## المحاضرة رقم 12

## القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية

## المطلب الأول: إخضاع عقود التجارة الدولية لقانون الإرادة

إخضاع العقد لقانون الإرادة لا يزال الحالة السائدة فقهًا، وقضاءً، وتشريعًا، ويتعين قانون العقد بالإرادة الصريحة أو الضمنية، ويمكن للمتعاقدين إخضاع عقدهم لقانون دولة معينة، ويمكن للأطراف اختيار قانون يحكم العقد بجملته، واختيار قوانين أخرى تحكم بعض جوانبه، ولا يشترط لاختيار الأطراف القانون الواجب التطبيق وجود صلة حقيقة بينه وبين موضوع العقد[1]، وهذا الاختيار ينص على القواعد الموضوعية دون قواعد التنازع .وبالرغم من حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق، فإن ذلك مقيد بعدم تعارضه مع النظام العام.

### الفرع الأول/ مضمون خضوع عقود التجارة الدولية لقانون الإرادة

بالنظر إلى خاصية العقود الدولية التي تخرج عن المجال التشريعي للدول، فان أطراف العلاقة التعاقدية تجد نفسها أمام فراغ قانوني لان عقدهم لا يخضع إلى قانون أية دولة لزوما، عكس العقد الذي تكون جميع عناصره وطنية إذ لا يثير أي إشكال حول إبرامه أو تنفيذه باعتباره يخضع إلى سلطان قانون الدولة التي ابرم فيها والمنازعات الناجمة منه لاختصاص المحاكم الوطنية، بالرغم آن العقد يجب أن يخضع في إبرامه وشروطه وأثاره إلى قانون معين فللأطراف إضافة اتفاقهم (شروط العقد) عليهم تحديد القانون الذي يحكم هذه العلاقة التعاقدية، وهذا التحديد يكون باتفاقهم وهو الذي يطلق عليه مبدأ سلطان الإرادة في تحديد قانونا العقد **"loi d'autonomie"**

**أولا/ أساس قانون الإرادة:** إن أساس قانون الإرادة في مجال عقود التجارة الدولية يمكن استنباطه من خلال الاتجاهات الفقهية التي قيلت في طريقة اختيار وتحديد القانون واجب التطبيق على العقد الدولي، إذ نجد اتجاهين تأثرت بهما التشريعات الداخلية للدول، فمن الدول التي أطلقت حرية أطراف العقد في تحديد قانون العقد الدولي(النظرية الشخصية) بالتالي يسمو اتفاق الأطراف على القانون باعتبار أن القانون المختار يستمد قوته الملزمة من الاتفاق كما أن القانون المحدد جزء من العقد باعتبار أن أحكام هذا القانون اندمجت مع شروط العقد على العكس نجد دول أخرى تأثرت بالنظرية الموضوعية التي تقيد حرية أطراف العقد الدولي (النظرية الموضوعية) فيجوز لأطراف

---

[1]- وهو عكس ما يفرضه المشرع الجزائري في احكام المادة 18 من التقنين المدني ، ... أن يكون القانون المختص صلة حقيقة بالمتعاقدين أو العقد..."

العقد الدولي تحدي القانون الذي يحكم العقد لكن ليس بصفة طليقة إذ تتقيد هذه الإرادة بضرورة اختيار القانون الذي يتصل بالعقد بمعنى وجود صلة أو علاقة بين القانون المختار والعقد

**ثانيا/ شروط اختيار القانون الذي يحكم عقود التجارة الدولية :** بالعودة إلى أحكام قواعد التنازع في القانون المدني الجزائري، وخاصة نص المادة 18 منه التي تنص على: (يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة بالمتعاقدين أو بالعقد....)، بالتالي يمكن القول أن المشرع يشترط لإعمال قانون الإرادة توافر الشروط التالية:

- ✓ أن يكون العقد دوليا: ويكون كذلك إذا تضمن عنصرا أجنبيا.
- ✓ التعبير على القانون واجب التطبيق على العقد الدولي: الأصل أن التعبير على الإرادة يكون في العقود الدولية التقليدية أو الالكترونية صريحاوذلك باتخاذ احد الأشكال الكتابية التي ينص عليها القانون الداخلي وبالعودة إلى المادة 18من التقنين المدني المشرع لم يحدد طريقة التعبير عن الإرادة أو الشكل الذي تتخذه ومن ثم يمكن القول أن المشرع اخذ بإحدى الحالتين في التعبير عن الإرادة سواء كانت صريحة أو ضمنية (خاصة بالعودة إلى القواعد العامة المادة 60/ف2 من القانون المدني) ، كما أن اتفاقية روما أقرت أن التعبير عن الإرادة للتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد يمكن أن يكون صراحة أو استخلاصه من ظروف التعاقد، والتوجه نفسه نجده في اتفاقية فينا المتعلقة بالبيع الدولي للبضائعكما يمكن أن يكون ضمنيا من ظروف الواقع وملابساته).
- ✓ وجود صلة حقيقية بين قانون الإرادة والمتعاقدين أو العقد: المشرع الجزائري قيد من حرية الأفراد في تحديد القانون واجب التطبيق على العقد الدولي من خلال استعماله في المادة 18 السالفة الذكر لمصطلح (صلة حقيقية) إذ ألزم الأطراف أن يقوموا باختيار قانون له صلة حقيقية بهم أو بالعقد، عكس ما كان عليه الحال قبل تعديل المادة 18إذن حتى في مجال عقود البيع الالكترونية يجب على الأطراف تحديد القانون الذي له صلة حقيقية بهم (الأطراف مثلا الجنسية المشتركة) أو بالعقد.

## الفرع الثاني: نطاق قانون الإرادة

إن مجال تطبيق قانون الإرادة هو الالتزام التعاقدي بشكل عام، وذلك في حالة اتفاق المتعاقدين على اختيار القانون واجب التطبيق سواء كان صراحة أو ضمنيا، ويتم تطبيق القانون المختار على

العقد من كافة نواحيه باستثناء الأهلية وشكل العقد، فالقانون الذي يتم تحديده يسري على الأركان العامة للعقد وشروط صحة إثباته والآثار المترتبة على هذا العقد، عكس ذلك أن الإرادة في العقود الداخلية مقيدة بالقواعد الآمرة خاصة كما أنها قاصرة على القواعد المكملة والمفسرة. كما نجد أن قانون الإرادة يتم استبعاده في حالة مخالفة النظام العام للدولة القاضي الذي يعرض عليه النزاع أو وجود غش نحو القانون الوطني للقاضي، كما أن هناك بعض عقود البيع الدولية التي يحدد فيها البائع جميع بنود العقد دون تدخل المشتري في ذلك (العقود النموذجية).

أن التصرفات الناتجة عن الإرادة تكون متعددة ومتنوعة في عقود التجارة الدولية، إذ أن الفقه والتشريع المقارن استقر على الأخذ بقانون الإرادة كقاعدة عامة في إطار القانون الواجب التطبيق وكافة الشروط الموضوعية المتعلقة بالعقد ، فانعقاد العقد الدولي يتوافر على أركانه لينتج الآثار المرجوة منه بعد تحقق أركانه كافة.

**اولا/ التراضي:** إن التراضي هو الأساس في أي عقد يتم إبرامه ويكون نتيجة لاتفاق إرادة طرفي العقد، بالتالي تطابق الإيجاب والقبول في العقد الدولي يكون عن طريق التفاوض في مجلس العقد او تبادل خطابات النوايا أو تبادل الرسائل الالكترونية، وهذا الأخير بالرغم من عدم تواجد أطراف العقد في مجلس واحد، لكي ينعقد العقد لابد أن يصدر إيجاب من أحد المتعاقدين يعقبه قبول من المتعاقد الآخر، ولابد أن يقترن الإيجاب بالقبول ويرتبط بهذه المسائل، مسألة مكان وزمان اقترانهما، والتي لها مكانتها الهامة والمتميزة في العقود المبرمة بالوسائل الإلكترونية.

وبالعودة إلى التشريع الجزائري نجد أنه في قواعد التنازع لم يتطرق للعقود الدولية وإنما ذكر بصفة عامة في نص المادة 18 موضوع الالتزامات التعاقدية في العقود الدولية، التي تقر باختصاص قانون الإرادة، ومن ثم كذلك تقابل الإيجاب والقبول يخضع لقانون الإرادة ماعدا أهلية الأطراف المتعاقدة إنما يتم إخضاعها إلى قانون جنسية الشخص، على أساس أن توافر التراضي ركن أساسي لانعقاد العقد وبما أن الرضا يقوم على تصرفات الشخص فمن الأساسي أن يكون الشخص كامل الأهلية

**ثانيا/ محل وسبب التعاقد** : يطبق بشأنها قانون الإرادة بصفة عامة، ولكن مع بعض الاستثناءات التي يجب أخذها بعين الاعتبار، كما هو الشأن بالنسبة لمحل العقد، إذ أورد البعض استثناء فيما لو كان محله مالاً أو عملاً، فيقرون إخضاعه في الحالة الأولى لقانون موقع المال، وفي

الحالة الثانية لقانون محل تنفيذ العمل، وأما بالنسبة للعقود الواردة على الأموال، فيجب التفرقة بين العقود المتعلقة بالعقارات وتلك الواردة على المنقولات، فتخضع الأولى لقانون موقع العقار وفقا للاستثناء الوارد في المادة 2/18 ق.م.ج، وأمّا تلك التي يكون محلها أموالاً منقولة فتخضع لقانون الإرادة، وأما السبب فقد اتفق الفقه الراجح على إخضاعه لقانون العقد، ولكن مع مراعاة القيد المتعلق بالنظام العام.

**ثالثا/ آثار العقد:** لا شك أنّ الهدف الأساسي من التعاقد هو تحقيق النتائج المنتظرة من ذلك وترتيب كلّ الآثار القانونية، لذا أصبح من الضروري إخضاعها لقانون الإرادة الذي يستجيب أكثر لمصلحة المتعاقدين، إلا أنّ هذا التسليم ترد عليه بعض الاستثناءات التي تُخضع هذه الآثار لقانون آخر غير القانون الذي أشارت إليه إرادة الأطراف، وهذا ما سيتضح لنا من خلال الآثار المتعلقة بالنسبة للأشخاص، وكذلك النسبة للآثار المتعلقة بالموضوع.

- **آثار العقد بالنسبة للأشخاص:**

تخضع آثار العقد فيما يتعلق بالأشخاص إلى قانون العقد بصفة عامة، فهذا الأخير هو الذي يتولى تحديد من له الحق في الاستفادة من العقد، وكذا من يلزم به سواءً كانوا من المتعاقدين أو من الغير، ومن ثمة يحدد هذا القانون مدى انصراف آثار العقد إلى الخلف العام وإلى الخلف الخاص، وإلى المستفيد من الاشتراط لمصلحة الغير ولكن قد يستثنى فيما يتعلق بانصراف آثار العقد إلى الخلف العام كل المسائل التي تدخل في نطاق الميراث، حيث يسري عليها قانون الهالك وقت موته

- **آثار العقد بالنسبة للموضوع:** قلّما يتفق الأطراف في عقدهم على كافة الشروط والتفاصيل الخاصة بآثار العقد وتنفيذه وما يترتب عن عدم التنفيذ في العقود الدولية الالكترونية، مما يقتضي الرجوع إلى القانون المختص لتكملة النقص بواسطة أحكامه الآمرة والمكملة، ولكي يتوصل القاضي إلى تطبيق الأحكام القانونية المناسبة الواجبة التطبيق، يجب أولاً تفسير العقد الذي اختلفت بشأنه الأنظمة القانونية، ففي الدول التي تأخذ بالإرادة الباطنة كالنظام الفرنسي والأنجلوساكسوني والدول العربية، يجب البحث عن النيّة الحقيقية المشتركة للمتعاقدين )، وهذا على خلاف النظام الجرماني الذي يأخذ بالإرادة الظاهرة والتوقف عند الإرادة المصرح بها في العقد فيما يتعلق بتحديد نطاق العقد، أي بيان ما يولده من حقوق والتزامات سواء تم استخلاصه من نيّة المتعاقدين أو طبيعة الالتزام وبعد تحديد كلّ هذه المسائل فقد يلزم المتعاقدين بتنفيذه.

فإذا كان الاتجاه الغالب يرى إخضاع مثل هذه الالتزامات لقانون العقد، إلاّ أنّها تخضع في تنفيذها للقانون محل التنفيذ، الذي يتولى تحديد طريقة التنفيذ وكيفياته، لأنّ التنفيذ كثيرا ما تحكمه قواعد تدخل ضمن دائرة تنظيم الأمن المدني وتخرج من نطاق العقد، وبهذه الصفة تتمتع بالإقليمية وتسري على التنفيذ أيًّا كان القانون الذي يحكم الالتزام الذي عينته الإرادة، كما هو الشأن في الأحكام الآمرة الخاصة بإجراءات التنفيذ أو الخاصة بالتقادم، فتطبق بالأولوية في بلد التنفيذ ويجب احترامها ومراعاتها ولا يمكن تفاديها بالتذرع بأحكام القانون المتفق عليه، وهذه الأحكام إنما أصلا هي مقررة في العقود التقليدية لكن يمكن أن يتم إخضاع عقود التجارة الالكترونية الدولية إلى هذه الأحكام العامة ما دام أن العقد الدولي يكون نظري عند إبرامه ولكن حقيقي مادي عند تنفيذه ما دام هناك التزامات تعاقدية يجب الوفاء بها.

## المطلب الثاني/ حدود تطبيق قانون الإرادة

إن إمكانية تحديد أطراف العقد الدولي للقانون واجب التطبيق على العقد بحرية، بالإضافة إلى تحديد الالتزامات المتقابلة بين الطرفين قائم على مبدأ سلطان الإرادة، لا يعني أن الأطراف لهم كامل الحرية في ذلك إنما هذه الحرية تصطدم ببعض الاستثناءات التي أقرتها التشريعات الداخلية وكذا الاتفاقات الدولية

### الفرع الاول / استبعاد قانون الإرادة لمخالفته النظام العام أو لغش نحو قانون

**القاضي:** من أهم القيود التي تواجه القانون المختار هي فكرة النظام العام، وهذه الفكرة وإن كانت غير متعارضة مع مبدأ حرية أطراف العقد الدولي في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهما، إلا أنّه يمكن في بعض الحالات أن تؤدي إلى إهدار إرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق أن فكرة النظام العام وفقا للقانون الداخلي تستخدم للحد من مبدأ سلطان الإرادة حسب الاتفاقات التي تبرم وفقا للمادة 106 ق. م. ج وإخضاعها للقيود التي جاءت بها المادتان 96 و97 من القانون السالف الذكر، وأما في إطار تنازع القوانين فيقتصر النظام العام على استبعاد القانون المختار كما هو الشأن في المادة 24 ق. م. ج التي تنص على أنّه:

***« لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام، أو الآداب في الجزائر، أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون.***

***يطبّق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام أو الآداب العامة***

فمن خلال هذه المادة يتبين لنا أنّ المشرع الجزائري أخذ بفكرة النظام العام بمفهومها الحديث، المتمثل في استبعاد القانون الأجنبي حماية لبعض القواعد القانونية الآمرة التي تهدف إلى حماية المصالح العامة، وكذا بعض المصالح الخاصة التي نظمها المشرع تنظيما آمراً.

بالتالي، في العقود الدولية يحد النظام العام من تطبيق قانون الإرادة إذا كان مخالفا له ويظهر ذلك خاصة في عنصري الأهلية وشكل التصرفات القانونية بالإضافة إلى عنصر حماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، إذ يلجأ القاضي إلى تطبيق قواعد قانون ضرورية التطبيق لما لها من حماية لأطراف العقد.

-فبالنسبة لعنصر الأهلية فان العلاقات التعاقدية في مجال العقود الدولية يتم إخضاعها إلى قانون جنسية الشخص وذلك لما تقرره من حماية خاصة بالنسبة للتصرفات الصادرة من ناقص الأهلية أو فاقدها.

-أما بالنسبة لعنصر الشكل الذي يتخذه العقد الدولي، فنجد أن شكل العقد يمكن أن يخضع إلى قانون الإرادة (القانون الذي يحكم الشروط الموضوعية) ، لكن باعتبار أن الأصل في شكل العقود الدولية إنما يخضع إلى قانون محل الإبرام (قاعدة locus regit actum)، بينما وبالنظر إلى الطابع الاستثنائي للعقود الالكترونية التي ليس لها تركيز مكاني محدد يصعب تطبيق قاعدة قانون المحل، لكن هذه القاعدة إنما أصبحت تتطور باتجاه اعتماد دول موطن احد المتعاقدين [(2)]، كما أن اتفاقية روما أقرت بان العقد الدولي صحيحا من حيث شكله إذا توافرت الشروط المنصوص عليها في إحدى دول موطن احد المتعاقدين.

**الفرع الثاني/ استبعاد قانون الإرادة لتطبيق قواعد ذات التطبيق الضروري** : يتمّ إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري مباشرة دون استشارة قواعد التنازع [3]، فللقاضي السلطة

---

[2]- أحسن المشرع الجزائري عملا لمواكبة تطور العقود الدولية من خلال إقراره في نص المادة 19 من القانون المدني من خلال إقراره على تطبيق قانون الموطن المشترك أو القانون المشترك لأطراف العقد.

[3] - L'article 7 de la Convention de Rome prévoit que le juge doit appliquer les lois de police du for et les lois de police étrangères au détriment éventuel de la loi désignée par les parties ou par les critères subsidiaires de rattachement91. Or, il est constant que les règles de protection des consommateurs sont généralement présentées comme des dispositions impératives. Faut-il en déduire que les règles de protection des consommateurs pourront aussi être appliquées par le juge sur le fondement de l'article 7 de la convention, avec cet avantage que l'article 7 ne pose pas de condition d'application dans l'espace (telle que la publicité préalable dans le pays du consommateur) ? La première chambre civile de la Cour de Cassation a rendu le 19 octobre 1999 une décision dans une espèce à laquelle la Convention de Rome n'était pas applicable.

الكاملة في استبعاد القانون الواجب التطبيق كلّما تبيّن له ذلك، وهذا عن طريق ما يقوم به من تحليل القواعد التي ينتمي إليها لغرض استخلاص أهدافها والبحث عن مدى إرادتها في التطبيق، فإن تبين له ذلك فيقوم بتطبيقها لذلك أصبح إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري واستبعاد القانون الذي أشارت إليه الإرادة لم يعد محل جدال كلما كانت هذه المخالفة تمس القواعد الآمرة في دولة القاضي، سواء تلك التي تهدف إلى حماية الاقتصاد الوطني بصفة عامة، أو تلك التي تهدف إلى حماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية، إذا ما رجعنا إلى القانون الجزائري، نجد هناك مجموعة من القواعد القانونية ذات التطبيق الضروري، كتلك الواردة في قانون المنافسة، حيث تعد أحكامه آمرة باعتبارها تهدف إلى تنظيم المنافسة بين الأعوان الاقتصاديين، لذلك تقتضي الضرورة استبعاد كل التصرفات التي يمكن أن تمس المنافسة النزيهة، وهذا ما يفهم من المادة الأولى من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة

---

Si la solution devait être confirmée dans une espèce soumise à la convention, elle répondrait à notre question dans un sens inquiétant pour l'avenir du commerce électronique92. La Haute Juridiction a jugé que :

*« après avoir énoncé que les conditions d'application de l'article 5 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 n'étaient pas réunies, l'arrêt attaqué retient que les dispositions de l'article 7 de la convention ne concernent que les seules lois de police et non les lois protégeant les consommateurs visés par l'article 5 précité et qu'il résulte de la distinction même établie par les articles 5 et 7 que cette convention ne range pas parmi les lois de police les lois destinées à la protection des consommateurs, telles que la loi du 10 janvier 1978 ; (...) en statuant ainsi alors que la convention de Rome du 19 juin 1980 n'étant pas encore en vigueur, la loi française sur le crédit à la consommation du 10 janvier 1978 était d'application impérative pour le juge français, la cour d'appel a violé les textes susvisés ».*

La difficulté pour les acteurs du commerce électronique reste évidemment l'absence d'harmonisation entre les pays et l'impossibilité de s'assurer à l'avance la conformité de leurs contrats et conditions générales de vente aux règles "super impératives" des divers systèmes juridiques nationaux. C'est la raison pour laquelle il vaut mieux opter pour une vision communautaire des choses assurant une prévisibilité efficace des normes applicables en matière de protection des consommateurs. Voir **Camille forment**, op cit, p 37.