تنازع القوانين في العقود الدولية للمقاولة من الباطن

إعداد
د . صلاح الدين جمال الدين محمد
أستاذ القانون الدولي الخاص المساعد
ورئيس قسم القانون الخاص
بكلية الشريعة والقانون بطنطا - جامعة الأزهر

موجز عن البحث

اكتسب عقد المقاولة من الباطن أهمية كبيرة فى الواقع العملي – محليا ودوليا – لتنفيذ المشروعات الكبرى، إلا أنه لم يحظى حتى الآن بالتنظيم التشريعي الكافي في الدول العربية، إذ يغلب أن يرد تنظيم هذه العقود ضمن قواعد القانون المدني دون مراعاة للمتغيرات الاقتصادية والفنية والتكنولوجية، وتزداد المشكلة تعقيداً في نطاق تنازع القوانين نظراً للعلاقات المتشعبة التي تنشأ عن إبرام هذه العقود، وهو ما يعرض المقاول من الباطن لمخاطر متنوعة، وهو ما أوجد الدعوى المباشرة التي أوجدت الصلة بين المتعاقد من الباطن وصاحب العمل الأساسي – خروجًا على قاعدة المساواة بين الدائنين وقاعدة الأثر النسبي للعقود – استناداً إلى فكرة وحدة الالتزام القانوني بين عقد المقاولة الأصلي وعقد المقاولة من الباطن، كل ذلك مما كان له أثره في استرعاء انتباه الفقه لبحث مشكلة تحديد القانون واجب التطبيق على عقد المقاولة من الباطن وما ينشأ عنها من استخدام للدعوى المباشرة، الأمر الذي قد يحتاج إلى إيجاد تنظيم خاص بهذه النوعية من العقود وما يترتب عليها من حقوق تحقيقًا للاستقرار في المجال التجاري والاقتصادي للدولة.

الكلمات المفتاحية: المقاولة من الباطن ، تنازع القوانين ، عقود المقاولة ، القانون الواجب التطبيق ، الدعوى المباشرة.

Conflict Of Laws In International Subcontracting Contracts

Salah al-Din Jamal al-Din Mohamed
Private Law Department, Faculty of Sharia and Law in Tanta, Al-Azhar University, Egypt
Email: salaheldin.aladalacenter@gmail.com

Abstract :

The subcontracting contract has gained great importance in the practical reality - locally and internationally - for the implementation of major projects, but it has not yet received adequate legislative regulation in the Arab countries, as it is likely that the organization of these contracts is contained within the rules of civil law without taking into account the economic, technical and technological variables, and it is increasing The problem is a complex in the scope of conflict of laws due to the complex relationships that arise from the conclusion of these contracts, which exposes the subcontractor to various risks, which created the direct lawsuit that created the link between the subcontractor and the main employer - a departure from the rule of equality between creditors and the rule of relative impact For contracts - based on the idea of the legal obligation unity between the original contracting contract and the subcontracting contract, all of this had its effect in drawing the attention of jurisprudence to discuss the problem of determining the law applicable to the subcontracting contract and the resulting use of the direct lawsuit, which may need To find a special regulation for this type of contracts and the ensuing rights in order to achieve stability in the commercial and economic field of the state.

Keywords: Subcontracting, Conflict Of Laws, Contracting Contracts, Applicable Law, Direct action.

مقدمة

تعتبر المقاولة بصفة عامة إحدى صور العقود المالية التي لا تقوم، بحسب الأصل، على الاعتداد بشخصية أطرافها، مما يجعل للمقاول رخصة أن يكل تنفيذ العمل في جملته أو في جزء منه إلى مقاول أو أكثر من باطنه يعمل مستقلا عنه[١] بموجب عقود يبرمها معهم تسمى عقود المقاولة من الباطن، تلك التي تزداد أهميتها في العلاقات الخاصة الدولية مع ازدياد حركة الاستثمارات الأجنبية في تنفيذ المشروعات الكبرى. ومن أمثلة ذلك : ما رأيناه في مصر في العقود الأخيرة من إسناد تنفيذ مشروعات مترو الأنفاق ومحطات الكهرباء والمحطات النووية وغيرها لشركات فرنسية وأمريكية وروسية، لاسيما مع إلزام هذه الشركات الأجنبية بإسناد بعض الأعمال للشركات المصرية التي تقدم خدماتها كمقاول من الباطن.

ويظهر من ذلك أن عقد المقاولة من الباطن هو: عقد يبرمه المقاول الأصلي مع مقاول من الباطن لتنفيذ التزام التزم هو به ، حيث يلتزم الأخير بتنفيذ العمل المسند إليه مع التزامه بالمحافظة على الأشياء المسلمة إليه – من المقاول الأصلي أو صاحب العمل – ليستخدمها في تنفيذ الأعمال المسندة إليه، والتزامه بضمان حسن أداء العمل الذي قام به، وخلو المواد التي استخدمها من العيوب، علاوة على التزامه بإتمام العمل في الموعد المحدد في العقد[٢]، وإلا كان مخطئاً ملتزماً بالتعويض عما تسبب فيه من

(١) انظر المادة (٦٦١) من القانون المدني. وانظر د. نعيم عطية، التعاقد الدولي وتجهيز مشروعات التنمية، دار النهضة العربية، ١٩٩٥، ص ٥. وانظر حكم نقض مدنى أول يونيه ١٩٩٤، المجموعة الرسمية، ٤٥– ٢٨– ١٩٩٤.

(٢) فإن لم يعين العقد موعداً للانتهاء من العمل ، وجب أن يتم في موعد معقول، يراعي في تحديده طبيعة العمل، وما جرت به العادة، وإمكانيات المقاول المعروفة لرب العمل.

أضرار[1] وفقا لما يحدده القانون.

وقد تظهر مشكلة تزاحم القوانين مع تسرب الصفة الأجنبية إلى هذه الصورة من صور العلاقات العقدية، ومن ثم تظهر الحاجة إلى البحث عن القانون الذي يحكم انعقادها والتزامات أطرافها، وما ينشأ عنها من خلافات وشروط تحقق الضرر واستحقاق التعويض، وشروط الإعفاء منه، وغير ذلك من العناصر، وكذلك التساؤل عن القانون الذي يحكم العلاقة بين مقاول الباطن وصاحب العمل الأساسي؟

وعندئذ يطفو على السطح التساؤل عن مدى استقلالية عقد المقاولة من الباطن عن عقد المقاولة الأصلي فيما يتعلق بالقانون واجب التطبيق، وبعبارة أخرى هل يخضعا لذات القانون أم أننا يجب أن نبحث عن القانون واجب التطبيق على عقد الباطن منفصلا عن القانون واجب التطبيق على عقد المقاولة الأساسي؟

الدراسات السابقة :

تناول جوانب من البحث دراسات سابقة كثيرة كان من أهمها :

- عقد المقاولة ، دراسة مقارنة بين تشريعات الدول العربية، ط ١٩٧٧ : د. محمد عبد الرحيم عنبر.

(١) إلا أن يثبت أن ذلك كان راجعًا لسبب أجنبي عنه، كقوة قاهرة، أو خطأ الغير، أو خطأ رب العمل. انظر: د. محمد لبيب شنب، أحكام عقد المقاولة، دار النهضة العربية، ١٩٦٢، ص ٩٣، بند ٧٥. وبصفة عامة انظر الدكتور/ أسامة محمد طه، النظرية العامة لعقود الباطن، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٨.

وانظر فى الفقه الفرنسي:

Pr. Jean-Louis Van Boxstael, Droit international Privé et sous traitance international: quelle place pour l'action direct du sous-traitant? Faculté de droit, univesité cotholique de Louvain, 2017; Marie-Eldie Ancel: La protection internationale des saus-traitants, travaux du comité francais de droit international privé, 19 e année 2008-2010-2011, P. 225- 259.

❖ د. فتيحه قرة: أحكام عقد المقاولة، دار المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٧.

❖ عقد المقاولة من الباطن، دراسة مقارنة في القانونين، المصري والفرنسي، ط ١٩٨٨، دار النهضة العربية: د. مصطفى عبد الستار الجارحي.

❖ المسئولية المدنية لمقاولة البناء من الباطن في القانون المدني، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ١٩٩٥ : د. رأفت محمد حماد.

❖ النظرية العامة لعقود الباطن، دار النهضة العربية، طبعة ٢٠٠٨: د. أسامة محمد طه.

خطة البحث :

❖ **المبحث الأول**: التكييف القانوني للعقود الدولية للمقاولة من الباطن.

❖ **المبحث الثاني**: القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية للمقاولة من الباطن.

ويشتمل على مطلبين :

- **المطلب الأول** : القانون الواجب التطبيق في العلاقة بين المقاول من الباطن والمقاول الأصلي
- **المطلب الثاني** : القانون الواجب التطبيق فى العلاقة بين المقاول من الباطن وصاحب العمل (تنازع القوانين بشأن الدعوى المباشرة) .

وفيه فرعان :

- **الفرع الأول** : التكييف القانوني للدعوى المباشرة
- **الفرع الثاني** : ضوابط اختيار القانون واجب التطبيق

❖ **ثم الخاتمة** : وفيها أهم نتائج البحث وتوصياته.

المبحث الأول
التكييف القانوني للعقود الدولية للمقاولة من الباطن

يقدم المشرع للفرد أدوات مختلفة، ليستعملها في سبيل الحصول على الأشياء والخدمات، ومن ذلك أنه قد فرق في تنظيمه للعمل كمحل للتصرف القانوني بين ما إذا كان المطلوب هو عمل من الأعمال القانونية، أم من الأعمال المادية، فبينما نظم العمل القانوني بالأحكام المنظمة للوكالة، فإنه فيما يتعلق بالأعمال المادية، فرق بين العمل الذي يتم تحت إدارة وإشراف صاحب المصلحة فيه، والعمل الذي يقوم به الفرد مستقلاً دون إشراف شخص آخر، ونظم الصورة الأولى بقواعد وأحكام عقد العمل، بينما وصف الثانية ونظمها بموجب قواعد وأحكام تنظيم عقد المقاولة[1].

وقد عرفت المادة (٦٤٦) من القانون المدني المصري "عقد المقاولة" بأنه: "عقد فيه يقوم شخص بعمل معين لحساب شخص أخر في مقابل أجر، دون أن يخضع لإشرافه أو إدارته".

فهو عقد بين طرفين أو أكثر، أحدهما هو رب العمل، والآخر هو المقاول، ويميزه أن الغرض الرئيسي لأطرافه هو قيام أحدهما مستقلا وباسمه الخاص بإنجاز عمل معين لحساب الآخر في مقابل أجر.

---

(١) انظر: د. محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص ٥ – ٦. ويلاحظ أن الفقه الإسلامي لا يميز صراحة بين إيجار الأشخاص وأهل الصنائع، حيث تعتبر المقاولة من قبيل الإجارة التي تعقد على صورتين: المنافع، أو الأعمال، وفي كلتيهما هي بيع للمنفعة.

انظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للإمام أبى بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، طبعة أولى، ١٣٢٨هـ، ج/ ٤، ص ١٧٤؛ والمغني لابن قدامه الحنبلي، طبعة ١٣٤٧هـ، ج/ ٦، ص ٣ – ٨.

وكما يجوز للمقاول أن يقوم بأداء التزامه بنفسه، فإن بإمكانه أن يكل تنفيذ العمل في جملته، أو جزء منه إلى مقاول من الباطن، ما لم يمنعه من ذلك شرط في العقد، أو لم تكن طبيعة العمل تفترض الاعتماد على كفايته الشخصية[١].

ولذلك نجد المشرع الفرنسي[٢] يلزم المقاول الأصلي بالحصول على موافقة صاحب العمل الأساسي على عقد المقاولة من الباطن وشروط الدفع المتفق عليها فيه، وإلا فإن هذا العقد لا يكون نافذاً في مواجهته[٣]، وسواء فى ذلك أن يحصل عليها عند إبرام العقد أو أثناء تنفيذه[٤].

وللمقاول من الباطن أن يقاول من الباطن مرة أخرى، إلا أن يوجد نص يحظر عليه ذلك[٥] أو يقيده[٦]، سواء وجد في العقد أو في القانون الواجب التطبيق عليه.

---

(١) انظر: نص المادة (٦٦١) من القانون المدني المصري، وأيضاً د. مصطفى عبد الستار الجارحي، عقد المقاولة من الباطن، دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي، ط ١٩٨٨، دار النهضة العربية، ص ٦؛ وانظر: د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المجلد الأول، ج ٧، دار النهضة العربية، ط ١٩٦٤، ص ٢٠٩؛ وأيضا: د. محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني الجديد – العقود المسماة، ط١، ١٩٥٣، فقرة ٦٣٠، ص٢٤٨.

(٢) جرى العرف في فرنسا على جواز المقاولة من الباطن على الرغم من أنه من المقرر أن المقاولة من العقود التي تقوم على الاعتبار الشخصي، وقد نظم المشرع الفرنسي عقد المقاولة من الباطن بموجب القانون رقم (١٣٣٤) الصادر في ٣١ ديسمبر ١٩٧٥.

(٣) المادة (٣/ ٢) من التشريع المشار إليه بعاليه.

(٤) المادة (٣/ ١) من التشريع المشار إليه بعاليه.

(٥) انظر: د. مصطفى الجارحي، المرجع السابق، ص ٣١- ٣٤.

(٦) ذلك أن مبدأ حرية اختيار المقاول من الباطن – ليس كاملا فقد يحظر على المقاول الأصلي مثلا – أن يتقاول من الباطن على كل التزاماته. انظر المادة ٤/ ١ من شروط عقود أعمال الهندسة المدنية "Fidic"، الطبعة

والمقاولة من الباطن كعقد المقاولة الأصلي، عقد رضائي ينعقد بمجرد التراضي، فإذا وجد الرضا انعقدت المقاولة، دون حاجة إلى توافر أي ركن آخر بمجرد توافر الشروط اللازمة لوصفه بوصف الباطنية[1].

ومع ذلك فقد يحدث أن يوجد التراضي، ومع ذلك لا تنعقد المقاولة، وذلك إذا اصطدمت بنص يحرمها[2]، وهو ما يقتضي تحديد القانون الواجب التطبيق ليبين شروط تحقق التراضي، وما إذا كان هناك نص في القانون المشار إليه يحرم ما اتفق عليه من عدمه.

ويجب أيضاً أن تتوافر لكلا المتعاقدين إرادة معتبرة قانوناً، وأن تتجه إلى تحقيق غرض مشروع من المقاولة، علاوة على تطابق القبول والإيجاب فيما يتعلق بماهية العقد والعمل المطلوب من المقاول القيام به، ذلك أنه يشترط لصحة إبرام عقد المقاولة من الباطن أن تكون إرادة كل من طرفيه سليمة غير مشوبة بعيب من العيوب، وأن يكون كل من المتعاقدين أهلا لإبرامه، باعتبار أنه عقد من العقود الدائرة بين النفع والضرر، وبالتالي يشترط فيمن يبرمها أن يكون أهلاً لمباشرة التصرفات القانونية الدائرة

الرابعة سنة ١٩٨٧، وقد يتضمن القانون الوطني للدولة قيود على ذلك مثل تقييد المقاول الأصلي بعدم التعاقد من الباطن مع مقاولين تحددهم قائمة سوداء. انظر:

Van Hautte; The impact of trade prohibitions on transnational contracts, R.D.A.I., 1988, P. 141.

وقد يلزم القانون الوطني المقاول الأصلي بالتقاول من الباطن مع مقاولين محليين في حدود معينة. انظر في القانون السعودي:

V.E. Bertrand et R.J. Tyner, Contrats internationaux, droit saoudien perspectives sur le regal de 30% après un d'application J.C.P. "Ent" 1984,-1-13292.

(١) د. محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص ٥٧.

(٢) د. مصطفى الجارحي، المرجع السابق، ص ٣.

بين النفع والضرر[١]، وهو كله ما يلزم معه الرجوع إلى قواعد تنازع القوانين لتحديد القانون واجب التطبيق فيما يتعلق بالأهلية وأركان وشروط التعاقد.

وإذ أن ما يهمنا في هذا المقام هو عقد المقاولة من الباطن الذي يتسم بالصفة الدولية، فمن ثم يلزم أن نتعرض للعناصر التي تضفي عليه هذه الصفة أثناء عملية تحديد الطبيعة القانونية للعقد، وهو ما نعرض له فيما يلى:

أولا: أثر الصفة الدولية لعقد المقاولة من الباطن على القانون واجب التطبيق[٢]:

اختلف الفقهاء حول مدى كفاية إضفاء الصفة الدولية للعقد – بصورة عامة – بالاستناد إلى الصفة الدولية لأحد عناصره، حيث يرى البعض عدم كفاية أن يكون أحد عناصر العقد أجنبياً لكي يمكن إضفاء صفة الدولية عليه استناداً إلى وجوب التفرقة بين العناصر العقدية الأساسية وغير الأساسية، حيث لا يتصف العقد بالصفة الدولية إلا إذا اتصلت هذه الصفة بعنصر من عناصره الأساسية[٣].

وعلى العكس من ذلك يذهب الرأي الغالب في الفقه إلى أن العقد يصير دوليا إذا تجاوز حدود الاقتصاد الوطني أو تعلق بمصالح التجارة الدولية.

---

(١) د. محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص ٥٧.

(2) Lamy S.A, 1988 division 8, Articl 234.

(٣) انظر: د. خالد عبد الفتاح خليل، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار الجامعة الجديدة للنشر، طبعة ٢٠٠٩، ص ٤٧، ٥٣؛ وانظر أيضا: د. محمود محمد ياقوت، الروابط العقدية الدولية بين النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية ، دار الفكر الجامعي بالإسكندرية، طبعة ٢٠٠٤، ص ٤٠ وما بعدها؛ د. هشام على صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الطبعة الثانية، ٢٠٠١، ص ٧٣، ص ١١١؛ د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية، دون سنة نشر، ص ١٨٩.

وفى ضوء هذا الخلاف هل يمكن وصف عقد المقاولة من الباطن بوصف الدولية رغم أنه قد يبرم بين مشروعين ينتميان لذات الجنسية؟ لا سيما وأن القضاء الفرنسي رفض إضفاء وصف الدولية على العقد المبرم بين شركتين يحملا الجنسية الفرنسية لتنفيذ عقد مسند إلى شركة تحمل الجنسية الأجنبية[1].

تظهر أهمية هذه المسألة في ضوء شيوع ظاهرة تقسيم سوق العمل الدولي وزيادة التخصص لبعض الشركات الصناعية ومقدمي الخدمات على المستوى الدولي، لتنفيذ المشروعات المركبة، حيث قد يلجأ المقاول الأصلي إلى تقسيم الأعمال الموكلة إليه وإسناد تنفيذها إلى المقاولين المتخصصين للاستفادة من المزايا الاقتصادية والتقنية التي يوفرها المقاول من الباطن ولو كان أجنبياً.

فقد تعهد شركة إماراتية لشركة فرنسية بإنشاء فندق بدبي فتستخدم الشركة الفرنسية مقاولا من الباطن للأعمال الإنشائية من الصين وآخر لأعمال التشطيب من إيطاليا وثالث من اليابان لتصنيع وتوريد وتركيب أجهزة التكييف ورابع من مصر لتصنيع وتوريد الأثاث.

ويمكن أن نرى تطبيقاً واضحاً لذلك في تنفيذ مشروع توسعة قناة بنما بين عامي ٢٠٠٧ و ٢٠١٦ حيث تم إرساء المناقصة الدولية لتنفيذ الأعمال على تجمع من الشركات consortium d'entreprises يجمع الشركة الأسبانية sacyr Vallehermoso والشركة الإيطالية Salini Impreglio والشركة البلجيكية Jan de Nul والشركة البنمية Constructora Urbana حيث عقدت هذه الشركات كثيراً من العقود من الباطن مع

(1) Voir: Cour de paris, 4 Juillet 1979, Bouygues; S.A. C/ Motenay, C.F. Cour de paris, 30 Nov. 1972, Cluent, 1973, P. 390 note Oppett.

الشركات المتخصصة لتنفيذ المشروع.

ومن ذلك أيضاً إنشاء "The Shard" أعلى ناطحة سحاب في لندن التي تم افتتاحها عام ٢٠١٢ حيث استخدم في تنفيذ التصميم الذي وضعته شركة إيطالية "Renzo Piano" عدد كبير من مقاولي الباطن من جميع أنحاء العالم(١).

وإزاء انتشار وتنوع العقود التي تسهم في تحقيق الهدف من عقد المقاولة الأساسي تتأكد لنا الحاجة إلى بحث مشكلة تنازع القوانين حيث يغلب أن يخضع كل عقد من هذه العقود لقانون وطني يختلف عما يخضع له غيره من العقود وهو ما قد يثير فضلا عن التنازع بين القوانين نوعاً من التضارب أو التنازع بين حقوق المقاولين من الباطن نظراً لأن بعض القوانين قد تحمي حقوق المقاول من الباطن من خلال ما يعرف بالدعوى المباشرة التي تسمح له بالمطالبة بحقوقه في مواجهة صاحب العمل الأساسي رغم عدم وجود عقد بينهما، خروجا على مبدأ الأثر النسبي للعقود على النحو الذي بينه المشرع الفرنسي بالقانون رقم ١٣٣٤ – ١٩٧٥ بشأن تنظيم عقود المقاولة من الباطن(٢)، والمشرع البلجيكي(٣) بالمواد ١١٦٥، ١١٢١ ، ١٧٩٨ من القانون المدني

(١) انظر في تفصيلات ذلك:

F. Walshot, Nouvelles dimensions de la sous traitance, in "La sous traitance,", commission droit et vie des affeures, Bruxelles, Bruylant, 2003, P. 7.

وكذلك:

P. Lagarde, La sous- Traitance en droit international prive, in "la sous- traitance de Marchés de travaux et de services, sous la direction de C. Gavolda, Paris, Economica, 1978, P. 189.

(2) J.O.F., Jun 1976, P. 148.

(٣) انظر المادتان ١١٦٥ و ١١٢١ من القانون المدني البلجيكي اللتان تكرسان مبدأ الأثر النسبي للعقود، والمادة ١٧٩٨ التي تمنح المقاول من الباطن الحق في الدعوى المباشرة ضد صاحب العمل الأساسي. انظر:

المعدل عام ٢٠٢٠، والمادة ٦٢٨ من القانون المدني السوري[١]، بينما لم ينظمها المشرع الجزائري بنص خاص[٢].

ثانيا: أثر التعاقب الزمني لعقد المقاولة من الباطن على القانون واجب التطبيق:

يلزم أن يكون عقد المقاولة من الباطن لاحقا على عقد المقاولة الأصلي، ويقصد بذلك أن يكون لاحقا عليه في إبرامه نتيجة علاقة التبعية الموجودة بينهما، لا لاحقا عليه في تنفيذه، إذ لو استنفذ المقاول الأصلي تحقيق التزامه، ما كانت لتوجد حاجة لإبرام عقد المقاولة من الباطن، ولا بحثت مشكلة التكييف اللازمة للوصول إلى القانون الواجب التطبيق[٣]، ولا كانت هناك حاجة للبحث فى مشكلة التركيز المكاني للعقد حتى نتوصل إلى تحديد القانون الواجب التطبيق.

وتظهر التبعية من حيث محل العقد ، ومن حيث السبب والأطراف، فمن حيث محل العقد فتظهر في استعارة العقد من الباطن محله من العقد الأصلي، بحيث يكون محل الأول تنفيذ عقد المقاولة الأصلي أو جزءً منه، كأن ينصب عقد مقاولة البناء من الباطن

Rafaél Jafferli, La distinction entre les effets internes et les effets externs du contrat, rappart belge sur le theme "tiers et contrat" présenté lors des journees Panaméennes de L'association Henri Capitan. 18-22. Mai 2015, Spec. P. 57.

وانظر:

Etienne Montero, L'article 1798 du code civil et l'action direct du maitre de l'overage contre le sous-traitant" obs. Sous C.A. no 111, 2006, 28 juin 2006, Rev. de juris. De liege, mons et Bruxelles, No. 5, 2007, P. 186 – 195, Spec. P. 192.

(١) انظر دكتورة أمل شربا، القانون المدني (٣)، الجامعة الافتراضية السورية، ٢٠١٨، ص ٤٢ وما بعدها.

(٣) انظر الحموري خلوفي، الدعوى المباشرة ضمان غير مسمى – دفاتر السياسة والقانون، العدد ١٩، جوان ٢٠١٨، ص ١٣٧.

(٣) انظر: د. رأفت محمد حماد، المسئولية المدنية لمقاولة البناء من الباطن في القانون المدني، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ١٩٩٥، ص ٢٢.

على إقامة المنشأة المتفق عليها في العقد الأصلي[١]، ولا يشترط أن يكون كلا العقدين من طبيعة واحدة، فقد يتفق المقاول الأصلي على توريد سلعة بمواصفات معينة ينتجها بنفسه ويسلمه بمكان صاحب العمل مع مقاول من باطنه يتولى الشحن والتفريغ داخل مكان الإنتاج وبمخزن رب العمل.

أما التبعية من حيث السبب، فترجع أهميتها إلى أن عقد المقاولة الأصلي يلعب دور السبب بالنسبة لعقد المقاولة من الباطن، بمعنى أن وجود الأول هو سبب مشروعية الثاني[٢].

وتنبع التبعية من حيث الأطراف من وجود طرف مشترك في العقدين، هو المقاول الأصلي[٣].

وبديهي أن التبعية بين العقدين لا تكون إلا من اتجاه واحد فحسب، بمعنى أن عقد

---

(١) د. رأفت حماد، المرجع السابق، ص ٢٢.

(٢) حيث يؤيد ما ذهبت إليه محكمة النفض من عدم تعارض وحدة المحل المنصب على عمل مادي، مع ما قد يؤديه مقاول الباطن من أعمال ذهنية لازمة لأداء عمله، وعدم تأثير ذلك على الوصف القانوني في العقد.
انظر: نقض مدني في الطعن رقم (٢٢٣) لسنة ٣٣ق، جلسة ١٦/ ٥/ ١٩٦٧، س١٨، مج الأحكام، قاعدة ١٥٠، ص ١٠٠٥؛ وانظر: د. مصطفى الجارحي، المرجع السابق، ص٧.

(٣) انظر في التفرقة بين العمل المادي والعمل العقلي في المقاولة، والتفرقة بين أداء العمل لحساب رب العمل دون أن يكون نائبًا عنه. د.أ مصطفى الجارحي، المرجع السابق، ص ٣٥؛ د. محمد عبد الرحيم عنبر، عقد المقاولة، دراسة مقارنة بين تشريعات الدول العربية، ١٩٧٧، ص ٣١.
وقد ذهبوا إلى عدم وجود نيابة من رب العمل للمقاول وعدم وجود تفرقة بين العمل المادي والعمل الذهني، وقد تقوم المقاولة بكلا الدورين في أعمال مختلفة لصالح رب العمل، فيكون وكيله في بعض التصرفات، ومقاول بشأن تنفيذ العمل.

المقاولة من الباطن يتبع عقد المقاولة الأصلي لا العكس، ولاشك في أن لذلك نتائج بالغة الأهمية فيما يتعلق بتنازع القوانين، ونوجزها فيما يلي[١]:

١ – تتشابه مراكز أطراف العقد من الباطن مع مراكز أطراف العقد الأصلي، فالتزامات وحقوق الطرفين في العقد الباطن ليست هي ذاتها التي تقع بين طرفي العقد الأصلي، إنما هي متشابهة تشابهًا ليس تامًا، إذ على الرغم من التبعية، فإن العقد من الباطن عقد مستقل، ويتمتع أطرافه بحرية تحديد مضمون عقدهم، إلا أن العقد الأصلي المتبوع يمثل الحد الأقصى لما يجوز أن يتفق عليه أطراف العقد من الباطن[٢]، وهو ما يثير التساؤل هل تؤدى هذه التبعية إلى تبعية عقد المقاولة من الباطن لعقد المقاولة الأصلي فيما يتعلق بالقانون واجب التطبيق؟

٢ – أن الطرف المشترك لا يجوز أن يقر للمتعاقد من الباطن حقوقًا أكثر مما له في العقد الأصلي، فلا يصح أن تجاوز الأعمال المنوط بتنفيذها المقاول من الباطن الأعمال المنوطة بالمقاول الأصلي[٣].

٣ – أن الطرف المشترك لا يجوز له أن يلتزم في العقد من الباطن بالتزامات لا يستطيع أن ينفذها لتعارضها مع أحكام العقد الأصلي[٤].

٤ – أن طبيعة الالتزامات في العقد من الباطن تتحدد تبعًا لطبيعة الالتزامات في العقد الأصلي وليس العكس إلا فيما ندر من الحالات، بمعنى أنه إذا كان التزام المقاول من الباطن هو التزام بنتيجة فإنه بالضرورة سينتقل نفس الوصف إلى التزام المقاول

(1) Jean Neret, Le Sous Contrat, "Librairie generale de droit et de jurisprudence", 1979, No. 15.
(2) Ibid, no. 178, 179, 180, 187.
(3) Teyssie, Bernard, Les groups de conrats, Biblotique de droit privé, L.G.D.J., 1975, P. 328, No. 123.
(4) Dominique, chedeville, le liaison entre contrats, these, Paris, 1977, P. 171, 173, 174.

الأصلي وإن كانت تلك حالات نادرة، وهو ما يقتضى أن يكون ذلك جائزا فى القانون واجب التطبيق.

وقد قضى بأن العقد المبرم بين صاحب العمل (الألماني) والمقاول الأصلي والمنصب على تصنيع شاحنات ثقيلة وفقا لمواصفات خاصة مقدمة من صاحب العمل، يعد عقد مقاولة، ومن ثم فإذا ما قام المقاول الأصلي بتكليف مقاول آخر بتنفيذ جزء من الشغل وفقا للمواصفات المفروضة من صاحب العمل، فإن المقاول الأصلي يكون قد أبرم عقد مقاولة من الباطن، لا مجرد عقد توريد عادى[١].

٥ – تترتب على التبعية أن العقد من الباطن يتبع مصير العقد الأصلي، فإذا انقضى الأخير لأي سبب انقضى الأول، وذلك لأن تنفيذه يصبح مستحيلاً.

وينقضي العقد من الباطن إما بالفسخ أو الانفساخ، فإذا كان العقد الأصلي قد لحقه انفساخ لاستحالة تنفيذه بسبب أجنبي، أدى ذلك وفي نفس الوقت، لانفساخ العقد من الباطن[٢]. أما في غير هذه الحالة، فيجب طلب الفسخ القضائي، وهو ما يقتضى أن تتحدد حالات الانقضاء بالفسخ والانفساخ وفق القانون واجب التطبيق[٣].

أثر التكييف القانوني على نوع المسئولية الناشئة عن عقد المقاولة من الباطن:

إذا ما توافرت للعقد الشروط اللازمة لوصفه، كعقد مقاولة من الباطن، ترتب على ذلك وجودنا أمام علاقة تثير اللبس، من ناحية تنازع القوانين[٤]، وهي العلاقة بين:

(1) Cour de Paris, (cass. Commercial), 11 Juin 1985, No. 83- 16004, P. 392.

(٢) د. مصطفى السيد، المرجع السابق، ص ٩.

(٣) بتصرف، المرجع السابق، ص ١٠.

(٤) وكذلك من ناحية تنازع الاختصاص القضائي.

١ – المقاول الأصلي والمقاول من الباطن.

٢ – صاحب العمل والمقاول من الباطن.

وهو ما نتولى بيانه بالتفصيل على النحو الآتي:

أولا: العلاقة بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن:

يلتزم المقاول من الباطن بكل ما يلتزم به أى مقاول أصلي تجاه رب العمل (المقاول الأصلي)، ومن ثم يلتزم بإنجاز[١] وتسليم العمل[٢]، ويلتزم المقاول الأصلي بكل التزامات رب العمل وأهمها الالتزام بالأجر فضلا عن الالتزام بالتعويض[٣]، ومن ثم فالمسئولية الناشئة عن الإخلال بالتزامات كل منهما تجاه الآخر مسئولية عقدية فيما عدا ما يخرج عن العقد مثل المسئولية عن تغير الظروف[٤]، وهو ما يقتضى تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الذي يحدد الالتزامات التي بينهما وجزاء الإخلال بأي

(١) انظر في هذه الالتزامات: د. الجارحي، المرجع السابق، ص ٤٦ وما بعدها؛ د. رأفت حماد، المرجع السابق، ص ٥٨، بند ٤٩، د. محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص ٨٥.

(٢) انظر د. السنهوري، ص ٢١٧.

(٣) انظر د. الجارحي، المرجع السابق، ص ٧١ – ٧٥.

(٤) أما عن العلاقة بين المقاول الأصلي ورب العمل الأساسي. فالأصل فيها بقاء الأول ملتزماً تجاه الثاني وفق العقد المبرم بينهما ومن ثم يكون مسئولا عن أعمال المقاول من الباطن وليس له أن يدفع عدم مسئوليته عن التنفيذ المعيب من المقاول من الباطن إذ أنه لا يعد أجنبياً عنه. انظر المادة ٦٦١/ أ من القانون المدني المصري.

ومع أن المقاول من الباطن يعد من الغير بالنسبة لعقد المقاولة الأصلي إلا أن فعل الإخلال الصادر عنه بمناسبة تنفيذه لعقد المقاولة من الباطن كعدم تنفيذ العمل أو التنفيذ الجزئي لالتزاماته من شأنه أن يؤدي إلى الإخلال بالتزام المقاول الأصلي تجاه رب العمل (الأصلي)، ومن ثم يكون مسئولا أمام الأخير عن فعل الإخلال الصادر من المقاول من الباطن مسئولية عقدية عن فعل الغير.

منها، وتحديد تأثير القانون واجب التطبيق على العقد بين المقاول الأصلي وصاحب العمل الأساسي على اختيار القانون واجب التطبيق على العلاقة بين المقاول الأصلي ومقاول الباطن.

ثانيا: طبيعة العلاقة بين المقاول من الباطن وصاحب العمل (الأساسي):

للمقاول من الباطن الرجوع على رب العمل بدعوى مباشرة في حدود ماله من حقوق قبل المقاول الأصلي، وفي حدود مستحقات الأخير لدى رب العمل، وقد رأى المشرع المصري أن يجعل الحق في هذه الدعوى من النظام العام وأن يرتب للمقاول من الباطن حق امتياز على ما لدى رب العمل.

ومع ذلك يعتبر رب العمل من الغير في علاقته بالمقاول من الباطن[1].

---

(١) انظر: د. مصطفى عبد الستار الجارحي، المرجع السابق، ص ٩١.

ويتعين أنه نلاحظ هنا أن هناك فرقًا كبيراً بين عقد المقاولة من الباطن والتنازل عن العقد فرقًا يؤثر في بحث مشكلة تنازع القوانين ذلك أنه في حالة التعاقد من الباطن يبقى الطرف المشترك، دائنًا أو مدينًا، محتفظا بحقوقه، أو متحملا بالتزاماته تجاه مدينه أو دائنه الأصلي، ويظل المتعاقد من الباطن غيرا بالنسبة للطرف الآخر في العقد الأصلي، وليست بينهما علاقة عقدية، ولا يسأل أمامه، إنما يبقى الطرف المشترك هو المسئول عن تنفيذ التزاماته تجاه الطرف الآخر في العقد الأصلي، بينما يكون المحل واحداً في العقد الأصلي والعقد من الباطن.

أما التنازل عن العقد فيختلف عن العقد من الباطن في كل هذه الوجوه، فهناك عقدان: أحدهما العقد الذي يبرم أساسًا لإنشاء التزام العمل، أو بإعطاء، ثم يأتي في وقت لاحق عقد آخر هو عقد التنازل محله (التنازل عن العقد) وبذلك يختلف تمامًا في محله عن العقد الأول، ويختلف في آثاره والتزاماته، ويقصد الأطراف في عقد التنازل أن يحل المتصرف إليه محل المتصرف في العقد في جميع حقوقه، وجميع التزاماته، وأن يخرج المتصرف نهائيًا من دائرة العقد، وأن تتحول العلاقة العقدية إلى المتصرف إليه، فيصير هو الدائن أو المدين، وعلى ذلك فإن التنازل عن العقد يتم بعقد بين المحال والمحال له، دون تدخل المحال عليه، وتوجد علاقة

وإذ أن طبيعة العلاقة بين صاحب العمل والمقاول من الباطن هي علاقة غير مباشرة يتوسطها المقاول الأصلي، فليس لأي منهما مطالبة الآخر بأداء أي التزام إلا باستخدام الدعوى المباشرة. حيث يستخدم صاحب العمل الأصلي الدعوى المباشرة لمطالبة المقاول من الباطن بتسليم العمل وبالضمان مستخدما حق المقاول الأصلي تجاه المقاول من الباطن. ويستخدم المقاول من الباطن الدعوى المباشرة للمطالبة بالأجرة المستحقة للمقاول الأصلي طرف صاحب العمل، وهو ما يقتضي تحديد القانون واجب التطبيق على الدعوى المباشرة التي تنشأ بين الطرفين.

بين المحال له والمحال عليه، حيث تتحقق خلافة كاملة فى العقد.

وعقد المقاولة من العقود الملزمة للجانبين، ومن ثم فإن التنازل عن الالتزام فيه يقصد به حوالة المقاول لالتزامه، وهو ما لا يجوز إلا بموافقة رب العمل.

راجع نفس المعنى: د. رأفت محمد أحمد حماد، المسئولية المدنية لمقاول البناء من الباطن في القانون المدني (مرجع سابق)، دار النهضة العربية، ١٩٩٥، ص ١٦؛ د. السنهوري، الوسيط، ج٧، مج/ ١، ط ١٩٨٩، ص ٢٦١، بند ١١٧؛ انظر: د/ مصطفى السيد عبد الستار الجارحي، المرجع السابق، ص ٢٤- ٢٥ وما أشار إليه في الإحالة.

C.Vilari: Le Cession de contract en droit Francais, thèse, Monpellier, 1968, P. 209.

وانظر المواد: ١٤٥، ١٤٦ من القانون المدني المصري بشأن إجازة التنازل عن الحق.

المبحث الثاني
القانون واجب التطبيق على العقود الدولية للمقاولة من الباطن

يتضح مما سلف أن هناك حاجة ماسة إلى تحديد القانون واجب التطبيق على موضوع العقد لمعرفة القانون الذي يحكم تكوينه من حيث الإرادة سواء من حيث التعبير عنها وما يتعلق به، أو من حيث محل العقد وسببه، أو من حيث صحته وبطلانه وإلزاميته ونطاق المسئولية وطبيعتها وكيفية انقضاءه[1]، وآثاره وآثار انقضاءه.

وإذ يتفرع عن العقد الدولي للمقاولة من الباطن علاقة بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن، وأخرى بين المقاول من الباطن وصاحب العمل، فإن ذلك يستتبع البحث عن القانون الواجب التطبيق على كل من هاتين العلاقتين وفق ما يترتب عليهما من التزامات ووفقا لطبيعة ونوعية المسئولية المتعلقة بكل منهما والآثار المترتبة عليها، وهو ما نتولى تفصيله على النحو الآتي:

المطلب الأول
القانون الواجب التطبيق
في العلاقة بين المقاول من الباطن والمقاول الأصلي

عقد المقاولة من الباطن مثله مثل غيره من العقود يخضع لقاعدة قانون الإرادة فى اختيار القانون الواجب التطبيق. فقد يختار الأطراف القانون الواجب التطبيق اختياراً صريحاً وقد يغيب هذا الاختيار مما يلزم معه البحث عن اختيارهم الضمني بتركيز العلاقة فى ضوء الظروف المحيطة بالعقد.

---

(١) انظر: د. أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع، الطبعة الأولى، ص ١١٢٢ وما بعدها، وخصوصا ص ١١٢٩، ١١٣٢. وكذلك لذات المؤلف: التأمينات الاجتماعية عبر الحدود، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، ١٩٨٩، ص ١٨٦.

١ – الاختيار الصريح للقانون واجب التطبيق:

من المستقر عليه فى القوانين الحديثة[١] أن لأطراف العلاقة العقدية الحرية في الاختيار الصريح للقانون واجب التطبيق على العقد استناداً لمبدأ سلطان الإرادة[٢].

وعلى الرغم من أن التشريع المصري ومعظم التشريعات العربية قد اعتمدت هذا المبدأ إلا أنها لم تتضمن قاعدة إسناد خاصة بشأن اختيار القانون الواجب التطبيق على المنازعات التي تنشأ عن عقود المقاولة من الباطن، ومن ثم يرجع في تنظيم هذا الاختيار إلى القواعد العامة بشأن العقود مثل تلك التي تضمنتها المادة ١٩/ ١ من القانون المدني رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ والتي تنص على أن "يسرى على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنا، فإن اختلفا موطنا سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانونـًا آخر هو الذي يراد تطبيقه".

وهو ما يتطابق مع القواعد التي تضمنتها المادة ٢٥ من القانون المدني، والمادة ٦٢ من القانون الدولي الخاص التونسي لسنة ١٩٩٨[٣]، والمادة ٧٣ من القانون الروماني

---

(١) انظر في القانون الفرنسي موسوعة:

Lamy S.A., op. cit., Art. 235.

حيث يرجح كفة القانون الذي يختاره الأطراف على ما عداه من القوانين، وانظر بصفة عامة في قاعدة سلطان الإرادة في العقود. د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الهيئة العامة للكتاب، ج٢، ص ١٩٨٦، ص٢٠.

(٢) فى تطبيق هذا المبدأ انظر:

H. Batiffol, L'affirmation de la loi d'autonomie dans la jurisprudence Francaise, Choix d'article 1976, P. 265 et suiv.

(3) Rev. Crit., 1999, P. 227.

رقم ١٠٥ – ٢٢ – ١٩٩٢ بشأن تنظيم علاقات القانون الدولي الخاص[١]، والمادة ١٢١٠ من القانون الدولي الخاص السويسري لسنة ٢٠٠١[٢].

وهي أيضا القواعد التي تبنتها الاتفاقيات الدولية على النحو الذي نراه مثلا في المادة/ ٣ من اتفاقية روما لسنة ١٩٨٠ بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية[٣] التي تنص على أن: "يحكم العقد القانون المختار من أطرافه"، والمادة (٧) من اتفاقية مكسيكو لسنة ١٩٩٤ بشأن القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية بين الدول الأمريكية[٤].

ومن ثم فلأطراف عقد المقاولة من الباطن اختيار قانون الدولة التي يتبعها أحدهم أو حتى قانون دولة ثالثة، سواء باعتباره قانون دولة محايدة أو باعتباره القانون الأكثر ملاءمة لحكم العلاقة أو الأكثر تحقيقاً لتوقعاتهم المشروعة.

وفى المجمل فإن لهم إخضاع العقد للقانون الذي يرتبط بالعلاقة ارتباطاً مباشراً بشرط عدم التعارض مع النظام العام. ولكن هل يعد اختيار أطراف عقد المقاولة من الباطن للقانون واجب التطبيق ملزماً للقاضي؟

من المسلم به أن حرية الأطراف فى اختيار القانون واجب التطبيق تستند إلى قاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين، وهي – كما يقول البعض –[٥] قاعدة قانونية يجب أن تستند إلى نظام قانونى معين يضع لها ضوابطها وحدودها على النحو الذي ورد بالمادة ١٤٧ من

(1) Rev. Crit., 1994, P. 167.
(2) Rev. Crit., 2002, P. 182.
(3) Rev. Crit., 1980, P. 875.
(4) Rev. Crit., 1995, P. 173.
(٥) انظر د. هشام على صادق، النظام العربى لضمان الاستثمار ضد المخاطر التجارية، منشأة المعارف بالإسكندرية، ط ١٩٧٧، ص ٢٤٧.

القانون المدني المصري[١]، والمادة ١١٣٤ من القانون المدني الفرنسي[٢]، ومن ثم يكون الاختيار مستنداً لسلطة أو رخصة يعترف بها نظام قانونى معين للأطراف المتعاقدة يمكنهم بمقتضاها إنشاء مراكز قانونية تحقق توقعاتهم المشروعة بالسماح لهم باختيار القانون الذي يرونه محققًا للنتيجة التي يبتغونها من وراء هذا الاختيار[٣].

٢ – الاختيار الضمني للقانون الواجب التطبيق:

يتضح من القواعد العامة المشار إليها، أنها قد ساوت بين أثر كل من الإرادة الصريحة والإرادة الضمنية فى اختيار القانون الواجب التطبيق[٤]، حيث اعتدت بالإرادة الصريحة كضابط لاختيار القانون الواجب التطبيق وعند السكوت اعتدت بالإرادة الضمنية وفق ضوابط حددتها القوانين والاتفاقيات لتركيز العلاقة العقدية، مع ترك مسؤولية البحث في الظروف والملابسات. وفى المجمل تفسير الإرادة المشتركة، للقاضي الذي يستخلص القانون واجب التطبيق على العقد[٥].

وعلى ذلك فإنه إذا لم يعيِّن طرفي العقد القانون الواجب التطبيق تحديداً صريحًا وجب على القاضي البحث عن القواعد القانونية التي يمكن الرجوع إليها؟

---

(١) التي تنص على أن "العقد شريعة المتعاقدين".

(٢) التي تنص على أن "الاتفاقات التي تمت على وجه شرعي تقوم بالنسبة إلى من عقدوها مقام القانون".

(٣) انظر:

D. Halleaux et J. Foyer et de la predelle: Droit international privé, Masson, Paris, 1987, P. 592.

(٤) انظر: د. هشام على صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي بالإسكندرية، ط/ ٢، ٢٠٠١، ص ٣٤٤.

(٥) انظر حكم محكمة النقض الفرنسية في اعتناق فكرة أنه إذا كان للأطراف حرية اختيار القانون واجب التطبيق فإن دورهم يقتصر على تركيز العقد بينما يقوم القاضي باستخلاص القانون واجب التطبيق.

Cour de cassation Française, 25 Mars 1980, Revue critique de droit int. prive, 1981, P. 576 note Batiffol.

ويستخلص من طبيعة العقد الدولي للمقاولة من الباطن والظروف المحيطة بإبرامه وتنفيذه أنه سيكون أمام القاضي تزاحم بين أربعة نظم قانونية رئيسية للاختيار فيما بينها هي:

١ – قانون الدولة محل إبرام عقد المقاولة من الباطن.

٢ – قانون الدولة التي يتم في إقليمها تنفيذ عقد المقاولة الأصلي.

٣ – قانون الدولة موطن الشركة "رب العمل" المقاول الأصلي.

٤ – قانون الدولة موطن الشركة المقاول من الباطن.

إضافة إلى وجود تزاحم من نوع آخر يتعلق بالالتزامات محل العقد، ذلك أن الالتزامات الناشئة عن عقد المقاولة من الباطن – مثله مثل عقد المقاولة الأصلي – تنصب على الأعمال المادية التي يقدمها مقاول الباطن[1]. والأجر الذي يدفعه المقاول الأصلي (صاحب العمل)، ومن ثم يرتبط توطين النزاع فى إطار قانون واجب التطبيق بطبيعة الالتزام، وهو ما يعني أنه في حالة وجود نزاع بشأن كل من الالتزامين المتقابلين وكان كلاهما واجب الأداء في دولة واحدة، أمكن تطبيق قانون هذه الدولة على النزاع برمته، أما إذا اقتصر النزاع على التزامات المقاول من الباطن بأن كان الخلاف متعلقاً بالأعمال المادية التي يقدمها فإن تحديد القانون واجب التطبيق يتوقف على ما إذا كانت هذه الأعمال تتعلق بالمنقولات أم تتعلق بتنفيذ أعمال متعلقة بالعقارات من الأبنية والمنشآت، حيث يطبق قانون مكان وجود المنقول أو قانون الدولة التي فيها المنشآت

(١) انظر د. السنهوري، الوسيط، المجلد الأول، ج ٧، منشورات الحلبى الحقوقية، الطبعة الثالثة، بيروت، ط/ ٢٠٠٠، ص ٧.

على النحو الذي قررته المادة ١٨ من القانون المدني المصري التي تنص على: "يسرى على الحيازة والملكية والحقوق العينية الأخرى قانون الموقع فيما يختص بالعقار ويسرى بالنسبة إلى المنقول قانون الجهة التي يوجد فيها هذا المنقول وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية، ويسرى بالنسبة للمنقول قانون الجهة التي يوجد فيها هذا المنقول وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى أو فقدها"، وهو نفس ما تضمنته المادة ٢٤ من القانون المدني العراقي، والمادة ٤/ ٣ من اتفاقية روما لعام ١٩٨٠ بشأن القانون واجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية.

أما إذا كان النزاع بشأن الخلاف على الأجر الذي يستحق للمقاول من الباطن، فيتوقف تحديد القانون واجب التطبيق على طبيعة هذا الأجر هل هو مقابل نقدي أم هو عقار أو منقول؟ – سواء كنسبة من المشروع محل المقاولة أو كمقابل مادى يؤديه صاحب العمل (المقاول الأصلي) للمقاول من الباطن – حيث يطبق قانون الدولة التي يستحق الأجر النقدي فى إقليمها وقت إتمام المقاول من الباطن للعمل المتعاقد على إنجازه، بينما يخضع المقابل المادي عقاراً أو منقولاً للقواعد العامة فيسري قانون الدولة التي يوجد فيها العقار أو قانون الدولة التي فيها المنقول وقت إتمام العمل واستحقاق الأجر.

وظاهر من ذلك أنه فى حالة عدم الاختيار الصريح، فإننا نكون بصدد تزاحم لمجموعة من النظم القانونية التي يمكن أن ينعقد لكل منها الاختصاص بحكم العلاقة، وهنا يثور التساؤل عن تأثير عقد المقاولة الأصلي على عقد المقاولة من الباطن.

وبعبارة أخرى هل يجذب عقد المقاولة الأصلي عقد المقاولة من الباطن بحيث

يطبق القانون الذي يسري على أولهما على ثانيهما؟.

ورد الرد على هذا التساؤل فى بعض أحكام التحكيم التي تتعلق بالحالات التي تنفذ فيها الالتزامات الواقعة على مقاول الباطن على إقليم ذات الدولة الأجنبية التي ينفذ فيه عقد المقاولة الأصلي، إذ يترجح عندئذ توطين عقد الباطن في هذه الدولة باعتبارها مكان تنفيذ الالتزامات الجوهرية المميزة لطبيعة العقد.

ومن ذلك ما تضمنه حكم هيئة تحكيم غرفة التجارة الدولية ICC عام ١٩٧٨ في النزاع بين شركة هولندية مع أخرى فرنسية حيث تعهدت الأخيرة ببناء سفينة شحن لصالح الأولى، ولتنفيذ تعهدها أبرمت عقد مقاولة من الباطن مع شركة إنجليزية لتجهيز المحركات اللازمة (وفق المواصفات الخاصة الداخلة في بنود العقد والضمان المتفق عليه).

وإزاء عدم تحديد القانون الذي يحكم الخلافات الناشئة عن عقد الباطن قررت هيئة التحكيم ربط عقد الباطن بعقد المقاولة الأساسي. وفى تعليل ذلك قررت المحكمة أن توريد هذه الأجزاء لا ينفصل عن تصنيع السفينة المطلوبة، وأن تركيز العقد الأساسي في إطار النظام القانوني الفرنسي أمراً ليس محلاً للمنازعة، ومن ثم صار مؤكداً – لديها – رغبة الأطراف في إخضاع عقد المقاولة من الباطن لذات القانون الذي يخضع له العقد الأصلي، انتهت إلى إخضاع النزاع للقانون الفرنسي[1].

وترجع هذه الفكرة إلى أن عقد المقاولة من الباطن وسيلة لتحقيق وتنفيذ العقد الأصلي[2]. وبعبارة أخرى أن المقاول من الباطن يقوم بأداء ما التزم به المقاول الأصلي

(1) Sentence C.C.I., Rendue dans l'affaire no. 2119 en 1978, J.D.I., Clunet, 1979, P. 997 Obs. Y. Derains. CF. Sentence C.C.I., rendue dans l'affaire no. 3043, 1978, Ibid, P. 1001, obs. Derains.

(2) J. Nert, La Sous- Contrat, L.G.D.J., 1979, no. 203 et s. P. 159 et s.

تجاه صاحب العمل، حيث يهدف العقد الأصلي والعقد من الباطن إلى تحقيق نفس الهدف وهو تنفيذ رغبة المتعاقد الأصلي. ونتيجة لهذا يجتذب العقد الفرعي إلى العقد الأصلي.

والحقيقة أن هذا الاتجاه رغم ما فيه من المنطق المجرد إلا أنه لم يلق إجماعاً حيث نؤيد ما ذهبت إليه التعليقات على هذه الأحكام – لاسيما – إذا كان تعاقد الباطن قد أنشأ عقد شراكة "Contrat de Consortium" لتنفيذ المقاولة، ونرى أن القانون الذي يطبق على العقد الأساسي ليس بالضرورة أن يكون هو القانون الأفضل للتطبيق على عقد الباطن[1].

تطبيق قانون الدولة مقر التحكيم:

هل للمحكمة أو لهيئة التحكيم استبعاد النظم القانونية المذكورة سلفاً وترجيح تطبيق قانون آخر؟

الحقيقة أنه وفى غياب الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق يمكن تطبيق قانون المكان الذي تنعقد فيه هيئة التحكيم لاسيما إذا ما كان تحديد المكان قد تم بناء على اتفاق الأطراف على شرط التحكيم، وهو ما يفسر بأنه موافقة ضمنية على تطبيق قانون الدولة مقر التحكيم[2].

وهو ما يفسر استخدام المشرع الفرنسي اصطلاح Sous- Traité للتعبير عن المقاولة من الباطن في المادة الأولى من القانون رقم ١٣٣٤ – ٧٥ الصادر فى ٣١ ديسمبر ١٩٧٥ بشأن تنظيم المقاولة من الباطن.

(١) انظر فى هذا الانتقاد تعليق: "Y. Derains" ، في تعليقه على أحكام التحكيم بالهامش قبل السابق.

(٢) انظر دليل التحكيم التجاري الدولي لغرفة التجارة الدولية بباريس، طبعة الاتحاد العام للغرف التجارية المصرية، ص ٤٣.

إلا أن هذا الاحتمال قد يقيده – رغم أن اختيار المكان تم بناء على اتفاق الأطراف – نص فى قانون الدولة مقر التحكيم أو لائحة المؤسسة التحكيمية التي ينظر في إطارها النزاع، على النحو الذي بينته المادة ٤٢ من اتفاقية إنشاء مركز تسوية منازعات الاستثمار فى واشنطن (ICSID) حيث استبعد النص أى دلالة لمكان انعقاد التحكيم فيما يتعلق بالاختيار الضمني للقانون الواجب التطبيق(١).

القانون الواجب التطبيق على إثبات عقد المقاولة من الباطن:

لم يورد المشرع المصري ولا المشرع الفرنسي قواعد خاصة بإثبات عقد المقاولة من الباطن ، ولذلك يرجع إلى الأصل في الإثبات فيخضع في إثباته للقواعد العامة التي تطبق بشأن الإجراءات والتي تخضعها للقانون الوطني للدولة(٢).

المطلب الثاني
القانون الواجب التطبيق فى العلاقة بين المقاول من الباطن وصاحب العمل (تنازع القوانين بشأن الدعوى المباشرة)

تتنوع وسائل حماية حقوق المقاول من الباطن فى العلاقات الخاصة الدولية ما بين تنظيمها بقواعد قانونية فورية التطبيق وما بين إعطاءه الحق في الدعوى المباشرة في مواجهة صاحب العمل الأساسي(٣). ولا جدال فى عدم وجود علاقة عقدية بين مقاول الباطن وصاحب العمل الأساسي إلا أن وحدة الالتزام بإنجاز العمل محل عقد المقاولة الأصلي وعقد المقاولة من الباطن يدفع إلى التساؤل عن نوع ونطاق المسئولية (عقدية

(١) مسايرة الاتجاه العام للاتفاقية نحو إنشاء هيئة تحكيم دولية مستقلة.

(٢) انظر نص المادة ٢٢ من القانون المدني المصري التي تنص على أنه: "يسرى على قواعد الاختصاص وجميع المسائل الخاصة بالإجراءات قانون البلد الذى تقام فيه الدعوى أو تباشر فيه الإجراءات".

(3) Ludovic Pailler, La protection du sous-traitant dans L'order international, presses de L'université Toulouse, 2019, P. 177-190 Spec, P. 177.

أم تقصيرية) التي تنشأ بينهما حتى نتمكن من تحديد القانون واجب التطبيق وفق قاعدة الإسناد المناسبة.

والواقع أن المقاول من الباطن يعد من الغير بالنسبة لصاحب العمل الأساسي، حيث لا تربطهما علاقة عقدية إلا أن المشرع وحفاظًا على حقوق المقاول من الباطن خرج عن القواعد العامة التي تقضى بأن العقد لا يكون سارياً إلا بين أطرافه، ولا يتعدى أثره إلى الغير، وكذلك خروجًا على قاعدة المساواة بين الدائنين، حيث تعطى للمقاول من الباطن مركزاً ممتازاً بالنسبة لغيره من الدائنين(١)، حينما منحه الحق في المطالبة بما للمقاول الأصلي من حقوق لدى صاحب العمل الأساسي بمقتضى دعوى مباشرة، يصبح بمقتضاها دائنًا شخصياً لصاحب العمل الأساسي(٢)، وفى المقابل جعل لصاحب العمل الأساسي الحق في مطالبة المقاول من الباطن وفق قواعد المسئولية التقصيرية بصفة عامة وبمقتضى الدعوى المباشرة في المطالبة بالتسليم والضمان ، فما هي الدعوى المباشرة وما هو القانون الذي يحكمها؟ والجواب في الفرعين التاليين :

الفرع الأول : التكييف القانوني للدعوى المباشرة

الدعوى المباشرة : هي الدعوى التي قررها المشرع لصالح المقاول من الباطن وتابعيه في مواجهة صاحب العمل الأساسي للمطالبة بما للمقاول الأصلي من حقوق

(١) لمزيد من التفصيلات، انظر: دكتور/ أسامة محمد طه، النظرية العامة لعقود الباطن، المرجع السابق، ص٢٧٩ وما بعدها.

(٢) لمزيد من التفصيل، انظر: الدكتور/ محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، طبعة ٢٠٠٦، ص ١١٣. حيث يسعى المقاول من الباطن للاستئثار بالحق الذي في ذمة صاحب العمل الأصلي لصالح المقاول الأصلي، باسمه وليس باسم الأخير. وانظر الدكتور/ رمضان أبو السعود، الدعوى المباشرة، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، سنة ١٩٧٤، ص ١٦.

رغم عدم وجود علاقة مباشرة بين المقاول من الباطن وصاحب العمل، حيث تنص المادة ٦٦٢ من التقنين المدني المصري على أنه: "١- يكون للمقاولين من الباطن وللعمال الذين يشتغلون لحساب المقاول فى تنفيذ العمل، حق مطالبة رب العمل مباشرة بما لا يجاوز القدر الذي يكون مديناً به للمقاول الأصلي من وقت رفع الدعوى، ويكون لعمال المقاولين من الباطن مثل هذا الحق قبل كل من المقاول الأصلي ورب العمل[١].

وبادئ ذي بدء من الطبيعي أن يقوم القاضي بتطبيق القواعد القانونية التي تتضمنها الاتفاقيات الدولية التي تلتزم بها دولته، ثم قواعد الإسناد التي ترد في قانونه الوطني لحل المنازعات التي تنشأ في مثل هذه الأحوال[٢]. لاسيما وأنه من النادر أن يضع المشرع قواعد موضوعية مباشرة لحل المنازعات ذات الطبيعة الدولية، ومن ثم فإن أول ما يبدأ به القاضي لتحديد القاعدة القانونية واجبة التطبيق أن يعطى الأولوية لتطبيق القواعد القانونية الموضوعية فورية التطبيق، إن وجدت، ثم تطبيق قواعد تنازع القوانين التي تحدد له النظام القانوني واجب التطبيق لحل الخلاف المعروض عليه من خلال العناصر والظروف التي تبينها قواعد الإسناد[٣].

وهنا تظهر أهمية البحث عن الطبيعة القانونية للدعوى المباشرة وهل تندرج – فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق – تحت ما يتعلق بالمسائل التعاقدية أم غير التعاقدية[٤]؟

---

(١) انظر فى تفصيلات ذلك: دكتور/ أسامة محمد طه، المرجع السابق، ، ص ١٨٩ وما بعدها.

(2) J.L. Van Boxstael, aspects de droit international prive, in Guide de droit immobilier, Bruxelles, story-Scientaie 32 (nov. 1999), P. 2.

(3) Ibid.

(4) Fr. Rigaux et marc Fallon, Droit international privé, l'université catholique de Louvain, 3 eme ed. Bruxelles, La rcier 2005, P. 282.

فعلى المستوى الأوروبي لم ينظم المشرع فى مصر والدول العربية هذا الموضوع بقواعد خاصة، بينما نظمها المشرع الفرنسي ضمن تنظيمه لعقد المقاولة من الباطن بالقانون رقم ١١٣٤ – ٧٥ الصادر في ٣١ ديسمبر ١٩٧٥[١].

وعلى المستوى الأوروبي فينحصر الخلاف حول تطبيق القواعد الواردة في إحدى الاتفاقيتين:

١ – اتفاقية روما الأولى لتحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية "Obligation Contractuelles"[٢].

٢ – اتفاقية روما الثانية لتحديد القانون واجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية[٣].

ومن ذلك يتضح أهمية أن يقوم القاضي بوصف الدعوى المباشرة وفق قواعد القانون الوطني فى بلده[٤]، لتحديد ما إذا كانت مما يخضع لقواعد اختيار القانون واجب التطبيق على العقود (مثل قانون محل الإبرام أو قانون محل التنفيذ)، أم مما يخضع للقانون واجب التطبيق على ما ينشأ عن المسئولية التقصيرية (مثل قانون محل وقوع الفعل الضار)[٥].

وقد انقسم الفقه والقضاء حول تحديد الطبيعة القانونية للدعوى المباشرة فبينما يرى البعض أنها من المسائل التي تتعلق بالمسئولية التقصيرية – نظراً لعدم وجود علاقة

(1) Cass, 3 e. Civ. 27 September 1983, no 82- 12. 737, Bull. Civ., 111- 132; Cass. Civ., 21 Juin, 1950, Messagries Maritimes, Dalloz 1951, P. 749 note Hamel, Sirry 1951-1-1, note Niboyet, Rev. Crit.D.1.P., 1950, P. 609 note H. Batiffol.

(2) Reglement (C.E) no 593/ 2008 du parelement (Rome I, J.O.C.E) 4 Juillet 2008, P. 6.

(3) Rome II, J.O.C.E, 31 Juillet 2007, P. 40- 49.

(4) Voir: R. Boukhari, La qualification en droit international Privé, Les chiers de droit, 511, 2010, P. 159.

(5) Voir R. Jafferali, Actualité jurisprudentielle dans le domaine du droit applicable aux obligations contractuelles et non contractuelle (2007- 2012) in Actualités en droit international privé, Bruxelle, Bruylant 2013, no. 20 et Suiv. P. 105.

عقدية بين صاحب العمل الأساسي والمقاول من الباطن – ومن ثم تخضع للقاعدة العامة التي تسند العلاقة لقانون مكان وقوع الفعل الضار[١].

يرى البعض الآخر أنها من المسائل التي تتعلق بالمسئولية التعاقدية وإن اختلفوا في الأساس الذي ترد إليه وتستند عليه .

فقد ذهب البعض – فى الفقه التقليدي – إلى رد الدعوى المباشرة إلى فكرة الاشتراط لمصلحة الغير، على أساس أن صاحب العمل الأساسي في تعاقده مع المقاول الأصلي إنما يشترط لمصلحة المقاول من الباطن (الدائن المباشر)[٢].

وذهب البعض الآخر إلى رد الدعوى المباشرة إلى فكرة الامتياز[٣] المقرر لمصلحة الدائن بالنظر إلى وجود ارتباط بين الديون[٤]، حيث تكون الدعوى المباشرة هي وسيلة تحريك الامتياز المقرر للدائن ومن ثم يكون الامتياز على الدين والدعوى المباشرة

---

(١) انظر:

W. Boyault et S. Le maire, Protection du Sous- traitance en matiere international, la cour de cassation Française", note sous cass. Fr. (Chamber Mixte), 30 nov. 2007, Dalloz, 2008, P. 753 et suiv., Point II.

وانظر أيضا في هذا المعنى:

S. Francq; reglement rome I: obligations contractuelles, Rep. dr. int., Dalloz, Juin 2016, no 19.

(٢) على النحو الذى يجد أساسه فى نصوص المواد من ١٥٤ حتى ١٥٦ من القانون المدني المصري والمادة ١١٢١ من القانون المدني الفرنسي. انظر الدكتور/ عبد الحى حجازي، نظرات فى الاشتراط لمصلحة الغير، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، س٤، ع١، يناير ١٩٦٣، ص ١٨٠.

وفى نقد هذه الفكرة، انظر دكتور/ أسامة محمد طه، النظرية العامة لعقود الباطن، ص ٣٤٤.

(٣) الامتياز سلطة مباشرة يقررها القانون لصالح فئة معينة من الدائنين. انظر المادة ١١٣٠ من القانون المدني المصري.

(٤) لمزيد من التفصيل عن حق الامتياز. انظر الدكتور/ حمدي عبد الرحمن، حقوق الامتياز فى القانون المدني المصري، دار الحقوق للنشر والتوزيع، طبعة ١٩٨٨، ص ١١ وما بعدها.

وجهان لعملة واحدة[١]، وحيث يخضع إنشاءه لقانون مكان تقديم العمل لصاحب العمل الأساسي[٢].

وذهب رأى ثالث إلى رد الدعوى المباشرة إلى فكرة حوالة الحق وسندهم فى ذلك أن هذه الدعوى تنتج من محض انتقال قانوني للحق، فحقوق المقاول الأصلي تنتقل بقوة القانون إلى مقاول الباطن[٣] مع ملاحظة أن هذه الحوالة لا تحدث إلا بممارسة الدعوى المباشرة[٤]، ومن ثم تخضع للقانون الذي يحكم حوالة الحق.

ويرى فريق رابع أن الدعوى المباشرة صورة من صور الحلول[٥] الشخصي بسبب الارتباط بين الديون[٦] وهو ما يفسر كيف أن المقاول من الباطن لا يمكنه مطالبة صاحب العمل الأصلي إلا بالقدر الثابت في ذمته للمقاول الأصلي، ومن ثم تخضع للقانون

---

(١) انظر الدكتور/ أسامة محمد طه، المرجع السابق، ص ٣٤٨. وفى عرض نقد الفكرة، ص ٣٤٩ وما بعدها.

وفى انتقاد هذه الفكرة انظر:

C.H. L'arroument; L'action de nature nessairement contractuelle et la responsabilité civil dans les ensembles contractuelle, J.C.P., 1988, P. 327.

(2) Marie-Elodie Ancel, La protection international de sous traitants, TCFDIP, (Travoux du comité François de droit international privé) 2008-2010, Pedone, 2011, P. 225 et suiv. Notamment no 17 et suiv.

(٣) حيث ينتقل الحق بحالته التي يوجد عليها مع كل أسباب البطلان والدفوع والسقوط السابقة على هذا الانتقال. انظر:

P. Maurice: L'automation de l'action direct, R.T.D.C., T. 4, Paris, 1998, P. 726.

(٤) الدكتور/ أسامة محمد طه، المرجع السابق، ص ٣٥٢.

(٥) فى التنظيم التشريعي للحلول، انظر المادة ٣٢٩ من القانون المدني وانظر فى الحلول فى عقود المقاولة من الباطن:

V. Roulet: Responsabilité et assurances en operation de sous-traitance, Special droit immobilier, 2003, P. 21.

(٦) انظر الدكتور/ جلال العدوى، مبادئ الالتزامات، ج٢، ١٩٧٣، ص ٢٧٠؛ وفى انتقاد الفكرة انظر الدكتور/ أسامة محمد طه، المرجع السابق، ص ٣٥٦.

واجب التطبيق على عقد المقاولة الأصلي.

أما فى الفقه الحديث، فيرى البعض أن الدعوى المباشرة تجد أساسها فى نظرية الإثراء بلا سبب بالنظر إلى أن المقاول من الباطن قدم عمله وأدواته ولم يحصل على أجره وهو ما يحقق الإثراء فى حق صاحب العمل الأساسي والمقاول الأصلي لاسيما إذا ظل المقابل فى ذمة المدين وشاركه فيه غيره من الدائنين، ومن ثم تستند الدعوى المباشرة إلى القانون لا إلى الاتفاق(١).

وينتقد البعض كل هذه المحاولات لوصف الدعوى المباشرة بردها إلى أحد الأنظمة القانونية المعروفة سلفا، بأن ذلك يجافي المنطق القانوني الصحيح لأن من شأنه إخضاعها لأحكام نظام قانوني ما دون مراعاة ما تنفرد به من خصائص، وهو ما دفعهم إلى رد هذا الحق إلى مبادئ العدالة(٢)، أو إلى فكرة التخصيص التشريعي(٣) بنظر المشرع إلى حماية الطرف الضعيف، أو ردها إلى نصوص القانون(٤)، حيث هي دعوى يمنحها القانون لشخص قبل آخر لا تربطه به رابطة قانونية للمطالبة بحق للدائن قبل مدين

(١) انظر المادة ١٧٩ من القانون المدني المصري، والدكتور/ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، طبعة نقابة المحامين ٢٠٠٦، الجزء الأول، ص ٩٦٤ وما بعدها.

(٢) انظر الدكتور/ محمد على عرفة، الدعاوى المباشرة المترتبة على عقد التأمين، مجلة القانون والاقتصاد، س١٦، ع٢، يونيو ١٩٤٦، ص ٢٢١.

(٣) لمزيد من التفاصيل انظر المرجع السابق، ص ٢٢٣، والدكتور/ أسامة محمد طه، المرجع السابق، ص ٣٧٧.

(٤) انظر الدكتور/ السنهوري، المرجع السابق، ج٢، ص ٨٨٤. وانظر نقض مدنى جلسة ٢٩/ ٦/ ١٩٧٨، مج أحكام النقض، س ٢٩، ص ١٦١٢. وكذلك نقض فرنسي:

Cass. Civ. 14 Juin, 1926, D.H. 1926, P. 393.

المدين[1].

ومن جانبنا نرجح الاتجاه إلى أن الدعوى المباشرة من المسائل التي تتصل بالمسئولية العقدية ومن ثم تنظمها[2] القواعد القانونية المتعلقة بالعلاقات العقدية، ذلك أن الدعوى المباشرة ترتبط ارتباطًا واضحا بالعقود التي أدت إلى وجود الحق فى أقامتها والحقوق التي تنصب عليها، إذ أنها لا تقوم منفصلة عن الارتباط والالتزام المفترض بنص القانون – لإقامتها – بين مقاول الباطن وصاحب العمل الأساسي، حيث يوجد التزام إرادي من صاحب العمل الأساسي تجاه المقاول الأصلي بموجب عقد المقاولة يرتب عليه القانون التزام صاحب العمل الأساسي تجاه مقاول الباطن. وبعبارة أخرى تعتبر الدعوى المباشرة أثراً قانونيا ناشئًا عن عقد المقاولة الأصلي[3].

الفرع الثاني : ضوابط اختيار القانون واجب التطبيق

إزاء الوصف السابق أثار البعض تساؤلاً هل تتعلق الدعوى المباشرة بعقد المقاولة الأصلي أم بعقد المقاولة من الباطن فتخضع للقانون الذي يحكم أيا منهما أم هي تتعلق

---

(١) فى تفصيل ذلك انظر الدكتور/ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص ٤٨٥. وفى عرض هذا الاتجاه انظر الدكتور/ أسامة محمد طه، المرجع السابق، ص ٣٧٨ وما بعدها. فممارسة الدعوى المباشرة تنشئ حقًا خاصًا قبل مدين المدين فى حدود الثابت فى ذمة الأخير، حتى لو كان أقل من حق الدائن قبل مدين المدين، وتنقطع صلة هذا الحق بالعلاقات القانونية السابقة عليه، المرجع السابق، ص ٣٨٠.

(٢) وفى هذا الاتجاه فى القانون الدولي الخاص، انظر:

P. Lagarde, la sous-traitance en droit international privé, in C. Gavalda (dir.), la sous- traitance de marches de travaux et de services, Economica, 1978, P. 190, Spec. P. 197 et S.; V. Heuzé, la loi applicable aux actions directes dans les groupes de contracts: l'exemple de la sous traitane internationale, Rev. Crit. Dr. int. Pr. 1996, P. 243, Spec. no 16.

(٣) انظر:

R. Jafferall, op. cit., P. 166.

بكلاهما وتخضع للقواعد القانونية التي تحكم كلا العقدين[١]؟

والحقيقة أن الرابطة التي تربط بين الدعوى المباشرة والعقد الذي أبرمه المقاول الأصلي مع صاحب العمل الأساسي – والتي تبرر اعتبارها أحدى أثار هذه العلاقة العقدية، ومن ثم تدخل فى إطار المسئولية العقدية – لا تؤدى بالضرورة إلى أن يكون القانون واجب التطبيق على هذا العقد هو القانون واجب التطبيق على الدعوى المباشرة، حيث توجد ثلاثة روابط يمكن استخدام أيا منها فى تحديد هذا القانون ألا وهي:

١ – الرابطة التي تربط الدعوى المباشرة بالقانون الواجب التطبيق على عقد المقاولة من الباطن.

٢ – الرابطة التي تربط الدعوى المباشرة بالقانون واجب التطبيق على عقد المقاولة الأصلي.

٣ – الرابطة التي تربط الدعوى المباشرة بكلا القانونين بالنظر إلى أن الدعوى تتعلق بحق للمقاول الأصلي لدى صاحب العمل الأساسي، إلا أن من يستعملها هو المقاول من الباطن، وهي الفروض التي سنعرض لها بالتفصيل فيما يلى:

الاتجاه الأول: إخضاع الدعوى المباشرة للقانون واجب التطبيق على عقد المقاولة من الباطن:

يرى البعض أن الدعوى المباشرة يجب أن تخضع للقانون الذي يحكم عقد المقاولة

---

(١) انظر:

Fr. Glansdrff, Reflections Complémentaires au sujet de l''action contractuelle direct du maitre de l'ouvrage contre le sous-traitant et plus géneralement au sein des groupes de contrats"., R.G.A.R., 1990, no. 11, P. 596 Spec. note 33 et 34.

من الباطن – حتى ولو لم تكن معروفة فى القانون واجب التطبيق على عقد المقاولة الأصلي – ومرجع ذلك أن تطبيق هذا القانون يحقق التوقعات المشروعة للمقاول من الباطن، لاسيما إذا كان صاحب العمل الأساسي تابعا لدولة ينظم قانونها هذه النوعية من الحقوق(١).

يضاف إلى ذلك حقيقة أن هذه الدعوى ما هي إلا وسيلة تابعة لحق المقاول من الباطن فى المطالبة بالمديونية التي نشئت عن تنفيذ عقد الباطن، ومن ثم يكون القانون واجب التطبيق على هذا العقد هو القانون الأفضل لتنظيمها(٢).

ويعيب هذه الوجهة من النظر أن التوقعات المشروعة لصاحب العمل الأساسي تستحق أن تؤخذ فى الاعتبار مثلها مثل التوقعات المشروعة للمقاول من الباطن، حيث قد يكون خاضعا لنظام قانونى لا يعرف أسلوب الدعوى المباشرة، ومن ثم لا يتوقع أن يكون خصما فى مطالبة من مقاول الباطن الذي لا تربطه به أى علاقة عقدية(٣).

الاتجاه الثاني: إخضاع الدعوى المباشرة للقانون واجب التطبيق على عقد المقاولة الأصلي:

بإبرام عقد المقاولة الأصلي وتحديد القانون الواجب التطبيق تتحدد الحقوق التي يرتبها هذا القانون لكل من الطرفين، بمعنى أن هذا القانون هو الأقرب لتنظيم ما إذا كان

(١) انظر:

D. Powell, Sub-contracting in the united Kingdon, Ent. et dr., 1991, P. 54- 56, P. Wautelet, La Sous-traitance international, questions choisies, dans "La Sous-traitance, Commission de droit et vie des àffaires, Bruxelles, Bruylant, 2003, P. 44.

(2) Voir: P. Wautelet Ibid..

(3)Voir: Pr. Jean-Louis van Boxstael, Droit international privé et sous-traitance international: quelle place pour l'action directe du sous-traitant? Faculté de droit, université Catholique de Louvain, 2016- 2017, P. 48.

لطرف ثالث الاستفادة من آثار عقد المقاولة الأصلي ونطاق هذه الاستفادة[١]، وبالتالي يكون هو القانون واجب التطبيق فى تحديد حق المقاول من الباطن فى استخدام الدعوى المباشرة رغم أنه لم يكن طرفاً فى العقد الأصلي، ذلك أن الدعوى من مكملات تنفيذ عقد المقاولة الأصلي، وبالتالي تتفق والتوقعات المشروعة لصاحب العمل الأساسي (المدين بالالتزام)، بشرط أن يكون القانون واجب التطبيق على العقد الأساسي من القوانين التي تعرف وتنظم هذه الدعوى.

وبعبارة أخرى فإن الدعوى المباشرة لن يكون لها مجال إلا إذا كانت معروفة ومنظمة وفق القانون واجب التطبيق على العقد المبرم مع صاحب العمل الأساسي[٢]، نظراً لأن هذه الدعوى تقر لمقاول الباطن الاستفادة من الالتزام التعاقدي الناشئ عن العقد بين المقاول الأصلي وصاحب العمل الأساسي، لاسيما وأن صاحب العمل لا يمكن أن يتوقع تطبيق قانون آخر غير القانون الذي يحكم العقد الذي أبرمه مع المقاول الأصلي. وقد وجد لهذا الاتجاه صدى فى بعض أحكام القضاء الأوروبي منذ عام ٢٠١٤[٣]، على سند من أن التوقعات المشروعة لصاحب العمل الأساسي لنطاق التزاماته تتحدد فى اللحظة التي اختار فيها القانون واجب التطبيق على العقد الذي أبرمه، فإن كان يجيز استخدام الدعوى المباشرة مقدما، كان صاحب العمل على بينة بما يمكن أن يتعرض له من مطالبات من مقاول الباطن.

---

(1) Voir: R. Jafferali, op. cit., P. 168; V, Heuze, op. cit., Spec, no. 18.

(٢) انظر:

V. Heuze: "La loi applicable aux actions directes dans les groupe de contrats, L'example de la sous-traitance international, Rev. Crit. dr. int. pr., 1996, P. 243- 266.

(٣) انظر فى القضاء البلجيكي تعليق B. Volders:

Comm. Anvers 8 oct. 2014, R.A.B.G., 2015/12, P. 897 .

وهو ما يتفق مع نص المادة ١٢/ ١ من اتفاقية روما بشأن الالتزامات التعاقدية، والذي نجد له تطبيقاً فى النزاع الذي نشأ بين شركتين تحملا الجنسية الهولندية، حين استندت المحكمة إلى مكان تنفيذ العقد لتقضى باختصاصها وبتطبيق القانون البلجيكي – الذي ينظم الدعوى المباشرة–[1]، باعتباره القانون واجب التطبيق على عقد المقاولة الأصلي، وعدم الالتفات إلى القانون واجب التطبيق على عقد المقاولة من الباطن – الذي لا يعرف الدعوى المباشرة – رغم أن النزاع قد نشأ نتيجة عدم تنفيذ العقد الأخير، لأن فى ذلك مراعاة للتوقعات المشروعة لكل من المقاول من الباطن فضلا عن صاحب العمل الأساسي.

وفي تفسير ذلك قيل أن إخضاع عقد المقاولة الأصلي لقانون محدد يسمح لصاحب العمل بتوقع مطالبته من قبل مقاولي الباطن من عدمه، بمعرفته بهذا القانون، وهو ما يمكنه تجنب هذه المطالبات بالاتفاق على إخضاع العقد لقانون آخر، أو قبول نتيجة هذه المطالبات.

هذا فضلا عن أنه لما كان عقد المقاولة من الباطن لاحق على عقد المقاولة الأصلي كان لمقاول الباطن – أن يتوقع توقعاً مشروعاً – أن يكون له الحق فى المطالبة بحقوقه لدى المقاول الأصلي بموجب الدعوى المباشرة فى مواجهة صاحب العمل الأساسي.

الاتجاه الثالث: التفرقة بين القانون واجب التطبيق على شروط قبول الدعوى المباشرة

(١) حيث انتهي الحكم إلى القضاء بأن الصلة القوية بين العقد الأساسي والدعوى المباشرة تبرر خضوعها للمادة ١٧٩٨ من القانون الوطني البلجيكي.

انظر تعليق على الحكم المشار إليه:

B. Volders, op. cit., P. 900 – 903.

والقانون واجب التطبيق على موضوعها:

ذهب البعض إلى التفرقة بين القانون واجب التطبيق على شروط قبول الدعوى المباشرة وذلك الذي يحكم موضوعها، على سند من أن قابلية الادعاء المباشر تخضع للقانون واجب التطبيق على المديونية الناشئة عن عدم سداد المقاول الأصلي لحقوق المقاول من الباطن وهو ما ينشأ عن الالتزام الوارد بعقد المقاولة من الباطن، ومن ثم يخضع قبول الدعوى المباشرة للقانون واجب التطبيق على عقد المقاولة من الباطن، حيث ينظم شروط ونطاق تحقق هذه المديونية والالتزام بسدادها(١).

أما موضوع الدعوى المباشرة إلا وهو قيمة ونطاق المديونية الناشئة عن عقد المقاولة الأصلي لدى صاحب العمل الأساسي – والتي يلتزم الأخير بسدادها للمقاول الأصلي – فتخضع للقانون الذي يحكم العقد المبرم بينهما، أى للقانون واجب التطبيق على عقد المقاولة الأصلي.

ويحقق هذا التحليل لعلاقة الدعوى المباشرة بالعقدين – الأصلي والباطن- ميزة تجنب صعوبة التكييف القانوني للدعوى المباشرة من زاوية الارتباط بالعقد ذي الصلة. فليس على القاضي أن يقرر ماهية صلة الدعوى المباشرة بأي من العقدين، إذ يطبق على كل من قبول الدعوى وموضوعها القانون المناسب لكل منهما(٢).

ومن ثم يمكن للمقاول من الباطن معرفة أو توقع ما إذا كان له اللجوء للدعوى

---

(١) انظر:

P. Lagarde: La sous-traitance en droit international privé, en la sous-traitance de marches de travaux et de services, sous la direction de C. Gavalda, Paris, Economica, 1978, P. 186- 204.

(٢) انظر:

Fr. Rigaux et autr., Droit intenational Privé, op. cit., P. 122.

المباشرة من عدمه وفقا للقانون واجب التطبيق على العقد الذي أبرمه مع المقاول الأصلي، وبالتالي يكون قبول هذه الدعوى فى ظل تطبيق هذا القانون محققاً للتوقعات المشروعة لكلاهما فى نطاق عقد المقاولة من الباطن ذي الصفة الدولية(١).

ولكن: هل يمكن الاتفاق على القانون واجب التطبيق على الدعوى المباشرة؟

يختلف الرد على هذا السؤال بحسب الوصف القانوني لطبيعة الدعوى المباشرة:

فبينما جرى العمل فى القواعد العامة على أن لأطراف العقد – إعمالا لمبدأ سلطان الإرادة – اختيار القانون واجب التطبيق على المنازعات التي تنشأ عن العقد المبرم بينهم(٢). جرى العمل على أنه فى العلاقات غير التعاقدية لا يوجد التزام مسبق بين أطراف العلاقة(٣).

نجد أن تطبيق هذه القواعد على العلاقة بين مقاول الباطن وصاحب العمل الأساسي – فى ضوء عدم وجود عقد بين الطرفين – لا يترك أمامنا إلا خيار إمكانية الاتفاق على القانون الذي تخضع له الدعوى المباشرة سواء قبل تحقق المديونية التي للمقاول الأصلي فى ذمة صاحب العمل الأساسي أو بعد تحقق أسبابها.

---

(١) انظر:

W. Wautelet; La sous-traitance international, op. cit., P. 47.

(٢) على النحو الذى نظمته المواد ٣، ١٠، ١١ من اتفاقية روما للالتزامات التعاقدية.

(٣) إلا أن اتفاقية روما للالتزامات غير التعاقدية نظمت هذه المسألة، حيث أجازت بالمادة ١٤/ ١ اتفاق الأطراف على اختيار القانون واجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية، اتفاقاً سابقاً أو لاحقاً على الواقعة التي أدت إلى تحقق الضرر، وبغض النظر عما إذا كان الاتفاق صريحاً أو ضمنياً يستفاد من الظروف المحيطة، شريطة أن لا يتضمن مساساً بحقوق الغير وهو ما يعنى أنه إذا وجد مثل هذا الاتفاق وجب على القاضي الالتزام بتطبيقه.

ورغم أن المنطق النظري يفرض هذا الخيار، إلا أن الواقع العملي يقضى باستبعاده؛ إذ لا يتصور حدوث الاتفاق المسبق لعدم معرفة طرفي الدعوى المباشرة بعضهما البعض – خاصة فى حالة اختلافهما فى الجنسية – كما أنه لا يتصور أن يحدث مثل هذا الاتفاق قبل تحقق الضرر الذي يدعو للنزاع بين الطرفين(١). فضلا عن أنه من الصعب أن نرى اتفاقاً بين الطرفين بعد وقوع الفعل الضار.

يفسر ذلك واقع تضارب مصالح كلا منهما تجاه الآخر، فبينما يرغب صاحب العمل الأساسي فى اختيار قانون لا يجيز المطالبة بالدعوى المباشرة تجاهه، يأمل مقاول الباطن فى اختيار قانون يجيز له إياها.

ومن ثم يمكن القول بأن مبدأ سلطان الإرادة لا يجد له تطبيقا ذا أهمية فى تحديد القانون واجب التطبيق على الدعوى المباشرة.

وهنا يثور التساؤل عما هي قيمة شرط اختيار القانون واجب التطبيق الذي قد يتضمنه عقد المقاولة من الباطن؟

وهل يمكن للمقاول من الباطن الاستفادة من هذا الشرط الذي ورد باتفاقه مع المقاول الأصلي فيما يتعلق بالدعوى المباشرة؟ وبعبارة أخرى هل يمكن تعدية أثر هذا الشرط إلى التعامل مع صاحب العمل الأساسي؟

أثيرت مشكلة تعدية أثر شرط اختيار الاختصاص القضائي والقانون واجب التطبيق أمام محكمة العدل الأوروبية عام ٢٠١٣(٢)، حيث انتهت إلى أنه يشترط لسريان شرط

---

(١) انظر:

Pr. Jean-Louis Van Boxstael, Droit international privé, op. cit., P. 51 et suiv.

(٢) انظر:

اختيار القانون فى مواجهة طرف ثالث أن يثبت المدعى أن الطرف الثالث وافق على هذا الاختيار، وهو ما نراه منطقياً فى المسألة محل البحث.

أثر الدفع بالنظام العام على الدعوى المباشرة:

يعد الدفع بالنظام العام الاستثناء على تطبيق ما تؤدى إليه قواعد الإسناد، حيث يسمح باستبعاد القانون المسند إليه، نظراً لما يؤدي إليه تطبيق هذا الأخير من اثر سلبى على النظام الاجتماعي والسياسي فى دولة القاضي[1].

وتنص المادة ٢٨ من القانون المدني المصري على أنه: "لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته – النصوص السابقة – إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو للآداب فى مصر".

وتنص المادة ٢١ من اتفاقية روما بشأن القانون واجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية على أنه "لا يجوز استبعاد نصوص القانون الذي تشير إليه قواعد الاتفاقية إلا إذا كان تطبيق هذه النصوص مخالفاً للنظام العام في الدولة محل الاختصاص القضائي"[2].

وعلى ذلك وفى ضوء مثل هذه النصوص هل يجوز للقاضي استبعاد القانون الأجنبي واجب التطبيق إذا ما لم يعترف لمقاول الباطن بالحق فى الدعوى المباشرة فى مواجهة

C.J.U.E., 7 Fevrier 2013, Refcomp SpA C. Axa Corporate Solutions Assurance SA et autres, C-543/10, Rec.2013, P. 62.

(1) Voir: P. Wautelet, op. cit., P. 49, et J. L. Van Boxstael: Aspects de droit international privé, op. cit., P.2.

(٢) وهو ما يتفق مع نص المادة ٢١ من القانون الدولي الخاص البلجيكي وجرى العمل عليه فى قضاء النقض. انظر:

Cass 29 avril 2002, Chron. D. S., 2002, Liv. 8, P. 836; Cass. 18 mars 2013, Chron, D.S., 2014, Liv. 9, P. 460.

وهي نفس الفكرة التي يتبناها القضاء المصري في تحديد مفهوم الدفع بالنظام العام.

صاحب العمل الأساسي؟.

لا يميل الفقه والقضاء إلى ترجيح تعلق الدعوى المباشرة بالنظام العام[١]، بمعنى عدم اعتبار القانون الذي لا يقر للمقاول من الباطن بالحق فى الدعوى المباشرة مخالفاً للمبادئ والقيم الأساسية للمجتمع.

كما لا يعتبر القانون الذي يقر هذه الدعوى مخالفاً للنظام العام من حيث الأصل، ومن ثم فعلى القاضي إذا أراد استخدام الدفع بالنظام العام لاستبعاد القانون الأجنبي الذي يعرف الدعوى المباشرة، أن يثبت مخالفة القانون الذي يقر هذا الحق للنظام العام فى دولته.

أثر تطبيق القواعد ذات التطبيق الفوري على الدعوى المباشرة:

قد تستخدم الدولة أسلوب القواعد ذات التطبيق الفوري لحماية المقاول فى العقود الدولية للمقاولة من الباطن[٢]، بغض النظر عما قد تؤدى إليه قواعد الإسناد[٣] لاتصال العلاقة أما بإقليم القاضي أو بأحد مواطنيها[٤]. ويعد القانون الفرنسي رقم ١١٣٤ – ٧٥ الصادر فى ٣١ ديسمبر ١٩٧٥ بشأن تنظيم عقود المقاولة من الباطن[٥] مثالا واضحاً للقواعد التي توصف بهذا الوصف[٦].

(1) Voir: Fr. Rigaux et M. Fallon, op. cit., P. 308; P. Wautlet, op. cit., P. 43.

(2) Voir: Ludovic Pailler: La protection du sous traitant dans l'order international, preese de l'université toulause, open edition books, P. 177- 190.

(3) Voir: G. Durand- Pasquier, "La loi applicable à la sous-traitance international: Bilan et perspectives", Lexis Nex's constraction- urbanisme, no I, Janvier 2008, P. I; Voir Aussi, Pauline d'Argent, op. cit., P. 56; M.E. Ancel, op. cit., P. 225.

(4) Voir: J.E. Van Boxstael, op. cit. P. 2.

(5) Voir: M. Audit; "La loi du 31 decembr 1975 relatine à la sous-traitance est un loi de police". Rev. juridique de l'economie publique, no 654, Juin2008, comm.. 25, P 6.

(٦) فعلى سبيل المثال تشير المادة/ ٢٠ من القانون الدولي الخاص البلجيكي إلى قواعد البوليس حيث تنص على:

وقد تصدت المادة/ ٩ من اتفاقية روما الأولى إلى هذه المسألة حيث عرفت قواعد البوليس بأنها القواعد الآمرة التي تصدرها الدولة لحماية مصالحها العامة ومؤسساتها السياسية والاجتماعية والاقتصادية وتطبقها أيا كان القانون الذي تشير إليه قواعد الإسناد أو الذي يختاره الأطراف(١).

وهو المفهوم الذي استخدمته محكمة النقض الفرنسية حين اعتبرت القانون رقم ١٣٣٤ لسنة ١٩٧٥ الخاص بتنظيم المقاولة من الباطن من ضمن القواعد فورية التطبيق(٢).

ولكن هل للقاضي الوطني تطبيق القواعد الأجنبية ذات الأثر الفوري؟

أجازت المادة ٩- ٣ من اتفاقية روما للقاضي الوطني فى دول الاتحاد الأوروبي تطبيق القواعد الأجنبية فورية التطبيق التي لا تتعلق بقانون القاضي(٣).

"Les dispositions de la présente loi ne partent pas atteinte à l'application des regles imperatives ou d'order public du droit belge qui entendent regir une situation internationale quell que sait le droit désigné par les regles de conflit de loi, en vertu de la loi ou en raison de leur but Manifeste".

(1) "Un loi de police est une disposition imperative dont le respect est jugé crucial par un pays pour la souvegarde de ses interest publics, tells que son organization politique, sociale qu economique, au paint d'en exiger l'application é toute situation entrant dans son champ d'application, quelle que soit par ailleurs la loi applicable au contrat d'aprés le present reglemen".

وهو التعريف الذى أخذت به محكمة العدل الأوروبية فى حكم لها عام ١٩٩٩، فى قضية "Arblade". انظر:

C.J.C.E., 23 nov. 1999, C- 369.96, Rev. Crit. Dr. int. privé, 2000, P. 710 note Fallon.

(2) Cass. Fr. (Champer Mixte), 30-11-2007, Agintis, no 66-14-006 Bull Civ. No 12, Rapport de la cour de casation 2007, P. 481. D. 2008, P. 753 note, W. Boyault et S. Lemaire, Gaz. Pal. 2008, P. 82, note M-L. Niboyet, Rev. Crit. Dr. int. Pr. 2009, P. 728, note M-E. Ancel.

وفى انتقاد هذا الحكم فيما يتعلق بتكييف الدعوى المباشرة، انظر:

M. Ancel: "La ligne tenue par la cour de cassation en France en Matiere de sous-traitance internationale, Rev. Crit. Dr. int. pr. 2009, no 4, P. 732- 740.

(3) S. Francq, "Le reglement Rome I sur la loi qpplicable aux obligations contractuelles, De queleques changements", Clunet, Vol. 136, no. I, P. 56.

خاتمة

في نهاية البحث توصلت إلى عدة نتائج وتوصيات ، من أهمها ما يلي :

أولاً – النتائج :

١ – عقد المقاولة من الباطن له أهمية كبيرة فى الواقع العملي – محليا ودوليا – لتنفيذ المشروعات الكبرى.

٢–فكرة وحدة الالتزام القانوني بين عقد المقاولة الأصلي وعقد المقاولة من الباطن، كل ذلك كان له أثره في استرعاء انتباه الفقه لبحث مشكلة تحديد القانون واجب التطبيق على عقد المقاولة من الباطن وما ينشأ عنها من استخدام للدعوى المباشرة .

٣– الأمر الذي قد يحتاج إلى إيجاد تنظيم خاص بهذه النوعية من العقود وما يترتب عليها من حقوق تحقيقاً للاستقرار في المجال التجاري والاقتصادي للدولة.

ثانيًا – التوصيات :

١ – لابد أن يحظى عقد المقاولة من الباطن بالتنظيم التشريعي الكافي في الدول العربية، إذ يغلب أن يرد تنظيم هذه العقود ضمن قواعد القانون المدني دون مراعاة للمتغيرات الاقتصادية والفنية والتكنولوجية، وتزداد المشكلة تعقيداً في نطاق تنازع القوانين نظراً للعلاقات المتشعبة التي تنشأ عن إبرام هذه العقود، وهو ما يعرض المقاول من الباطن لمخاطر متنوعة، وهو ما أوجد الدعوى المباشرة التي أوجدت الصلة بين المتعاقد من الباطن وصاحب العمل الأساسي – خروجاً على قاعدة المساواة بين الدائنين وقاعدة الأثر النسبي للعقود .

٢ – إزاء التوسع فى استخدام عقود المقاولة من الباطن لتنفيذ المشروعات الكبرى في جميع أنحاء العالم وهو ما قد يؤدى إلى تعاقد شركات أجنبية مع شركات

محلية، لاسيما وقد أصبح ذلك من الشروط التي تفرضها الدول النامية لتنفيذ المشروعات، ظهرت الحاجة إلى البحث عن القانون واجب التطبيق على العلاقة وما قد ينشأ عنها من خلافات.

٣-للوصول إلى هذه النقطة يلزم بيان الطبيعة القانونية لهذه النوعية من العلاقات لبيان متى تتسم بالصفة الدولية.

٤- كما تظهر الحاجة إلى البحث عن كيفية اختيار القانون واجب التطبيق في ضوء تشعب العلاقة بين المقاول الأصلي ومقاول الباطن وصاحب العمل الأصلي.

قائمة المراجع

أولا: المراجع العربية:

١ – المراجع الفقهية:

❖ ابن قدامه الحنبلي، المغني، الطبعة الأولى، عام ١٣٤٧.

❖ الإمام علاء الدين أبى بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط أولى ١٣٢٨هـ، ١٩١٠م، الجزء الرابع.

٢ – المراجع القانونية:

❖ د. أسامة محمد طه، النظرية العامة لعقود الباطن، دار النهضة العربية، طبعة ٢٠٠٨.

❖ د. أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع، الطبعة الأولى.

❖ د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية، دون سنة نشر.

❖ د. أحمد عبد الكريم سلامة، التأمينات الاجتماعية عبر الحدود، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، ١٩٨٩.

❖ د. أمل شربا، القانون المدني (٣)، الجامعة الافتراضية السورية، ٢٠١٨.

❖ د. الحموري خلوفي، الدعوى المباشرة ضمان غير مسمى – دفاتر السياسة والقانون، العدد ١٩، جوان ٢٠١٨.

❖ د. جلال العدوى، مبادئ الالتزامات، ج٢، ١٩٧٣.

❖ د. حمدي عبد الرحمن، حقوق الامتياز فى القانون المدني المصري، دار الحقوق للنشر والتوزيع، طبعة ١٩٨٨.

❖ د. خالد عبد الفتاح خليل، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار الجامعة الجديدة للنشر، طبعة ٢٠٠٩.

❖ دليل التحكيم التجاري الدولي لغرفة التجارة الدولية بباريس، طبعة الاتحاد العام للغرف التجارية المصرية.

❖ د. رأفت محمد حماد، المسئولية المدنية لمقاولة البناء من الباطن في القانون المدني، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ١٩٩٥.

❖ د. رمضان أبو السعود، الدعوى المباشرة، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، سنة ١٩٧٤.

❖ د. عبد الحى حجازي، نظرات فى الاشتراط لمصلحة الغير، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، س٤، ع١، يناير ١٩٦٣.

❖ د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المجلد الأول، ج ٧، دار النهضة العربية، ط/ ١٩٦٤.

❖ د. السنهوري، الوسيط، ج٧، مج/ ١، ط ١٩٨٩، ص ٢٦١، بند ١١٧.

❖ د. السنهوري، الوسيط، المجلد الأول، ج ٧، منشورات الحلبى الحقوقية، الطبعة الثالثة، بيروت، ط ٢٠٠٠.

❖ د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، طبعة نقابة المحامين ٢٠٠٦، الجزء الأول.

❖ د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الهيئة العامة للكتاب، ج٢، ١٩٨٦.

❖ د/ عبد الرازق يس، المسئولية الخاصة بالمهندس المعماري ومقاول البناء، رسالة دكتوراه، ط ١٩٨٧.

❖ د. فتيحه قرة، أحكام عقد المقاولة، دار المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٧.

- ❖ د. محمد عبد الرحيم عنبر، عقد المقاولة، دراسة مقارنة بين تشريعات الدول العربية، ١٩٧٧.
- ❖ د. محمد على عرفة، الدعاوى المباشرة المترتبة على عقد التأمين، مجلة القانون والاقتصاد، س١٦، ع٢، يونيو ١٩٤٦.
- ❖ د. محمد عبد الرحيم عنبر، عقد المقاولة ، دراسة مقارنة بين تشريعات الدول العربية، ط ١٩٧٧.
- ❖ د. محمد لبيب شنب، أحكام عقد المقاولة، دار النهضة العربية، طبعة ١٩٦٩.
- ❖ د. محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، طبعة ٢٠٠٦.
- ❖ د. محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني الجديد – العقود المسماة، ط١، ١٩٥٣.
- ❖ د. محمود محمد ياقوت، الروابط العقدية الدولية بين النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية ، دار الفكر الجامعي بالإسكندرية، طبعة ٢٠٠٤.
- ❖ د. مصطفى عبد الستار الجارحي، عقد المقاولة من الباطن، دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي، ط ١٩٨٨، دار النهضة العربية.
- ❖ د. نعيم عطية، التعاقد الدولي وتجهيز مشروعات التنمية، دار النهضة العربية، ١٩٩٥.
- ❖ د. هشام على صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الطبعة الثانية، ٢٠٠١.
- ❖ د. هشام على صادق، النظام العربى لضمان الاستثمار ضد المخاطر التجارية، منشأة المعارف بالإسكندرية، ط ١٩٧٧.

ثانيا: المراجع الأجنبية:

- M.E. Ancel, La protection international de sous traitants, TCFDIP, 2008-2010, Pedone, 2011.
- M. Ancel: "La ligne tenue par la cour de cassation en France en Matiere de sous-traitance internationale, Rev. Crit. Dr. int. pr. 2009.
- M. Audit; "La loi du 31 decembr 1975 relatine à la sous-traitance est un loi de palice". Rev. juridique de l'economie publique, no 654, Juin2008, comm.. 25 .
- H. Batiffol, L'affirmation de la loi d'autonomie dans la jurisprudence Francaise, Choix d'article 1976.
- V.E. Bertrand et R.J. Tyner, Contrats internationaux, droit saoudien perspectives sur le regal de 30% après un d'application J.C.P. "Ent" 1984,-1-13292.
- R. Boukhari, La qualification en droit international Privé, Les chiers de droit, 511, 2010.
- W. Boyault et S. Le maire, Protection du Sous- traitance en matiere international, la cour de cassation Française", note sous cass. Fr. (Chamber Mixte), 30 nov. 2007, Dalloz,
- J.L. Van Boxstael, aspects de droit international prive, in Guide de droit immobilier, Bruxelles, story- Scientaie, DIMM 32 (nov. 1999).
- Pr. Jean-Louis van Boxstael, Droit international privé et sous-traitance international: quelle place pour l'action directe du sous-traitant? Faculté de droit, université Catholique de Louvain, 2017.
- Ch. Dominique, le liaison entre contrats, these, Paris, 1977.
- G. Durand- Pasquier, "La loi applicable à la sous-traitance international: Bilan et perspectives", Lexis Nexis constraction- urbanisme, no I, Janvier 2008.
- S. Francq, "Le regeement Rome I sur la loi applicable aux obligations contractuelles, De queleques changements", Clunet, Vol. 136, no. I.
- Fr. Glansdrff, Reflections Complémentaires au sujet de l''action contractuelle direct du maitre de l'ouvrage contre le sous-traitant et plus géneralement au sein des groupes de contrats"., R.G.A.R., 1990, no. 11.
- P. Lagarde, La sous- Traitance en droit international prive, in "la sous- traitance de Marchés de travaux et de services, sous la direction de C. Gavolda, Paris, Economica, 1978.
- C.H. L'arroument; L'action denature nessairement contractuelle et la responsabilité civil dans les ensembles contractuelle, J.C.P., 1988.
- D. Halleaux et J. Foyer et de la predelle: Droit international privé, Masson, Paris, 1987.
- Van Hautte; The impact of trade prohibitions on transnational contracts, R.D.A.I., 1988.
- V. Heuzé, la loi applicable aux actions directes dans les groupes de contracts: l'exemple de la sous traitane internationale, Rev. Crit. Dr. int. Pr. 1996.
- R. Jafferali, Actualité jurisprudentielle dans le domaine du droit applicable aux obligations contractuelles et non contractuelle (2007- 2012) in Actualités en droit international privé, Bruxelle, Bruylant 2013.

- Rafaél Jafferli, La distinction entre les effets internes et les effets externs du contrat, rappart belge sur le theme "tiers et contrat" présenté lors des journees Panaméennes de L'association Henri Capitan. 18-22. Mai 2015.
- P. Maurice: L'automation de l'action direct, R.T.D.C., T. 4, Paris, 1998.
- Etienne Montero, L'article 1798 du code civil et l'action direct du maitre de l'overage contre le sous- traitant" obs. Sous C.A. no 111, 2006, 28 juin 2006, Rev. de juris. De liege, mons et Bruxelles, No. 5, 2007.
- Jean Neret, Le Sous Contrat, "Librairie generale de droit et de jurisprudence", 1979.
- Ludovic Pailler, La protection du sous-traitant dans L'arder international presses de L'université Toulouse, 2019.
- D. Powell, Sub-contracting in the united Kingdon, Ent. et dr., 1991.
- Fr. Rigaux et marc Fallon, Droit international privé, l'université catholique de Louvain, 3 eme ed. Bruxelles, La rcier 2005.
- V. Roulet: Responsabilité et assurances en appration de sous-traitance, Special droit immobilier, 2003.
- C.Vilari: Le Cession de contract en droit Francais, thèse, Monpellier, 1968.
- F. Walshot, Nouvelles dimensions de la sous traitance, in "La sous traitance,", commission droit et vie des affeures, Bruxelles, Bruylant, 2003.

فهرس الموضوعات

موجز عن البحث ١٤٦٨

مقدمة..... ١٤٧٠

المبحث الأول : التكييف القانوني للعقود الدولية للمقاولة من الباطن ١٤٧٣

المبحث الثاني : القانون واجب التطبيق على العقود الدولية للمقاولة من الباطن . ١٤٨٦

المطلب الأول : القانون الواجب التطبيق في العلاقة بين المقاول من الباطن والمقاول الأصلي ١٤٨٦

المطلب الثاني : القانون الواجب التطبيق فى العلاقة بين المقاول من الباطن وصاحب العمل (تنازع القوانين بشأن الدعوى المباشرة)..... ١٤٩٤

الفرع الأول : التكييف القانوني للدعوى المباشرة..... ١٤٩٥

الفرع الثاني : ضوابط اختيار القانون واجب التطبيق ١٥٠١

خاتمة ١٥١٢

قائمة المراجع ١٥١٤

فهرس الموضوعات ١٥١٩