الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

République Algérienne Démocratique et Populaire

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

Ministère de L'enseignement Supérieur et de la Recherche Scientifique

جامعة أدرار

Université d' Adrar

و

كلية الحقوق والعلوم السياسية

مخبر القانون والمجتمع

مخبر القانون والمجتمع

جامعة أدرار- الجزائر

مخبر القانون والمجتمع

LABORATOIRE DE DROIT ET SOCIETE

ينظمان

الملتقى الوطني الأول حول

سلطة القاضي في تعديل العقد

يومي الاثنين والثلاثاء 28 و29 أفريل 2014

السنة الجامعية 2014/2013

دور الإرادة في تنازع القوانين بشأن العقود

د. كيحل كمال – جامعة أدرار

مقدمة:

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 مصلحه المستهلك في عقود الاستهلاك الدولية، والتي قد لا يتحدد القانون الواجب التطبيق فيها لحظة إبرام العقد.

وفي هذا الإطار، جعل المشرع الجزائري أولوية التطبيق لقانون الإرادة في العقود الدولية، ثم أورد ضوابط احتياطية تتمثل في الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة للمتعاقدين، ثم قانون محل 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.

المطلب الأول: ضابط الإرادة كضابط أصلي في العقود الدولية.

بناء على نص المادة 18 من القانون المدني[1]، التي تنص على حالة تنازع القوانين من حيث المكان بشأن الالتزامات التعاقدية، يتضح أن المشرع الجزائري نص 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.

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[2].

---

[1] 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".

[2] Voir: Batiffol, les conflits des lois en matière de contrats, Paris, 1938., N°568.

واستمر الحال على هذا الوضع حتى القرن السادس عشر، حيث أخذ المحامي والفقيه 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[3].

وفي القرن التاسع عشر أخذ الفقيه سافيني بمبدأ سلطان الإرادة وجعل له دوراً في بيان القانون الواجب التطبيق، فقال بفكرة الخضوع الإرادي، بربط 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 تمركزها[4].

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.

وفي هذه الحالة لا توجد هناك أية صعوبة في سبيل الوصول إلى تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، لأن هذا القانون يكون معلن 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[5].

---

[3] أنظر في عرض ذلك: عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، الطبعة التاسعة، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1986، ص16 رقم 13.

[4] أنظر في عرض ذلك: حفيظة السيد حداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول: المبادئ العامة في تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، الطبعة الأولى، 2005، ص363-364.

[5] عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص431.

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[6].

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 إعمال ضابط الإسناد الأصلي، ويتعين على القاضي اللجوء إلى ضابط الإسناد الاحتياطي.

الفرع الثالث: حدود حرية اختيار القانون الذي يحكم العقد.

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.

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 إعمال ضوابط الإسناد الاحتياطية حسب الترتيب الذي جاء به المشرع.

الفرع الرابع: أثر ضابط الإرادة على مصلحة المستهلك.

---

[6] طرح البحور علي حسن فرج، تدويل العقد، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، 2000، ص52.

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[7].

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[8]، 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.

وبناء عليه، يتبين عدم ملائمة ضابط الإرادة كضابط إسناد أصلي لحل تنازع القوانين في عقود الاستهلاك الدولية، لأن من شأن إعمال هذا الضابط إقصاء هدف حماية المستهلك باعتباره الطرف الضعيف الذي يحتاج إلى الحماية في هذا المجال[9].

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[10].

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[11]، خاصة

---

[7] Leclerc (F), la protection de la partie faible dans les contrats internationaux (étude de conflits des lois), T1, Strasbourg, 1995, P365.

[8] 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.

[9] أبو العلا النمر، حماية المستهلك في العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص21.

[10] أحمد الهواري، حماية العاقد الضعيف في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995، فقرة 71، ص88؛ خالد خليل، مرجع سابق، ص110 وبعدها.

وأن قانون الإرادة قد يتضمن نصوصاً أكثر حماية للمستهلك من النصوص الآمرة للقانون الذي يمكن أن يطبق على العقد بعيداً عن القانون المختار[12].

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[13] بضرورة تقييد ضابط الإرادة بجعله ضابط إسناد احتياطي في حالة عدم ملاءمته لعقود الاستهلاك الدولية، والبدء بضابط إسناد موضوعي مرن ينسجم مع المعطيات الحالية لعقود الاستهلاك الدولية، على أن يكون الضابط الرئيسي الموضوعي محققاً للحد 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[14].

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.

الخاتمة:

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 المدعن الذي يملي 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

---

[11] أحمد الهواري، مرجع سابق، ص96-97.

[12] خالد خليل، مرجع سابق، ص106.

[13] 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.

[14] أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، فقرة 519، ص611.

قد لا يتحقق في أغلب الأحيان ويبقى الغالب هو تطبيق قانون محل الإبرام الذي قد لا تكون له أية صلة 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- عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، الطبعة التاسعة، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1986.

02- حفيظة السيد حداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول: المبادئ العامة في تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، الطبعة الأولى، 2005.

03- طرح البحور علي حسن فرج، تدويل العقد، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، 2000.

04- أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مفاوضات العقود الدولية-القانون الواجب التطبيق وأزمته، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 2001.

05- خالد خليل، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، رسالة دكتوراه، جامعة حلوان، مصر، 2002.

06- أبو العلا النمر، حماية المستهلك في العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998.

07- أحمد الهواري، حماية العاقد الضعيف في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995.

08-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- Leclerc (F), la protection de la partie faible dans les contrats internationaux (étude de conflits des lois), T1, Strasbourg, 1995, P365.