- جامعة عبد الرحمان ميرة –بجاية–

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم قانون الأعمال

حماية المستهلك في العقود الخاصة الدولية

مذكرة لنيل شهادة الماستر

فرع: القانون الاقتصادي وقانون الأعمال

تخصص: القانون العام للأعمال

من إعداد الطالبتين:

❖ بن إسعد فطيمة

❖ بن صيد صبرينة

تحت إشراف الأستاذ:

عيد عبد الحفيظ

أعضاء لجنة المناقشة:

- تغربيت رزيقة.....رئيسة.
- عيد عبد الحفيظ.....مشرفا ومقررا.
- صويلح كريمة.....ممتحنة.

تاريخ المناقشة:2016/06/21.

السنة الجامعية: 2015-2016

الحمد لله

فاتحة كل خير...وتمام كل نعمة

بسم الله الرحمان الرحيم

[قَالُواْ سُبْحانَكَ لاَ عِلْمَ لَنَا إِلاَّ مَا عَلَّمْتَنَا إِنَّكَ أَنْتَ الْعَلِيمُ الْحَكِيمُ]

صدق الله العظيم

[الآية 31 من سورة البقرة]

تقدير وشكر

روى الترمذي عن أبي هريرة رضي الله عنه قال

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم

"من لا يشكر الناس لا يشكره الله"

وتطبيقا لهذا الحديث الشريف وهذا الأدب الرفيع

فإذن الشكر لله والحمد لله الذي أعاننا على إتمام هذا العمل

نتقدم بالشكر الجزيل إلى الذي شجعنا ووقف وراء هذا العمل المتواضع بمجهوداته

ونصائحه القيمة التي أنارت طريقنا وقومت مسارنا

إلى رمز العلم، العمل والالتزام

المشرف

الأستاذ "عيد عبد الحفيظ"

كما نتوجه بخالص الشكر والامتنان إلى الأستاذ عسالي عبد الكريم

يسرنا أن نتقدم بجزيل الشكر إلى اللجنة الموقرة التي قبلت

مناقشة هذا البحث المتواضع

الإهداء

أهدي ثمرة جهدي:

إلى التي أهدتها الحياة التعب والحرمان، فأهدتني الدفء والحنان،

إلى التي أخصها الله بالشرف الرفيع والعز المنيع، إليك يا أغلى شيء في الوجود،

حفظك الله...."أمي"

إلى الذي تحمل الشدائد في سبيل تدريسي وتكويني، ودفعني بكل ثقة على خوض الصعاب، إليك أبي العزيز حفظك الله.

إلى جدتي العزيزة أطال الله في عمرها

إلى إخواني الأعزاء جعلهم الله لي سندا ما بقيت حية: عبد النور، كمال، لياميين.

وإلى أختي العزيزة والوحيدة تينهينان التي شجعتني كثيرا

وإلى خالاتي نجيمة وكهينة اللتان كانتا لي سندا طيلة مساري الدراسي

وزميلتي فطيمة التي تقاسمت معها هذا العمل

وإلى كل الصديقات والأصدقاء كل باسمه

أسأل الله لهم كل خير سأله سيدنا محمد صلّى الله عليه وسلم.

صبرينة

الإهداء

إلى من قال فيهما الله سبحانه وتعالى " واخفض لهما جناح الذل من الرحمة وقل ربي ارحمهما كما ربياني صغيرًا "

الآية 23 سورة الإسراء

أهدي عملي هذا إلى صاحب الرأفة الذي كافح في سبيل تكويني وتعليمي أشكرك جزيل الشكر في كل ما قدمته في سبيل النجاح في دراستي وحياتي إليك أبي الغالي.

إلى صاحبة الرحمة والحنان قرة عيني التي سهرت وتعبت في سبيل تفوقي أمي الغالية.

إلى كل إخوتي نور الدين، ساسي، فاتح.

وإلى أخواتي وهيبة، سوهيلة، وردة، وبالخصوص ريمه التي كانت سندا لي في مساري

والذين جعلهم الله سندا لي

إلى براعم العائلة شهيناز، مهدي، فاهم، حواء، أمير.

وإلى روح عمتي العزيزة لويزة

وإلى جميع الصديقات والأصدقاء

وإلى من شاركت معي في إنجاز هذا العمل صبرينة

فطيمة

قائمة المختصرات

أولا: باللغة العربية

ص: صفحة.

ط: طبعة.

ق.م.ج: القانون المدني الجزائري.

ج.ر: الجريدة الرسمية.

د.د.ن: دون دار النشر.

د.ب.ن: دون بلد النشر.

ص ص: من الصفحة.....إلى الصفحة....

ثانيا: باللغة الفرنسية

P : Page

T : Tome

PUF :Presses Universitaires de France

مقدمة

تعتبر حاليا حماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية محل اهتمام التشريعات الوضعية نتيجة اختلال المراكز القانونية والاقتصادية للأطراف والتي يمكن أن تؤثر سلبا على الطرف الضعيف كما هو الشأن بالنسبة للعامل والمستهلك، في هذا الإطار اتجهت الدول من خلال تشريعاتها الداخلية أو من خلال انضمامها للاتفاقيات الدولية في تكريس حماية خاصة من خلال وضع قواعد قانونية آمرة تكفل الحماية الضرورية تصون له حقوقه من هيمنة الطرف القوي في العقد.

من بين الأطراف التي هي في أمس حاجة للحماية في مجال العلاقات الدولية هو المستهلك الذي يقتني السلع والخدمات المعروضة للاستهلاك في السوق والمرفقة بوسائل إشهارية جد مغرية للظفر بأكبر عدد ممكن من الزبائن، ومن هذا المنطلق ظهرت قوانين وطنية داخلية تهدف إلى حمايته نتيجة إختلال التوازن بين أطراف العلاقة العقدية من حيث المعرفة الفنية والقوة الاقتصادية التي أصبحت من المظاهر السائدة في وقتنا الحالي نتيجة التطور الاقتصادي والخدماتي في المجتمع التي ساهمت في تطوير المنتوجات التي تزيد من فرص المخاطر التي تهدد المستهلك.[1]

يمكن أن تكون هذه العقود وطنية خالصة في جميع عناصرها، لا يتوفر فيه عنصر أجنبي في هذه الحالة لا تثير مشكلة تنازع القوانين لخضوعها إلى القانون الوطني فيكون في هذه الحالة القانون الوطني الداخلي هو الواجب التطبيق على هذا النزاع، وعلى هذا الأساس يتحقق الأمان القانوني والعدالة لطرفي العقد لعلمهم المسبق بالنظام القانوني الذي يحكم عقدهم.غير أن عقود الاستهلاك ليست حبيسة الدولة الواحدة وإنما قد يتعدى نطاقها حدود الدولة الواحدة عندما يتصف أحد عناصرها بالصفة الأجنبية –عقد دولي– فعندئذ يتصل العقد بأكثر من نظام قانوني وهذا ما يثير مسألة البحث عن القانون الواجب التطبيق، والأداة التي

[1]–خالد عبد الفتاح محمد خليل، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009، ص ص5،6.

تبين القانون الواجب التطبيق في هذه الحالة هي قاعدة التنازع في قانون القاضي التي تبنت مبدأ قدرة اختيار قانون العقد الدولي.[2]

يؤدي إعمال قاعدة التنازع التي تخص العقود الدولية لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقود التي يبرمها المستهلك إلى تشكيل خطورة حقيقية على هذا الأخير باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة العقدية، حيث يمكن أن يكون القانون الواجب التطبيق على عقد الاستهلاك لا يوفر أي حماية لهذا المستهلك أو يكفل له حماية أقل درجة عن تلك الحماية التي يكفلها قانون موطنه أو قانون محل إقامته، وهذا يرجع إلى طبيعة قاعدة الإسناد العامة التي تسعى إلى تحقيق عدالة تنازعية على حساب العدالة الموضوعية ومن هذا المنطلق ظهرت الحاجة إلى سن قواعد إسناد خاصة بحماية المستهلك للحد من تعسف المتعاقد معه.

مع تزايد تدخل الدولة في مجال الحياة الاجتماعية والاقتصادية للأطراف أدى ذلك إلى ظهور قواعد قانونية داخلية تخرج من مجال تنازع القوانين نتيجة لطبيعتها الآمرة التي لا تقبل المنافسة من أي قانون آخر في المجال الذي تنظمه، ومن بين الأهداف التي تسعى هذه القواعد إلى تحقيقه هو حماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية كما هو الشأن مثلا بالنسبة للمستهلك في عقود الاستهلاك.[3]

وعلى هذا النحو جاء اختيار موضوع الدراسة نابعة من الأهمية التي يكتسيها هذا الأخير فيما يشهد مجال العقود الاستهلاكية من تطور العلاقات الاقتصادية في القانون الدولي الخاص ويقتضي إزالة كل العوائق التي تواجه المستهلك إثر هذه العقود وبالتالي أصبح موضوع حماية المستهلك باعتباره الطرف الضعيف في هذه العلاقة.

---

[2]–حسام الدين فتحي ناصف، حماية المستهلك من خلال قواعد تنازع القوانين، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، 2007، ص ص5،6.

[3]–عيد عبد الحفيظ، "حماية المستهلك في مجال العلاقات الخاصة الدولية"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 07، العدد01 ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2013، ص23.

تثير مسألة حماية المستهلك من جانب القانون الواجب التطبيق في مجال العلاقات الدولية الخاصة وبهذا الصدد يطرح موضوع بحثنا هذه الإشكالية:

كيف يتم حماية المستهلك على صعيد العلاقات الخاصة الدولية؟

انطلاقا من هذه الإشكالية سنحاول دراسة موضوع بحثنا من خلال فصلين أساسين من خلالهما يتم التوصل إلى أفضل القوانين التي توفر حماية خاصة للمستهلك، حيث سنتناول في(الفصل الأول) من هذا المبحث دراسة مدى فعالية قواعد الإسناد العامة في العقود من حماية هذا المستهلك، كما سنشير إلى حماية المستهلك من خلال إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري(الفصل الثاني).

الفصل الأول

حماية المستهلك من خلال

إعمال قواعد الإسناد

تندرج العقود التي يبرمها المستهلك ضمن العقود الدولية إذا ما تحققت شروط إعمال نظرية تنازع القوانين التي تجعل العقد يشتمل على عنصر أجنبي، لذلك تثير مسألة في غاية الأهمية تتمثل في البحث عن القانون الواجب التطبيق. وذلك على خلاف عقود الاستهلاك الداخلية أي تلك التي لا تشتمل على عنصر أجنبي وتخضع للقوانين الوطنية التي تولت هي الأخرى إقرار حماية خاصة للمستهلك.[4]

لكن المسألة تطرح إذا ما كان عقد الاستهلاك الدولي حيث تطرح مسألة تتمثل في البحث عن القانون الأفضل لحماية المستهلك والذي يمكن أن يتوصل إلى هذا القانون عن طريق إعمال قاعدة الإسناد العامة في العقود(المبحث الأول)، أو تحقق هذه الغاية من خلال تخصيص قاعدة إسناد خاصة تكفل حماية للطرف الضعيف في العلاقة العقدية وهو في هذه الحالة هو المستهلك(المبحث الثاني).

[4]–عيد عبد الحفيظ،" حماية المستهلك في مجال العلاقات الخاصة الدولية"، المرجع السابق"، ص24.

المبحث الأول

إمكانية حماية المستهلك من خلال تطبيق القواعد العامة في تنازع القوانين

يتم تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود التي يبرمها المستهلك وفقا لقاعدة الإسناد العامة في العقود والتي كرسها فقه تنازع القوانين وأخذت به التشريعات الوطنية والمتمثلة في قانون الإرادة وهذا حسب الأصل[5]، بمعنى أن الأطراف يتولون بأنفسهم تحديد القانون المختص ويكون ذلك بصفة صريحة أو بصفة ضمنية يمكن للقاضي أن يستخلصه من مختلف الظروف وملابسات التعاقد(المطلب الأول).

وليس في كل الحالات أن إرادة الأطراف تولت تحديد القانون المختص، ففي هذه الحالة يتم البحث عن القانون الواجب التطبيق ويكون من خلال الضوابط الاحتياطية التي جاءت بها قواعد الإسناد والتي تركز العقد في إحدى الأنظمة القانونية(المطلب الثاني).

المطلب الأول

مدى فعالية ضابط الإسناد الأصلي في حماية المستهلك؟

أصبح مبدأ قدرة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي من المبادئ التي تم تكريسها على مستوى التشريعات الداخلية وكذا على مستوى الاتفاقيات الدولية فبالرجوع إلى التشريعات المختلفة التي تخص تحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، يتبين أن هناك نوع من التدرج في البحث عن القانون الواجب التطبيق، والذي يتم وفقا للأسلوب المتبع في التعبير عن هذا الاختيار[6]، فيكون للمتعاقدين حق ممارسة هذا الاختيار صراحة، لكن قد يحدث وأن يهمل هؤلاء تضمين اتفاقهم مما يستوجب ضرورة البحث عن

[5]–خالد عبد الفتاح محمد خليل، المرجع السابق، ص75.

[6]–بوكلال مبروك و لحضير حكيم، دور الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص القانون الاقتصادي وقانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، 2012، ص15.

إرادتهم الضمنية، أما في حالة غياب هذه الأخيرة وجب على القاضي التدخل لتعيين قانون العقد مما يعني أننا قد نكون أمام اختيار صريح لقانون العقد أو اختيار ضمني له.[7]

تولت الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود على نحو عام حيث تبنت مبدأ كلاسيكي جاء به فقه تنازع القوانين المتمثل في مبدأ سلطان الإرادة، بمعنى أن للأطراف إمكانية اختيار القانون المختص ليكون القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، وهذا الاتجاه مكرس في القوانين الوضعية وهذا ما يظهر في بعض الاتفاقيات الدولية التي تحدد القانون الواجب التطبيق على العقود وأبرزها نجد المادة الثانية من اتفاقية لاهاي بشأن القانون المطبق على البيوع الدولية للمنقولات على وجوب إخضاع البيع للقانون الداخلي والتي تنص على:**"أن البيع ينبغي أن يخضع للقانون الداخلي الذي اختاره المتعاقدين صراحة أو ضمنيا"**[8]

لذا سنتناول في هذا المطلب كل من الإسناد الصريح للقانون الواجب التطبيق على عقود الاستهلاك(الفرع الأول)، والإسناد الضمني للقانون الواجب التطبيق على عقود المستهلك حالة عدم وجود الاختيار الصريح(الفرع الثاني).

---

[7]–فوزي قدور نعيمي و مظفر جابر الراوي،"النظام القانوني للعقد الدولي للاستثمار في ظل المتغيرات الاقتصادية الجديدة"، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، المجلد3، العدد 10، العراق، السنة 3، ص3.

[8]–اتفاقية لاهاي، لسنة 1955، المتعلقة بتحديد القانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للمنقولات المادية، المؤرخة في 15 جوان 1955.

–راجع الموقع:

http://www.hc ch.net/index.fr php ? :conventions.text & :31.

الفرع الأول

الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق

يقصد بالاختيار الصريح لقانون العقد الدولي بأن يتولى الأطراف بصفة صريحة تعيين القانون واجب التطبيق على العقد الدولي، فيعتبر هذا الاختيار عنصر من عناصر الإسناد من خلاله يتم فض النزاع إذا توفرت شروط تطبيقه.[9]

يتم التعبير عن الإرادة وفقا للقواعد العامة بكل وسيلة تكشف عما قصده المتعاقدون دون إتباع شكل معين يقيد من كيفية التعبير عنها، فالمتعاقد يفصح عن إرادته بالوسيلة التي يراها مناسبة من خلالها يمكن إحاطة الغير فيما اتجهت إليه إرادته بطريقة مباشرة وفقا لأساليب متعددة وغير محصورة وهذا وفقا لما تنص عليه المادة 2/60 من القانون المدني الجزائري.[10]

فتكون الإرادة صريحة إذا ما اتخذت مظهرا خارجيا مألوفا بين الناس يؤديها الإنسان مباشرة أو يؤديها بالوساطة كما لو تم استخدام الهاتف أو يكون بالكتابة في أي صورة من صورها أو بالإشارة المتداولة عرفا أو باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكا في دلالته على ما تقصده الإرادة.[11]

يقصد بالإرادة الصريحة في مجال تنازع القوانين تولي الأطراف تعيين القانون واجب التطبيق على نحو صريح إعمالا لقاعدة الإسناد التي جعلت من هذه الإرادة كضابط إسناد أصلي من خلاله يتم تعيين القانون المختص[12]، ويتم ذلك وفقا لأشكال تتناسب مع طبيعة هذا

---

[9]–يتولى القاضي الوطني تطبيق القانون الذي يعينه إرادة الأطراف بصفة صريحة وفقا للشروط التي يحددها المشرع الوطني، كأن يكون مثلا القانون الذي تم اختياره له علاقة بالعقد وكذلك أن لا يخالف النظام العام الوطني وأن لا يكون قد تقرر له الاختصاص عن طريق الغش نحو القانون.

[10]–تنص المادة 1/60 من الأمر 75–58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 متضمن القانون المدني معدل ومتمم، على منشور على موقع الأمانة العامة للحكومة:

www.joradp.dz–Acivil.pdf

على ما يلي:"التعبير عن الإرادة يكون باللفظ، أو بالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا، كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه".

[11]–عبد المنعم فرج الصده،"التعبير عن الإرادة"، مجلة الأمن والقانون، السنة الخامسة، العدد الأول، كلية الشرطة، دبي، 1997، ص ص1،2.

[12]–معاشو عمار، الضمانات في العقود الاقتصادية الدولية في التجربة الجزائرية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه دولة في القانون الدولي والعلاقات الدولية، معهد العلوم القانونية والإدارية، جامعة الجزائر، 1998، ص26.

الاختيار، فيكون عن طريق إدراج نص في العقد أو في اتفاق مستقل عن العقد سواءا كان مكتوبا أو شفويا حتى ولو كان أمام المحكمة المختصة قبل الفصل في النزاع تيسيرا على المتعاقدين وتحقيق فعالية قاعدة الإسناد التي تسند العقد الدولي لقانون الإرادة.[13]

هناك حالات كثيرة لا يختار فيها الأطراف القانون واجب التطبيق عند إبرام العقد ويتم تحديده في وقت لاحق كما لو كان الأطراف يجهلون بأنهم بشأن إبرام عقد دولي أو أن طبيعة العقد عند إبرامه هو عقد داخلي وتغيير أحد عناصره لاحقا وألحقت به عنصرا أجنبيا، أو أنهم تجاهلوا عن قصد إثارة مسألة تحديد القانون واجب التطبيق حتى لا يؤدي الخلافات بشأن هذا الموضوع إلى عدم إتمام إبرام العقد. ففي كل هذه الحالات يمكن للأطراف لاحقا الاتفاق على القانون المختص بما أن قاعدة الإسناد تمكنهم من هذا الاختيار دون أن تحدد زمن ممارسة هذا الحق.[14]

يتضح من كل ما سبق أن التعيين الصريح لقانون العقد الدولي يتخذ أحد الشكلين فيمكن أن يكون كتابة سواءا كان ذلك عند إبرام العقد أو في اتفاق مستقل يكون بين لحظة إبرام العقد إلى غاية عرض النزاع على القضاء، كما يمكن أن يكون الاختيار الصريح بصفة شفوية وإن كانت هذه الحالة الأخيرة تطرح صعوبات في إثبات هذا القانون المختص.[15]

وكلما تم اختيار القانون الواجب التطبيق، يحق للأطراف تعديل هذا الاختيار كلما دعت الحاجة إلى ذلك، وهذا ما أخذت بعض التشريعات التي مكنت من تعديل الاختيار كما هو الشأن مثلا بالنسبة للقانون الدولي الخاص السويسري لسنة 1987 وذلك في نص المادة 3/116 والتي تنص:

« **L'élection de droit peut être faite ou modifiée en tout temps. Si elle est postérieure a la conclusion du contrat, elle rétroagit au moment de la conclusion du contrat. Les droits des tiers sont réservés** ».

---

[13]–أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص ص179–180.

[14]–هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001، ص ص472،473.

[15] –ALQUADAH Meen, Exécution de contrat de vente international de marchandise,(Etude comparative du droit français et droit jordanien),Thèse pour le doctorat en droit, Université de Reims Champagne–Ardenne, France, 1992, p79.

كما أكدت على هذا التعديل اللاحق اتفاقية روما لسنة 2008 في المادة 2/3 والتي تنص على أن:

« **Les parties peuvent convenir, à tout moment, de faire régir le contrat par une loi autre que celle qui le régissait auparavant soit en vertu d'un choix antérieure selon le présent article, soit en vertu d'autre disposition du présent règlement…** ».

يبقى حق الاختيار اللاحق لقانون العقد الدولي قائما حسب ما أكدت عليه بعض القوانين السابقة الذكر، حيث يسري هذا الاختيار بأثر رجعي أي منذ لحظة إبرام العقد دون أن يؤدي هذا المساس بحقوق الغير.[16]

اختيار الأطراف لقانون العقد الدولي ما هو إلا تجسيد لما جاءت به قاعدة الإسناد التي تبنت سلطان الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق يمكن الأطراف تجسيد طموحاتهم في هذا القانون ويجنبهم مخاطر تطبيق قانون لا يعرفون أحكامه مسبقا كما يجنب القاضي مشقة البحث عن هذا القانون إذا ما أراد البحث عن ما يسمى بالإرادة الضمنية. من هذه الأهمية أدت بمجمع القانون الدولي الخاص إلى تقديم توصيات تبين أهمية الاختيار الصريح ويظهر ذلك في إحدى دوراته المنعقدة في مدينة أوسلو سنة 1977.[17]

أبرز المشرع الجزائري على نحو صريح في اختيار العقد الدولي ويظهر ذلك في نص المادة 18 من ق.م.ج .[18]

يعتبر الاختيار الصريح لقانون العقد الدولي بمثابة الإسناد الأصلي في قاعدة الإسناد من خلاله تبين إرادة المتعاقدين القانون واجب التطبيق على عقد الاستهلاك الدولي، كلما وجد هذا الاختيار يتولى القاضي بتطبيقه إذا ما توفرت شروط جاءت بها القوانين الوضعية، وهذا

---

[16]–في هذا الإطار تنص المادة 2/3 من اتفاقية روما لسنة 2008 على ما يلي:

« …Toute modification quand à la détermination de la loi applicable, intervenue postérieurement à la conclusion du contrat, n'affecte pas la validité formelle du contrat au sens de l'article 11 et ne porte pas atteinte aux droits des tiers ».

[17]–بوكلال مبروك و لحضير حكيم، المرجع السابق، ص ص21،22.

[18]–تنص المادة 1/18 من الأمر رقم 75–58 المتعلق بالقانون المدني الجزائري معدل ومتمم على أن:"يسري على الالتزامات التعاقدية، القانون المختار من المتعاقدين…".

وفقا للمادة 106 من ق.م.ج التي تنص على أن:**"العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون".**

الفرع الثاني

الاختيار الضمني للقانون الواجب التطبيق

قد يقوم الأطراف باختيار القانون الواجب التطبيق بصفة صريحة في هذه الحالة لا يثور أي إشكال، فعلى القاضي تطبيق القانون المختار من قبل المتعاقدين، لكن ليست إرادة الأطراف دائما صريحة بل هناك حالات لا يتم الإفصاح عن رغبتهما في اختيار قانون معين على عقدهما سواءا كان ذلك عمدا أو عن طريق الإهمال، ففي حالة سكوتهم عن تحديد القانون المختص يتعين على القاضي البحث عن النية الضمنية للمتعاقدين وذلك انطلاقا من ظروف الحال وملابسات التعاقد حيث أن الإسناد الضمني في اختيار القانون الواجب التطبيق إرادة حقيقية بالرغم من عدم إعلانها من قبل المتعاقدين.[19]

ففي كل هذه الحالات تطرح مسألة البحث عن قانون الإرادة الضمنية التي تستخلص من مختلف الظروف والملابسات التي تبين وجودها والتي هي عبارة عن إرادة حقيقية غير معلنة تكون بجانب الإرادة الصريحة إسناد أصلي للقانون واجب التطبيق على العقد الدولي.[20]

غير أن فكرة الاختيار الضمني لا تدفعنا إلى الاعتقاد أن الإرادة غير موجودة بل غير معلن عنها فقط، وتظهر مهمة القاضي في استنتاج هذا الاختيار عن طريق تفسير العقد وبالتالي يمكنه تحديد انصراف إرادة الأطراف إلى قانون دولة معينة ولو لم يتفق الأطراف صراحة على هذا القانون لأنهم يضعون بعض البنود في عقدهم تحدد بطريقة غير مباشرة أن هذا القانون هو الواجب التطبيق على العقد.[21]

أخذت بعض التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية بالإرادة الضمنية للمتعاقدين بكيفية واضحة لا لبس فيه وجعلتها تحتل الدرجة الثانية بعد الإرادة الصريحة يتولى القاضي الكشف

---

[19]–يونس صلاح الدين و وسام محمد خليفة،" القانون الواجب التطبيق على إصابات العمل والأمراض المهنية ضمن نطاق عقد العمل الدولي"، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 4، العدد 15، العراق، السنة 4، ص13.

[20]–POMMIER Jean-Christophone, Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel, Economica, Paris, 1992, P97.

[21]–قريمس مريم، القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سطيف2، 2015، ص37.

عنها من خلال مجموعة من القرائن تبين على نحو مؤكد اتجاه نية المتعاقدين إلى اختيار هذا القانون.[22]ومثال ذلك المادة 2/60 من ق.م.ج التي نصت على أن:**"...ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الأطراف على أن يكون صريحا".**

ومن بين التشريعات العربية التي برزت دور هذه الإرادة نجد ما ذهب إليه المشرع المصري في نص المادة 19 من القانون المدني والتي تنص على أن:**"يسري** على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذ اتحدا موطنا، فإن اختلفا موطنا سرى قانون الدولة التي فيها العقد. هذا ما لم يتفق المتعاقدان **أو تبين من الظروف أن قانونا آخر هو الذي يراد تطبيقه"** [23]

هناك بعض التشريعات لم يبين فيها المشرع بصفة صريحة مدى الأخذ بالإرادة الضمنية ويظهر ذلك مثلا فيما ورد نص المادة 1/20 من القانون المدني الأردني على ما يلي:**"يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنا، فإن اختلفا سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان على غير ذلك".**

كما لم يبين المشرع الجزائري موقفه بصفة صريحة من الإرادة الضمنية وذلك بالنظر إلى ما ورد في المادة 18 من ق.م.ج، فيوحي ظاهر النص أنه تم الأخذ بالإسناد الصريح دون الإسناد الضمني، وكان باستطاعة استدراك هذا الغموض بعد تعديل قواعد الإسناد 2005 للفصل بصفة نهائية عن التساؤلات التي كانت تخص بشأن هذه الإرادة–الإرادة الضمنية– بعد صدور الأمر 75–58 المتضمن القانون المدني والذي جسد للمرة الأخرى بعد تعديل نص المادة في 2005 بموجب قانون 05–10 المتضمن تعديل القانون المدني. يوحي هذا التجاهل إلى أن المشرع استبعد دورها–الإرادة الضمنية– في مجال العقود الدولية حيث يتم تطبيق الضوابط الاحتياطية في حالة عدم وجود الاختيار الصريح لقانون العقد الدولي.[24]

---

[22]–CHATILLON Stéphane, Le contrat international, 3e édition, Vuibert, France, 2007, p 271.

[23]–يونس صلاح الدين و وسام محمد خليفة، المرجع السابق، ص16.

[24]–اختلفت الآراء بشأن موقف المشرع الجزائري من الإرادة الضمنية، فهناك من يرى أن المشرع استبعدها من نطاق إسناد العقد الدولي لقانون الإرادة وذلك بالنظر إلى الصياغة التي وردت بها المادة 18 من الأمر 75–58 المتضمن القانون المدني قبل تعديله كون المشرع أسقط كل ما يفيد البحث عن هذه الإرادة ويتضح ذلك إذا ما أجرينا مقارنة بين نص المادة 19 من القانون المدني المصري التي هي أصل المادة 18 من ق.م.ج.

تولت بعض الاتفاقيات الدولية توحيد قواعد الإسناد بشأن بعض العقود ذات الطابع العالمي لوضع حد لمشكلة اختلاف القوانين الواجبة التطبيق عليها ومن بين هذه الاتفاقيات نجد اتفاقية لاهاي لسنة 1955 التي تبنت القانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للمنقولات المادية وذلك في نص المادة الثانية منها والتي تنص على أن:

« **La vente et régie par la loi interne du pays désigné par les parties contratantes**.

Cette désignation doit faire l'objet d'une clause expresse, ou résulter indubitablement des dispositions du contrat ».

كما اتجهت اتفاقية لاهاي لسنة 1986 التي تبنت القانون الواجب التطبيق على البيع الدولي للبضائع إلى توحيد قواعد الإسناد بشأن القانون الواجب التطبيق على هذه البيوع، وظهرت هذه الرغبة من خلال ديباجة الاتفاقية التي وردت على النحو التالي:

« **Les états partis à la présente convention, Désirant unifier les Règles de Conflit de loi relative aux contrats de vente internationale de marchandises…** ».

تبنت المادة السابعة من هذه الاتفاقية قدرة اختيار قانون العقد الدولي والتي تنص على أن:

« **La vente est régie par la loi choisie par les parties. L'accord des parties sur ce choix doit être expresse ou résulter clairement des termes du contrat et du comportement des parties, envisagés dans leur ensemble.**

Ce choix peut porter sur une partie seulement du contrats ».

على خلاف ذلك هناك من يأخذ بهذه الإرادة في الحالات التي تكون هناك مؤشرات من خلالها يمكن التوصل إلى استخلاص هذه الإرادة، أما البعض الآخر فضل ترك هذه المسألة للقضاء للفصل في هذه المسألة.

الاتجاه الغالب يؤكد الأخذ بالإرادة الضمنية باعتبارها تعبر عن وجود التراضي بشأن تصرف قانوني وإن كانت تأتي في الدرجة الثانية بعد الإرادة الصريحة.

[25]–اتفاقية روما لسنة 1980 والتي كانت محل استبدال 2008 بمقتضى اتفاقية روما 1 التي دخلت حيز التنفيذ بداية من تاريخ 17 ديسمبر 2009.

كرست اتفاقية روما التي تبين القانون واجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية على نحو عام قدرة اختيار قانون العقد الدولي[25] وجعلت منه أهم وأبرز المبادئ التى يعتمد عليها لفض مشكلة تنازع القوانين بشأن العقود الدولية ويظهر ذلك بصفة جلية في المناقشات التى جرت عند تبني اتفاقية روما والتي تعرف:(Règlement Rome1)[26]. حيث لم يتعرض المبدأ الكلاسيكي المتمثل في قدرة اختيار قانون العقد الدولي الذي جاءت به اتفاقية روما لسنة 1980 لأي تعديل وذلك بعدما أكدت عليه نفس المادة من اتفاقية روما لسنة 2008 وبنفس الصيغة.

المطلب الثاني

القانون الواجب التطبيق على عقود الاستهلاك حالة عدم وجود الإرادة

هناك حالات لا يتم فيها تحديد القانون الواجب التطبيق من قبل الأطراف، ففي هذه الحالة يستحيل إعمال ضابط الإسناد الأصلي المتمثل في قانون الإرادة الصريحة والإرادة الضمنية. فقد تولت التشريعات وضع ضوابط احتياطية من خلالها يتم تحديد القانون المختص بصفة جامدة لا تراعي طبيعة العقود والتي طبقت بصفة تدريجية إلى أن يتم تحديد القانون المختص(الفرع الأول).

وأكثر من ذلك، هناك جانب من الفقه(الفرنسيون والسويسريون) يرفض الأخذ بالإرادة الصريحة حتى في الحالات التي يوجد فيها الاختيار وهي النظرية التي جاء بها الفقه الفرنسي باتيفول والتي تعرف بنظرية التركيز الموضوعي حيث جعل الإرادة ما هي إلا قرينة من القرائن تساهم هي الأخرى في تركيز العقد في إحدى الأنظمة القانونية(الفرع الثاني).

---

[25]–اتفاقية روما لسنة 1980 والتي كانت محل استبدال 2008 بمقتضى اتفاقية روما 1 التي دخلت حيز التنفيذ بداية من تاريخ 17 ديسمبر 2009.

–convention Rome 1 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelle.

تنص المادة الأولى من الاتفاقية على أن:

« Le présent règlement s'applique, dans des situations comportant un conflit de lois, Aux obligations contractuelles relevant de la matière civil et commerciale ».

[26]–اعتبرت اتفاقية روما 1 اختيار قانون العقد الدولي الركيزة الأساسية التي تقوم عليها العقود الدولية وهذا وفقا ما نص عليه العنصر 11 من الديباجة والذي ينص على أن:

« La liberté des parties de choisir le droit applicable devrait constituer l'une des pierres angulaires du système de règles de conflit de lois en matière d'obligations contractuelles ».

الفرع الأول

حماية المستهلك من خلال إعمال الضوابط الاحتياطية

في حالة عدم وجود اختيار قانون العقد الدولي ولم يتمكن القاضي من استخلاص ما ذهبت إليه الإرادة الضمنية للأطراف سيتم في هذه الحالة تطبيق الضوابط الاحتياطية التي جاءت بها قاعدة التنازع التي تخص العقود الدولية المتمثلة في كل من ضابط الموطن المشترك للمتعاقدين أو الجنسية المشتركة وإذا تعذر ذلك يتم تطبيق ضابط محل إبرام العقد، يتم تطبيق هذه الضوابط بصفة متدرجة كما جاء به المشرع الجزائري في نص المادة 2/18 من ق.م والتي تنص على أن :"يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد. **وفي حالة عدم إمكانية ذلك، يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة وفي حالة إمكان ذلك يطبق قانون محل إبرام العقد".**[27]

أولا:قانون الموطن المشترك للمتعاقدين:

يتبين من النص السابق أن في حالة عدم وجود الإرادة يتولى القاضي الجزائري تطبيق الضوابط الاحتياطية التي جاءت بها نص المادة السالفة الذكر والتي تطبق بصفة تدريجية بداية من ضابط قانون الموطن المشترك، فإذا كان للأطراف موطن مشترك فيكون قانون هذا الموطن هو الواجب التطبيق.[28]

حيث يعتبر قانون الموطن المشترك أنه قانون معروف لدى المتعاقدون أكثر من غيرهم، حيث اعتادوا على أن ينظموا سلوكهم وفق أحكامه يمكنهم ذلك من توقع الآثار التي ستترتب عنه من جراء إعمالهم لهذا الضابط.[29]

ومن أمثلة ذلك أن يتعاقد شخص تركي الجنسية مع سوري كلاهما يقيمان في لبنان ويزاولان أعمالهما في لبنان على توريد صفقة فاكهة إلى المملكة الأردنية وأن هذا العقد لم يتضمن اتفاقا لذا فإن المحكمة الأردنية طبقت عليه القانون اللبناني.[30]

---

[27]–تنص المادة 2/18 من القانون المدني الجزائري على أن :"يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد...".

[28]–حسام الدين فتحي ناصف، المرجع السابق، ص38.

[29]–بدران شكيب الرفاعي، عقود المستهلك في القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر،2011، ص207.

[30]–ممدوح عبد الكريم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار الثقافة، الأردن، 2005، ص170.

ثانيا: قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين:

وفي حالة عدم تحقق شروط إعمال الضابط الأول يتم إعمال الضابط الثاني ألا وهو قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين يعد أحد الضوابط المقترحة لتطبيقه على النزاعات العقدية ذات الطابع الدولي.[31]

في حالة ما إذ ما كان أحد الأطراف جزائري والمتعاقد الثاني له عدة جنسيات ومن بينها الجنسية الجزائري يمكن في هذه الحالة تطبيق قانون الجنسية المشتركة وهو القانون الجزائري في هذه الحالة إستنادا إلى نص المادة 22 ق.م.ج تنص على:**"في حالة تعدد الجنسيات يطبق القاضي الجنسية الحقيقية غير أن القانون الجزائري هو الذي يطبق إذا كانت للشخص في وقت واحد، بالنسبة إلى الجزائر الجنسة الجزائرية، وبالنسبة إلى الدولة أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدولة.**

وفي حالة انعدام الجنسية يطبق القاضي قانون الموطن أو قانون محل الإقامة."

هذا مع الإشارة إلى أن ضابط الجنسية استحدث خلال تعديل قواعد الإسناد في 2005 فإذا اختلفا المتعاقدان في الموطن واتحدا في الجنسية، يطبق القاضي قانون الجنسية المشتركة ويستوي الأمر أن يكون قانون الجنسية هو قانون وطني أو قانون أجنبي.[32]

ثالثا:قانون محل إبرام العقد:

في حالة تعذر تطبيق الضابطين السابقين، يتعين في هذه الحالة تطبيق قانون محل إبرام العقد والذي يعد كقرينة على اتجاه الإرادة إلى هذا القانون. هذا مع الإشارة إلى أن هذا الضابط كان هو عبارة عن قانون الإرادة الضمنية لدى فقه الأحوال، بمعنى كان العقد يخضع لقانون مكان إبرامه ويفسر ذلك أن الإرادة الضمنية للأطراف اتجهت إلى اختيار هذا القانون وبقي الأمر على حاله لمدة معتبرة من الزمن وذلك بعد ظهور فقه متشبع بالفلسفة الفردية الذي يجسد سلطان الإرادة والذي بمقتضاه أصبح العقد يخضع لقانون الإرادة أي القانون المختار من قبل المتعاقدين.[33]

---

[31]–فراس يوسف الكساسبة، "صلاحية قانون العقد للتطبيق على التصرفات الانفرادية عند تنازع القوانين، مجلة الشريعة والقانون، السنة 27، العدد 53، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2013، ص321.

[32]–عيد عبد الحفيظ، "حماية المستهلك في مجال العلاقات الخاصة الدولية"، المرجع السابق، ص28.

[33]–شويرب خالد، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، رسالة دكتوراه في الحقوق، فرع الملكية الفكرية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2009، ص ص103،104.

يعد محل إبرام العقد من بين الضوابط التي يتم تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي ومن مبررات ذلك أنه يعد قانون مكان ولادة العقد كما يرجع إلى قانون محل إبرام العقد للتأكد من سلامة الشروط القانونية المدرجة فيه.[34]

من التبريرات التي قدمت بشأن إعمال هذا الضابط هي هذا القانون هو الإرادة المفترضة للأطراف باعتبار أنه ما قد يقصد المتعاقدان لو فكرا في القانون الواجب التطبيق، وقد يتطابق محل إبرام العقد مع مكان تنفيذه في عقود الاستهلاك وذلك نظرا لإبرام معظم عقود الاستهلاك في محل الإقامة المعتادة للمستهلك.[35]

أول ملاحظة يمكن إثارتها في هذا الخصوص هو أن هذه الضوابط الجامدة جاءت لتركز العقد في إحدى الأنظمة القانونية التي لها صلة بالعقد وهذا دون أن تبالي بمحتوى هذه القوانين خاصة من حيث مدى توفرها على حماية خاصة للمستهلك كونها تعبر عن إرادة تشريعية مستخلصة من ظروف خارجة عن موضوع النزاع ذاته، فكان من الأجدر أن يبين المشرع معيار يستخلص العلاقة ذاتها فكان من ظروف العلاقة ذاتها ويعبر عن مدى ارتباط بين العلاقة والقانون الواجب التطبيق وترك الحرية للقاضي للبحث عن قانون أكثر حماية للمستهلك ويكون ذلك من بين القوانين المرشحة للتطبيق على النزاع.[36]

يتبين أن الضوابط الاحتياطية التي تبين القانون المختص حالة عدم وجود الاختيار لا تقدم حماية للمستهلك لأنها طبقت على نحو جامد لا تراعي أصلا طبيعة أطراف العلاقة العقدية. فهي تتجاهل في الأساس هذه المراكز مما يعني أنها تشكل خطورة على المستهلك إذا ما كانت هذه الضوابط لا تراعي مصلحة الطرف الضعيف في العقد وهو المستهلك.

الفرع الثاني

الإسناد الموضوعي للقانون المختص

نتيجة مغالاة فقه النظرية الشخصية في تقديس سلطان الإرادة مما أدى إلى إفلات العقود الدولية من هيمنة القانون، وما يترتب عنه من آثار سلبية خاصة بالنسبة للعقود التي يبرمها المستهلك وذلك في الحالات التي يفرض فيها الطرف القوي شروطه التعسفية والتي

---

[34]–حسام الدين فتحي ناصف، المرجع السابق، ص40.

[35]–خالد عبد الفتاح محمد خليل، المرجع السابق، ص ص145،147.

[36]– نقلا عيد عبد الحفيظ، "حماية المستهلك في مجال العلاقات الخاصة الدولية"، المرجع السابق، ص28.

يخضع المستهلك بالرغم من إجحافها وتعسفها[37]، إلا أنه قد يجد نفسه في وضعية يقبل هذه الشروط لتلبية لبعض حاجياته الاقتصادية والاجتماعية، فمثل هذا الاتجاه منتقد من قبل أنصار النظرية الموضوعية التي تخضع العقد لحكم القانون، نجد أنه لا يحقق حماية فعالة للطرف الضعيف حيث أن العقد له أسبقية على القانون، يكون ملزم بذاته وليس بحاجة إلى قانون يمنحه هذا الطابع، نظرا للتطور الاقتصادي في مجال العلاقات الخاصة الدولية.[38]

تقوم فكرة التركيز الموضوعي إلى ما قاله الفقيه الألماني الشهير سافيني ومؤدى هذه الفكرة أن تحديد القانون الواجب التطبيق يتم عن طريق تركيز العقد حسب معطياته الخارجية بمعنى أن للمتعاقدين دور في تحديد مقر العقد، ولكن يرجع للقاضي تعيين القانون المختص على أساس هذا المقر، وعلى ذلك إن كانت الإرادة عنصرا رئيسيا في عملية التركيز إلا أنها ليست العنصر الحاسم في الموضوع.[39]

ولقد تطورت هذه الفكرة على يد الأستاذ Batiffol وقد أسس هذه النظرية على أن دور الإرادة في تحديد القانون المختص يقتصر على فكرة تركيز العقد، بمعنى أن إرادة المتعاقدين قد اتجهت إلى تركيز علاقتهم القانونية في إطار نظام قانوني معين يعتبر أنه الأنسب لحكم العلاقة العقدية .

ويضيف Batiffol أن إرادة الأطراف لا تقوم باختيار القانون الذي تريده بل تتولى تركيز العلاقة العقدية في مكان محدد في ظروف وملابسات التعاقد، ومن ثمة يسري قانون هذا المكان على العقد بوصفه واقعا اجتماعيا ينتمي بالضرورة إلى نظام قانوني محدد، وبذلك يقتصر دور الإرادة على الكشف عن مراكز الثقل في العلاقة التعاقدية والتي تخضع لقانون هذا المركز.[40]

---

[37]–لما كان مبدأ سلطان الإرادة الذي يمنح المتعاقدين حرية اختيار القانون الذي يحكم العقد الدولي، وهو السبب الرئيسي للإجحاف بالطرف الضعيف، فقد يبدو لأول وهلة أن أفضل وسيلة لحماية هذا الطرف في العقود التي تتسم بالحاجة للحماية، هي حرمان الأطراف كلية من إمكانية اختيار القانون الذي يحكم عقدهم لكون أن الطرف القوي هو الذي يفرض شروط تعسفية على الطرف الضعيف، ويتم في هذه الحالة اعيين القانون المختص وفقا لضابط إسناد موضوعي.

[38]–خالد عبد الفتاح محمد خليل، المرجع السابق، ص127.

[39]–زقان فوزية و زقان رزيقة، التجزئة الإرادية وغير الإرادية للقانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي،(دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص القانون العام للأعمال، جامعة بجاية، 2015.

[40]–نقلا عن: بدران شكيب الرفاعي، المرجع السابق، ص161.

قد تلعب هذه النظرية دورا هاما في حماية المستهلك بصفته الطرف الضعيف في العقد وذلك من خلال القيود التي تفرضها على الطرف القوي، مما يؤدي إلى الحد من الأضرار التي قد تلحق بالطرف الضعيف من جراء الاستخدام المطلق لمبدأ سلطان الإرادة، وبموجب نظرية التركيز الموضوعي يحتفظ القانون بسلطته ولا ينزل منزلة الشروط العقدية، كما أن الأطراف لا يمكنهم الاقتصار على اختيار النصوص المكملة في القانون الواجب التطبيق وإهمال النصوص الآمرة التي سنت خصيصا من قبل المشرع الوطني لحماية العاقد الضعيف في مواجهة الحرية التي تمنح للأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق.[41]

إذا كانت التشريعات الحديثة لم تأخذ بهذه النظرية–نظرية التركيز الموضوعي–باعتبار العقود تخضع لقانون الإرادة كما سبقت الإشارة، إلا أن هذه النظرية أخذ بها القضاء الفرنسي في الحالة التي لا توجد فيها الإرادة الصريحة[42]وذلك قبل سريان اتفاقية روما في هذه الدولة سنة1991، فقد صدرت بعض الأحكام القضائية في هذا الشأن، تعطي للقاضي سلطة تركيز الرابطة العقدية في أحد الأنظمة القانونية.[43]

حتى النظرية التي جاء بها الفقيه Batiffol هي الأخرى لا تقدم حماية خاصة للمستهلك لأن العقد يركز في أحد الأنظمة القانونية بالنظر إلى المظاهر الخارجية للعقد وتعتبر الإرادة من المؤشرات التي يمكن أخذها بعين الاعتبار لتركيز العقد دون أن تبالي بمصالح المستهلك في عقود الاستهلاك.

---

[41]–خالد عبد الفتاح محمد خليل، المرجع السابق، ص136.

[42]–يرى الاتجاه الغالب أن القضاء الفرنسي لم يأخذ بنظرية التركيز إلا في الحالات التي لا يوجد فيها الاختيار الصريح لقانون العقد.

راجع في الشأن: هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 576.

[43] –DERRUPPE Jean, Droit international privé, DALLOZ, Paris, 1999, P107.

المبحث الثاني

حماية المستهلك من خلال قواعد الإسناد تكفل له حماية خاصة

بعد أن تبين عدم ملائمة قاعدة الإسناد العامة التي تخص العقود الدولية ظهرت الحاجة إلى سن قاعدة إسناد مرنة تراعي الطبيعة الذاتية لهذه العقود، ولقد نادى به فقهاء القانون الدولي الخاص المعاصر ومضمونه هو إتباع أسلوب الإسناد الموضوعي المرن وليس الجامد، فمن خلال هذه الضوابط المرنة يسمح بالتركيز الموضوعي للرابطة العقدية حسب طبيعتها الذاتية أو حسب ظروف التعاقد وملابساته.[44]

من الضوابط الموضوعية المرنة التي يمكن استخدامها في قاعدة تنازع تحمي الطرف الضعيف في العقد هو ما يعرف بضابط الأداء المميز في العقد من خلاله يتم مراعاة ظروف العقود التي يبرمها المستهلك وملابساته كضابط موطن أو محل الإقامة المعتادة للمستهلك(المطلب الأول).

تتم الحماية عن طريق تكريس قاعدة خاصة على ضوئها يتم حماية هذا الطرف الضعيف وهو المستهلك(المطلب الثاني).

المطلب الأول

الإسناد إلى قانون المدين بالأداء المميز وحماية المستهلك

في حالة عدم وجود الاختيار الصريح لقانون العقد الدولي وعدم التوصل إلى معرفة الإرادة الضمنية في هذه الحالة يلجأ القاضي إلى تطبيق الضوابط الاحتياطية التي تبنتها قاعدة التنازع على سبيل التدرج لهدف تركيز النزاع في أحد الأنظمة القانونية.

وما يميز الضوابط الاحتياطية أنها تبين القانون الواجب التطبيق بكيفية جامدة على كل العقود دون مراعاة الحالات الخاصة لكل عقد، وما هو ملاحظ في هذا الضابط أنه يجعل هذه العقود في نفس المرتبة مع العقود الأخرى،[45] على خلاف ذلك بالنسبة لضابط الأداء المميز الذي يقوم على تفريد العقود وتحديد القانون الواجب التطبيق على كل عقد وذلك حسب الوزن

[44]–حسام الدين فتحي ناصف، المرجع السابق، ص52.

[45]– المرجع نفسه، ص52.

القانوني والأهمية الواقعية للأداء المميز(الفرع الأول)، وبما أن الالتزام الأساسي ليس نفسه في كل العقود فإن ذلك يؤدي حتما إلى اختلاف القانون الواجب التطبيق على العقد ذات الطابع الدولي(الفرع الثاني).

الفرع الأول

فكرة الأداء المميز في العقد وحماية المستهلك

تقوم فكرة الأداء المميز وفقا لما سبق على تفريد العقود ومن ثمة تحديد القانون واجب التطبيق على كل عقد على حدة وذلك حسب الوزن القانوني والأهمية الواقعية للأداء أو الالتزام الأساسي في العقد، ويستخلص هذا الأداء من قرائن موضوعية محضة وليس من العناصر الشخصية كما هو الشأن بالنسبة للإرادة الضمنية والتي ليس لها أي اعتبار في هذا الشأن، ولما كان ذلك الأداء أو الالتزام ليس متشابها في كل العقود، فإنه من الطبيعي أن يختلف القانون الذي يحكمه والذي يختلف عن عقد لآخر.[46]

تجد هذه النظرية أساسها في القضاء السويسري الذي أضاف على فكرة الرابطة الوثيقة نوعا من المرونة، عن طريق البحث عن المضمون المميز في العلاقة القانونية أي في الأداء المميز، وهذا الأداء المميز يعتبر ركيزة في الإسناد، فبالتالي يجعل العقد خاضعا إلى قانون المكان الذي يكون الأداء المميز متحققا فيه، وهذا يتحقق دون الحاجة إلى بحث إرادة الخصوم أو البحث عن أي عنصر خارج العلاقة، تبعا لذلك فإن توقعات الخصوم تبقى مضمونة بالإضافة إلى أنها تؤدي إلى وحدة القانون واجب التطبيق وتفادي تشتت العلاقة بين عدة قوانين مختلفة،[47] ويعرف الفقيه السويسري SCHNITZER ضابط الأداء المميز على أنه:" فكرة تقوم على تفريد معاملة العقود، وتحديد القانون الواجب التطبيق على كل عقد، حسب الوزن القانوني والأهمية الواقعية 'للأداء' أو 'للالتزام' الأساسي في العقد، ومكان الوفاء به أو تقديمه

[46]–أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المرجع السابق، ص166.

[47]–إلهام عزام وحيد الخراز، التحكيم التجاري الدولي في إطار منهج التنازع،(دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2009، ص35.

ولما كان ذلك الأداء أو الالتزام ليس سواء في كل العقود فإنه من الطبيعي أن يختلف القانون الذي يحكمه في كل عقد على حدى."[48]

وإذا كان إسناد العقد في ضوء فكرة الأداء المميز على هذا النحو يحقق للمتعاقدين الأمان القانوني الذي يهدف على خلاف نظرية التركيز الموضوعي التي يصعب على هؤلاء في ظلها أن يتوقعوا مسبقا القانون الواجب التطبيق أما فكرة الأداء المميز لا تفتقد المرونة المطلوبة في الإسناد نظرا لاختلاف صورها بحسب طبيعة العقد محل النزاع.[49]

الفرع الثاني

تكريس ضابط الأداء المميز في القضاء

و التشريعات الوضعية والاتفاقيات الدولية

نظرا لأهمية الأداء المميز في تحديد القانون الواجب التطبيق، فقد وجد اهتماما من قبل القضاء والتشريعات والاتفاقيات فيما يلي:

أولا: في القضاء:

نجد تطبيق نظرية الأداء المميز في العديد من الأحكام القضائية وأول من تطرق لفكرة الأداء المميز هو قاضي المحكمة الفيدرالية السويسرية STAUFFER في دورة القانونيين السويسريين عام 1941 والذي طلب بأن تأخذ المحكمة بقاعدة الإسناد لقانون المدين بالأداء المميز في العقد.

حيث أوجدت المحكمة الفيدرالية السويسرية في حكم لها في 11 مايو 1966، في حالة سكوت المتعاقدين عن اختيار القانون الواجب التطبيق للقانون الذي يرتبط بالعقد برابطة وثيقة وحددت المحكمة هذا القانون بأنه قانون محل إقامة الطرف المدين بالأداء المميز في العقد ولقد أكدت على ذلك في حكم لها في 1 أكتوبر 1967 وحكمها الصادر في 25 فبراير 1975.

ففي فرنسا تبنت محكمة استئناف جرينوبل ضابط الأداء المميز في حكمها الصادر في 31 سبتمبر 1995 وذلك بصدد عقد بيع مبرم بين شركة ايطالية يتواجد مركزها الرئيسي في

---

[48]–نقلا عن:أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المرجع السابق، ص199.

[49]–هشام علي صادق، المرجع السابق، ص593.

ايطاليا والمشتري فرنسي، حيث قررت المحكمة تطبيق القانون الايطالي بصفته قانون المدين بالأداء المميز في العقد.[50]

ثانيا: في التشريعات الوضعية:

تولت التشريعات الأخذ بهذه الفكرة نجد نص المادة 26 من القانون الدولي الخاص التونسي الصادر في 27 نوفمبر 1998 م التي نصت بأن:

"يكون محكوما بالقانون المختار بواسطة الأطراف، وإذا لم يوجد اختيار فيكون العقد محكوما بقانون دولة موطن الطرف الذي يكون التزامه قاطعا في تكييف العقد أو قانون مقر مؤسسته عندما يكون العقد مبرما في إطار أنشطته المهنية أو التجارية" والمقصود هنا الطرف المدين بالأداء المميز، كما وجدت نظرية الأداء المميز تطبيق لها في العديد من الأحكام القضائية، نذكر منها على سبيل المثال قرار المحكمة الفيدرالية السويسرية. والمادة 117 من القانون الدولي الخاص السويسري التي تنص على أنه:**"يسري على العقد، عند غياب اختيار القانون، قانون الدولة التي له بها أكثر الروابط وثوقا. وتعتبر تلك الروابط موجودة مع الدولة التي بها الإقامة العادية للطرف الذي يجب أن يقدم الأداء المميز..."**[51]. كما أخذ بهذه الفكرة القانون الألماني سنة 1986 (المادة 2/28)، القانون الدولي الخاص التركي لسنة 1982 (المادة 24).[52]

---

[50]–خالد عبد الفتاح محمد خليل ، المرجع السابق، ص159،160.

[51]–مضمون النص باللغة الفرنسية :

« A défaut d'élection de droit, le contrat est régit par le droit de l'Etat avec lequel il présente les liens les plus étroits.

Ces liens sont réputés exister avec l'Etat dans lequel la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a sa résidence habituelle ou, si le contrat est conclu dans l'exercice d'une activité professionnelle ou commerciale, son établissement »

–Loi fédérale suisse sur le droit international privé (LDIP) du 18 décembre 1987.

http://www.admin.ch/opc/fr/classified-copilation/198712/index.html

[52]–راجع بشأن هذه القوانين: أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص ص1104،1105.

تعتبر نظرية الأداء المميز من أحد المبادئ الرئيسية التي قامت على أساسها اتفاقية لاهاي لسنة 1955 م الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للمنقولات المادية في مادتها الثالثة والتي اعتدت بمحل الإقامة العادية للبائع أو مقر منشأته عند التعاقد كضابط إسناد رئيسي على أساس أن أداء البائع هو المميز في العقد.

ثالثا: في الاتفاقيات الدولية:

كما تبنت اتفاقية روما لسنة 1980 م كذلك هذا الضابط في مادتها الرابعة، والتي أوضحت القانون الأوروبي المتعلق بالالتزامات التعاقدية إذ تنص على أنه عند انعدام الاختيار الصريح يسري على العقد قانون الدولة التي لها أكثر الروابط وثوقا، ويفترض أن العقد يربط بأوثق صلة بقانون الدولة التي يوجد بها عند التعاقد محل الإقامة المعتادة للطرف المدين بالأداء المميز أو مركز إدارته فيما لو كان شخصا اعتباريا.[53]

لغرض تقوية الأمان القانوني وتعزيز فكرة العلم المسبق بالقانون الواجب التطبيق من قبل المتعاقدين وهي الغاية التي تسعى التشريعات الوضعية إلى تجسيدها لتنمية وتطوير المبادلات التجارية بين الدول، تولى واضعو اتفاقية روما لسنة 2008 إظهار القانون المختص حالة عدم تولي الأطراف اختياره والذي يختلف من عقد لآخر يزود المتعاقدين بالعلم المسبق من حيث القانون الواجب التطبيق كون سلطات القاضي مقيدة إلى حد مقارنة مع تلك السلطات الممنوحة له في ضل اتفاقية روما لسنة 1980، والمعيار المعتمد لتحديد هذا القانون هو معيار الأداء المميز والذي يختلف حسب طبيعة العقود وذلك حسب الوزن القانوني والأهمية الواقعية للأداء أو الالتزام الأساسي في العقد.[54]

لكن رغم أهمية نظرية الأداء المميز في تحديد القانون الواجب التطبيق واعتمادها في القانون المقارن إلا أنها لم تسلم من النقد بالرغم من أنه من حيث المبدأ لا أحد ينكر أهميتها

---

[53]–عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2010، ص268.

[54] –BUREAU Dominique, MUIR– WATT Horatia, Droit international privé, T2 : Partie spéciale, 2 édition, Puf, 2010, p309.

خاصة في الفرض الذي يكون فيه الطرف الملزم بالأداء قد أبرم عقده داخل نشاطه المهني الذي يحترفه، وبالتالي من الأنسب أن يتوحد القانون الواجب التطبيق في شأن مجموع عمليته التجارية.[55]

يتميز ضابط الأداء المميز ببساطته المتناهية بالنسبة لأي ضابط موضوعي آخر مثل محل إبرام العقد والذي قد يصعب تحديده في بعض الأحيان وتبدو بساطة هذا الضابط في كون أنه في إطار كل فئة من العقود ذات الطبيعة الواحدة مثل عقد بيع المنقولات.[56]

إذا كانت طبيعة ضابط الأداء المميز يتصف بنوع من المرونة كونه يسند الاختصاص للقانون الواجب التطبيق انطلاقا من طبيعة الرابطة العقدية عن طريق البحث عن الأداء الذي يقوم به أحد أطراف العلاقة العقدية ويشكل أحد الالتزامات الأساسية في العقد ومن ثم يكون ذلك القانون المرتبط بهذا الالتزام هو الواجب التطبيق.

وبالرغم من هذه المرونة إلا أن هذا الضابط يبقى بعيدا عن تحقيق الحماية للمستهلك ويتبين ذلك في عدة نقاط أبرزها ما يلي:

-لا تحقق ما يسمى بالأمان القانوني والتوافق مع التوقعات المشروعة للأطراف بشأن العلم المسبق بالقانون الواجب التطبيق وقد جاءت اتفاقية روما مسلمة بهذه الصعوبات وسمحت للقاضي الخروج عن مبدأ الأداء المميز لتعذر تحديد هذا الأداء.

-مصلحة المستهلك قد لا تحقق من إعمال ضابط الأداء المميز لأنه يمكن أن يعطي الاختصاص لقانون المتعاقد مع المستهلك باعتباره الطرف القوي في العقد فيكون هو الطرف

---

[55]-حمومة سعيدة و حميطوش أعمر، القيود الواردة على حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص القانون العام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، 2015 ، ص32.

[56]-أحمد محمد الهواري، حماية العاقد الضعيف في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995، ص ص144،145.

الملتزم بتقديم الأداء المميز(الالتزام) مما يترتب عليه حرمان المستهلك من الحماية التي يحققها قانون محل إقامته.[57]

المطلب الثاني

تكريس قاعدة الإسناد تخص العقود التي يبرمها المستهلك

ما يميز العقود التي يبرمها المستهلك عن باقي العقود الأخرى، أن المستهلك ليس في نفس القوة الاقتصادية مقارنة مع الطرف الآخر الذي يتعاقد معه وهو المهني وهذا ما يجعل العقد يضفي على هذه العقود الإخلال في التوازن بين المراكز الاقتصادية التي يشغلها كل منهما وهذا ما يسمح للطرف القوي أن يتعسف ضد الطرف الضعيف خاصة من حيث اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد.

وأمام عجز ضوابط الإسناد التي جاءت بها قاعدة الإسناد التي تخص العقود الدولية– سواءا كانت ضوابط أصلية أو احتياطية– من تحقيق حماية فعالة للمستهلك، وهذا ما دفع بالفقه وبعض التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية إلى تبني قاعدة إسناد خاصة تحمي المستهلك على ضوئها يتم إسناد عقد الاستهلاك إلى الوسط الاجتماعي والاقتصادي الذي ينتمي إليه والمتمثل في ضابط مكان إقامة المستهلك باعتبار ضابط الجنسية ليس لها ثقل في المعاملات المالية وإنما لها ثقل بالنسبة لعقود الأحوال الشخصية(الفرع الأول).

وكذا تبدو الحاجة إلى البحث عن إسناد يضمن حماية أفضل للمستهلك بتطبيق قانون أكثر صلاحية للمستهلك مما يؤدي هذا القانون إلى تفعيل دور قاعدة التنازع في حماية الطرف الضعيف في التشريعات الوضعية(الفرع الثاني) .

الفرع الأول

ضابط محل الإقامة المعتادة للمستهلك

أمام عجز ضوابط الإسناد الواردة في قواعد التنازع العامة في حماية المستهلك كونها تخضع العقد الذي يبرمه للقاعدة العامة في العقود، ومن ثمة يظهر عدم ملائمة ضوابط الإسناد

[57]–نقلا عن:عيد عبد الحفيظ، "حماية المستهلك في مجال العلاقات الخاصة الدولية"، المرجع السابق، ص ص30،31.

الأصلية والاحتياطية في تخصيص الحماية الفعالة لهذا الطرف الضعيف وهو المستهلك؛ لذلك اتجهت بعض القوانين الوضعية إلى تبني ضوابط إسناد خاصة تقر حماية فعالة لهذا الطرف الضعيف وهو المستهلك تسند عقود الاستهلاك إلى قانون الوسط الاجتماعي والقانوني له.[58]

ومن مبررات استخدام هذا الإسناد لتفادي الصعوبات الناتجة عن تطبيق نظرية الأداء المميز، وحماية رضاء المستهلك وتوقعاته المشروعة، وكذا حماية الهدف الحمائي للتشريعات التي وضعتها الدولة، وكذلك تفادي مشاكل الإسناد الجامدة ومراعاة عدالة القانون الدولي الخاص.[59]

كما قيل في تبرير قبول قانون محل الإقامة المعتادة للمستهلك أن ذلك القانون يعرفه المستهلك أكثر من سواه والذي اعتاد أن ينظم سلوكه في ضوء قواعده وبالتالي يكون بمقدوره أن يتوقع ما يترتب على تطبيقه من آ ثار سلبية أو إيجابية بالنسبة له.[60]

كما يعد الإسناد لقانون محل الإقامة المعتادة للمستهلك إسنادا عادلا في العقود المبرمة بواسطة المستهلكين وذلك بالنظر إلى أنه يتم تطبيق قانون يعرفه هؤلاء، وهو قانون يهدف إلى تحقيق نتيجة موضوعية في حماية المستهلك والتي يأمل هذا الأخير في تحقيقها أيضا، كالقوانين التي تتعلق بمحاربة الغش في الأغذية والتي تتعلق بإعلام المستهلك ووضع إرشادات خاصة وعلامات مميزة على المنتج، حيث أن الربط بين النتيجة الموضوعية وقاعدة التنازع يتفق مع طبيعة العدالة في القانون الدولي الخاص، واعتبار قاعدة التنازع أداة لتحقيق العدالة وليس مجرد وسيلة لتحديد القانون الواجب التطبيق بطريقة آلية.[61]

مما لا شك أنه لا يمكن التسليم بضابط محل الإقامة المعتادة للمستهلك كضابط مطلق أو وحيد لقاعدة تنازع خاصة لتحقيق حماية فعالة للمستهلك باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة العقدية، لتحقيق أكبر قدر من الحماية للمستهلك وللوصول إلى هذه الحماية الفعالة لهذا الأخير كونه الطرف الضعيف في العقد فإن ذلك الهدف يتحقق بتطبيق القانون الأكثر حماية

[58]–حسام الدين فتحي ناصف، المرجع السابق، ص60.

[59]–خالد عبد الفتاح محمد خليل، المرجع السابق، ص179.

[60]–حسام الدين فتحي ناصف، المرجع السابق، ص ص60،63.

[61]–خالد عبد الفتاح محمد خليل، المرجع السابق، ص183.

للمستهلك حتى ولو كان ذلك القانون هو القانون الذي اختاره الأطراف وهكذا تكون أولوية التطبيق للقانون الأكثر حماية للمستهلك.[62]

الفرع الثاني

تكريس ضابط محل الإقامة المعتادة للمستهلك في التشريعات الوضعية والاتفاقيات الدولية

للوصول إلى الحماية الفعالة للمستهلك يفرض تعدد ضوابط الإسناد التي تتضمنها قاعدة تنازع القوانين التي تحدد القانون الواجب التطبيق على عقود المستهلكين وهو ما ييسّر للقاضي الوصول إلى القانون الأكثر حماية للمستهلك بالانتقال عبر تلك الضوابط سعيا لتحقيق النتيجة المادية أو الموضوعية وهي حماية المستهلك بحيث لا يطبق القاضي سوى القانون أكثر تحقيقا لحمايته المرجوّة.[63]

أولا: في التشريعات الوضعية:

من بين التشريعات التي أخذت بهذا الضابط نذكر القانون الدولي الخاص النمساوي لعام 1978 والتي نصت المادة41 على أن:**" تخضع العقود لقانون الدولة التي يوجد بها محل الإقامة المعتادة للطرف الذي يبرمها باعتباره مستهلكا، إذا كان القانون الخاص فيها يوفر له حماية ذاتية، طالما أبرمت تلك العقود في إطار نشاط موجه نحو إبرام تلك العقود يقوم به المقاول أو المستخدمون في هذا الغرض على إقليم هذه الدولة.**[64]

وكذا فقد كرّس هذا الضابط في القانون الفرنسي فنجد المادة 1/135 من قانون الاستهلاك تنص على استبعاد تطبيق قانون العقد، إذا كان هذا القانون راجع للدولة خارج الإتحاد الأوروبي وكان فيه مخالفة للأحكام الحمائية الواردة في قانون الاستهلاك وخصوصا إذا خالف نص المادة 1/132 وهي تتوافق مع توجيهات الإتحاد الأوروبي، وكذا في سويسرا تنص المادة 120 من القانون الدولي الخاص السويسري الصادر في 18 ديسمبر 1987 على أن

---

[62]–حسام الدين فتحي ناصف، المرجع السابق، ص67.

[63]–المرجع نفسه، ص68.

[64]–خالد عبد الفتاح محمد خليل، المرجع السابق، ص206.

:"العقود التي يكون محلها أداء استهلاك جاري مخصص للاستعمال الشخصي أو العائلي للمستهلك، والذي ليس له صلة بالنشاط المهني أو التجاري له، يحكمها قانون محل إقامته المعتادة.

إذا كان المورد قد تلقى الطلب من المستهلك في هذه الدولة.

إذا كان إبرام العقد قد سبقه عرض خاص أو دعاية في هذه الدولة، وقام المستهلك باتخاذ الإجراءات الضرورية لإبرام العقد فيها.

إذا تم حث المستهلك بواسطة المورد للانتقال إلى دولة أجنبية لإبرام العقد.

-يستبعد اختيار القانون الواجب التطبيق".[65]

ثانيا: في الاتفاقيات الدولية:

وكرّس هذا الضابط في العديد من الاتفاقيات، من بين هذه الاتفاقيات نذكر اتفاقية روما الموقعة سنة 1980 والخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية وتعد المادة الخامسة منها تطبيقا للإسناد إلى القانون الأكثر حماية للمستهلك حيث يتم الوصول إلى ذلك القانون عن طريق إسناد تخييري، وكذا المادة 2/5 من الاتفاقية التي تقرر اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق على أنه :**"لا يجوز أن يترتب عليه حرمان المستهلك من الحماية التي تؤكدها له النصوص الآمرة في قانون بلد محل إقامته المعتادة."**[66]

وكذا مشروع اتفاقية لاهاي لعام 1980 والمادة 6 التي تنص على أن:**"يحكم القانون الداخلي المختار بواسطة الأطراف البيوع الواردة في هذه الاتفاقية، ولا يجوز أن يحرم اختيار الأطراف المستهلك من الحماية التي تقررها له النصوص الآمرة في القانون الداخلي للبلد محل إقامته المعتادة وقت الطلب"**، فجاءت بإسناد يعتد باختيار الأطراف المقيدة بحماية المستهلك وفقا للقواعد الآمرة في دولة محل إقامته المعتادة، كما أن هذه الاتفاقية لم تستبعد دور

---

[65]-شبة سفيان،"حماية المستهلك في عقد البيع الدولي في القانون الجزائري والقوانين المقارنة"، دفاتر السياسة والقانون، العدد الرابع، جامعة الجيلالي اليابسة، سيدي بلعباس، الجزائر، 2011، ص ص 230،231.

[66]-حسام الدين فتحي ناصف، المرجع السابق، ص71.

إرادة الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد كما هو الحال في القانون الدولي الخاص السويسري.[67]

[67]–خالد عبد الفتاح محمد خليل، المرجع السابق، ص210.

الفصل الثاني

حماية المستهلك من خلال إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري

سبقت الإشارة إلى أن منهج قاعدة الإسناد يقوم على فكرة الموازنة بين القانون الوطني والقانون الأجنبي لغرض إسناد العلاقة لأحد هذين القانونين دون أخذ بعين الاعتبار طبيعة الحلول الموضوعية التي تكرسها، لكن في هذه الحالة يمكن أن يشكل خطورة حقيقية على الطرف الضعيف في العلاقة العقدية مثل المستهلك لأنه يمكن للطرف القوي في العقد فرض تعسفه على المستهلك لاختيار قانون يخدم مصالحه دون أن يوفر أدنى حماية للمستهلك.

إلى جانب هذا المنهج ظهر منهج آخر لا يهتم بالعنصر الأجنبي في العلاقة العقدية والمتمثل في منهج المباشر الذي يقوم على تطبيق القواعد الموضوعية التي تأخذ وصف القواعد ذات التطبيق الضروري أو كما يسميها البعض بقواعد البوليس التي تطبق مباشرة على النزاع المطروح على القضاء سواءا كان هذا النزاع وطني بكل عناصره أو كان يتخلله عنصر أجنبي.

ومن خلال هذا الفصل سنحاول دراسة كل من:

مفهوم القواعد ذات التطبيق الضروري(المبحث الأول).

أساس إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري(المبحث الثاني).

المبحث الأول

ماهية القواعد ذات التطبيق الضروري

مع انتصار الفكر الاشتراكي في الربع الأول من القرن العشرين بدأ يبرز مبدأ تدخل الدولة حتى في المجتمعات الرأسمالية في مجال النشاط الاجتماعي والاقتصادي وذلك من أجل الحد من حقوق وحريات الأفراد بالقدر اللازم لإدراك المصلحة العامة وحماية الطرف الضعيف.[68]

ظهرت قواعد ذات التطبيق الضروري نتيجة تزايد تدخل الدولة بهدف التوجيه الاقتصادي والاجتماعي قد بلغ هذا القدر من الأهمية في مجال القانون الداخلي، فإن لهذا التدخل آثاره الحتمية على صعيد القانون الدولي الخاص بوصفه قانون العلاقات الخاصة الدولية ولهذا كي يحقق المصلحة العامة وحماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية،[69] فكان لزاما على المشرع في ظل هذا المبدأ التدخل لتدعيم قواعده التشريعية بالصفة الآمرة بحيث لا يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفتها وتتمثل هذه القواعد في القواعد ذات التطبيق الضروري.[70]

وبالتالي تعد القواعد ذات التطبيق الضروري من القواعد التي تتضمن قيودا على حرية الإرادة في إبرام العقود وتنفيذها حيث تؤدي إلى استبعاد قانون العقد في صدد المسائل التي تدخل في نطاق سريانها.[71]

وهذه القواعد التي تعرف بالقواعد ذات التطبيق الضروري لها تعريف خاص بها يميزها عن بقية القواعد القانونية الأخرى(المطلب الأول)، وكذا هناك بعض المعايير تبين طبيعة هذه القواعد(المطلب الثاني).

---

[68]–محمود محمد ياقوت، قانون الإرادة وقواعد البوليس ضرورية التطبيق، (دراسة تحليلية وتطبيقية)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003، ص23.

[69]–بدران شكيب الرفاعي، المرجع السابق، ص269.

[70]–جارد محمد، دور الإرادة في التحكيم التجاري الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2009، ص99.

[71]–حمومة سعيدة و حميطوش أعمر، المرجع السابق، ص70.

المطلب الأول

مفهوم القواعد ذات التطبيق الضروري

لقد اختلف الفقه حول الاصطلاح القانوني لهذه القواعد فمنهم من يطلق عليها قوانين البوليس على كافة القواعد التي تتصل بحماية المجتمع الوطني والمصلحة العامة، وجانب آخر من الفقه استبدل قوانين البوليس بالقواعد ذات التطبيق الضروري وأساسهم في ذلك أن المصطلح له أساس منطقي لاختصاص القاضي وكذا إعماله يتم مباشرة دون قاعدة الإسناد.[72]

سنبين في هذا المطلب كل من تعريف القواعد ذات التطبيق الضروري(الفرع الأول) وتمييز القواعد ذات التطبيق الضروري عن غيرها من القواعد(الفرع الثاني).

الفرع الأول

تعريف القواعد ذات التطبيق الضروري

يقصد بالقواعد ذات التطبيق الضروري مجموعة القواعد الموضوعية في النظام القانوني الوطني التي يتعين تطبيقها مباشرة دون النظر إلى تصنيفها وانتمائهم إلى القانون العام أو القانون الخاص ودون الحاجة إلى إعمال منهج قواعد الإسناد.[73]

أما التعريف الذي يعطي لهذه القواعد بعض الخصوصية، فيمكن القول بأنها مجموعة من القواعد التي تهدف بصفة خاصة إلى معالجة مسألة محددة أو أمور خاصة كالقوانين المتعلقة بالمنافسة أو المتعلقة بالرقابة على تغيير العملة أو تلك التي تهدف إلى حماية المستهلك فكل هذه القوانين تطبق بصفة مباشرة، بغض النظر عن القانون الواجب التطبيق حتى ولو كان قانون الإرادة.[74]

---

[72]–زقان فوزية و زقان رزيقة، المرجع السابق، ص71.

[73]–أشرف عبد العليم الرفاعي، القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم والنظام العام في العلاقات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003، ص64.

[74]–نقلا عن : حمومة سعيدة وحميطوش أعمر، المرجع السابق، ص73.

أما الأستاذ Fransecakis عرف قواعد ذات التطبيق الضروري على أنها تلك القوانين التي يستوجب احترامها للمحافظة على تنظيم المجتمع والنظام السياسي والاقتصادي للدولة.[75]

لقد اختلف الفقه حول الاصطلاح القانوني للقواعد ذات التطبيق الضروري حيث يمكننا أن نفرق في هذا الصدد بين ثلاث اتجاهات أساسية وسنتطرق إليها كما يلي:

أولا : قوانين البوليس والأمن:

يرى الفقه التقليدي على رأسه الفقيه BOUIHIER إلى إطلاق اصطلاح قواعد أو قوانين البوليس على كافة القواعد التي تتصل بحماية المجتمع الوطني والمصلحة العامة.[76]

نجد أن المشرع الفرنسي عند وضعه للقانون المدني أو ما يسمى بقانون نابليون عام 1804 وقد نص في الفقرة الأولى من المادة الثالثة منه على أن: **"قوانين البوليس والأمن ملزمة لكل من يقطن الإقليم"** الفرنسي، وهي قواعد تهدف إلى إقامة النظام على إقليم الدولة وتطبق داخل حدوده على كل شخص وكل شيء داخل رابطة قانونية تدخل في نطاق سريانها ولا تمتد خارج الإقليم الوطني.[77]

ثانيا: القواعد فورية التطبيق:

وفقا لهذا الاتجاه فإنه من الأنسب استعمال اصطلاح القواعد فورية التطبيق بدلا من مصطلح القواعد ذات التطبيق الضروري ذلك لأنه اصطلاح يحقق بعض المزايا التي لا تتوفر في تعبير قواعد الأمن والبوليس حيث يقدم هذا الاصطلاح أساسا منطقيا لاختصاص القاضي بدلا من اللجوء إلى أفكار غير واضحة كفكرة قوانين النظام العام أو فكرة الإقليمية لتأسيس ذلك الاختصاص بصدد قوانين النظام العام الاقتصادي والاجتماعي للدولة حيث يبرر أن تلك القواعد لها نطاق مكاني محدد تنطبق فيه أوسع من ذلك الذي تعينه لها قاعدة الإسناد ولا شك أن تحديد هذا النطاق يعد هدفا يسعى كل مشرع وضعي إلى إدراكه وتحقيقه.[78]

---

[75]–MAYER Pierre, HEUZE Vincent, droit international privé, 7e édition, Editions Montchrestien, Paris, 2001, p82,83.

[76]–جارد محمد، المرجع السابق، ص99.

[77]–أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص ص 68،69.

[78]–حمومة سعيدة و حميطوش أعمر، المرجع السابق، ص74.

ثالثا: قواعد النظام العام الوقائي أو التوجيهي:

يذهب أنصار هذا الاتجاه إلى التعبير عن القواعد المسماة بالقواعد ذات التطبيق الضروري والأمن بقوانين النظام العام الوقائي أو التوجيهي، حيث يرى الفقه أن قوانين البوليس ليست إلا للنظام العام الإقليمي لأن هدفها الأساسي هو المحافظة على سيادة النظام على الإقليم الذي تسري فيه.

غير أن البعض من مناصري هذا الاتجاه يرى ضرورة عدم تعميق الخلاف بين قوانين البوليس والأمن وقوانين النظام العام الوقائي أو التوجيهي، لأن كلاهما يهدف إلى هدف مشترك وهو الحفاظ على المبادئ الأساسية والقيم الاجتماعية والاقتصادية في المجتمع.[79]

إن الغرض من القواعد ذات التطبيق الضروري هو إعطاء الاختصاص للقانون الوطني حماية لبعض القواعد الآمرة في دولة القاضي، وقد أخذت بهذا الحل مختلف التشريعات المقارنة، كما هو الشأن في القانون المدني الفرنسي حيث تنص المادة 1/3 على أن قوانين البوليس والأمن تلزم كل من يقطن الإقليم[80]. وتقابلها المادة 5 من القانون المدني الجزائري التي تنص على ما يلي: **"يخضع كل سكان القطر الجزائري لقوانين الشرطة والأمن".**

هذا ما نص عليه كذلك القانون الدولي الخاص الألماني الصادر سنة 1986 في المادة 34 منه، إذ جاء فيها أن إعمال القانون المختص بمقتضى قواعد الإسناد التي قررها هذا القانون، لا ينال من النصوص الآمرة في القانون الألماني الذي يحكم مركز النزاع، بغض النظر عن القانون الذي يحكم العقد كما نص القانون الدولي الخاص السويسري على هذه الحالة، حيث ورد في م 18 منه ما يلي: **"إعمال القانون المختص بمقتضى قواعد الإسناد المقررة في القانون لا ينال من مجال سريان القواعد الآمرة في القانون السويسري والتي تفرض أهدافها الخاصة ضرورة تطبيقها على النزاع".[81]**

---

[79]–جارد محمد، المرجع السابق، ص ص99،100.

[80]–عيد عبد الحفيظ، مبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2005، ص88.

[81]–عيد عبد الحفيظ، مبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص89.

لم تكتف التشريعات الحديثة بالنص على ضرورة مثل هذا التطبيق في القوانين الخاصة التي تنظم مجالا محددا بذاته، كما هو الشأن في التشريعات المتعلقة بالنقد والقرض والمنافسة وقانون الاستهلاك، ذات الصلة الوثيقة بالاقتصاد الوطني أو تلك التي تهدف إلى حماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية.

حتى الاتفاقيات الدولية أخذت بهذا الاستثناء، وسمحت للدول التي يطرح عليها النزاع أن تعطي الأولوية للقواعد الآمرة التي تنتمي إلى قانونها والتي تطبق على النزاع، بغض النظر عن القانون الواجب التطبيق، كما هو الشأن في اتفاقية روما 1980 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، حيث نصت المادة 7/ 2 على ما يلي:

« **les règles de la loi du pays juge qui régissent impérativement la situation quelle que soit applicable au contrat** »

يتبين من خلال هذا النص أن هذه الاتفاقية سمحت باستبعاد القوانين الأجنبية في دولة القاضي إذا ما كانت قواعد قانونية لا تقبل المزاحمة من قبل القوانين الأجنبية.[82] وقد أقر مجمع القانون الدولي بدوره هذا الحل في دورة انعقاده بمدينة "بال" بسويسرا عام 1991 حيث نصت المادة 1/9 من المشروع الذي أقره المجمع على أن "تطبيق القانون الذي اختاره المتعاقدون لا ينال من النصوص الآمرة في قانون القاضي التي تحكم المركز محل النزاع بصرف النظر عن القانون الواجب التطبيق على العقد.[83]

من خلال هذا التعريف نجد هناك مجموعة من الأهداف تسعى إلى تحقيقها من جراء تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري ونذكر منها ما يلي:

[82]–نقلا عن : عيد عبد الحفيظ، المرجع نفسه، ص ص 87،89.

[83]–هشام علي صادق، المرجع السابق، ص679.

القواعد ذات التطبيق الضروري يبقى هدفها الأسمى هو حماية مصالح ذات طابع اقتصادي واجتماعي تسري على كافة العلاقات التي تحمي هذه المصالح حتى ولو كانت دولية.[84]

تهدف إلى حماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية وهو حماية المستهلك من تعسف المتعاقد معه، وتتجلى هذه الحماية سواء في حماية حياتهم وهذا عن طريق فرض شروط تخص مواصفات ومقاييس معينة في كل منتوج أو خدمة تعرض للاستهلاك، وكذلك إلزامية ضمان العيوب الخفية التي لا تظهر في المنتوج إلا بعد اقتناءه .[85]

تهدف القواعد ذات التطبيق الضروري في مواجهة مبدأ سلطان الإرادة، كما تعمل على توفير الحد الأدنى والإلزام بحماية المستهلك في علاقته التعاقدية، ونظرا لخطورة مبدأ سلطان الإرادة في مجال العقود المبرمة بواسطة مستهلكين وللحد من هذا المبدأ نطبق القواعد ذات التطبيق الضروري أو قوانين البوليس.[86]

الفرع الثاني

تمييز القواعد ذات التطبيق الضروري عن غيرها من القواعد

في هذا الصدد يتعين علينا أن نميز بين كل من القواعد ذات التطبيق الضروري وبين القواعد ذات التطبيق المباشر(أولا)، وأيضا نميزها عن منهج قاعدة الإسناد المزدوجة(ثانيا)، ونميزها عن منهج التنازع(ثالثا)، وفي الأخير نميزها والنظام العام(رابعا)، وسنبين ذلك فيما يلي:

أولا: تمييز القواعد ذات التطبيق الضروري عن القواعد ذات التطبيق المباشر:

إن القواعد القانونية التي تطبق على النزاع مباشرة يمكن أن تكون القواعد ذات التطبيق الضروري أو القواعد ذات التطبيق المباشر، فإن العكس غير صحيح بمعنى أن القاعدة ذات التطبيق المباشر لا يمكن وصفها من قواعد البوليس، ومثل هذا التمييز نجده فيما ذهب إليه

---

[84]–بلاق محمد، حدود مساهمة القواعد المادية في حل منازعات التجارة الدولية، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2016، ص253.

[85]–عيد عبد الحفيظ، "حماية المستهلك في مجال العلاقات الخاصة الدولية"، المرجع السابق، ص37.

[86]–خالد عبد الفتاح محمد خليل، المرجع السابق، ص ص 258،259.

المشرع الفرنسي حينما جعل كل قواعد القانون البحري الفرنسي ذات تطبيق مباشر وذات اختصاص إقليمي يتم تطبيقه على كافة عمليات النقل البحري المتجهة من وإلى الموانئ الفرنسية لغرض توسيع نطاق تطبيق القانون البحري، فمثل هذا القول قد لا يعني أن كل قواعده تدخل ضمن القواعد ذات التطبيق الضروري، وإن كانت بعض أحكامه تعد حقا من القواعد ذات التطبيق الضروري، إلا أنه لا يجب تعميم الحكم على بقية القواعد الأخرى.[87]

ثانيا:تمييز القواعد ذات التطبيق الضروري عن منهج قاعدة الإسناد المزدوجة:

يركز منهج قاعدة الإسناد على العنصر الأجنبي الذي تحتويه العلاقة القانونية محل النزاع وبالتالي فهو يعتمد في حل النزاع على تحليل هذه العلاقة وردّها إلى الفئة المسندة وبعدها يتم تمهيدها لتطبيق القانون المختص بشأنها أما منهج القواعد ذات التطبيق الضروري فهو لا يهتم بالعنصر الأجنبي، وإنما يعتمد على تحليل القواعد القانونية من حيث سريانها المكاني بهدف تثبيت الاختصاص لقانون القاضي وتحقيق الالتزام للنظام القانوني لدولة القاضي.[88]

ثالثا:تمييز قواعد ذات التطبيق الضروري عن منهج التنازع:

يبدأ منهج التنازع من الرابطة القانونية المطروحة للكشف عن القانون الملائم لحكمها، بينما يبدأ منهج القواعد ذات التطبيق الضروري من البحث في القواعد القانونية الوطنية للتعرف على ما يعد منها ذات تطبيق مباشر وما لا يعد، ومن ثم معرفة المسائل التي ينزل عليها حكمها ويتعين على القاضي إعمالها بصفة مباشرة.[89]

رابعا:تمييز قواعد ذات التطبيق الضروري عن النظام العام:

كثيرا ما جعل خلط بين القواعد ذات التطبيق الضروري وفكرة النظام العام فكان لابد من التمييز بينهما وتوضح الفكرة أكثر في هذا المقام حيث أن هناك فريق يذهب إلى القول أن

---

[87]–عيد عبد الحفيظ، مبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص ص 87،88.

[88]–محمود محمد ياقوت، قانون الإرادة وقواعد البوليس ضرورية التطبيق، المرجع السابق، ص ص 26،27.

[89]–عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين،(دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007، ص539.

القواعد ذات التطبيق الضروري ما هي إلا تجسيد لفكرة النظام العام حسب دوره التقليدي دون اللجوء إلى التحليل في العلاقة المطروحة وردها إلى إحدى الأفكار المسندة تمهيدا لتطبيق القانون المختص وإنما يكفي تطبيق تلك القواعد آليا ودون الحاجة للرجوع للقانون الذي تشير قواعد الإسناد باختصاصه.

إن التمييز بين القواعد ذات التطبيق الضروري في قانون دولة القاضي وبين الدفع بالنظام العام يبدو أمرا سهلا فالدفع بالنظام العام يفرض تطبيق القاضي الوطني للقانون الأجنبي بناءا على إشارة قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي الواجب التطبيق ثم إثبات محتواه يخالف المقتضيات الجوهرية التي يقوم عليها النظام العام في قانون القاضي، ومن ثم يستبعد هذا القانون ليحل محله قانون القاضي في حين أن إعمال مقتضى القواعد ذات التطبيق الضروري في قانون القاضي يتم دون المرور أصلا عبر منهج تنازع القوانين.[90]

المطلب الثاني

معايير تحديد القواعد ذات التطبيق الضروري

اختلفت مناهج الفقه حول المعيار الذي يمكن بمقتضاه تمييز القواعد ذات التطبيق الضروري عن غيرها من القواعد القانونية الأخرى، فاتخذ البعض من مجرد التحديد التشريعي الصريح لنطاق تطبيق القواعد القانونية أساسا لاعتبارها من القواعد ذات التطبيق الضروري وهو ما يطلق عليه المعيار الشكلي بينما يرى جانب آخر الاستناد إلى بعض المعايير الفنية المألوفة في فقه القانون الدولي الخاص كركيزة للكشف عن هذه القواعد واتجه فريق ثالث لتكييف هذه القواعد من خلال بعض المعايير الغائية وهو الأمر الذي يقتضي منا التصدي بدراسة تلك المعايير المختلفة لننتهي إلى تناول المعيار العقلاني لتحديد القواعد ذات التطبيق الضروري .[91]

---

[90]–بلاق محمد، قواعد التنازع والقواعد المادية في عقود التجارة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان،2011، ص ص74،75.

[91]–محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق، (دراسة تحليلية ومقارنة في ظوء الاتجاهات الحديثة)، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000، ص200.

الفرع الأول

المعيار الشكلي

لكي تأخذ القواعد القانونية وصف القواعد ذات التطبيق الضروري وفقا لهذا المعيار يجب البحث عن نية المشرع إذا ما اتجهت إلى إضفاء هذا الوصف على مثل هذه القوانين.

تعد القاعدة القانونية من القواعد ذات التطبيق الضروري وفقا لأنصار هذا المعيار "فيما لو حرص مشرع هذه القاعدة على تحديد نطاق سريانها المكاني على نحو صريح"، ويعيب هذا الاتجاه "أنه قد علق اكتساب القاعدة القانونية لوصف القواعد ذات التطبيق الضروري " على الإرادة المعلنة للمشرع في تحديد نطاق تطبيقها، في حين أنه من غير المقطوع به أن يكون هذا مقصود الشارع من هذا التحديد" وتعتبر كصورة أولى لقواعد ذات التطبيق الضروري.[92]

أما الصورة الثانية التي مؤداها أن اعتبار قاعدة ما من قواعد ذات التطبيق الضروري أو من قواعد البوليس لا ينجم فقط عن قيام المشرع صراحة بتحديد نطاق تطبيقها المكاني وإنما يستلزم نية المشرع لمنح هذه القواعد القانونية مجال تطبيق مكاني أفسح من ذلك الناجم عن إعمال قاعدة التنازع، يضرب البعض مثلا في المادة 16 من القانون الفرنسي الصادر في 17 جويلية 1996 الخاص بعقود استئجار السفن والنقل البحري وتقتضي هذه المادة على أنه:**"فيما غير الحالات التي تربط بها فرنسا بمعاهدة دولية تقضي بخلاف ذلك "**، حيث يطبق القانون الفرنسي على عقد النقل البحري متى كان النقل قد بدأ من ميناء فرنسي أ و انتهى بها، ويتبين من جمع هذه النصوص أن المشرع قام بتوسيع نطاق قانونه، مما يمثله تطبيق هذا القانون من أهمية كبيرة من تحقيق ما يعتبره المشرع من ضروريات آمرة ولكن يمكن القول أن هذا المعيار بصورتيه غير كاف لتحديد هذه القواعد.[93]

---

[92]–نقلا عن : نادر محمد إبراهيم، مركز القواعد غير الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي، ط2، توزيع منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000، ص492،493.

[93]–زقان فوزية و زقان رزيقة، المرجع السابق، ص ص73،74.

الفرع الثاني

المعايير الفنية

حاول البعض أن يستند إلى طبيعة القاعدة محل البحث فرد فكرة القواعد ذات التطبيق الضروري الغير المعروفة إلى أفكار فنية مألوفة في فقه القانون الدولي الخاص مثل الفكرة الإقليمية وفكرة النظام العام.[94]

ذلك من أجل تبرير تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري واستبعاد منهج التنازع التقليدي في بعض العلاقات القانونية.[95] ولقد جاءت بالتفصيل كالتالي :

أولا: معيار الإقليمية:

فيما يتعلق بفكرة الإقليمية فإنه يعد من القواعد ذات التطبيق الضروري والقواعد ذات التطبيق الإقليمية في قانون القاضي والتي يكون واجب عليه تطبيقها في الحالات التي تدخل في نطاق تطبيقه الإقليمية.[96]

انتقدت هذه الفكرة كثيرا وذلك في حالة ما إذا كانت بعض المحاكم تعتمد على إقليمية التطبيق كضابط لتحديد ماهية هذه القوانين فهي تثير غموض فعندما يقرر المشرع أن القوانين ذات التطبيق الضروري هي قوانين إقليمية فإن قانون القاضي وموقع المال وقانون الموطن كلاهما قوانين إقليمية.[97]

ما يبين عدم صلاحية هذا المعيار في كشف عن قواعد ذات التطبيق الضروري أن هناك بعض القوانين تدرج ضمن القوانين الإقليمية ولكنها لا تأخذ وصف قوانين ذات التطبيق الضروري كما الشأن لقانون موقع المال وعلى خلاف هذه الحالة هناك بعض القوانين تأخذ وصف القواعد ذات التطبيق الضروري ولكن تطبيقها يكون ممتد.[98]

---

[94]–هشام علي صادق، المرجع السابق، ص849.

[95]–بدران شكيب الرفاعي، المرجع السابق، ص283.

[96]–إياد محمود بردان، التحكيم والنظام، (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2004، ص413.

[97]–زقان فوزية و زقان رزيقة، المرجع السابق، ص74.

[98]–عيد عبد الحفيظ، "حماية المستهلك في العلاقات الخاصة الدولية"، المرجع السابق، ص38.

ثانيا: معيار النظام العام:

تسعى القواعد ذات التطبيق الضروري أو قواعد النظام العام إلى صيانة المبادئ الأساسية للجماعة الوطنية فهي قواعد ترمي إلى حماية أهداف سياسية واجتماعية واقتصادية للدولة.[99]

وبخصوص فكرة النظام العام كمعيار تحديد القواعد ذات التطبيق الضروري أو البوليس فإن هذه الأخيرة تعد كذلك تطبيق مباشر دون حاجة لإعمال قواعد الإسناد لأنها قواعد آمرة تتعلق بالنظام العام، ولا يشترط لذلك وجود صلة أو رابط بين النزاع ودولة القاضي الناضر فيه إذ يكفي أن يقف القاضي عند الهدف الاجتماعي لهذا القانون المرتبط بالنظام العام.[100]

وعلى هذا النحو يتعذر منطقيا أن يتم إعمال كلا المنهجين معا، لأن إعمال أحدهما يستبعد الآخر بالضرورة حيث أن الدفع بالنظام العام يؤدي إلى استبعاد تطبيق القانون المختص بمقتضى قاعدة الإسناد في حين أن إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري سيتتبع استبعاد قاعدة التنازع ذاتها في شأن المسألة المطروحة.[101]

الفرع الثالث

معيار الغائية

حاول جانب من الفقه أن يستند إلى بعض المعايير الغائية لتحديد قواعد البوليس مثل معيار مصلحة الدولة، أو معيار تنظيم الدولة الذي ناد به francescakis والذي يقوم على مبدأ تدخل الدولة وتنظيمها لمصالحها السياسية والاجتماعية والاقتصادية.[102]

---

[99]–هشام علي صادق، المرجع السابق، ص855.

[100]–إياد محمود بردان، المرجع السابق، ص ص413،414.

[101]–محمود محمد ياقوت، قانون الإرادة وقواعد البوليس ضرورية التطبيق، المرجع السابق، ص80.

–الدفع بالنظام العام يكون بعد إعمال قاعدة الإسناد التي تبين القانون الأجنبي الواجب التطبيق وتبين أن هذه القانون تتناقض أحكامه مع القانون الوطني لذلك يتم استبعاد الجزء المخالف من هذا القانون وتطبيق قانون القاضي في محله.

[102]–محمود محمد ياقوت، قانون الإرادة وقواعد البوليس ضرورية التطبيق، المرجع السابق، ص ص87،88.

أولا: معيار مصلحة الدولة:

إن فكرة القوانين السياسية تشكل أول معيار غائي لتحديد ماهية قوانين البوليس فالقوانين السياسية هي القوانين التي يتعين تطبيقها دائما نظرا لما تحققه من مصلحة للدولة، ولذلك يتعين تطبيقها على جميع الأشخاص وعلى كافة التصرفات والعلاقات القانونية الصادرة بشأنها غير أن هذا المعيار لم يسلم من النقد، فمن ناحية أنه يصعب تحديد فئة معينة وتمييزه عن القوانين يمكن أن تتسم بالطابع السياسي حيث أن كل قانون يستهدف في الواقع هدفا سياسيا، ولعل ذلك هو الذي دفعه الأستاذ Francescakis إلى اعتناق معيار آخر لتحديد قواعد البوليس وهو معيار تنظيم الدولة.[103]

ثانيا: معيار تنظيم الدولة:

من خلال تعريف الأستاذ Francescakis للقواعد ذات التطبيق الضروري أو المباشر بأنها**"القواعد التي يتعين مراعاتها من أجل حماية التنظيم السياسي والاقتصادي للدولة"**، فإنه يمكن القول بأن هذا الفقيه قد اعتبر أن المعيار المميز لهذه القواعد يتركز في فكرة التنظيم من جانب الدولة للمسألة التي يوجد بشأنها القانون ذو التطبيق الضروري أو الفوري.[104]

وعلى هذا النحو وضع هذا الاتجاه بدوره معيارا مستمدا من الهدف الذي ابتغاه المشرع من سن هذه القواعد وصولا إلى تحديدها وتعريفها، فهي قوانين تعكس فكرة التنظيم في الدولة ومن ثمة يتحتم تطبيقها دون تزاحم لأن طابع التنظيم فيها لا يطيق تدخل القانون الأجنبي وهكذا تعرف قاعدة البوليس وفقا لهذا الاتجاه في ضوء وظيفتها وباعتبارها قاعدة من قواعد التنظيم.[105]

---

[103]–حمومة سعيدة و حميطوش أعمر، المرجع السابق، ص80.

[104]–نقلا عن : بدران شكيب الرفاعي، المرجع السابق، ص289.

[105]–هشام علي صادق، المرجع السابق، ص874.

الفرع الرابع

المعيار العقلاني

لم تتمكن المعايير السالفة الذكر من تحديد معيار دقيق على ضوئه يتم التعريف على قواعد ذات التطبيق الضروري باعتبارها كمعايير وصفية لا تكشف عن الأسباب التي من أجلها تفرض بعض القواعد القانونية تطبيقها على العلاقات الدولية دون اللجوء إلى قواعد الإسناد.[106]

كما يرى الدكتور هشام علي صادق أنه إذا كانت الصلة العقلانية التي تربط مضمون وأهداف قواعد البوليس بنطاق تطبيقها من أهم ما يميز هذه القواعد، ولذلك فهي تصلح أن تكون معيارا لتحديد تلك القواعد وذلك خلافا لما يراه بعض الفقهاء مثل MAYER، الذي بالرغم من إشارته إلى هذه الصلة العقلانية.[107]

أوكل صاحب المعيار تقدير مدى عقلانية الصلة بين مضمون القاعدة ونطاق تطبيقها الذي يصوغ أعمال القاعدة الأجنبية التي لا تنتمي إلى القانون المختص بموجب قواعد الإسناد في دولة القاضي إلى السلطة التقديرية للقاضي المطروح عليه النزاع لأن هذا القاضي يعد أجنبيا عن الدولة التي أصدرت هذه القاعدة لأن لو كانت هذه القواعد وطنية بالنسبة إلى القاضي لما اشترطت لإعمالها على نحو مباشر أن تتوفر في شأنها هذه الصلة العقلانية لأن هذا الأخير ملزم بإذعان لإرادة مشرعه، أما لو تعلق الأمر بقاعدة أجنبية لا تنتمي إلى القانون المختص بمقتضى قواعد الإسناد فإن صفتها الآمرة وحدها لا تكفي لإعمالها على نحو مباشر وإنما يتعين لهذا الإعمال أن يقدر القاضي المطروح عليه النزاع مدى توفر الصلة العقلانية المذكورة.[108]

---

[106]–عيد عبد الحفيظ،" حماية المستهلك في مجال العلاقات الخاصة الدولية"، المرجع السابق، ص40.

[107]–حمومة سعيدة و حميطوش أعمر، المرجع السابق، ص81.

[108]–بدران شكيب الرفاعي، المرجع السابق، ص294.

المبحث الثاني

إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري وحماية المستهلك

سبقت الإشارة إلى أن فقه تنازع القوانين أقر قاعدة إخضاع العقد الدولي لقانون الإرادة إلا أنه من ناحية، جاء بعدة قيود تقيد نطاق هذه الإرادة حتى لا يتم إهدار القواعد الآمرة في المحيط الداخلي لأي دولة التي وضعها المشرع لحماية بعض المصالح الجوهرية، وأبرزها تلك التي تحمي المستهلك في تعاقده مع طرف يعرف بالمحترف الذي يملي شروط تعسفية في حقه باعتباره صاحب المركز الاقتصادي القوي في العقد.[109] من هناك ظهرت الحاجة إلى إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري التي تقر حماية لهذا المستهلك ويظهر ذلك في كيفية إعمالها حيث تطبق على نحو مباشر تتجاهل ما يقوم عليه المنهج التنازعي وهو البحث عن القانون الملائم.

على نحو عام، يتم إعمال هذه القواعد سواءا كانت تنتمي إلى المحيط الداخلي بدولة القاضي(المطلب الأول)، كما تجد القواعد التي تنتمي إلى القانون الاجتماعي مجال تطبيقها كلما تعلق الأمر بمجال سريانها(المطلب الثاني).

المطلب الأول

إعمال القاضي القواعد ذات التطبيق الضروري التي تنتمي إلى قانونه

تعتبر القواعد ذات التطبيق الضروري من القواعد التي يتولى القاضي تطبيقها تطبيقا مباشرا إذا ما كانت تنتمي إلى قانونه، سواءا كان القانون المختص هو قانون وطني أو أجنبي.[110] يتولى القاضي تطبيق كل القواعد القانونية التي تنتمي إلى قانونه وفي مقدمتها القواعد التي تندرج ضمن القواعد ذات التطبيق الضروري في قانون دولته، فهو ملزم باحترامها باعتبارها جزءا لا يتجزأ من القانون الواجب التطبيق ولا يوجد أي وجه للمقارنة بين القواعد ذات التطبيق الضروري وغيره من القواعد الأخرى. فحينما يكون القانون المطبق هو القانون الوطني

[109]–حمومة سعيدة و حميطوش أعمر، المرجع السابق، ص ص82،81.

[110]–أشرف وفا محمد، المبادئ العامة لتنازع القوانين في القانون المقارن، د.د.ن، د.ب.ن، 2003، ص75.

فتطبق من هذا القانون والقواعد المادية الداخلية الواردة فيه وفي مقدمتها القواعد ذات التطبيق الضروري.[111]

وللإحاطة بهذه المسألة باعتبارها مسألة في غاية الأهمية كونها تعيد التوازن لعقد يختل فيه مراكز أطراف العلاقة العقدية كما هو الشأن في العقود التي يبرمها المستهلك ويظهر ذلك في أن هذه القواعد تخرج من مجال تنازع القوانين(الفرع الأول)، ومن ثمة نبين حماية المستهلك في إطار التطبيق المباشر للقواعد ذات التطبيق الضروري في قانون القاضي(الفرع الثاني).

الفرع الأول

إخراج قواعد ذات التطبيق الضروري من منهج تنازع القوانين

يؤدي إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري في قانون القاضي إلى إعمال منهج تنازع القوانين كلما دخلت العلاقة القانونية في مجال سريان القواعد ذات التطبيق الضروري، هذه المخالفة تمس القواعد الآمرة في دولة القاضي، سواءا تلك التي تهدف إلى حماية الاقتصاد الوطني بصفة عامة أو تلك التي تهدف إلى حماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية.[112]

ووفقا للحالة السابقة، إذا ما عرض النزاع على القضاء الجزائري يخص العقود الدولية وكان القانون الجزائري هو المختص باعتباره كقانون اختارته إرادة الأطراف، فيتولى القاضي الجزائري في هذه الحالة تطبيق القانون الوطني ككل، ويستوي الأمر بين القواعد ذات التطبيق الضروري والقواعد ذات التطبيق المباشر والقواعد القانونية العادية، أي تلك التي لا تدخل ضمن النوعين السابقين باستثناء ما يخرج من مجال تطبيق القانون الوطني بمقتضى قاعدة الإسناد في هذا القانون.

إلا أن الأمر يبدو مختلفا إذا ما كان القانون واجب التطبيق هو قانون أجنبي باعتباره كقانون الإرادة أو عينته الضوابط الاحتياطية في قاعدة الإسناد، فيتولى القاضي في هذه الحالة

---

[111]–زقان فوزية و زقان رزيقة، المرجع السابق، ص77.

[112]–موكة عبد الكريم،"القانون الواجب التطبيق على عقد البيع الدولي الالكتروني"، مداخلة مقدمة في الملتقى الوطني حول موضوع القانون والتكنولوجيا المعلوماتية، المركز الجامعي، سوق أهراس، يومي 25–26 أفريل 2010، ص202.

تطبيق القانون الأجنبي حسب الأصل ولكن دون أن يكون على حساب القواعد ذات التطبيق الضروري في قانونه الذي لا تقبل أي مزاحمة من أي قانون كلما دخلت العلاقة العقدية في مجال سريانها.

كما يتولى القاضي تطبيق قواعد ذات التطبيق المباشر التي لا تعد من قوانين ذات التطبيق الضروري التي تنتمي إلى قانونه دون أن تكون له سلطة تقديرية في ذلك، فهو يذعن لإرادة مشرعه على نحو يفقد السلطة التقديرية في شأن مدى عقلانية الصلة بين مضمون هذه القواعد وأهدافها من ناحية وبين نطاق تطبيقها من ناحية أخرى.[113]

التطبيق المباشر للقواعد ذات التطبيق الضروري في قانون القاضي التي بلغت درجة معينة من الإلزامية يختزل الوقت في تطبيق القواعد الآمرة في هذا القانون، فبدلا من تطبيق القانون الأجنبي وفقا لقاعدة الإسناد وبعد ذلك يتبين أن هذا القانون يخالف النظام العام الوطني ومن ثمة يتم استبعاده وفقا لفكرة الدفع بالنظام العام، فيتم تطبيقها على النحو المباشر–القواعد ذات التطبيق الضروري– دون المرور من التعقيدات إعمال قاعدة الإسناد وكذلك دون إعمال فكرة الدفع بالنظام العام.[114]

الفرع الثاني

كيفية حماية المستهلك في إطار التطبيق المباشر للقواعد ذات التطبيق الضروري في قانون القاضي

التطبيق المباشر لقواعد ذات التطبيق الضروري التي تنتمي إلى قانون القاضي يكون بالأولوية حتى ولو كان هناك ما يقابل هذه القواعد في القانون الأجنبي واجب التطبيق، فلا يمكن للقاضي في هذه الحالة أن يقوم بتطبيق القواعد السابقة التي تنتمي إلى قانون أجنبي المختص بمقتضى قاعدة الإسناد بحجة أنها تتشابه مع القواعد الموجودة في قانونه أو أنها تقر حماية أكثر مقارنة مع نظيرتها في القانون الجزائري، حتى لو كان ذلك بحجة أن تطبيق القانون الأجنبي في هذه الحالة يؤدي إلى وحدة القانون واجب التطبيق.

---

[113]–هشام علي صادق، المرجع السابق، ص ص897،898.

[114]–بدران شكيب الرفاعي، المرجع السابق، ص ص 300،301.

فإذا وجدت على سبيل المثال قاعدة في القانون الوطني تكفل حماية خاصة للمستهلك وهذه القاعدة لها ما يقابلها في القانون الأجنبي، أو أنها تقر حماية أكثر مقارنة مع هذه القواعد التي تنتمي إلى القانون الوطني، ففي كل هذه الحالات لا يمكن للقاضي الوطني استبعاد إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري التي تنتمي إلى قانونه بحجة أن القواعد التي تنتمي إلى القانون الأجنبي تحقق نفس الأهداف الذي أراد المشرع الوطني تحقيقها.[115]

يرجع السبب في ذلك، إلى كون القواعد ذات التطبيق الضروري هي من القواعد الفورية التطبيق يتم إعمالها بغض النظر عما تقضي به قواعد التنازع، كما تطبق دون أن يكون للقاضي الحق في إجراء مقارنة بين محتوى القواعد الوطنية وبين محتوى القواعد الأجنبية.[116]

تؤدي عملية التطبيق الفوري لمثل هذه القواعد التي تنتمي إلى القانون الوطني في الحالات التي يكون فيها القانون الأجنبي هو المختص إلى التجزئة غير الإرادية للعقد الدولي نتيجة تعدد القوانين واجبة التطبيق. فحسب الأصل، يخضع العقد للقانون واجب التطبيق وهو قانون الإرادة، إلا أن إمكانية تجاهل بعض أحكام هذا القانون قائمة إذا ما كانت العلاقة القانونية تدخل ضمن سريان القواعد ذات التطبيق الضروري في قانون القاضي والتي تطبق على نحو مباشر. هذا ما يؤدي في الأخير تعدد القوانين التي تحكم الرابطة العقدية الواحدة.

بعد أن أصبح إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري التي تنتمي إلى قانون القاضي محل اتفاق من قبل الفقه، فإن هذا الاتجاه أخذت بعض التشريعات الوطنية وبعض الاتفاقيات الدولية.

كما أخذ مجمع القانون الدولي بدوره بهذا الحل في دورة انعقاده في مدينة "بال Bale " السويسرية سنة 1991 وذلك عندما أقر أن القانون المختار من قبل الأطراف لا يمكن أن ينال من حكم القواعد الآمرة في قانون القاضي وهذا وفقا لنص المادة 1/9 من المشروع والتي تنص على أن:

---

[115]–أشرف وفا محمد، المرجع السابق، ص ص76،77.

[116]–المرجع نفسه، ص78.

« **La loi choisie s'applique sans préjudice des dispositions de la loi du for qui régissent impérativement la solution, quel que soit la loi applicable au contrat** ».

مثل هذا التطبيق المباشر لهذه القواعد أخذ به المشرع السويسري في نص المادة 18 من القانون الدولي الخاص والتي تنص على أن:"**يجب مراعاة النصوص الآمرة في القانون السويسري، والتي تكون بالنظر إلى هدفها الخاص واجب التطبيق أيا كان القانون الذي يحدده الطرفان**".[117]

وهذا الاتجاه أخذت به اتفاقية روما 1 لسنة 2008 في المادة 2/9 والتي تنص على أن:

« **Les dispositions du présent règlement ne pourront porter atteinte à l'application des lois de police du juge saisi** ».

يؤدي الإعمال المباشر للقواعد ذات التطبيق الضروري التي تنتمي إلى قانون القاضي إلى تعطيل منهج قاعدة الإسناد المزدوجة الجانب التي توزع الاختصاص التشريعي بين الدول وتراعي في ذلك طبيعة العلاقة محل الإسناد للقانون واجب التطبيق؛ ويمكن أن يؤدي هذا إلى إلحاق ضرر بالعلاقة الخاصة الدولية نتيجة إعمال قانون لم يكن في الحسبان مسبقا –وهو قانون القاضي– يضر بمصالح الأطراف. فمنهج القواعد ذات التطبيق الضروري ما هو إلا تفضيل الاعتبارات الوطنية عن الاعتبارات المتعلقة بالعلاقات الخاصة الدولية.

المطلب الثاني

إعمال القاضي القواعد ذات التطبيق الضروري التي تنتمي إلى قانون أجنبي

من أهداف القانون الدولي الخاص هو التنسيق بين مختلف الأنظمة القانونية ولا شك أن قبول تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري الأجنبية من قبل الدولة الوطنية سيسمح بتطبيق

---

[117]–مضمون النص باللغة الفرنسية: =

= « Application de dispositions impératives du droit suisse sont réservés les dispositions qui, en raison de leur but particulier, sont applicables quel que soit le droit désigné par la présente loi ».

قوانين البوليس للدولة الوطنية من قبل الدولة الأجنبية، الأمر الذي سيساعد على زيادة التعاون بين مختلف القوانين الوطنية في احترام القواعد التي توصف بأنها من القواعد ذات التطبيق الضروري.[118]

وعليه فإن القاضي يقوم بتطبيق هذه القواعد الأجنبية على الوقائع المتنازع فيها التي تدخل ضمن نطاق تطبيقها وفقا لما حدده المشرع الأجنبي، وهنا نكون أمام إرادة منفردة وأحادية لتطبيق هذه القواعد وهي إرادة التي يتعين وفقا لها تطبيق القواعد الأجنبية على وقائع النزاع المطروح أمام القاضي[119]، وبناءا على ما تقدم سنقسم دراستنا في هذا المطلب إلى فرعين(الفرع الأول) نتناول فيه إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري الأجنبية التي تنتمي إلى قانون المختص بمقتضى منهج التنازع، و(الفرع الثاني) نتناول فيه إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري الأجنبية التي لا تنتمي إلى قانون المختص بمقتضى منهج التنازع.

الفرع الأول

إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري الأجنبية التي تنتمي إلى قانون المختص بمقتضى منهج التنازع

أكد جانب من الفقه الحديث أن القواعد ذات التطبيق الضروري لا تجد أي مجال للتطبيق إلا بوجود قاعدة إسناد تسمح بتطبيق مثل هذه القواعد، كما هو الشأن بالنسبة للحالة التي يطبق فيها القاضي الوطني القانون الأجنبي بمقتضى قاعدة إسناد في قانونه تعطي الاختصاص لمثل هذا القانون، وبنفس الكيفية تطبق القواعد ذات التطبيق الضروري حيث يجب أن تكون هناك قاعدة إسناد في قانون القاضي تعطي الاختصاص لمثل هذه القواعد ويكون ذلك من خلال ضابط إسناد يعمل لصالح قانون القاضي، ويقرر له الاختصاص التشريعي، فتطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري على هذا النحو لا يكون إلا إذا حدد المشرع نطاق سريانها من خلال اشتراط وجود صلة بينها وبين المسائل التي تدخل في هذا النطاق، ومن هذه الصلة يأخذ

[118]–أشرف وفا محمد، المرجع السابق، ص78.

[119]–بدران شكيب الرفاعي، المرجع السابق، ص344.

المشرع ضابط إسناد لتطبيق هذه القواعد المباشرة والتي يختلف حسب اختلاف طبيعة هذه الضوابط.[120]

لا يقتصر إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري على القواعد التي تنتمي إلى القانون الوطني، وإنما يشمل كذلك القواعد التي تنتمي إلى القانون الأجنبي المختص بمقتضى قاعدة التنازع في قانون القاضي احتراما لإرادتها في الانطباق على العلاقة القانونية حتى لا يتم إهدار أحكام القواعد الآمرة التي تنتمي إلى هذا القانون. تأكد هذا الإعمال بعد التطور الحاصل في فقه قانون الدولي الذي كان يرفض تطبيق هذه القواعد–ذات تطبيق ضروري– اعتبارها من القواعد الإقليمية تطبق من قبل القاضي الذي ينتمي إلى الدولة التي أصدرتها، أو بحجة اعتبارها من قواعد القانون العام تطبق داخل حدود الدولة التي أصدرتها.[121]

يتعذر سريان القواعد السابقة الذكر خارج إقليم الدولة التي أصدرتها بالنظر إلى طبيعتها التي لا تثير مشكلة تنازع القوانين، وإنما تثير مشكلة تطبيق هذه القوانين من حيث المكان كونها تهدف بالدرجة الأولى إلى حماية النظام القانوني لدولة القاضي وهي المصلحة الوطنية دون المصالح التي تندرج ضمن العلاقات الخاصة الدولية ومن ثمة يتم تطبيق قواعد القانون الخاص في القانون المختص بمقتضى قاعدة الإسناد دون القواعد التي تخرج من طبيعتها من مجال تنازع القوانين وهي القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام.[122]

لم يحظ الاتجاه السابق الذكر تأييدا من قبل الفقه المعاصر كون أفكاره توصف بأنها قديمة تجاوزتها نظرية تنازع القوانين التي تسعى إلى التنسيق بين مختلف الأنظمة القانونية تجسيدا للتعاون فيما بينها مراعاة للمصالح المشتركة، يترتب من هذا التنسيق تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري التي تنتمي إلى القانون الأجنبي وبالمقابل تتولى تلك الدولة تطبيق مثل هذه القواعد التي تنتمي إلى القانون الوطني وبهذا فإن القول أن القواعد ذات التطبيق الضروري

[120]–عيد عبد الحفيظ،" حماية المستهلك في مجال العلاقات الخاصة الدولية"، المرجع السابق، ص ص 40،41.

[121]–أشرف وفا محمد، المرجع السابق، ص ص 78،79.

[122]–محمود محمد ياقوت، قانون الإرادة وقواعد البوليس ضرورية التطبيق، المرجع السابق، ص116،117.

هي من قواعد القانون العام فإن هذا القول غير صحيح لأن هذه القواعد تصدرها الدولة لتنظيم العلاقات الخاصة بشكل آمر تقيد بشأنها مثل هذه العلاقات.[123]

تظهر أهمية تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري في إطار العلاقات الخاصة الدولية بالنظر إلى الدور الذي تؤديه في إطار هذه الروابط، فمن جهة تهدف إلى التنسيق بين مختلف الأنظمة القانونية ويترتب عنه الاعتراف وتنفيذ الأحكام الأجنبية إذا كان الحكم سينفذ في الدولة التي أصدرتها، من جهة أخرى تساهم في توحيد الحلول القانونية فيما لو تم تطبيق هذه القواعد من قبل القضاء الأجنبي.

فلو عرض النزاع على القضاء الجزائري فإن القاضي يتولى تطبيق هذه القواعد –القواعد ذات التطبيق الضروري– التي تنتمي إلى قانونه مباشرة لو دخلت العلاقة العقدية مجال سريانها، أما إذا عرض ذات النزاع على القضاء الأجنبي وكان القانون المختص هو القانون الجزائري وأخذنا بالاتجاه الرافض بتطبيق هذه القواعد التي تنتمي إلى القانون الأجنبي المختص –وهو في هذه الحالة هو القانون الجزائري– يترتب عنه اختلاف الحلول القانونية وهذا ما يؤدي في النهاية إلى الإخلال باليقين المتطلب في العلاقات القانونية.

إدراكا لأهمية القواعد ذات التطبيق الضروري التي تنتمي إلى القانون الأجنبي المختص بمقتضى قاعدة التنازع ذهبت بعض التشريعات الوطنية إلى الأخذ بهذا التطبيق على نحو صريح كما هو الشأن بالنسبة للمشرع السويسري في نص المادة 13 من القانون الدولي الخاص لسنة 1987 والتي تنص على أن:

"اختصاص القانون الأجنبي بمقتضى قواعد الإسناد المقررة في هذا القانون يتضمن كافة القواعد التي ينطوي عليها القانون المختص والواجبة التطبيق على النزاع. ولا يجوز استبعاد قاعدة أجنبية في القانون المختص لمجرد اعتبارها من القواعد القانون العام".[124]

---

[123]–أشرف وفا محمد، المرجع السابق، ص78.

[124]–مضمون النص باللغة الفرنسية:

« La désignation d'un droit étranger par la présente loi comprend toutes les dispositions qui d'après ce droit sont applicables à la cause. L'application du droit étranger n'est pas exclue du seul fait qu'on attribue à la disposition un caractère de droit public ».

إلا أن الأمر يختلف بالنسبة لبعض الاتفاقيات الدولية التي تبني القانون واجب التطبيق على بعض العقود الدولية، حيث أشارت إلى إمكانية تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري وإن كان على نحو غير إلزامي، ولكنها لم تشر على نحو صريح بإمكانية تطبيق قواعد القانون العام في هذا القانون كونها أشارت إلى إمكانية الاعتداد بالقواعد الآمرة في هذا القانون الأجنبي ونجد ذلك في اتفاقية روما 1 2008.

من خلال ما سبق نقول أن البحث عن معيار انطباق القواعد ذات التطبيق الضروري في القانون الأجنبي أمر ضروري في مجال العلاقات الخاصة الدولية حتى لا يتم تطبيقها خارج مجال سريانها وهذا ما يشكل في حقيقة الأمر تشويه لنظام القانون واجب التطبيق. لذلك يجب البحث عن إرادة انطباق هذه القواعد على العلاقة العقدية لغرض ضمان التطبيق السليم لمثل هذه القواعد أمام القضاء الوطني.

وقاعدة الإسناد التي تعطي الاختصاص للقواعد ذات التطبيق الضروري هي قاعدة إسناد خاصة (استثنائية) تختلف عن قواعد الإسناد التقليدية، كون هذه الأخيرة تسوّي بين حالات تطبيق القانون الوطني وبين حالات تطبيق القانون الأجنبي وهذا على خلاف قاعدة الإسناد الخاصة تعطي الاختصاص فقط لقانون القاضي، من هذا المنطلق تبدو قاعدة الإسناد التقليدية غير ملائمة لتطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري.

الفرع الثاني

إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري الأجنبية التي لا تنتمي إلى قانون المختص بمقتضى منهج التنازع

أهم ما يميز القواعد ذات التطبيق الضروري أنها قواعد تطبق مباشرة على العلاقات التي تدخل في مجال سريانها دون الاستعانة بقاعدة التنازع حتى لو كانت قاعدة الإسناد خاصة أو استثنائية حسب ما يرى الاتجاه السالف الذكر، فإعمال هذه القواعد يكون بطريقة سابقة عن عملية البحث عن قاعدة الإسناد المختصة، فتطبق مباشرة دون أخذ بعين الاعتبار إذا ما كان

النزاع وطني بكل عناصره أو يشتمل على عنصر أجنبي، فهذه القواعد لا تقبل المزاحمة من أي قانون أجنبي آخر وهذا ما يستبعد كلية دور قاعدة الإسناد في هذا الشأن.[125]

تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري بهذه الكيفية –دون الرجوع إلى قواعد الإسناد– يجد أساسه في المنهج الأحادي، والأحادية المقصودة في هذه الحالة هي الأحادية الجزئية التي لا تستبعد بصفة كلية القانون الأجنبي في حالة تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري التي تنتمي إلى المحيط الوطني، وإنما هو إقصاء القاعدة الموضوعية في هذا القانون التي تتعارض مع القواعد ذات التطبيق الضروري التي تريد الانطباق على النزاع المعروض على القضاء.[126]

يمكن اعتبار القواعد القانونية التي تهدف إلى حماية المستهلك في القانون الداخلي من القواعد ذات التطبيق الضروري، كونها تهدف إلى حماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية من طبيعة هذه القواعد أنها لا تقبل المزاحمة من قبل القوانين الأخرى، وتطبيقها يكون وفقا لهذا الاتجاه الأخير الذي يرى أن مثل هذه القواعد تطبق تطبيقا مباشرا دون حاجة إلى إعمال قاعدة الإسناد.[127]

تظهر إمكانية تطبيق مثل هذه القواعد من قبل القاضي الوطني فيما اتجهت إليه الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالعقود الدولية وكذا بعض التشريعات الوطنية ويظهر ذلك من خلال المشرع السويسري في المادة 19 من القانون الدولي الخاص لسنة 1987 وذلك عندما أعطى لتطبيق مثل هذه القواعد التي لا تنتمي إلى قانون العقد دون أن يتم تطبيقها على النحو اللازم وهذا وفقا لما تنص عليه الفقرة الأولى من هذه المادة والتي تنص على أن:

« **Lorsque des intérêts légitimes et manifestement prépondérants au regard de la conception suisse du droit l'exigent, une disposition impérative d'un droit autre que celui désigné par la**

[125]–هشام علي صادق، المرجع السابق، ص893.

[126]–محمود محمد ياقوت، قانون الإرادة وقواعد البوليس ضرورية التطبيق، المرجع السابق، ص111.

[127]–عيد عبد الحفيظ، "حماية المستهلك في مجال العلاقات الخاصة الدولية"، المرجع السابق، ص42.

présente loi peut être prise en considération, si la situation visée présente un lien étroit avec ce droit ».

نفس الشيء أخذت به المادة 16 من اتفاقية لاهاي لسنة 1978 التي تبين القانون واجب التطبيق على الوساطة والتمثيل والتي تنص على أن:**"عند تطبيق هذه الاتفاقية فإنه يجوز الاعتداد بالنصوص الآمرة لكل دولة تربط بالمركز المطروح بواسطة جدية وذلك فيما لو كانت هذه النصوص يجب تطبيقها وفقا لقانون تلك الدولة أيا كان القانون الذي يعينه قواعد التنازع فيه".**[128]

تعتمد السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي في تطبيق هذه القواعد بالنظر إلى هذه القواعد من حيث أهدافها التي تأخذ بعين الاعتبار وكذلك البحث عن نتائج التي تترتب من هذا التطبيق ومقارنتها مع النتائج التي يمكن أن تترتب كذلك من عدم التطبيق وهذا ما نصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة التاسعة من اتفاقية روما سنة 2008 وبالتالي تنص على أن:

« **... Pour décider si effet doit etre donné à ces lois de police, il est tenu compte de leur nature et de leur objet, ainsi que des conséquences de leur application ou de leur non application** ».

لا تقتصر حماية المستهلك فقط في القواعد ذات التطبيق الضروري التي تنتمي إلى قانون القاضي، فهناك قواعد قانونية أخرى تأخذ هذا الوصف تنتمي إلى قانون دولة أجنبية ولها علاقة بالنزاع المطروح توفر حماية أحسن من تلك الحماية التي توفرها القواعد القانونية التي تنتمي إلى قانون القاضي وهذه القواعد الأجنبية التي تدخل في مفهوم القواعد ذات التطبيق

[128]–مضمون نص المادة 16 باللغة الفرنسية:

« Lors de l'application des présentes conventions, il pourra être donné effet aux dispositions impératives de tout état avec lequel la situation présente un lien effectif, si et dans la mesure ou, selon le droit de cet état, ces dispositions sont applicable quel que soit la loi désignée par ces règles de conflit ».

الضروري يمكن أن تكون تلك القواعد التي تنتمي إلى قانون أجنبي يكون مختصا وفقا لقاعدة التنازع التي تعطي الاختصاص لهذا النظام القانوني بما فيه القواعد الآمرة التي تأخذ وصف القواعد ذات التطبيق الضروري.

خاتمة

إن السعي إلى تحقيق حماية فعالة للمستهلك كطرف ضعيف في العقد الدولي لن يتم إدراكه إلا من خلال قاعدة تنازع القوانين أو قاعدة الإسناد باعتبارها الوسيلة الأساسية لحل مشكلات القانون الدولي الخاص والتي تتيح بفضل منهجيتها المزدوجة وذلك بتطبيق أحد المستويين للحماية يتعلق أحدهما بالقانون الوطني والآخر بالقانون الأجنبي.

لتحقيق حماية للمستهلك على مستوى العقود الوطنية الخالصة ولتحقيق الأمان القانوني له يتم تطبيق قانون موطنه أو قانون محل إقامته، لأنه ليس في الإمكان سوى تطبيق هذا القانون، أما ما يتعلق بالعقود الدولية التي يكون فيها عنصر أجنبي في هذه الحالة يكون المستهلك في حالة خطورة من ناحية تطبيق القانون الأجنبي لأن هذا الأخير قد لا يحقق له حماية فعالة لأنه يعد الطرف الضعيف في العلاقة العقدية يجهل أحكام قانونه كما يجهل أحكام القانون الأجنبي، حيث أنه لا يملك خبرة قانونية ولا يستطيع أن يقدر نتائج شروط العقد الذي وقعه.

إذن قاعدة تنازع القوانين هي القاعدة الأساسية من قواعد القانون الدولي الخاص التي يمكن أن تحقق أفضل حماية للمستهلك في العقود الدولية التي يكون طرفا فيها وتعتمد أساسا على مبدأ سلطان الإرادة وهي القاعدة التي تسمح للأطراف في اختيار القانون واجب التطبيق على عقود الاستهلاك وهذه القاعدة تسمح للأطراف تعيين هذا الأخير صراحة قد يكون في أحد بنود العقد أو باختيار لاحق. وفي حالة عدم الاختيار الصريح على القاضي البحث عن الإرادة الضمنية للأطراف والتي يستخلصها من ظروف وملابسات العقد.

وفي حالة عدم وجود الاختيار–الصريح أو الضمني– للأطراف سيتم تطبيق الضوابط الاحتياطية التى جاءت بها قاعدة التنازع التي تخص العقود الدولية وذلك وفقا للمادة 18 من ق.م.ج.

لقد جاءت هذه الضوابط على نحو جامد لا تراعي مصلحة أطراف العلاقة العقدية حيث أن –قاعدة الاسناد– تتجاهل المراكز القانونية وهذا يشكل خطورة على المستهلك بالخصوص

كونه الطرف الضعيف في العلاقة العقدية، ومن هذا المنطلق جاءت ضرورة إيجاد قاعدة مرنة تساير ظروف وملابسات العقد ألا وهي نظرية الأداء المميز التي تسمح بالتركيز الموضوعي للرابطة العقدية حسب طبيعتها الذاتية التي يتم فيها تحديد القانون الأكثر صلة بهذه الرابطة.

وكحلّ وسط بين ضرورة احترام إرادة المتعاقدين وعدم مخالفة القواعد الآمرة في القوانين المختارة اِستحدثت قواعد تعرف بالقواعد ذات التطبيق الضروري، وهي بمثابة قواعد موضوعية آمرة في دولة القاضي تطبق مباشرة على العلاقات القانونية التي تدخل في نطاقها، يستلزم لإعمالها وجود صلة بينها وبين اختصاص القاضي.

من خلال ما سبق يتبين أن المستهلك لم ينل أي حماية فعالة في العلاقات الدولية الخاصة كونه الطرف الضعيف لأنه يخضع لشروط تعسفية يمليها عليه الطرف القوي.

ولضمان حماية المستهلك يجب تفعيل كافة الوسائل القانونية منها المتضمنة في القواعد العامة في كافة مراحل التعاقد إلى جانب القواعد الخاصة والتي جاءت كتتويج للتطور الحاصل في كافة المجالات لتجعل المستهلك في نفس الكفة مع المهني وذلك بفرض التزامات جديدة على عاتق المهني.

قائمة المراجع

قائمة المراجع

أولا: المراجع باللغة العربية:

1-الكتب:

1-أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.

2- ـــــــــــــــــــ ،الأصول في التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008.

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

4-أشرف عبد العليم الرفاعي، القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم والنظام العام في العلاقات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003.

5-أشرف وفا محمد، المبادئ العامة لتنازع القوانين في القانون المقارن، د.د.ن، د.ب.ن، 2003.

6-إياد محمود بردان، التحكيم والنظام، (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2004.

7-بدران شكيب الرفاعي، عقود المستهلك في القانون الدولي الخاص،(دراسة مقارنة)، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2011.

8-حسام الدين فتحي ناصف، حماية المستهلك من خلال قواعد تنازع القوانين، ط2، دار هومة، الجزائر، 2007.

9-خالد عبد الفتاح محمد خليل، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009.

10-عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007.

11-محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق،(دراسة تحليلية ومقارنة في ضوء الاتجاهات الحديثة)، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000.

12-————— ، قانون الإرادة وقواعد البوليس ضرورية التطبيق، (دراسة تحليلية وتطبيقية)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003.

13-ممدوح عبد الكريم، القانون الدولي الخاص،(تنازع القوانين)، دار الثقافة، الأردن، 2005.

14-نادر محمد إبراهيم، مركز القواعد غير الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي، ط2، توزيع منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000.

15-هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001.

2-الرسائل والمذكرات الجامعية:

أ- الرسائل الجامعية:

1-بلاق محمد، حدود مساهمة القواعد المادية في حل منازعات التجارة الدولية، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2016.

2-شويرب خالد، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، رسالة دكتوراه في الحقوق، فرع الملكية الفكرية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2009.

3-معاشو عمار، الضمانات في العقود الاقتصادية الدولية في التجربة الجزائرية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه دولة في القانون الدولي والعلاقات الدولية، معهد العلوم القانونية والإدارية، جامعة الجزائر، 1998.

4-عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2010.

ب-المذكرات الجامعية:

1-مذكرات الماجستير:

1-الهام عزام وحيد الخراز، التحكيم التجاري الدولي في إطار منهج التنازع،(دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2009.

2-بلاق محمد، قواعد التنازع والقواعد المادية في عقود التجارة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2009.

3-جارد محمد، دور الإرادة في التحكيم التجاري الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2009.

4-عيد عبد الحفيظ، مبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2005.

2-مذكرات الماستر:

1-بوكلال مبروك و لحضير حكيم، دور الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، شعبة القانون الاقتصادي وقانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، 2012.

2-حمومة سعيدة و حميطوش أعمر، القيود الواردة على حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص القانون العام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، 2015.

3-زقان فوزية و زقان رزيقة، التجزئة الإرادية وغير الإرادية للقانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي،(دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص القانون العام للأعمال، جامعة بجاية، 2015.

4-قريمس مريم، القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، مذكرة مكملة من مقتضيات نيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سطيف2، 2015.

3-المقالات:

1-شبة سفيان، "حماية المستهلك في عقد البيع الدولي في القانون الجزائري والقوانين المقارنة"، دفاتر السياسة والقانون، جامعة الجيلالي اليابسة، سيدي بلعباس، الجزائر، العدد الرابع، 2011، ص ص230،231.

2-عبد المنعم فرج الصده، "التعبير عن الإرادة"، مجلة الأمن والقانون، السنة الخامسة، العدد الأول، كلية الشرطة، دبي، 1997، ص ص2،1.

3-عيد عبد الحفيظ، "حماية المستهلك في مجال العلاقات الخاصة الدولية"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد07، العدد الأول، جامعة عبد الرحمان ميرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، بجاية، 2013، ص ص22،42.

4-فراس يوسف الكساسبة، "صلاحية قانون العقد للتطبيق على التصرفات الانفرادية عند تنازع القوانين"، مجلة الشريعة والقانون، السنة 27، العدد53، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2013، ص ص321،322.

5-فوزي قدور نعيمي، مظفر جابر الراوي، "النظام القانوني للعقد الدولي للاستثمار في ظل المتغيرات الاقتصادية الجديدة"، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 03، العدد10، العراق، السنة3، ص ص3،4.

6-موكة عبد الكريم، "القانون الواجب التطبيق على عقد البيع الدولي الالكتروني"، مداخلة ألقيت في الملتقى الوطني حول موضوع القانون والتكنولوجيا المعلوماتية، المركز الجامعي سوق أهراس، يومي 25-26 أفريل 2010، ص ص202،203.

7-يونس صلاح الدين، وسام محمد خليفة، "القانون الواجب التطبيق على إصابات العمل والأمراض المهنية ضمن نطاق عقد العمل الدولي"، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 04، العدد15،السنة04، ص ص13،16.

4-النصوص التشريعية:

-أمر 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، متضمن القانون المدني الجزائري، ج ر، عدد 78، صادرة في 30 سبتمبر 1975 معدل ومتمم.

منشور على موقع الأمانة العامة للحكومة:

www.joradp.dz-Acivil.pdf

5-الوثائق :

1-اتفاقية لاهاي، لسنة 1955، المتعلقة بتحديد القانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للمنقولات المادية، المؤرخة في 15 جوان 1955.

www.h c ch.net/index.fr php ?act :conventions.text & :31.

2-اتفاقية روما، لسنة 1980، المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية والمستبدلة باتفاقية روما 1 لسنة 2008، المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية المؤرخة في 17 جوان 2008.

ثانيا: باللغة الفرنسية :

1-Ouvrages :

1-BUREAU Dominique, MUIR-WATT Horatia, Droit international privé, T2 : Partie spéciale, 2édition, Puf, 2010.

2-CHATILLON Stéphane, Le contrat international, 3e édition, Vuibert, France, 2007.

3-DERRUPPE Jean, Doriot international privé, Dalloz, Paris,1999.

4-MAYER Pierre, HEUZE Vincent, droit international privé, 7e éditions, Montchrestien, Paris, 2001.

5-POMMIER Jean-Christophone, Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel, Economica, Paris, 1992.

2-Thèse :

1-ALQUADAH Meen, Exécution de contra de vente international de marchandises, (Etudes comparative du droit français et droit jordanien), Thèse pour le doctorat en droit, Université de Reims champagne-Ardenne, France, 1992.

3-Documents :

-Loi fédérale suisse sur le droit international privé(LDIP) du 18 décembre 1987.

http://www.admin.ch/opc/fr/classified-copilation/197812/index.html

فهرس المحتويات

فهرس المحتويات

مقدمة.....1

الفصل الأول: حماية المستهلك من خلال إعمال قواعد الإسناد.....4

المبحث الأول: إمكانية حماية المستهلك من خلال تطبيق القواعد العامة في تنازع القوانين....5

المطلب الأول: مدى فعالية ضابط الإسناد الأصلي في حماية المستهلك؟.....5

الفرع الأول: الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق 7

الفرع الثاني: الاختيار الضمني للقانون الواجب التطبيق 10

المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على عقود الاستهلاك حالة عدم وجود الإرادة.....13

الفرع الأول: حماية المستهلك من خلال إعمال الضوابط الاحتياطية.....14

أولا: قانون الموطن المشترك للمتعاقدين.....14

ثانيا: قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين.....15

ثالثا: قانون محل إبرام العقد.....15

الفرع الثاني: الإسناد الموضوعي للقانون المختص.....16

المبحث الثاني: حماية المستهلك من خلال قواعد الإسناد تكفل له حماية خاصة.....19

المطلب الأول: الإسناد إلى قانون المدين بالأداء المميز وحماية المستهلك.....19

الفرع الأول: فكرة الأداء المميز في العقد وحماية المستهلك.....20

الفرع الثاني: تكريس ضابط الأداء المميز في القوانين الوضعية.....21

المطلب الثاني: تكريس قاعدة الإسناد تخص العقود التي يبرمها المستهلك.....25

الفرع الأول: ضابط محل الإقامة المعتادة للمستهلك.....25

الفرع الثاني: تكريس ضابط محل الإقامة المعتادة للمستهلك في التشريعات الوضعية والاتفاقيات الدولية.....27

أولا: في التشريعات الوضعية.....27

ثانيا: في الاتفاقيات الدولية.....28

الفصل الثاني: حماية المستهلك من خلال إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري.....30

المبحث الأول: ماهية القواعد ذات التطبيق الضروري.....31

المطلب الأول: مفهوم القواعد ذات التطبيق الضروري.....32

الفرع الأول: تعريف القواعد ذات التطبيق الضروري.....32

أولا: قوانين البوليس والأمن.....33

ثانيا: القواعد فورية التطبيق.....33

ثالثا: قواعد النظام العام الوقائي أو التوجيهي.....34

الفرع الثاني: تمييز القواعد ذات التطبيق الضروري عن غيرها من القواعد.....36

أولا: تمييز القواعد ذات التطبيق الضروري عن القواعد ذات التطبيق المباشر.....37

ثانيا: تمييز القواعد ذات التطبيق الضروري عن منهج قاعدة الإسناد المزدوجة.....37

ثالثا: تمييز القواعد ذات التطبيق الضروري عن منهج التنازع.....37

رابعا: تمييز القواعد ذات التطبيق الضروري عن النظام العام.....38

المطلب الثاني: معايير تحديد القواعد ذات التطبيق الضروري.....38

الفرع الأول: المعيار الشكلي.....39

الفرع الثاني: المعايير الفنية.....40

أولا: معيار الإقليمية.....40

ثانيا: معيار النظام العام.....41

الفرع الثالث: معيار الغائية.....41

أولا : معيار مصلحة الدولة.....42

ثانيا: معيار تنظيم الدولة.....42

الفرع الرابع: المعيار العقلاني.....43

المبحث الثاني: إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري وحماية المستهلك.....44

المطلب الأول: إعمال القاضي القواعد ذات التطبيق الضروري التي تنتمي إلى قانونه.....44

الفرع الأول: إخراج القواعد ذات التطبيق الضروري من منهج تنازع القوانين.....45

الفرع الثاني: كيفية حماية المستهلك في إطار التطبيق المباشر للقواعد ذات التطبيق الضروري في قانون القاضي.....46

المطلب الثاني: إعمال القاضي القواعد ذات التطبيق الضروري التي تنتمي إلى قانون أجنبي.....48

الفرع الأول: إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري الأجنبية التي تنتمي إلى قانون المختص بمقتضى منهج التنازع.....49

الفرع الثاني: إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري الأجنبية التي لا تنتمي إلى قانون المختص بمقتضى منهج التنازع.....52

خاتمة.....57

قائمة المراجع.....59

فهرس المحتويات.....66

الملخص

باعتبار أن العقود التي يبرمها المستهلك تختلف عن بقية العقود الأخرى ذات الطابع الدولي ويرجع ذلك إلى اختلال التوازن بين أطراف العقد الدولي، لذا جاءت قوانين حماية المستهلك لتوفير حماية لهذا الأخير كونه طرف ضعيف تنقصه الخبرة والدراية اللازمة لتقدير ما يعرض عليه للشراء أو الاستفادة من خدمات.

من هذا المنطلق لا يمكن إخضاع مثل هذه العقود للقاعدة العامة بما يتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية المتمثلة في مبدأ اختيار قانون العقد حيث أن هذا الأخير قد لا يضمن حماية فعالة للمستهلك كون قاعدة الإسناد تسعى إلى تحقيق عدالة تنازعية على حساب العدالة الموضوعية. يعتبر المنهج المباشر من أفضل المناهج التي تؤدي إلى حماية المستهلك حيث يراعي المشرع فيها طبيعة أطراف العلاقة العقدية بإعادة التوازن بينهم.

Résumé

Les contrats conclus par le consommateur diffèrent du reste des autres contrats de caractère international, et en raison du déséquilibre entre les parties de la Décennie internationale, de sorte que sont venus les lois de protection des consommateurs, à assurer la protection de cette dernière étant une partie à un faible manque l'expérience et le savoir-faire nécessaire pour estimer l'affiche pour l'achat ou profiter de services.

De ce point, vous ne pouvez pas soumettre ces contrats à la règle générale, y compris la détermination de la loi applicable aux contrats internationaux représentés dans le principe d'un contrat de franchise est la loi lorsque celle-ci ne peut pas garantir une protection efficace pour le consommateur que l'attribution de base cherche à obtenir justice contradictoire objectivité dépens de la justice, et est donc l'approche directe des meilleures approches qui conduisent à la protection des consommateurs, il tient compte de la nature des parties de la législature rééquilibrer la relation entre eux.