحمد عبد الرزاق السنهوري: نظرية العقد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان. 1998.
2. حافظ السيد: التعريف بالقانون الدولي الخاص، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، 2012.
3. الطيب زروقي: القانون الدولي الخاص، مقارنا بالقوانين العربية، الجزء الاول، تنازع القوانين، مطبعة الكاهنة، 2000.
4. بدر الدين عبد المنعم شوقي: العلاقات الخاصة الدولية (أحكام الجنسية - الموطن - مركز الأجانب) دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2006.
5. جلال الدين جمال الدين: قانون العلاقات الخاصة الدولية دراسة في ضوء فقه الشريعة الإسلامية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2006.
6. حسام الدين فتحي ناصيف: قابلية محل النزاع للتحكيم في عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، مصر، 1999.
7. صلاح الدين جمال الدين: دور التحكيم في تطوير حلول مشكلة تنازع القوانين، دراسة في أحكام المركز الدولي لتسوية المنازعات الاستثمار بواشنطن، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2004.
8. صلاح المقدم: تنازع القوانين في سندات الشحن، مشارطات إيجار السفينة، الدار الجامعية الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2000.
9. صالح المنزلاوي: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2008.
10. عكاشة محمد عبد العال: الوسيط في أحكام الجنسية اللبنانية، دراسة مقارنة مع التشريعات العربية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2001.
11. محمد وليد المصري: الوجيز في القانون الدولي الخاص، دار مكتبة الحامد، عمان، الأردن، 2008.

12. منير عبد الحميد: قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1995.

13. هشام علي صادق: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2001.

III. المقالات:

1. بليور عبد الكريم: قانون الإرادة طبقا للمادة 18 من القانون المدني قبل وبعد تعديل سنة 2005، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 47، العدد 02، جامعة الجزائر، 2010.

2. بن عصمان جمال، لبيك شوقي: إشكالية تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد الاستثمار التكنولوجي، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، المجلد 6، العدد 01، جامعة عمار ثلجي الأغواط، الجزائر، 01 جانفي 2020.

IV. المذكرات الجامعية:

1. نصيرة بوجمعة سعدي: عقود نقل التكنولوجيا في مجال التبادل الدولي، رسالة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، مصر، 1987.

2. جبار محمد: قانون العقد والمسؤولية في القانون الجزائري، رسالة دكتوراه، معهد الحقوق والعلوم الادارية، جامعة الجزائر، الجزائر، 1988.

3. الطيب زروقي: النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن، رسالة دكتوراه، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، الجزائر، 1991.

4. معاشو عمار: الضمانات في العقود الاقتصادية الدولية في التجربة الجزائرية (في عقود المفتاح والانتاج في اليد)، أطروحة دكتوراه، معهد العلوم القانونية والادارية، جامعة الجزائر، الجزائر، 1998.

5. عمران علي السائح: التحكيم والقانون الواجب التطبيق على منازعات عقود التجارة الدولية، أطروحة لنيل درجة دكتوراه الدولة في القانون، جامعة الجزائر، الجزائر، 2005-2006.

6. شويرب خالد: القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، رسالة الدكتوراه في الحقوق، فرع الملكية الفكرية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، الجزائر، 2009.

7. بن غراي سمية: عقود التجارة الإلكترونية ومنهج تنازع القوانين، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع التعاون الدولي، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، 2009.

8. سمير خليفني: حل النزاعات في عقود التجارة الإلكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، 2010/04/28.

9. بلاش ليندة: إخضاع العقد الدولي للقواعد الموضوعية، أطروحة دكتوراه في العلوم، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، 2017.

V. الاجتهادات القضائية:

1. الحكم الصادر عن غرفة التجارة الدولية بباريس في الدعوى 1422 لسنة 1966، منشور في جريدة القانون الدولي 1974 عدد 4. ص. ص. 884-888.

2. الحكم الصادر عن غرفة التجارة الدولية بباريس في الدعوى 1717 عن جريدة القانون الدولي سنة 1974، ص. ص. 890-892.

VI. المواقع الإلكترونية

1. اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع المبرمة في لاهاي بتاريخ 01 يوليو 1964

Site:www.unicitral.org 2020/12/02 على الساعة 17 و 35 د

2. اتفاقية روما حول القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية المبرمة في روما في 19 جوان 1980.

[http://eur-lex.europa.eu/legal-](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A41998A0126%2802%29)

[content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A41998A0126%2802%29](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A41998A0126%2802%29)

بتاريخ 2020/12/02 على الساعة 17 و 35 د

ثانيا: باللغة الفرنسية:

1. ALI BEN CHENEB: Mécanismes juridiques des relations commerciales Internationales, OPU, Alger, 1984.

2. HENRI BATIFFOL ; PAUL LAGARDE: Droit international privé, tome 2, 6 éme edition Dallos, paris, France, 1976.

3. HEUZE Vincent: *Droit international privé*, 7eme Ed, Montchrestien, Paris, France, 2000.

4. BOUREL Pierre: *Droit international privé*, 7ème Edition, Dalloz, Paris, France, 2001.

5. Mohand Issad: *les conflits de lois dans l'arbitrage international de droit privé*, court de la hayet, Alger, 1963

6. Pierre Engel: la determination des points de rattachement en droit international privé, université génève, Suisse, 1953.

(1) HENRI BATIFFOL ; PAUL LAGARDE: Droit international privé, tome 2, 6 éme edition, paris, France, 1976, p.p. 236-259.

(2) صلاح الدين جمال الدين: دور التحكيم في تطوير حلول مشكلة تنازع القوانين، دراسة في أحكام المركز الدولي لتسوية المنازعات الاستثمار بواشنطن، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2004، ص. 21؛ صلاح المقدم: تنازع القوانين في سندات الشحن، مشارطات إيجار السفينة، الدار الجامعية، ص. 199؛ معاشو عمار: الضمانات في العقود الاقتصادية الدولية في التجارة الجزائرية (في عقود المفتاح والانتاج في اليد)، اطروحة دكتوراه، معهد العلوم القانونية والادارية، جامعة الجزائر، الجزائر، 1998، ص. 139.

(3) راجع الحكم الصادر عن غرفة التجارة الدولية بباريس في الدعوى 1422 لسنة 1966، منشور في جريدة القانون الدولي 1974 عدد 4. ص. ص. 884-888. وفي نزاع آخر عرض على محكمة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية³ 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. الحكم الصادر عن غرفة التجارة الدولية بباريس في الدعوى 1717 عن جريدة القانون الدولي سنة 1974، ص. ص. 890-892.

(4) ALI BEN CHENEB: Mécanismes juridiques, des relations commerciales Internationales de l'Algérie- alger OPU, 1984, p. 284.

(5) بليغور عبد الكريم: قانون الإرادة طبقا للمادة 18 من القانون المدني قبل وبعد تعديل سنة 2005، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 47، العدد 02، جامعة الجزائر، الجزائر، 2010، ص.ص. 365-384.

(6) 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. أحمد عبد الرزاق السنهوري: نظرية العقد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998، ص. 309.

(7) هشام علي صادق: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2001، ص. 419؛ عمران علي السائح: التحكيم والقانون الواجب التطبيق على منازعات عقود التجارة الدولية، اطروحة لنيل درجة دكتوراه الدولة في القانون، جامعة الجزائر، 2005-2006، ص. 306؛ صلاح مقدم: المرجع السابق، ص. 202؛ الطيب زروقي: القانون الدولي الخاص، مقارنا بالقوانين العربية، الجزء الأول، تنازع القوانين، مطبعة الكاهنة، 2000، ص. 227.

(8) كان أول من نبه إلى أهمية إسناد العقد لقانون دولة التنفيذ الفقيه الألماني سافيني باعتبار أن العقد يربط آثاره في هذه الدولة فهو خير قانون لحكم العقد. ويعتبر الفقيه الفرنسي باتيفول من ضمن الذين أيدوا الفكرة حيث يرى أن مصالح الأطراف المتعاقدة ترتبط ارتباطا وثيقا بمكان التنفيذ. الطيب زروقي: المرجع السابق، ص. 232؛ منير عبد الحميد: قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1995، ص. 174.

(9) Henri Batiffol: op.cit, p.369.

(10) فالقانون الألماني مثلا يعطي مكانة هامة لمكان تنفيذ العقد بحسبانه ضابطا مهما في تحديد القانون الذي يحكم العقد الدولي عند عدم تحديد القانون الواجب التطبيق من طرف الأطراف المتعاقدة. صالح المنزلاوي: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2008، ص. 330. وفي ذات الشأن نصت اتفاقية لاهاي بشأن القانون الواجب التطبيق على عقد البيع الدولي لسنة 1986 على قاعدة إسناد أصلية وهي تطبيق قانون دولة البائع وعليه فإن منشأة البائع هي المكان الرئيسي الذي يتجسد فيه تنفيذ العقد وهذا حسب نص المادة 8 من الاتفاقية " إذا 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. اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع المبرمة في لاهاي بتاريخ 01 يوليو 1964. Site:www.unicitral.org.

(11) 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 ما ذهب اليه القضاء الألماني والقضاء الفرنسي في حالة سكوت الاطراف عن تحديد القانون الواجب التطبيق الذي يحكم عقدهما واتجهوا الى تطبيق قانون دولة تنفيذ العقد. هشام علي صادق: المرجع السابق، ص. 422.

(12) نصيرة بوجعة سعدي: عقود نقل التكنولوجيا في مجال التبادل الدولي، رسالة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، مصر، 1987، ص. 404.

(13) هشام علي الصادق: المرجع السابق، 2001، ص. 423.

(14) هشام علي صادق: المرجع السابق، ص. 424-425.

(15) سامي بديع منصور وعكاشة عبد العال: المرجع السابق، ص. 389.

(16) السيد عبد المنعم حافظ السيد: التعريف بالقانون الدولي الخاص، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، مصر، 2012، ص. 59؛ بدر الدين عبد المنعم شوقي: العلاقات الخاصة الدولية، أحكام الجنسية - الموطن - مركز الأجانب دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي، 2006، ص. 14.

(17) أمر رقم 58-75 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، الصادر بتاريخ 30-09-1975 معدل ومتمم إلى غاية القانون رقم 05-07 المؤرخ في 13 ماي 2007، ج ر 31، الصادرة بتاريخ 13 ماي 2007.

(18) فمن خلال المواد سابقة ذكر 36 و 37 و 38 من القانون المدني الجزائري فللموطن أربع صور موطن عام وهو المكان الذي يقيم فيه شخص عادة فلدية إقامة وسكن وله نية الاستقرار والاعتقاد 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 آخرون مباشرة أعمالهم القانونية مثل القصر أو الغائب أو المحجور عليهم... الخ. قانون رقم 84-11 مؤرخ 9 يونيو 1984 يتضمن قانون الأسرة معدل ومتمم إلى غاية الأمر رقم 05-02 مؤرخ 27 فبراير 2005، ج ر 15، صادرة سنة 2005. ونفس

- الشيء الذي أشار إليه المشرع المصري حول تعريف الموطن وصوره جلال الدين جمال الدين: قانون العلاقات الخاصة الدولية دراسة في ضوء فقه الشريعة الإسلامية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2006، ص.ص. 41-44.
- (19) السيد عبد المنعم حافظ السيد: المرجع السابق، ص. ص. 61-62.
- (20) بلاش ليندة: إخضاع العقد الدولي للقواعد الموضوعية، أطروحة دكتوراه في العلوم، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، 2017، ص.ص. 401-402.
- (21) السيد عبد المنعم حافظ السيد: المرجع السابق، ص. 58، ويتسم ضابط الجنسية بأنه ضابط شخصي وغير إقليمي، فهو مبني على صفة الشخص ودون الاعتداد بالأقليم، وهو ضابط قانوني مبني على فكرة قانونية هي انتماء الشخص للدولة، وهو ضابط عام فهو لا يقتصر على طائفة معينة من المنازعات. لمزيد من التفاصيل حول مفهوم الجنسية وحالات اكتسابها وفقدانها انظر الأمر 70-86 المؤرخ في 17 شوال 1390 الموافق لـ 15 ديسمبر 1970، المتضمن قانون الجنسية الجزائرية المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-01 المؤرخ في 27 فبراير 2005 الجريدة الرسمية عدد 15 الصادر سنة 2005.
- (22) فالقانون المدني الإيطالي منح قانون الجنسية المشتركة الموقع الأول في الترتيب، وفضلها على قانون دولة محل إبرام العقد، كما فعل المشرع الجزائري، وهي نفس الأفضلية التي منحها القانون الإسباني، فجعله قبل قانون الموطن المشترك وقانون محل إبرام العقد. صالح المنزلاوي: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص. 332. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص. 75.
- (23) سمير خليفني: حل النزاعات في عقود التجارة الالكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، 2010/04/28، ص. 43؛ عكاشة عبد العال: الوسيط في أحكام الجنسية اللبنانية، دراسة مقارنة مع التشريعات العربية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط 1، 2001، ص. 389.
- (24) بدر الدين عبد المنعم شوقي: المرجع السابق، ص. 25.
- (25) من خلال نص المادة 18 / 1 من القانون المدني الجزائري تنص " :أنه يسري على الالتزامات التعاقدية قانون مكان الذي يبرم فيه العقد ما لم يتفق المتعاقدان على تطبيق قانون آخر " يظهر لأول وهلة أن المشرع الجزائري قد أخضع التصرفات التعاقدية لقانون محل الإبرام كضابط الأصلي و ليس ضابط احتياطي بحيث لم يجعل من محل الإبرام كبديل على مبدأ سلطان الإرادة عند عدم وجودها، إلا أن الحقيقة غير ذلك إتباعا على ما سارت عليه تشريعات الدول و حتى الاجتهاد القضائي الذي أثبت عكس ما يظهر لأول وهلة.
- (26) جبار محمد: قانون العقد والمسؤولية في القانون الجزائري، رسالة دكتوراه، معهد الحقوق والعلوم الادارية، جامعة الجزائر، الجزائر، 1988، ص. 59.
- (27) تنص المادة 9 : "يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوبة تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب التطبيق
- (28) Mohand Issad: *les conflits de lois dans l'arbitrage international de droit privé, court de la hayet , alger, 1963 , p.295.*
- (29) شويرب خالد: القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، رسالة الدكتوراه في الحقوق، فرع الملكية الفكرية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، الجزائر، 2009، ص. 112.
- (30) نفس الحل أخذ به القانون المدني الايطالي من خلال المادة 25 منه، و كذلك القانون الاسباني من خلال المادة 10 الفقرة 5 مع فرق أنه جعلها في المرتبة الثالثة بعد محلّ من قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين و قانون محل إقامتهم المشتركة الطيب زروقي: المرجع السابق، ص. 228.
- (31) 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. محمد وليد المصري: الوجيز في القانون الدولي الخاص، دار ومكتبة الحامد، عمان، الأردن، 2008، ص. 187.
- (32) صالح المنزلاوي: المرجع السابق، ص. 336. هشام علي صادق: المرجع السابق، ص. 425، حسام الدين فتحي ناصف: قابلية محل النزاع للتحكيم في عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، 1999، ص. 53.
- (33) هشام علي صادق: المرجع السابق، ص. 458، حسام فتحي الدين ناصيف: المرجع السابق، ص. 530.
- (34) هشام علي صادق: المرجع السابق، ص. 437.
- (35) حسام الدين فتحي ناصيف: المرجع السابق، ص. 54.
- (36) صالح المنزلاوي: المرجع السابق، ص. ص. 338-339.
- (37) هناك بعض العقود ذات الطبيعة المركبة تتساوى فيها الالتزامات من ناحية الأهمية على النحو الذي يمكن أن يعتبر كل منهما أداء مميّز للعقد، مثل عقود المقايضة وغيرها لاسيما في حالة إبرام العقود عن طريق وسائل الاتصال الحديثة التي قد يتم عن طريقها جميع مراحل إبرام 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 فأياً يمكن اعتبارها أداء مميزاً للعقد. مما يصعب معه اختيار القانون الواجب التطبيق. هشام علي صادق: المرجع السابق، ص. 440.

(38) هشام علي صادق: المرجع السابق، ص. 462، حسام الدين فتحي ناصيف: المرجع السابق، ص. 57.

(39) ARTICLE 4/1: *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 ”.*

³⁹ 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>

(40) شويرب خالد: المرجع السابق، ص. 170

(41) BOUREL Pierre, *Droit international privé*, 7ème Ed, Dalloz, Paris, France, 2001, p. 396.

La prestation caractéristique est: « celle qui permet de distinguer un contrat d’un autre ».

HEUZE Vincent, *Droit international privé*, 7ème Ed, Montchrestien, Paris, France, 2001, p.490.

(42) شويرب خالد: المرجع السابق، ص. ص. 171-170.

(43) Art 4/2: “ 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 ”

(44) Art 8/1: “ 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 ».

(45) HEUZE Vincent: op.cit. p.471

(46) شويرب خالد: المرجع السابق، ص. 172.

(47) حيث تنص المادة 4/4 من اتفاقية روما لسنة 2008 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 ».

(47) حيث تنص المادة 1/4 من اتفاقية روما لسنة 2008 على

: « 1. 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;

(48) HEUZE VINCENT: op. cit. p.4 75.

(49) هشام علي صادق: المرجع السابق، ص. 429. ؛ بن غراي سمية: 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. بن عصمان جمال، لبيك شوقي: إشكالية تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد الاستثمار التكنولوجي، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، مجلد 6، العدد 01، جامعة عمار ثليجي الأغواط، الجزائر، 01 جانفي 2020، ص. ص. 254-264.

(50) بن غراي سمية: المرجع السابق، ص. ص. 120-122.

(51) Henri Batiffol , Paul Lagarde: op.cit , p.237.

(52) شويرب خالد: المرجع السابق، ص. 107.

(53) هشام علي صادق: المرجع السابق، ص. 322.

(54) Henri Batiffol , Paul Lagard: op.cit , p.260.

(55) شويرب خالد: المرجع السابق، ص. 174.

(56) Pierre Engel: la determination des points de rattachement en droit international prive, universite genève, Suisse, 1953, p. 24.

(57) شويرب خالد: المرجع السابق، ص. 175.

(58) شويرب خالد: المرجع السابق، ص. 176.

(59) Vincent Henzé: op.cit, p.14.