

## قانون العقد الدولي وأثره على مصلحة المستهلك

د. كيجل كمال

جامعة أدرار

### الملخص:

لقد اعتمدت الدول في حلها لتنازع القوانين بشأن العقود الدولية على مبدأ سلطان الإرادة، والذي يؤدي إلى تدخل القانون الأجنبي الذي اختاره المتعاقدان باعتباره تعبيراً عن إرادتهما.

غير أن الاتفاق بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية لا نجده في جميع الحالات، لهذا تدخل المشرع في هذه الحالة بوضع ضوابط إسناد احتياطية، تحدد القانون الواجب التطبيق على أساس الموطن المشترك للمتعاقدين أو جنسيتهما المشتركة أو محل إبرام العقد.

غير أن هذه الضوابط، وإن كانت تراعى مصلحة المتعاقدين في حالة تساويهما في المراكز، فإن الأمر خلاف ذلك بالنسبة لعقود الاستهلاك التي تربط بين المهني والمستهلك الذي يحتاج إلى حماية خاصة.

### Résumé:

L'idée que la volonté des parties, s'est imposée en droit international, dans le choix de la loi applicable. On appelle loi d'autonomie de loi dont la compétence repose sur un choix, exprès ou tacite, effectué par les parties.

Sur le fond, la loi d'autonomie, s'est confirmé et a été consacré par tous les droits positifs en matière contractuelle, à condition que le contrat soit international, et en dehors du droit de la famille.

L'unité psychologique que constitue le contrat, appelle dans la mesure du possible l'application d'une loi unique sur la formation du contrat et ses effets.

Mais concernant le consommateur, il doit être soumis, à la loi du pays dans lequel le consommateur a sa résidence habituelle, même lorsque le choix des parties s'est porté sur une autre loi. en effet le consommateur ne peut être privé de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi du pays dans lequel il a sa résidence habituelle.

مقدمة:

تعتبر العقود مصدراً للحقوق والالتزامات، وهي يمكن أن تكون عقوداً وطنية خالصة في جميع عناصرها (الأطراف والمحل والسبب)، ومن ثم فإن هذه الأخيرة لا يمكن أن تثير تنازاً بين القوانين لخضوعها لقانون القاضي المختص بالفصل في الدعوى.

وترتبط حالة تنازع القوانين بتوافر وصف الدولية للعقد، ويتحقق هذا الوصف عندما يتضمن العقد عنصراً أجنبياً مؤثراً سواء تعلق هذا العنصر بمحل إبرامه، أو بمكان تنفيذه أو بموضوعه، أو بأطرافه.

ولقد اعتمدت الدول في حلها لتنازع القوانين بشأن العقود الدولية على مبدأ سلطان الإرادة، والذي يؤدي إلى تدخل القانون الأجنبي الذي اختاره المتعاقدان ليحكم العقد.

غير أن الاتفاق بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية لا نجده في جميع الحالات، مما يثير كذلك أهمية تحديد القانون الواجب التطبيق في هذه الحالات وأثره على مصلحة المستهلك في عقود الاستهلاك الدولية، والتي قد لا يتحدد القانون الواجب التطبيق فيها لحظة إبرام العقد.

وبهذا سوف أبين من خلال هذا الموضوع كيفية حل تنازع القوانين في العقود الدولية، وأثر كل حل على مصلحة المستهلك، وهذا من خلال تفسير قاعدة الإسناد التي تحل هذا النزاع.

### **المبحث الأول: مضمون فئة العقود الدولية**

لا تثار مسألة تنازع القوانين إلا إذا كنا بصدد مسألة من مسائل القانون الخاص تتمتع بوصف الدولية، فالالتزامات التي تكون موضوعاً للبحث هنا هي الالتزامات المتولدة عن عقد دولي، ففي هذا الحد فقط يمكن إعمال قاعدة الإسناد المتعلقة بالالتزامات التعاقدية.

وهنا يثور التساؤل حول مسألة تجزئة العقد الدولي، فهل يحكم هذا العقد من حيث تكوينه وآثاره وزواله أم أنه يحكم بعضها دون الآخر؟ لهذا يتعين دراسة مسألة تجزئة العقد من عدمه (المطلب الأول)، وهذا قبل تحديد العناصر التي ينظمها قانون العقد داخل العقد الدولي (المطلب الثاني).

### المطلب الأول: تجزئة العقد.

لقد سكت المشرع الجزائري شأنه شأن أغلب التشريعات عن مسألة تجزئة عناصر العقد وإخضاع كل منها لقانون، وبهذا فلا مناص من اللجوء إلى اجتهاد الفقه للبحث عن حل لهذه المسألة، حيث انقسم بصددنا إلى اتجاهين مختلفين، الاتجاه الأول يقبل بمبدأ التجزئة بضوابط معينة، أما الثاني فلا يقبل بتجزئة العقد.

أولاً: الاتجاه القائل بإمكانية تجزئة العقد الدولي.

يرى أصحاب هذا الاتجاه<sup>1</sup> أن العقد رابطة متعددة الجوانب، فهناك تكوين العقد وآثاره وزواله، وهذا التعدد يقابله تعدد في القانون الواجب التطبيق، فيكون من حق أطراف العقد الدولي تجنب جزء أو أجزاء محددة من العقد وإخضاعها لقانون أو لقوانين أخرى مختلفة، وهذا شريطة توافر علاقة بين الجانب والقانون المختار لحكمه.

ويقوم هذا الرأي على أساس أن كل عنصر من عناصر العقد قد يرتبط من الوجهة الفعلية بقانون معين، ومن ثم يكون من الأحسن أن يطبق على كل عنصر القانون الذي يرتبط به أكثر من غيره.

وبناء عليه يجوز أن يتفق المتعاقدان على إخضاع تكوين العقد لقانون محل الإبرام وإخضاع تنفيذه لقانون محل التنفيذ، كما يجوز لهما في

<sup>1</sup> Cette doctrine est citée par: Batiffol, les conflits des lois en matière de contrats, Paris, 1938, N°77. وانظر في تأييد لهذا الاتجاه: كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، الإسكندرية، 1955، ف-416.

حالة تعدد الالتزامات الناشئة عن العقد، أن يخضعوا كل التزام لقانون المحل المتفق على تنفيذه فيه.

ولم يضع الفقه منهجاً أو شكلاً معيناً لتجرى وفقه التجزئة، بل قيدها فقط بقيد المعقولية، ومراعاة حكم القانون، فيمكن أن تتم التجزئة بالنظر إلى مدى استقلال الجزء اقتصادياً وقانونياً، بحيث ينصرف مفهوم الجزء من العقد إلى وحدة أو كيان قانوني اقتصادي محدد داخل جملة العملية العقدية، مثال ذلك: اعتبار عقد بيع بعض المعدات كوحدة قانونية واقتصادية مستقلة، وتمييز الالتزام بضمان العيوب الخفية باتفاق خاص يخضعه لقانون يختلف عن القانون الذي يخضع له باقي العقد<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> أنظر: كمال فهمي، مرجع سابق، ف-415-416.

ويتعين على القضاء احترام إرادة الأطراف في التجزئة إذا كانت منطقية، بمعنى أن القاضي يفحص مدى مراعاة العلاقة بين الجزء المنفصل وباقي العلاقة التعاقدية ككل لتحديد مدى إمكان إسناد هذا الجزء لقانون آخر، فإذا تغيبت مثل هذه العلاقة يتعين على القاضي إغفال التجزئة وإعمال القانون الواجب التطبيق في حالة غياب إرادة الأطراف. ومثال ذلك: لا يتصور إسناد جزء البطلان أو الفسخ لعدم الوفاء لقانونين مختلفين أحدهما للبائع والآخر للمشتري<sup>1</sup>.

وإذا كانت إرادة الأطراف تحدد القانون الواجب التطبيق على جزء من العقد، فإن هذا التحديد يمثل اتفاقاً مستقلاً بذاته، قد يتم عند إبرام العقد الأصلي، أو في مرحلة لاحقة، فقد يتعذر التراضي على القانون الواجب التطبيق عند إبرام العقد، فهذه المشكلة تبدو أهميتها فقط عند نشوب نزاع بين الأطراف أو عند الخلاف في تنفيذ العقد<sup>2</sup>.  
ثانياً: الاتجاه القائل بوحدة العقد الدولي.

يرى الاتجاه الغالب في فرنسا<sup>3</sup> أن العقد يعتبر عملية واحدة من الناحيتين القانونية والاقتصادية، لأن الالتزامات التعاقدية تعني كل ما يتعلق بالرابطة التعاقدية من حيث تكوينها وآثارها، ويجب بناء عليه أن يخضع العقد الدولي كله لقانون واحد، وهذا تحقيقاً للتجانس والانسجام بين العناصر المكونة للعقد الدولي.

ويعززون موقفهم كذلك بما ورد في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري لنص المادة 42 من المشروع التمهيدي والتي جاء فيها ما يلي: "... أن الالتزامات التعاقدية يسري عليها القانون الذي يقرر المتعاقدان

<sup>1</sup> Perez-Berra (J-A), dispositions impératives et lois de police dans la convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations, Revue Hellénique, 1982-83, N1, P23.  
<sup>2</sup> Foyer, l'avant projet de convention CEE sur la loi applicable aux obligations contractuelles, JDI/1976, P604; Giuliano (Mario), la loi d'autonomie: Le principe et sa justification théorique, RDIP, 1979/2, P217 et s.  
<sup>3</sup> Pierre Mayer, droit international privé, 5<sup>em</sup> éditions, Montchrestien, E.J.A., Paris, 1994, N°735, P480.

الخضوع لأحكامه صراحة أو ضمناً... وهذا حكم عام لسلطان الإرادة  
ويضمن وحدة القانون الواجب تطبيقه على العقد، وهي وحدة لا تكفلها فكرة  
تحليل عناصر العقد واختيار القانون الذي يتلاءم مع طبيعة كل منها...".

وحسب هؤلاء الفقهاء، فإن ما جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع  
التمهيدي للقانون المدني المصري يدل على انصراف قصد المشرع إلى الأخذ  
بفكرة وحدة القانون الذي يحكم العقد.

ويبدو أن هذا الاتجاه الأخير هو الجدير بالأخذ به في الجزائر، لأن  
المادة 18 من القانون المدني الجزائري تحدد القانون الواجب التطبيق على  
الالتزامات التعاقدية، دون تمييز بينها من حيث مصدرها أو آثارها. كما أن  
اصطلاح "الالتزامات" استعمله المشرع بمعنى عام يشمل كل ما يتعلق بمصدره  
وآثاره وأوصافه وانتقاله وانقضائه وإثباته.

**المطلب الثاني:** تحديد عناصر العقد التي ينظمها قانون العقد الدولي.

بعد الفصل في مسألة تجزئة العقد الدولي فيما يتعلق بالقانون الذي  
يحكمه، وهذا برفض هذه الفكرة من أصلها، يتعين تحديده عناصر العقد التي  
يحكمها قانون العقد، خاصة وأن أنصار قاعدة وحدة القانون الذي يحكم العقد  
وجدوا أن هذه القاعدة ترد عليها بعض الاستثناءات.

وتتمثل العناصر التي يحكمها قانون العقد بالنسبة للعقود الدولية فيما يلي:

**أولاً تكوين العقد:**

لتحديد هذا المجال، نعرض أركانه الرئيسية المتمثلة في التراضي  
والمحل والسبب، وما يتعلق به من جزاء كالبطالان.

## 1) التراضي:

يشير البحث في هذا الركن مسألتين:

### أ- وجود التراضي:

فيحكم قانون العقد هنا كل ما يتعلق بكيفية التعبير عن الإرادة، ومتى يكون الإيجاب ملزماً، وكيف يلتقي الإيجاب والقبول، وكذلك تحديد زمان ومكان العقد في التعاقد بين غائبين<sup>1</sup>.

### ب- صحة التراضي:

تتعلق هذه المسألة بعيوب الإرادة كالغلط والتدليس والإكراه والغبن. ويرى بعض الفقهاء<sup>2</sup> أن هذه المسائل تحمي الشخص في إرادته، وبالتالي فهي تخضع للقانون الشخصي للمتعاقدين وليس لقانون العقد.

غير أن هذا الاتجاه لم يلق قبولاً لدى غالبية الفقهاء، فعبّر الفقيه باتيفول Batiffol عن رفضه له بقوله: "يكفي أن يكون المتعاقدان قد ركزا علاقتهما على نحو يصلها بقانون معين يكون هو الواجب التطبيق، حتى يحكم هذا القانون صحة تكوين العقد، وخاصة من حيث رضا المتعاقدين"<sup>3</sup>.

## 2) المحل:

ينضم قانون العقد كل المسائل المتعلقة بمحل العقد فيبين الشروط المتطلبة فيه كالتعيين أو القابلية للتعين والإمكان والوجود والقابلية للتعامل فيه<sup>4</sup>. وتجدر الإشارة إلى أن القانون الواجب التطبيق على العقد إعمالاً لنص المادة 18 فقرة 101<sup>1</sup> مدني جزائري لا يسري فيما يتعلق بأثر العقد في

<sup>1</sup> موحد إسماعيل، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول: قواعد التنازع، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989، ص370، ممدوح عبد الكريم، القانون الدولي الخاص (الأردني والمغارن)، الجزء الأول، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1998، ص182.

<sup>2</sup> Pierre Mayer, op. cit., N°736, P481.

<sup>3</sup> Batiffol, traité élémentaire de droit international privé, 4<sup>ème</sup> édition, paris, 1967, N°596; V. dans le même sens: Niboyet, traité de droit international privé français, la territorialité et l'extraterritorialité, 1<sup>ère</sup> ed., Paris, 1948, P98.

وانظر في الفقهاء: حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1997، ص156؛ موحد إسماعيل، مرجع سابق، ص371-370؛ ممدوح عبد الكريم، مرجع سابق، ص182.

<sup>4</sup> Batiffol, op. cit., N°597.

وانظر أيضاً في الأخذ بهذا الرأي: موحد إسماعيل، مرجع سابق، ص371؛ حسن الهداوي، مرجع سابق، ص176؛ عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، الطبعة التاسعة، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1986، ص473.

إنشاء الحق العيني أو نقله أو زواله، إذ تخضع هذه المسألة لقانون موقع المال طبقاً لنص المادة 17 فقرة 2<sup>2</sup> مدني جزائري.

### (3) السبب:

يخضع السبب بدوره لقانون العقد، والذي يبين مفهوم السبب ومتى يعتبر مشروعاً، غير أن فحص المشروعية يعتبر من النظام العام، وبهذا فتؤدي إلى استبعاد قانون العقد في الحالات التي يقرر فيها هذا القانون مشروعية السبب خلافاً للمبادئ العامة في قانون القاضي<sup>3</sup>.

### (4) البطلان:

يدخل في فئة الالتزامات التعاقدية البطلان لتخلف أحد أركان العقد أو شرط من شروط صحته، فيخضع بدوره للقانون الذي يحكم العقد، ويبين هذا القانون الحالات التي يحدث فيها هذا الجزاء، ومن له الحق في التمسك به، وسقوط حق التمسك به، وآثار البطلان، كما يبين إمكان إجازة العقد وحكم هذه الإجازة.

أما عن آثار البطلان المتمثلة في الالتزام بالرد أو التعويض فتخرج من مضمون فئة الالتزامات التعاقدية، وتدخل في فئة الالتزامات غير التعاقدية، لأنها تناقش فقط بعد الحكم ببطلان العقد، ومن ثم فإن دعوى التعويض تستند إلى خطأ مجرد عن العلاقة التعاقدية، وبذلك تخضع لقانون محل وقوع الفعل المنشئ للالتزام<sup>4</sup>.

### ثانياً آثار العقد:

<sup>1</sup> تنص المادة 18 فقرة 01 مدني جزائري على ما يلي: "يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد".

<sup>2</sup> تنص المادة 17 فقرة 02 مدني جزائري على ما يلي: "يسري على الحيازة والملكية والحقوق العينية الأخرى قانون موقع العقار. ويسري على المنقول المادي قانون الجهة التي يوجد فيها وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى، أو فقدها".

<sup>3</sup> موحد إسماعيل، مرجع سابق، ص 371؛ عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص 474.

<sup>4</sup> هشام علي صادق حفيظة السيد حداد، دروس في القانون الدولي الخاص، الكتاب الثاني، تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2003، ص 379.

تدخل آثار العقد في فئة الالتزامات التعاقدية، وتخضع بصفة عامة لقانون العقد.

ولتحديد مجال تدخل قانون العقد هنا، ينبغي التمييز بين آثار العقد بالنسبة للأشخاص، وآثاره بالنسبة للموضوع.

### 1) آثار العقد بالنسبة للأشخاص:

ينظم قانون العقد آثاره بالنسبة للمتعاقدين وبالنسبة للغير، فيحدد الملزمين به والمستفيدين منه سواء كانوا من المتعاقدين أو من الغير. فوفقاً لهذا القانون يتحدد مدى انصراف أثر العقد إلى الغير بالاشتراط لمصلحة الغير، وينظم هذا القانون أحكام التعهد عن الغير والاشتراط لمصلحة الغير.

وتجدر الإشارة إلى أن مدى انصراف أثر العقد إلى الخلف العام يحكمه القانون الذي ينظم مسائل الميراث، أما أثر العقد بالنسبة للخلف الخاص فيخضع لقانون موقع المال<sup>1</sup>.

### 2) آثار العقد بالنسبة للموضوع:

تتعلق بهذا الأثر عدة مسائل يحكمها قانون العقد تتمثل أهمها فيما يلي:  
- تفسير العقد وتحديد نطاقه: يتم تفسير العقد وتحديد ما يولده من حقوق والتزامات وفقاً للقواعد السائدة في القانون الذي يحكم موضوع العقد.

#### - تنفيذ العقد:

يتعين الرجوع للقانون الذي يحكم العقد لمعرفة متى يمكن التنفيذ العيني، ومتى يمكن التنفيذ بمقابل، وكيفية تقدير التعويض وعناصره، وحكم الشرط الجزائي<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص475 الهامش رقم 02؛ حفيظة السيد حداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول: المبادئ العامة في تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، الطبعة الأولى، 2005، ص398-399.  
<sup>2</sup> Batiffol, op. cit., N°607.

ويخضع فسخ العقد لعدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية الناشئة عنه لقانون العقد، والذي ينظم كذلك الدفع بعدم التنفيذ<sup>1</sup>.

كما يدخل في فئة الالتزامات التعاقدية مسألتي انتقال الالتزام التعاقدى وانقضائه، فيخضع بذلك للقانون الذي يحكم تكوين العقد<sup>2</sup>.  
المبحث الثاني: ضابط الإسناد في العقود الدولية.

جعل المشرع الجزائري في المادة 18 من القانون المدني أولوية التطبيق لقانون الإرادة في العقود الدولية، ثم أورد ضوابط احتياطية تتمثل في الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة للمتعاقدين، ثم قانون محل إبرام العقد<sup>3</sup>.  
بناء على هذا النص يتضح أن المشرع الجزائري نص في هذه القاعدة من قواعد التنازع على أربعة ضوابط إسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع العقد الدولي، منها ضابط رئيسي هو إرادة الأطراف، وثلاثة ضوابط احتياطية يتم اللجوء إليهم على سبيل التدرج.  
**المطلب الأول: ضابط الإرادة كضابط أصلي.**  
**الفرع الأول: نشأة قاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة.**

سادت فكرة خضوع العقد لقانون الإرادة في فقه المدرسة الإيطالية القديمة خلال القرنين الثاني عشر والثالث عشر، حيث كان يخضع العقد لقانون محل إبرامه من حيث موضوعه ومن حيث شكله، فكان يفسر هذا الاختصاص على أساس أن إرادة الأطراف قد اتجهت ضمناً إلى اختيار هذا القانون<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Batiffol, op. cit., N°608.

<sup>2</sup> موحّد إسعاد، مرجع سابق، ص372-373؛ حفيفة السيد حداد، مرجع سابق، ص400-401.

<sup>3</sup> وتنص المادة 18 من القانون المدني الجزائري على ما يلي:

"يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو العقد.

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

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

غير أنه يسري على العقود المتعلقة بالعقار قانون موقعه".

<sup>4</sup> Voir: Batiffol, op. cit., N°568.

واستمر الحال على هذا الوضع حتى القرن السادس عشر، حيث أخذ المحامي والفقير الفرنسي ديمولان بهذه القاعدة في النظام المالي للزوجين، فرأى أن النظام المالي الاتفاقي للزوجين يخضع لقانون واحد، هو قانون محل إبرام العقد ولو وقعت أموالهما في أكثر من دولة. وبرر ديمولان موقفه هذا بالنظر إلى دور الإرادة في العقد، فحسب رأيه فإن هذه الإرادة هي التي توجد العقد، أي أنها هي مصدره وليس القانون، وبالتالي فهي التي تحدد القانون الذي يجرى اتفاقهم وفق أحكامه<sup>1</sup>.

وفي القرن التاسع عشر أخذ الفقيه سافيني بمبدأ سلطان الإرادة وجعل له دوراً في بيان القانون الواجب التطبيق، فقال بفكرة الخضوع الإرادي، وربط كل علاقة بحيز مكاني ليخضعها للقانون السائد في هذا المكان وهذا تفسيراً لإرادة أطراف العلاقة بقوله أن من يدخل في علاقة تعاقدية يقبل الخضوع لقانون مكان تمرکزها<sup>2</sup>.

ولقد استقرت قاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة في أوساط الفقه، كما أخذت به التشريعات المعاصرة، وعلى هذا الأساس لم يعد مبدأ سلطان الإرادة مجرد تبرير لحل تنازع القوانين في مجال العقود الدولية، بل أصبح هو الحل ذاته.

### الفرع الثاني المقصود بقانون الإرادة.

قانون الإرادة هو القانون الذي يختاره المتعاقدان صراحة أو ضمناً لينظم التزاماتهما التعاقدية.

### أولاً الإرادة الصريحة.

نكون أمام الإدارة الصريحة للمتعاقدين عندما يحددان في العقد بعبارات صريحة القانون الذي ينظم العقد الذي يربطهما.

<sup>1</sup> أنظر في عرض ذلك: عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص 16 رقم 13.

<sup>2</sup> أنظر في عرض ذلك: حفيفة السيد حداد، مرجع سابق، ص 363-364.

وفي هذه الحالة لا توجد هناك أية صعوبة في سبيل الوصول إلى تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، لأن هذا القانون يكون معلنا عنه صراحة في العقد بموجب بند في العقد يحدد صراحة قانون الدولة الذي ينظم العقد.

### ثانياً: الإرادة الضمنية.

هي إرادة حقيقية ولكنها غير معلنة، ويتم استخلاصها بصورة مؤكدة، وذلك من خلال نصوص العقد، وإن لم يتيسر ذلك، فيمكن للقاضي الاستناد إلى مجمل ظروف التعاقد المصاحبة لإبرامه<sup>1</sup>.

ويكون استخلاص هذه الإرادة على نحو مؤكد من ظروف التعاقد، كما هو الحال بالنسبة لاستعمال عقد نموذجي ينتمي إلى نظام قانوني محدد، أو استخدام صيغة الشروط العامة للعقد المعروفة في قانون معين، أو في حالة إبرام عقد يرتبط بآخر سبق إبرامه وحدد فيه صراحة القانون الواجب التطبيق، فيفسر ذلك بانصراف إرادة المتعاقدين إلى إخضاع العقد الجديد إلى القانون الذي يخضع له العقد السابق، ومن ذلك أيضاً اتفاق المتعاقدين على عرض المنازعات التي تثور بشأن آثار العقد على محكمين في دولة معينة، فهذا يفسر انصراف إرادة الأطراف إلى إخضاع العقد لقانون هذه الدولة<sup>2</sup>.

وتجدر الإشارة في الأخير إلى أنه إذا تعذر على القاضي الوصول إلى الإرادة الضمنية للمتعاقدين بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، نكون بصدد استحالة أعمال ضابط الإسناد الأصلي، ويتعين على القاضي اللجوء إلى ضابط الإسناد الاحتياطي.

**الفرع الثالث: حدود حرية اختيار القانون الذي يحكم العقد.**

<sup>1</sup> عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص 431.  
<sup>2</sup> طرحة البحور علي حسن فرح، تدويل العقد، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، 2000، ص 52.

قيد المشرع الجزائري في المادة 18 فقرة 01 من القانون المدني، حرية المتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد بضرورة وجود صلة حقيقية بين المتعاقدين والعقد<sup>1</sup>.

بناء على هذا النص يجب أن يكون القانون الذي يتم اختياره ذو صلة بالمتعاقدين أو بالعقد، فيستطيع المتعاقدان اختيار قانون جنسية أحدهما أو قانون موطنه أو قانون محل تنفيذ العقد، أو قانون محل إبرامه أو قانون موقع المال محل التعاقد، فإذا توافرت هذه الصلة صح الاختيار، ومتى انعدمت اعتبر الاختيار غير ذي أثر بالنسبة لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد.

ويبدو أن هذا الحل الذي جاء به المشرع الجزائري يمنع المتعاقدين من الإفلات من القواعد الآمرة في القوانين التي ترتبط بالعقد ارتباطاً فعلياً، أي منعهم من استعمال الغش نحو القانون في مجال العقود، لأن اختيار قانون عديم الصلة بالمتعاقدين أو بالعقد قد يكشف عن قصد المتعاقدين الإفلات من القواعد الآمرة في القوانين التي ترتبط بالعقد.

يخلص مما تقدم أن حرية المتعاقدين في اختيار القانون الذي يحكم العقد مقيدة بضرورة وجود صلة حقيقية بين القانون المختار والمتعاقدين أو العقد، فإذا انعدمت مثل هذه الصلة فيغفل القاضي إرادتهما، ويفصل في النزاع على نحو ما كان يفصل في حالة عدم وجود اتفاق بشأن القانون الواجب التطبيق، فيلجأ في هذه الحالة إلى أعمال ضوابط الإسناد الاحتياطية حسب الترتيب الذي جاء به المشرع.

**الفرع الرابع: أثر ضابط الإرادة على مصلحة المستهلك.**

<sup>1</sup> وتنص المادة 18 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو العقد".

استقرت قاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة في كل تشريعات العالم، وتقتضي هذه القاعدة أن إرادة المتعاقدين تعتبر ضابطاً للإسناد يرشد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق إعمالاً لنص قاعدة التنازع الخاصة بالعقود الدولية<sup>1</sup>.

ويتعين إعمال أحكام قانون الإرادة باعتباره مختصاً بحكم الرابطة التعاقدية، حتى ولو تعارضت أحكامه الآمرة مع مصالح المتعاقدين وأدت مثلاً إلى إبطال العقد.

وهكذا يتبين أن قاعدة التنازع التي تحكم العقد الدولي هي قاعدة محايدة ومزدوجة الجانب، يترتب على إعمالها تحديد القانون المسند إليه بطريقة مجردة دون اهتمام بمضمون أحكامه وقواعده ومدى ملاءمتها للعقد ولمصلحة المتعاقدين.

فالقانون الواجب التطبيق على العقد الدولي يتم تحديده بطريقة مجردة دون اهتمام بمضمونه ومدى توافقها مع مصلحة المتعاقدين<sup>2</sup>، وعلى وجه الخصوص مصلحة الطرف الضعيف في العقد وهو المستهلك في العقود ذات الطابع الدولي التي يكون طرفاً فيها.

فحرية الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي لاسيما في حالة عدم التكافؤ بين طرفي العقد، تؤدي إلى تعسف الطرف

الأقوى وفرض اختياره لقانون يحقق مصالحه على حساب مصلحة الطرف الضعيف الذي يحتاج للحماية وهو المستهلك.

<sup>1</sup> Leclerc (F), la protection de la partie faible dans les contrats internationaux (étude de conflits des lois), T1, Strasbourg, 1995, P365.

<sup>2</sup> أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مفاوضات العقود الدولية-القانون الواجب التطبيق وأزمته، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 2001، ص274؛ خالد خليل، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، رسالة دكتوراه، جامعة حلوان، مصر، 2002، ص130.

وبناء عليه، يتبين عدم ملائمة ضابط الإرادة كضابط إسناد أصلي  
لحل تنازع القوانين في عقود الاستهلاك الدولية، لأن من شأن أعمال هذا  
الضابط إقصاء هدف حماية المستهلك باعتباره الطرف الضعيف  
الذي يحتاج إلى الحماية في هذا المجال<sup>1</sup>.

لهذه الأسباب نادى الكثير من فقهاء القانون الدولي الخاص بضرورة  
تقييد دور ضابط الإرادة في مجال عقود الاستهلاك الدولية لتحقيق التوازن  
العقدي بحماية المستهلك في هذا النوع من العقود<sup>2</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أن تقييد دور ضابط الإرادة هنا لا يعني استبعاده  
في جميع الأحوال، خاصة إذا كان يساهم في تحقيق الحماية الفعالة للمستهلك،  
ففي هذه الحالة يكون تعطيل قانون الإرادة غير مبرر<sup>3</sup>، خاصة وأن قانون  
الإرادة قد يتضمن نصوصاً أكثر حماية للمستهلك من النصوص الأمرة للقانون  
الذي يمكن أن يطبق على العقد بعيداً عن القانون المختار<sup>4</sup>.

وبناء على ما سبق، فإن قانون الإرادة لا يضر بالمستهلك في جميع  
الأحوال، فقد يحقق له حماية فعالة أكثر من أي قانون آخر مما يحتم تطبيق  
أحكامه على عقد الاستهلاك الدولي.

ويرى البعض من الفقهاء<sup>5</sup> بضرورة تقييد ضابط الإرادة بجعله ضابط  
إسناد احتياطي في حالة عدم ملائمة لعقود الاستهلاك الدولية، والبدء  
بضابط إسناد موضوعي مرن ينسجم مع المعطيات الحالية لعقود  
الاستهلاك الدولية، على أن يكون الضابط الرئيسي الموضوعي محققاً للحد

---

<sup>1</sup> أبو العلا النمر، حماية المستهلك في العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص21.  
<sup>2</sup> أحمد الهواري، حماية العاقد الضعيف في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995، فقرة 71، ص88؛ خالد خليل، مرجع سابق، ص110 وبعدها.  
<sup>3</sup> أحمد الهواري، مرجع سابق، ص96-97.  
<sup>4</sup> خالد خليل، مرجع سابق، ص106.  
<sup>5</sup> أبو العلا النمر، مرجع سابق، ص36؛ أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، فقرة 287، ص375؛ هشام صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1995، فقرة 518 وبعدها، ص610 وبعدها.

الأدنى من الحماية للمستهلك والذي لا يجوز النزول عنه، والضابط المرشح لذلك هو ضابط موطن أو محل الإقامة المعتادة للمستهلك.

ويضيف أصحاب هذا الرأي الأخير بقولهم بضرورة الاعتداد بالضابط الاحتياطي الذي هو ضابط الإرادة إذا كان يحقق حماية أفضل للمستهلك، وتطبيقه بالأولية على الضابط الأصلي ذو الحماية الأقل<sup>1</sup>.

ويبدو أن هذا الرأي جدير بالأخذ به لأنه يراعي سلطان الإرادة بقدر حمايته للمستهلك في عقود الاستهلاك الدولية، لأن حماية هذه المصلحة تقتضي التنقل بين القوانين الممكنة التطبيق على هذا العقد للوصول إلى القانون الذي يكفل تحقيق النتيجة المرجوة وهي حماية المستهلك، وهذا دون تقييد القاضي بترتيب معين لهذه القوانين، لهذا لا بد من تدخل تشريعي بنص خاص بعقود الاستهلاك الدولية.

### المطلب الثاني: ضوابط الإسناد الاحتياطية.

في حالة عدم اتفاق المتعاقدين على القانون الواجب التطبيق على العقد، وعدم تمكن القاضي من استخلاصه من ظروف التعاقد، وضع المشرع الجزائري ضوابط استناد احتياطية ترشد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على العقد.

وهذه القوانين ذكرها المشرع على سبيل التدرج، وتتمثل في قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة للمتعاقدين، وقانون محل إبرام العقد.

<sup>1</sup> أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، فقرة 519، ص 611.

## الفرع الأول: الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة للمتعاقدين.

نص المشرع الجزائري في المادة 18 فقرة 02 من القانون المدني على الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة للمتعاقدين كضابطين احتيابيين للإسناد يرجع إليهما القاضي لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي في حالة عدم تصريح المتعاقدين بإرادتهما بشأن القانون الذي يحكم هذا العقد، كما أن ظروف التعاقد لا تبين إرادتهما الضمنية في هذا الشأن<sup>1</sup>.

في هذه الحالة فقط يمكن للقاضي اللجوء على سبيل الاختيار إما إلى قانون الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً أو إلى قانون الجنسية المشتركة إذا اشتركا أيضاً في الجنسية، ولا يعمل بالضابط الذي لا يشتركان فيه.

ويتبين من هذين الضابطين المفروضين أن المشرع الجزائري حاول دائماً إبقاء العقد خاضعاً للقانون الأقرب للمتعاقدين باعتباره القانون الذي يعرفه المتعاقدان أكثر من غيره، وكونه يقع داخل القوانين التي يمكن أن ينصب عليها اختيار المتعاقدين، خاصة وأن المشرع الجزائري قيد سلطان الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، بأن يكون القانون المختار على صلة بالمتعاقدين أو بالعقد.

غير أنه يعاب على هذين الضابطين كون مجال إعمالهما ضيق جداً لأن الغالب في العقود الدولية أن يختلف موطن المتعاقدين وجنسيتهما.

<sup>1</sup> وتنص المادة 18 فقرة 2 من القانون المدني الجزائري على ما يلي:  
"وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة".

## الفرع الثاني: محل إبرام العقد.

نص المشرع الجزائري في المادة 18 فقرة 03 على ضابط احتياطي آخر هو محل إبرام العقد يتم إعماله فقط في حالة اختلاف موطن المتعاقدين وجنسيتهما، وهكذا يأتي قانون محل الإبرام في المرتبة الثالثة بالنسبة للضوابط الاحتياطية بعد قانون الموطن المشترك للمتعاقدين وقانون جنسيتهما المشتركة<sup>1</sup>.

غير أن ضابط محل الإبرام قد يثير صعوبة عند محاولة إعماله خاصة في التعاقد بين غائبين، الأمر الذي يستلزم تعيين هذا المحل. ويرى رجال الفقه<sup>2</sup> أن هذا التعيين يدخل في نطاق التكليف ويخضع بذلك لقانون القاضي.

ويعاب على ضابط محل إبرام العقد بأنه لا يعبر عن حقيقة مصالح الأطراف المرتبطين بهذا العقد، لهذا يجب أن تضاف إليه عوامل أخرى، كأن يكون محل إبرام العقد هو ذاته محل تنفيذ أحد الالتزامات الرئيسية للعقد، أو هو ذاته مركز أشغال أحد المتعاقدين<sup>3</sup>. غير أنه يمكن الاكتفاء بضابط محل الإبرام في العقود التي تبرم في الأسواق الدولية وفي المعارض، فتخضع لقانون محل إبرام العقد بغض النظر عن أي اعتبار آخر<sup>4</sup>.

كما أن ضابط محل الإبرام لا يعبر عن القانون الأوثق صلة بالعقد لأنه قد يتسم بالصدفة أو العرضية<sup>5</sup>، وبالتالي لا يراعي مصلحة المستهلك باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية<sup>6</sup>.

## الخاتمة:

<sup>1</sup> ويتنص المادة 18 فقرة 3 من القانون المدني الجزائري على ما يلي:  
"وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون محل إبرام العقد".

<sup>2</sup> Batiffol, op. cit., N°580.

<sup>3</sup> هشام صادق، مرجع سابق، ص420 وبعدها؛ خالد خليل، مرجع سابق، ص141.

<sup>4</sup> عز الدين عبد الله، مرجع سابق، فقرة 133، ص434.

<sup>5</sup> خالد خليل، مرجع سابق، ص145؛ هشام صادق، مرجع سابق، ص419.

<sup>6</sup> أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص1103.

يتبين من خلال ما سبق أن مبدأ سلطان الإرادة وإن كان يحقق مصالح الأطراف المتعاقدة كونه يمنحهم حرية اختيار القانون الذي يحكم عقدهما، إلا أن هذا لا يصدق سوى في حالة تساوي المتعاقدين من حيث مركزيهما، أما بالنسبة لعقود الاستهلاك فلا يحقق سوى مصلحة الطرف المدعى الذي يملئ شروطه بما فيها اختيار القانون الواجب التطبيق.

أما فيما يتعلق بضوابط الإسناد الاحتياطية الجامدة والمتمثلة في الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة ومحل إبرام العقد، فهي كذلك قد لا تحقق أية مصلحة للمستهلك، لأن الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة قد لا يتحقق في أغلب الأحيان ويبقى الغالب هو تطبيق قانون محل الإبرام الذي قد لا تكون له أية صلحة بالمتعاقدين أو بالمستهلك على وجه الخصوص.

لهذا لا بد من تدخل تشريعي بوضع قاعدة تنازع ذات طابع مادي تخص عقود الاستهلاك الدولية تتضمن عدة ضوابط إسناد على سبيل التخيير حسب مصلحة المستهلك، فيطبق القاضي القانون الذي يقدم أكبر حماية للمستهلك.

قائمة المراجع:

المراجع باللغة العربية:

- 01- كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، الإسكندرية، 1955.
- 02- موحد إسعاد، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول: قواعد التنازع، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989.
- 03- ممدوح عبد الكريم، القانون الدولي الخاص (الأردني والمقارن)، الجزء الأول، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1998.
- 04- حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1997.

- 05- عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، الطبعة التاسعة، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1986.
- 06- هشام علي صادق حفيظة السيد حداد، دروس في القانون الدولي الخاص، الكتاب الثاني، تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2003.
- 07- حفيظة السيد حداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول: المبادئ العامة في تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، الطبعة الأولى، 2005.
- 08- طرح البحور علي حسن فرج، تدويل العقد، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، 2000.
- 09- أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مفاوضات العقود الدولية- القانون الواجب التطبيق وأزمته، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 2001.
- 10- خالد خليل، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، رسالة دكتوراه، جامعة حلوان، مصر، 2002.
- 11- أبو العلا النمر، حماية المستهلك في العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998.
- 12- أحمد الهوارى، حماية العاقد الضعيف في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995.
- 13- هشام صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1995.

المراجع باللغة الفرنسية:

- 01- Batiffol, les conflits des lois en matière de contrats, Paris, 1938
- 02- Perez-Berra (J-A), dispositions impératives et lois de police dans la convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations, Revue Hellénique, 1982-83, N1, P23.
- 03- Foyer, l'avant projet de convention CEE sur la loi applicable aux obligations contractuelles, JDI/1976, P604.
- 04- Giuliano (Mario), la loi d'autonomie: Le principe et sa justification théorique, RDIP, 1979/2, P217 et s.
- 05- Pierre Mayer, droit international privé, 5<sup>em</sup> éditions, Montchrestien, E.J.A., Paris, 1994, N°735, P480.
- 06- Batiffol, traité élémentaire de droit international privé, 4<sup>ème</sup> édition, Paris, 1967.
- 07- Niboyet, traité de droit international privé français, la territorialité et l'extraterritorialité, 1<sup>ere</sup> ed., Paris, 1948.
- 08- Leclerc (F), la protection de la partie faible dans les contrats internationaux (étude de conflits des lois), T1, Strasbourg, 1995, P365.