مجلة كلية القانون والعلوم السياسية العدد (٦)

معايير تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الاستهلاك (دراسة مقارنة)

د. احمد جعفر شاوي

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

المستخلص

يعد موضوع تحديد القانون الواجب التطبيق من المواضيع المهمة في نطاق العلاقات العقدية وبخاصة في عقود الاستهلاك الدولية . وتتبع هذه الاهمية من الانتشار الواسع لهذا النوع من العقود , ومن تنازع اكثر من قانون للتطبيق على النزاعات التي يمكن ان تنشأ عنها . وهذا يقود الى ضرورة اختيار القانون الذي يكون اكثر صلة بالعقد , وفي الوقت ذاته يكون اصلح للمستهلك باعتباره الطرف الاضعف في العلاقة العقدية.

وتنشأ مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق على منازعات عقد الاستهلاك في حالة عدم تحديد اطراف العلاقة العقدية لذلك القانون. وقد اتفق الفقه والقضاء على مجموعة من المعايير التي يمكن من خلالها تحديد القانون الواجب التطبيق انطلاقا من الارادة الضمنية لاطراف العقد. غير أن ذلك يمكن أن يقود الى تطبيق قوانين مختلفة , كقانون محل ابرام العقد أو قانون مكان التنفيذ أو قانون محل الاقامة المعتادة للمستهلك او قانون المدين بالاداء المميز أو اللجوء الى نظرية التركيز الموضوعي في عقود الاستهلاك.

ومحاولة البحث عن القانون واجب التطبيق في هذا النوع من العقود لها اهميتها في حماية المستهلك , كونه الطرف الذي لا يملك الخبرة الكافية في عقد الاستهلاك بخلاف المنتج. وقد توصلنا من خلال البحث الى أن المعيار الافضل لتحديد القانون الواجب التطبيق هو معيار نظرية التركيز الموضوعي لانه يوفر حماية للمستهلك وضمانا لحقوق الطرف الاخر في العقد, على خلاف باقي المعيير التي تعرضت الى الكثير من الانتقادات.

Abstract

Determining the applicable law is considered as one of the important topics in the scope of contractual relations, especially in international consumption contracts. This importance steams from the wide spread prevalence of this type of contracts , and the conflict of the applicable laws to the disputes arising from them. That leads to the necessity of choosing the applicable law which is the more related to the contract, and the better to the consumer in the same time , as the consumer is the weakest party in the contractual relationship.

The problem of determining the applicable law emerges when the parties did not agree on that law in their contract . To solve this problem, the jurisprudence and the judiciary have agreed on a set of criteria that enables determination of the applicable law based on the implicit will of the contractual parties. However, this can lead to the application of various laws, such as the law of the place of the formation of the contract, the law of the place of implementation, the law of permanent residence of the consumer, or the law of the debtor for distinctive performance, or

resort to the theory of objective focus in consumer contracts.

The attempt to choose the law applicable to disputes arising from this type of contract is important for protecting the consumer, as it, unlike the producer, does not have sufficient experience in the consumption contract.

Through this research, I have found that the best criterion for determining the applicable law is the criterion of objective focus theory, because it provides protection to the consumer and guarantees the rights of the other party in the contract, unlike the other criteria that are which criticized for many reasons.

المقدمة

توجد ثمة مؤشرات تعتبر محل اتفاق بين الفقه والقضاء ويمكن الركون اليها في حال عدم اعلان اطراف العلاقة العقدية عن ارادتهم الصريحة في اختيار القانون الحاكم للعقد , اذ تعنى هذه المؤشرات في الاستعلام عن الارادة الضمنية في اختيار القانون واجب التطبيق على العقد ومن بينها الارادة في اختيار المحكمة المختصة او وجود شرط للتحكيم يشير الى دولة بعينها كمكان للتحكيم وكذلك مكان التنفيذ او مكان اقامة الطرفين واحياناً جنسياتهم المشتركة او العملة التي تم الدفع بها فاذا لم تبين من ظروف العقد وملابساته عن ارادة المتعاقدين الضمنية وجب على القاضي ان يجتهد للوصول الى القانون واجب التطبيق على العقد وذلك و ذلك من خلال ربطه بالقانون الذي يرتبط به ارتباطاً وثيقاً , ويتحدد القانون الاوثق صلة بالرابطة العقدية بعدة ضوابط محددة سلفاً .

وبما ان موضوع حماية المستهلك اصبح محل اهتمام العديد من التشريعات حيث وجدت تقنينات خاصة بحماية المستهلك وان كانت هذه التقنينات حديثة نسبياً الا انها اولت اهتماماً كبيراً بحماية المستهلك في مختلف مراحل العملية التعاقدية وايضاً في المراحل السابقة على التعاقد .

وتجد الحاجة لحماية المستهلك اساسها في حالة الضعف المسيطرة عليه واختلال التوازن الواضح بينه وبين المهني الذي يقدم السلعة او الخدمة حيث يعد هذا الاخير الطرف القوي اقتصادياً في علاقاته التعاقدية مع المستهلك والمستهلك وان كان يتمتع بقواعد خاصة لحمايته على صعيد القانون الداخلي فأنه يكون بحاجة الى الحماية على صعيد القانون الدولي الخاص ويتحقق ذلك من خلال وجود قواعد تنازع ترمي الى توفير الحماية الفعالة للمستهلك في علاقاته الخاصة الدولية , وهذه القواعد تظهر عندما لا يبادر اطراف العقد الدولي الى اختيار القانون واجب التطبيق الا ان القضاء والتشريع استقر على هذه القواعد او المعايير او الضوابط التي يتم تحديدها بطريقة مسبقة لتحديد القانون واجب التطبيق على العلاقات العقدية وبضمنها عقد الاستهلاك .

ومن هذه المعايير التي نتطرق اليها في هذه الدراسة لتحديد القانون واجب التطبيق على عقود الاستهلاك الدولية هي قانون مكان ابرام العقد الذي يتم الاستناد اليه لتنظيم العلاقة العقدية في عقود الاستهلاك وقانون مكان التنفيذ او قانون محل الاقامة المعتاد للمستهلك باعتباره القانون واجب التطبيق على عقود الاستهلاك الدولية او الاستناد الى نظرية التركيز الموضوعي للعقد في تحديد القانون واجب التطبيق على عقود الاستهلاك او الاستناد الى قانون الارادة في تحديد القانون واجب التطبيق .

وبما ان الطابع الغالب على عقود الاستهلاك انها ذات طابع دولي لذا تظهر مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق في حالة عدم تحديده من قبل المتعاقدين اذ يتنازع اكثر من قانون لتحديد القانون واجب التطبيق الذي يحكم العلاقة العقدية .

لذا سوف يتم تقسيم هذه الدراسة الى مبحث تمهيدي نتناول فيه طرق اختيار القانون واجب التطبيق على عقود الاستهلاك الدولية ومن ثم نتطرق الى قانون مكان الابرام في مبحثٍ ثانٍ وفي المبحث الثالث نتناول قانون مكان التنفيذ ومن ثم في المبحث الرابع نتطرق الى قانون محل الاقامة المعتاد للمستهلك باعتباره القانون واجب

التطبيق على عقود الاستهلاك والمبحث الخامس نخصصه لبيان معيار المدين بالأداء المميز في عقد الاستهلاك اما المبحث السادس نبين فيه دور قانون الارادة في تحديد القانون واجب التطبيق على عقود الاستهلاك الدولية ونخصص المبحث السابع لمعيار نظرية التركيز الموضوعي للعقد في تحديد القانون واجب التطبيق ومن ثم نبين اهم النتائج والتوصيات لهذه الدراسة المقارنة مع التركيز على القانون المدني العراقي وقانون حماية المستهلك العراقي .

مبحث تمهيدي
طرق اختيار القانون واجب التطبيق على عقود الاستهلاك الدولية

لا اشكال فيما لو اختار اطراف العلاقة العقدية القانون واجب التطبيق على عقود الاستهلاك الدولية الا ان هذا الاختيار قد يكون بشكل صريح او بشكلٍ ضمني وعلى النحو الاتي :-

المطلب الاول:الاختيار الصريح للقانون واجب التطبيق على عقود الاستهلاك

يقصد بالاختيار الصريح اعلان الاطراف عن ارادتهم في اختيار القانون واجب التطبيق بشكلٍ صريح , وغالباً ما تتضمن نماذج العقود الدولية بندين اساسيين الاول يحدد فيه اطراف العقد الدولي الجهة القضائية المختصة بالفصل فيما ينشأ من منازعات حول الالتزامات العقدية , وهذا هو شرط الاختصاص القضائي , والثاني يحدد فيه الاطراف القانون واجب التطبيق على عقدهم , وهذا هو شرط الاختصاص التشريعي [١] وقد يعتري مسألة الاختيار الصريح للقانون واجب التطبيق عدة مشاكل من ابرزها ما يلي :-

١. الوقت الذي يتم فيه اختيار القانون واجب التطبيق : - ويغلب ان يكون اختيار الاطراف للقانون واجب التطبيق عند ابرام العقد سواء بنص في العقد او اتفاق مستقل عن العقد , وحق الاطراف في اجراء اختيار لاحق يعد مكملاً لحقهم في اختيار القانون واجب التطبيق على عقدهم حيث ان حق الاختيار يكفل لهم ممارسة هذا الحق في اي وقتٍ ممكن , وقد اقرت اتفاقية روما لعام ١٩٨٠ هذا الحق للأطراف حيث اجازت للاطراف اختيار قانون عقدهم عند ابرامه او بعده [٢]
٢. تعديل الاختيار :- يجوز للأطراف في العقد تعديل اختيارهم السابق للقانون واجب التطبيق واختيار قانون اخر ليحكم عقودهم لان حق اختيار الاطراف للقانون واجب التطبيق هو الذي يسمح لهم بإمكان تعديل اختيارهم [٣] وحسب رأينا يمكن تأصيل هذا الحق على الفكرة التي تقول (من يملك الاكثر يملك الاقل) . فالأطراف يملكون حق الاختيار للقانون الذي يحكم العلاقة العقدية وبالتالي فهم يملكون ايضاً تعديل هذا الاختيار اذ ان التعديل ادنى مرتبة من الاختيار .

المطلب الثاني: الاختيار الضمني للقانون واجب التطبيق على عقود الاستهلاك الدولية

قد لا ينص الاطراف على القانون واجب التطبيق على عقودهم , وقد يعود السبب في ذلك اما لغفلتهم عن هذه المسألة , او لانهم لم يتمكنوا من الوصول الى اتفاق على اختيار القانون واجب التطبيق بيد ان عدم الاختيار الصريح للقانون الذي يحكم عقدهم لا يعني انهاء دورهم انما يجب الكشف عن نيتهم الضمنية التي تعبر هي الاخرى عن

(١) د. احمد عبد الكريم سلامه , قانون العقد الدولي , دار النهضة العربية , القاهرة ,١٩٩٨,ص ١٨٩-١٩٠ .
(٢) د.خالد عبد الفتاح محمد خليل ,حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص ,دار النهضة العربية ,القاهرة ,٢٠٠٢,ص ٨٧-٨٨ .
(٣) المصدر السابق , ص ٨٨ .

رغبتهم في تطبيق قانون معين , وهو ما يسمى بالاختيار الضمني للقانون الذي يحكم العقد , لكن كيف يمكن الوقوف على هذا الاختيار , فهل ثمة قرائن يمكن الاستعانة بها للوصول الى هذا الاختيار , في الحقيقة يمكن استخلاص الارادة الضمنية للأطراف والمتعلقة بالقانون واجب التطبيق من ظروف الحال وملابسات التعاقد , وكذلك من خلال الشرط المانح للاختصاص حيث يمكن اعتبار القضاء المختار هو قضاء البلد الذي يجب تطبيق قانونه[٤] (من يختار القاضي يختار قانونه) . والقرائن لبتي استعان بها الاجتهاد القضائي والفقهي قد ساعد في الوصول الى الارادة او النية الضمنية للأطراف المتعاقدة في عقود الاستهلاك الدولي , الا انه في العادة لا يعول على قرينة واحدة وانما يتم الجمع بين اكثر من قرينة وحسب الاحوال[٥] ومن القرائن التي يستعان بها في هذا الصدد (عملة الدفع) , (مكان الوفاء) , (محل التنفيذ) , ومنها ايضاً تضمين العقد احكام وقواعد مستمدة من قانون دولة معينة لتنظيم جانب مهم من العقد , او قرينة اللغة التي حرر بها العقد وهي قرينة ضعيفة[٦] وقد اقرت التشريعات الوطنية القانون واجب التطبيق ومن هذه التشريعات القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل في المادة (٢٥) منه التي جاء في شقها الاخير (... او يتبين من الظروف ان قانوناً اخر يراد تطبيقه) . وقد قضت محكمة استئناف باريس سنة ١٩٦٢ بان اتفاق المتعاقدين على طرح المنازعات التي تثور بشأن عقدهم على محكمين في دولة معينة يعد من اكثر الدلالات على اخضاع العقد لقانون تلك الدولة[٧] .

مما تقدم في اعلاه يتبين انه لا اشكال فيما لو ان المتعاقدين في عقد الاستهلاك الدولي قاموا باختيار القانون واجب التطبيق سواء كان ذلك بصورة صريحة او بصورة ضمنية لكن ماذا لو ان المتعاقدين لم يختاروا القانون واجب التطبيق او لم يتبين من ظروف الحال نية المتعاقدين من اختيار القانون واجب التطبيق فما هو الحل لاختيار القانون الذي يحكم العلاقة العقدية فلا بد من محددات وطنية او دولية لاختيار القانون واجب التطبيق , لذا فأن هذا ما سنعكف عليه في المباحث القادمة لدراسة النظريات التي يمكن اللجوء اليها في اختيار القانون الذي يحكم العقد .

(٤) المصدر السابق , ص ٩٠-٩١ .
(٥) د.احمد عبد الكريم سلامه , مصدر سابق , ص ١٩٥ .
(٦) المصدر السابق , ص ١٩٦ .
(٧) د.خالد عبد الفتاح محمد خليل , مصدر سابق , ص ٩٢ .

المبحث الاول
قانون مكان ابرام العقد في عقود الاستهلاك

ان مكان ابرام العقد كضابط اسناد في العقد الدولي للاستهلاك يمكن تقسيمه الى مطلبين نعرض في المطلب الاول مفهوم قانون مكان ابرام العقد كضابط اسناد للرابطة العقدية اما الثاني نتناول فيه تقدير ضابط مكان ابرام العقد بصفة عامة وفي عقود الاستهلاك بصفة خاصة وعلى النحو الاتي :-

المطلب الاول: مفهوم قانون مكان ابرام العقد

يمكن القول ان الاستناد الى قانون مكان ابرام العقد يقوم اساساً على ان مكان ابرام العقد هو مكان ميلاده وهو ما يعد قرينة على ارادة الاطراف في اخضاع عقدهم لقانون هذا المكان وهذا النوع من السناد الذي يحدد بطريقة مسبقة القانون واجب التطبيق على العقد الذي يؤكد على الرابطة العقدية للعقد مع القانون الذي يشير اليه (يسمى الاسناد الجامد) ومن اكثر المعايير الخاصة بالإسناد استخداماً في هذا المجال معيار قانون مكان ابرام العقد ومكان التنفيذ[٨] وان كان يجب عموماً تدعيمهن ان يقصده بعوامل اسناد اخرى مثل موطن احد الاطراف وغيرها, ويمكن القول ان اساس تطبيق قانون محل الابرام هو الارادة المفترضة باعتبار ان هذا ما كان يمكن ان يقصده اطراف العلاقة العقدية لو فكرا في القانون واجب التطبيق ويعد ذلك تطبيقاً للمعيار الموضوعي وهو معيار الرجل المعتاد[٩] ويرتكز هذا الاسناد ايضاً على ان الاطراف كانوا على علم بمضمون قانون المكان الذي تم فيه ابرامه اكثر من اي قانون اخر مع ما يترتب على ذلك من تحقيق الامان القانوني وحماية التوقعات المشروعة للأطراف , ويضيف الفقيه الالماني (سافيني) ان اساس خضوع التصرف لبلد ابرامه هو اساس منطقي تفرضه طبيعة الاشياء حيث ان العقد الذي يبرمه في بلدٍ ما هو كالوليد الذي يظهر الى الدنيا في ذلك البلد وهو لابد ان يكون مكتسي بلباس اهله [١٠] وعلى الرغم مما يقول به بعض الفقهاء من أفول ضابط محل الابرام الا ان كثيراً من تشريعات القانون الدولي الخاص تعتمد عليه في تعيين قانون العقد عند غياب الاختيار الصريح للأطراف وتعذر القاضي في الكشف عن الارادة الضمنية للاطراف وذلك اذا لم يكن لهم جنسية مشتركة او محل اقامة او موطن مشترك[١١] وتاتي هذه الافضلية لقانون محل الابرام على اساس انه اول مكان تتجسد فيه الارادات كما يمكن التعرف عليه بسهولة ويسر فضلاً عن انه يؤدي الى وحدة القانون واجب التطبيق على العقد[١٢] فضلًا عن ذلك فان مكان ابرام

(٨) المصدر السابق , ص١٤٢ .
(٩) د. عبد الحكيم مصطفى , حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص , دار النهضة العربية , ١٩٧٧ ,ص ٣٩ .
(١٠) اشار الى ذلك ,د. احمد عبد الكريم سلامه ,قانون العقد الدولي, مصدر سابق ,ص٤٨.
(١١) د. عادل ابو هشيمه محمود حوته, عقود خدمات المعلومات الالكترونية في القانون الدولي الخاص , دار النهضة العربية , ٢٠٠٥ , ص٩١-٩٢ .
(١٢) د. احمد عبد الكريم سلامه , قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع اصولًا ومنهجاً , مكتبة الجلاء الجديدة , ١٩٩٨ , ص ١١٥. وينظر كذلك د. محمد محمود ياقوت , حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي , منشأة المعارف, ٢٠٠٤ ,ص١٨.

العقد يعد من الضوابط الاقليمية التي يعتمد عليها اختصاص المحكمة حيث تختص محاكم الدولة بالدعاوى المتعلقة بالالتزامات التي تنشأ او نشأت في اقليم الدولة التي تنتسب اليها المحكمة (المادة ٤/١٥ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل) ويبرر اختصاص المحاكم هذا مبررات متعددة منها ان سيادة الدولة على اقليمها يعني ان يكون لمحاكمها الولاية القضائية على الاشخاص والاشياء والالتزامات التي تتم في اقليمها[١٣] هذا وقد وجد ضابط مكان ابرام العقد كضابط اسناد تكريساً له في العديد من التشريعات والقرارات القضائية والتحكيمية وهذا ما نبحثه في الفرعين الآتيين , اذ سنتناول في الفرع الاول موقف التشريعات من هذا الضابط اما الثاني فسيعقد لبحث موقف القرارات القضائية والتحكيمية منه وعلى النحو الاتي :-

الفرع الاول: موقف التشريعات من معيار قانون مكان ابرام العقد

وجد ضابط مكان ابرام العقد كضابط اسناد في تحديد القانون الواجب التطبيق صداً واسعاً في العديد من التشريعات من ذلك المادة ٤٢ من القانون المدني البرتغالي لعام ١٩٦٦ والمادة ١٠ من القانون المدني الاسباني لعام ١٩٤٧ [١٤] كما وجد مقنناً كضابط اسناد في مجال العقود في المادة ١٩ من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ حيث يتم تطبيق قانون محل ابرام العقد في حالة عدم وجود ارادة صريحة او ضمنية وعدم وجود موطن مشترك للأطراف لذا نرى ان القوانين قد اختلفت حول موقع الافضلية لقانون محل ابرام العقد فهو يأتي في المرتبة الثالثة بالنسبة للقانون المصري بعد قانون الارادة وقانون الموطن المشترك [١٥] اما بالنسبة للقانون الاسباني فقد فضل اعطاء قانون محل الابرام موقعاً ثالثاً ايضاً ولكنه يأتي بعد قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين ومحل اقامتهم المشترك وذلك على افتراض سكوت المتعاقدين عن اختيار القانون الذي يحكم العقد[١٦] اما فيما يتعلق بموقف المشرع العراقي فقد اخضع الالتزامات عند غياب الاتفاق الصريح او الضمني الى قانون الموطن المشترك للمتعاقدين اذا اتحدا موطناً فأن اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد (المادة ٢٥من القانون المدني العراقي) وما يتضح من هذا النص ان معرفة القانون الذي يحكم العقد يمكن الكشف عنه بسهولة اذا كانت ارادة المتعاقدين صريحة وواضحة وتوصل القاضي للكشف عنها من ظروف الحال وتسهل معرفته ايضاً اذا كانت الارادة كما افترضها القانون تنصرف الى قانون الموطن المشترك للمتعاقدين ولكن قد لا يكون على هذا النحو فيما لو تم العقد بين غائبين فتحديد مكان انعقاد العقد وزمانه لا يخلو من صعوبة فلو ارسل تاجر فرنسي الى ياباني برقية او ايميل يعرض عليه بيع بضاعة معينة واجاب التاجر الياباني بالموافقة على الشراء فكيف يمكن معرفة قانون العقد اذ ان اعمال النص يفرض علينا تعيينه بقانون البلد الذي انعقد فيه العقد ولكن اين انعقد العقد ؟ تختلف الاجابة باختلاف القوانين فمنها ما يعتد بمحل تسليم القبول ومنها ما يأخذ بقانون محل اصدار القبول وقوانين اخرى

(١٣) د. غالب الداودي و د. حسن الهداوي , القانون الدولي الخاص , تنازع القوانين, تنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الاحكام الاجنبية ,ط٢٠١٢ ,ص ٢٣٤ .

(١٤) د. خالد عبد الفتاح , مصدر سابق , ص١٤٢ .

(١٥) د. عادل ابو هشيمه , مصدر سابق , ص ٩٢ .

(١٦) د. احمد عبد الكريم سلامه , السياحة والعقود الدولية الجديدة (عقد المشاركة الزمنية واقتسام الوقت في القانون الدولي الخاص) ,بحث منشور في مجلة الحقوق , المجلد الثالث , ص ٤١ .

تربطه بمحل علم الموجب بالقبول [١٧] اما في القانون العراقي فأن العقد يعد مبرما في المكان والزمان الذين يعلم فيها الموجب بالقبول مالم يوجد اتفاق صريح او ضمني او نصٍ قانوني يقضي بغير ذلك , ويفترض هذا العلم في المكان والزمان الذي يصل اليه فيهما (المادة ٨٧ من القانون المدني العراقي) [١٨] .

اما فيما يتعلق بعقود الاستهلاك ومدى خضوعها للمادة ٢٥ من القانون المدني العراقي , ففي الواقع وحسب نص المادة المذكورة فان القاضي الذي ينظر النزاع الناشئ عن عقود الاستهلاك سوف يكون امام فرضين , الاول ان تتجه الارادة الى تحديد القانون المختص صراحة او دلالة وعليه هنا ان يلتزم بهذا التحديد حتى وان كان يؤدي الى حرمان المستهلك من الحماية التي توفرها له القواعد الموضوعية النافذة في العراق , والثاني ان تغفل الاطراف عن هذا التحديد وفي هذه الحالة سوف يلتزم القاضي بقواعد الاسناد الاحتياطية التي قررها المشرع العراقي بمعنى انه سوف يطبق قانون الدولة التي يتوطن فيها كل من المتعاقدين او قانون الدولة التي يبرم فيها العقد في حال اختلاف موطن الطرفين وفي كلتا الحالتين لا يوجد تمييز في تحديد القانون واجب التطبيق على عقود الاستهلاك عن بقية العقود حتى وان ادى القانون الواجب التطبيق بموجب قواعد الاسناد الاحتياطية الى اجحاف ضد الطرف الضعيف في العقد الذي توفر له القواعد الموضوعية في العراق نوعاً من الحماية القانونية[١٩] .

ونود الاشارة ايضاً بخصوص المادة ٢٥ من القانون المدني العراقي بانه على الرغم من اطلاق نص هذه المادة في تخويل الاطراف حق اختيار القانون واطلاق حرية اطراف العقد دونما قيدٍ او شرط الى انه بالرجوع الى نص المادة ٢٩٥ من قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ والتي جاء فيها (تسري الاحكام الواردة في هذا الفصل على البيوع الدولية المنصوص عليها في هذا الباب وللطرفين ان يتفقا على احكام غيرها اذا اقتضت ذلك ظروفهما الخاصة او متطلبات التعامل التجاري) وبذلك فان المشرع العراقي قد اجاز للأطراف اختيار قانون اخر يحكم عقدهما متى كان هذا القانون يلائم العقد حسب متطلبات التعامل التجاري والظروف الخاصة بالمتعاقدين ولا ادل على من ان المشرع العراقي قد اجاز في المادة ٢٩٧ من قانون التجارة للمتعاقدين الاحالة الى العقود النموذجية والعقد النموذجي كما هو معروف يتبنى قانون معين مثل (القانون الانكليزي لتجارة القطن) كذلك العقد النموذجي الذي اقرته جمعية لندن لتجارة القمح [٢٠]

الفرع الثاني: موقف القضاء والتحكيم التجاري الدولي من معيار مكان ابرام العقد

اخذت المحاكم في عدة قرارات بمعيار مكان ابرام العقد كضابط اسناد حيث ان

(١٧) د. عبد المجيد الحكيم , نظرية العقد , بغداد ,١٩٦٧ , ص١٦١ .

(١٨) حيث قضت المادة ٨٧ من القانون المدني العراقي بـ(١- يعتبر التعاقد بين غائبين قد تم في المكان والزمان الذين يعلم فيها الموجب بالقبول مالم يوجد اتفاق صريح او ضمني او نص قانوني يقضي بغير ذلك ٢- ويكون مفروضاً ان الموجب قد علم بالقبول في المكان والزمان الذين وصل اليه فيهما).

(١٩) د. بدران شكيب الرفاعي ,عقود المستهلك في القانون الدولي الخاص , دار شتات للنشر والبرمجيات , مصر , ٢٠١١ , ص ٢١٢-٢١٣ .

(٢٠) استاذنا الدكتور باسم محمد صالح ,القانون التجاري , النظرية العامة , مكتبة السنهوري , ط ٢٠١٢ , ص٢٨٩ .

محكمة النقض الفرنسية في حكم صادر لها في قضية (American trading) اعطت الصفة الاحتياطية لضابط قانون مكان ابرام العقد حيث قررت المحكمة تطبيق قانون ابرام العقد مالم يكن الاطراف قد اعلنوا عن ارادة مخالفة سواء كان هذا الاعلان صريحاً او ضمنياً ثم اكدت المحكمة ذاتها في حكم صادر لها عام ١٩٣٢ على اختصاص قانون مكان ابرام العقد متى كان هذا المكان هو المحدد لتنفيذ العقد وهذا يسند الرأي الذي ينادي بضرورة تدعيم هذا الضابط بضوابط اسناد اخرى كموطن احد الاطراف او مكان تنفيذ العقد [٢١] كما جاء في قرار محكمة تمييز بغداد عام ١٩٥٨ ان العقد قد تم في لندن فيكون القانون الانكليزي هو القانون واجب التطبيق كما ورد في قرار لها عام ١٩٦٧ ان القانون الذي يطبق على الحادث هو القانون الانكليزي لأنه قانون الدولة التي تم فيها العقد [٢٢] اما على صعيد التحكيم التجاري الدولي فنود الاشارة الى بعض القضايا التحكيمية التي اشارت الى وجوب اعمال ضابط مكان ابرام العقد عند تعذر استخلاص الارادة الضمنية لأطراف اتفاق التحكيم بشأن القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع , ففي نزاع بين شركة البانية وشركة سويسرية دار حول عقد تسويق المنتجات الزراعية الشركة الاولى في سويسرى حيث لم يتم الاتفاق الصريح بين الاطراف لاختيار القانون واجب التطبيق على النزاع الا ان الهيئة لاحظت ان العقد قد تم توقيعه في زيورخ (بسويسرى) على ان يتم تنفيذه فيها ايضاً كما ان سويسرا هي بلد لذلك وازاء عدم وجود اتفاق صريح فأن المؤشرات تدل على اتجاه الارادة نحو تطبيق القانون السويسري [٢٣] وقد يبدو من المفيد الاشارة في هذا الصدد وقبل التطرق الى تقدير هذا الضابط الى ان القانون الدولي الخاص التونسي رقم ٩٧ لسنة ١٩٩٨ قد قضى في الباب السادس / الالتزامات الارادية في الفصل ٦٢ منه بأن يخضع العقد للقانون الذي تعينه الاطراف واذا لم تحدد الاطراف القانون واجب التطبيق يعتد قانون الدولة التي يوجد بها مقر الطرف الذي يكون التزامه مؤثر في تكييف العقد او مقر مؤسسته اذا كان العقد قد ابرم في نطاق نشاط مهني او تجاري , اي انه اخضع العقد لقانون الارادة وفي حال غياب الاختيار لهذا القانون يتم الركون الى قانون الدولة التي يوجد بها مقر الطرف الذي يكون التزامه ذا تأثير في تكييف العقد اي ان اداءه مميز كما هو الحال بالنسبة للبائع الذي يلتزم بالتسليم ,اما القانون العراقي لحماية المستهلك رقم ١ لسنة ٢٠١٠ تناول في المواد من ١- ١٨ تحديد القانون وتشكيل مجلس حماية المستهلك وحقوق المستهلكين وواجبات المجهزين كما قضى في المادة ٣ منه بسريان احكام هذا القانون على جميع الاشخاص الطبيعية والمعنوية الذين يقومون بالتصنيع او التجهيز او البيع او الشراء او التسويق او الاستيراد او تقديم الخدمات او الاعلان عنها الا ان هذا القانون لم يشر الى مسألة القانون واجب التطبيق على عقود الاستهلاك او تحديد ضوابط الاسناد ومنها ضابط مكان ابرام العقد كضابطٍ يصار الى الركون اليه لتحديد القانون واجب التطبيق على هذه الطائفة من العقود .

(٢١) ينظر في الاشارة الى القرار اعلاه الى د. خالد عبد الفتاح , مصدر سابق , ص ١٤٣ .
(٢٢) ينظر في الاشارة الى ذلك د. غالب الداودي و د. حسن الهداوي ,مصدر سابق ,ص ١٥٣ .
(٢٣) صادق الجبران ,التحكيم التجاري الدولي وفقاً للاتفاقية العربية للتحكيم التجاري لعام ١٩٨٧ , منشورات الحلبي الحقوقية , ٢٠٠٦ .

المطلب الثاني: تقييم ضابط مكان ابرام العقد بصفة عامة وفي العقد الدولي للاستهلاك بصفة خاصة

نتناول ضمن هذا المطلب المزايا والانتقادات التي يمكن ان تظهر عند الركون الى هذا المعيار وهذا ما سنبحثه ضمن الفرعين الآتيين :-

الفرع الاول:المزايا التي يحققها ضابط مكان ابرام العقد

لاقى ضابط مكان ابرام العقد تأييداً واسعاً من جانب الفقه التقليدي منذ فجر النظرية الايطالية في القرن الثالث عشر وكان هذا المبدأ في بداية الامر الزامياً بمعنى خضوع العقد لقانون بلد ابرامه ودون تفرقة بين شكل العقد وابرامه [٢٤] وقد كان هذا المبدأ مقبولاً آنذاك اذ كان العقد لا يثير اشكال تنازع القوانين كونها تبرم بين تجار المدن التي تقام بها الاسواق فقد كان من الطبيعي ان تخضع تلك العقود لعادان مكان الابرام وقد قيل في تبرير أو تأييد ضابط مكان الابرام العديد من الحجج اهمها [٢٥] :-

١. ان العمل به يؤدي الى وحدة القانون الذي يحكم العقد كون العقد يتم انعقاده في مكان واحد ومعين ولا مكان او محل للتجزئة العقد واخضاعه لأكثر من قانون .
٢. ان مكان ابرام العقد يتمتع بأولوية منطقية في مجال تحديد القانون واجب التطبيق على العقد اذ يعد مكان الابرام الحدث الاول لميلاد العقد ونقطة الالتقاء لا رادات الاطراف مما يؤكد وجود الصلة بين العقد ومكان ابرامه فضلاً عن ذلك فأن قانون مكان ابرام العقد يكون معلوما للمتعاقدين ومن ثم امكان معرفة احكامه بسهولة ويسر والوقوف على محتواه [٢٦].
٣. كما ان الاخذ بمعيار مكان الابرام من شأنه ان يحقق فرص التطابق مع مكان ابرام العقد في عقود الاستهلاك وذلك نظراً لإبرام معظم عقود الاستهلاك في محل الاقامة المعتادة للمستهلك, ومن امثلة ذلك ان يبرم مستهلك مصري له محل اقامة معتادة في مصر عقد بيع مع بائع سعودي ويتم ابرام العقد في مصر على ان يتم تنفيذه في مصر ايضاً كذلك يمكن ان يحصل المستهلك المصري على قرض من البنوك الاجنبية التي توجد فروع لها فيجمع في هذه الحالة مكان الابرام ومكان التنفيذ في ان واحد [٢٧] .
٤. وكما يعد ضابط مكان الابرام كضابط اقليمي يركن اليه في تحديد الاختصاص للمحاكم الوطنية من ذلك (المادة ١٥/د) من القانون المدني العراقي .

---

(٢٤) د. عز الدين عبد الله , القانون الدولي الخاص , الجزء الثاني , تنازع القوانين , ط٩ , القاهرة ,١٩٨٦ , ص٤١٠ .
(٢٥) د. طارق عبد الله عيسى المجاهد , تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية , اطروحة دكتوراه مقدمة الى جامعة بغداد ,٢٠٠١ ,ص١٤٧ .
(٢٦) د. محمود محمد ياقوت , حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي , مصدر سابق , ص ١٨.
(٢٧) د. خالد عبد الفتاح , مصدر سابق , ص ١٤٣ .

الفرع الثاني: الانتقادات الموجهة لضابط مكان ابرام العقد

تعرض محل ابرام العقد كمعيار لتحديد القانون الواجب التطبيق لعدة انتقادات اهمها :-

١. من ناحية عامة لا يتلاءم هذا الضابط مع العقود التي تتم بالمراسلة خاصة مع تطور التجارة الالكترونية حيث تعددت صور التعاقد بين غائبين واصبح استخدام وسائل الاتصال الحديثة والتي منها الانترنيت امر شائع الاستخدام في ابرام العقود ونتيجة لذلك اصبح من الصعوبة بمكان تحديد مكان الابرام حيث يمكن للشخص ان يتعاقد وهو في رحلة عابرة في طائرة او سيارة فضلا عن ان مكان ابرام العقد يمكن ان لا يرتبط بعلاقة موضوعية او جوهرية بموضوع العقد لان التعاقد عن طريق الانترنيت يفترض اتصال العقد اثناء ابرامه بجميع الدول المرتبطة بالأنترنيت مما يعني ان مجال ضابط مكان ابرام العقد صعب التطبيق في مجال العالم الافتراضي [٢٨]

٢. ومن ناحية اخرى فأن الصعوبات تظهر كذلك في الحالات التي يتم ابرام العقد بالوسائل الحديثة حول مكان الابرام هل هو دولة ارسال الايجاب ام دولة محل القبول ام الدولة التي علم فيها الموجب بالقبول ؟ وهذا ما يجعل التركيز المكاني امر بالغ الدقة ولا شك ان صعوبة تحديد مكان العقد بسبب اختلاف اماكن الايجاب والقبول سيقلل من شأن الادعاء بما يوفره هذا الضابط من وحدة القانون الواجب التطبيق على العقد وسهولة تحديد هذا القانون [٢٩].

٣. ان تحديد مكان ابرام العقد وصولاً الى تحديد القانون واجب التطبيق قد يكون محل خلاف حيث ان مختلف الانظمة القانونية لا تتفق فيما بينها على تحديد مكان وزمان ابرام العقد وينتج عن ذلك انه اذا كان تحديد مكان ابرام العقد مسألة تخضع لقانون القاضي فأن العقد يختلف من قاضٍ لأخر وهو ما يؤدي الى الاخلال بالأمان القانوني في تحديد القانون الواجب التطبيق [٣٠] .

٤. وفي مجال عقود الاستهلاك قد يؤدي الاسناد الى قانون مكان ابرام العقد الى التحايل من جانب الطرف القوي في العقد عن طريق ابرام العقد في مكان مختار وبهدف الاستفادة من نصوص القانون الملائم له على حساب القوانين الاكثر صلة بالعقد والامرة ايضاً وهو ما يؤدي الى حرمان الطرف الضعيف من الحماية المقررة بهذه النصوص [٣١] .

٥. كما ان هذا الاسناد لا يعد الوسيلة الافضل لضمان احترام سلطة القوانين التي يدافع عنها فقهاء التركيز الموضوعي ويؤيد ذلك الطابع الفجائي لضابط مكان الابرام وهو ما يجعله غير مطابق لتركيز العلاقة العقدية في مكان معين [٣٢].

٦. وفي مجال عقود الاستهلاك ايضا فأن المشروعات العامة قد تسعى مستغلة الخبرة القانونية المتوافرة لديها وقت الاشتراط او وقت تحرير الشروط العامة

(٢٨) د. عادل ابو هشيمه ,مصدر سابق ,ص ٩٣ .

(٢٩) د. صلاح علي حسين , القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية ذات الطابع الدولي , دار النهضة العربية , ٢٠١٢ ص ٤٨٢.

(٣٠) د. خالد عبد الفتاح ,مصدر سابق ,ص١٤٤ .

(٣١) المصدر نفسة ,ص١٤٤ .

(٣٢) طارق عبد الله عيسى المجاهد , تنازع القوانين ,مصدر سابق , ص ١٤٩ .

في هذا النوع من العقود للتوصل الى هذه النتيجة عن طريق مطالبة المستهلك بأرسال ما يفيد قبوله للإيجاب دون جذب انتباهه الى القصد من وراء ذلك وهذا الامر مفترض حدوثه فالطرف القوي قد يجد مصلحته غالبا في تطبيق قانون يحقق مصلحته من ناحية وتكون مزاياه وضماناته محدودة للمستهلك من ناحية اخرى ولا يضع المستهلك في حسبانه احتمال اقامة دعوى قضائية في حين يتحسب الطرف القوي في العقد لهذه المسألة كما انه قد يغيب عن ذهن المستهلك مسألة تحديد القانون واجب التطبيق ومما يزيد خطورة هذا المعيار على حماية المستهلك الطبيعة الفجائية له .

المبحث الثاني
مدى مساهمة قانون الإرادة في حماية المستهلك

ان حرية الأطراف في اختيار القانون الذي يحكم عقدهم وان اضحى مبدأ مستقرا في القانون الدولي الخاص لمعظم الأنظمة القانونية المعاصرة , بيد ان التسليم بهذا المبدأ على اطلاقه يحمل بين طياته الكثير من المخاطر لاسيما اذا كان احد الأطراف ضعيفا , وعلى وجه الخصوص اذا كان مستهلكا , حيث انه في هذه العقود التي يعرض فيها الطرف الذي يتمتع بمركز اقتصادي قوي في العقد سلعته او خدماته على أساس قاعدة (خذها او اتركها), بحيث يكون للطرف القوي القدرة على اختيار قانون معين بما يمكنه تجنب القواعد الآمرة الخاصة بحماية المستهلك , وكأن يقتصر باختيار قانون لا يضمن حماية المستهلك او يقدم مستوى اقل من الحماية , لاسيما وان اتفاقية روما ١٩٨٠ , أعطت للأطراف الحق في اختيار قانون يثبت الصلة بالعلاقة العقدية , ومن ثم فان الحرية الممنوحة للأطراف في مثل هذه العقود لا تعد وان تكون حرية طرف واحد الا وهو الطرف القوي , وهذا ما يؤثر سلبا على مفهوم التوازن العقدي , حيث يترك المستهلك يواجه منفردا شروط الطرف القوي , وهذا ما دفع جانب من الفقه الى الذهاب ان يترك الحرية لأطراف العقد في اختيار القانون الواجب التطبيق ستفقد كل مبرراتها وأسباب وجودها ,ان أدت الى عدم التوازن بين مصالح الأطراف المتعارضة[١أ]

ولقد طرحت عدة اعتبارات لتبرير تقيد حرية الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق او حتى استبعاد دورها في هذا المجال , او من بين هذه الاعتبارات ان المستهلك هو الطرف الضعيف عادة امام شركات الإنتاج والخدمات العملاقة , كما ان رضا المستهلك في هذه العقود يكون منقوصا ,حيث انه يتعاقد تحت تأثير اغراءات الدعاية والاعلان للمتعاقد الاخر , مما لا يتيح له مجالا للتفكير الحر والمتأن في قبوله للعرض الموجه اليه وفحص محل العقد , فالمسألة في الحقيقة انما تتعلق بطائفة من العقود المباغتة او الهجومية للمستهلك[٢أ] , ولقد تقوى ذلك بالتدخل المتزايد من قبل التشريعات ومن خلال قواعد البوليس, والتي أضحى المستهلك معها كالشخص السفيه او الضعيف التدبير , وبدأ المشرع لتلك التشريعات كأنه الوصي او القيم عليه[٣أ].

وإزاء خطورة مبدأ سلطات الإرادة على عقود الاستهلاك , ظهر شيء معين لحماية المستهلك من قانون الإرادة , يدعو الأول الى تعطيل المبدأ كليا في حين يدعو الثاني الى تعييده مما يحقق مصلحة المستهلك , ويتسلط الضوء على هذين الاتجاهين تباعا :-

المطلب الأول: تعطيل مبدأ قانون الإرادة لحماية المستهلك

اذا كانت فكرة تعطيل قانون الإرادة في مجال العقود التي يكون احد أطرافها مستهلكا هدفها حماية المستهلك في تلك العقود , الا ان هذه الفكرة بحد ذاتها لم تخلو من انتقادات شديدة وجهت لها , وسنحاول الوقوف على فكرة تعطيل قانون الإرادة ثم معرفة اهم الانتقادات الموجهة لهذه الفكرة .

(١أ) د. عادل ابو هشيمه ,مصدر سابق ,ص ١١٩-١٢٠ .
(٢أ) د. احمد عبد الكريم سلامه ,مصدر سابق ,ص ٢٠٧ .
(٣أ) د. احمد عبد الكريم سلامه ,مصدر سابق ,ص ٢٠٧-٢٠٨ .

المقصد الأول:فكرة تعطيل قانون الإرادة:

اذا كان من شأن خضوع العقد لقانون الإرادة في العقد الدولي ان يؤدي الى تحقيق مصلحة المحترف على حساب المستهلك فأن مقتضيات حماية المستهلك تستلزم اهدار هذا المبدأ بشكل كامل وتعطيله لوقف تجاوز الطرف القوي على مصالح الطرف الضعيف , ولقد وجد الاستبعاد الكلي لمبدأ سلطات الإرادة صدى في التشريعات الحديثة كالقانون الدولي الخاص السويسري ,حيث استبعد في المادة (١٢٠)حق المتعاقدين في عقود الاستهلاك في اختيار القانون واجب التطبيق بحيث لا يطبق على قانون محل الإقامة العادية للمستهلك[٤أ], ولقد وجدت فكرة الاستبعاد مكانا لها في بعض احكام القضاء , ففي احدى القضايا المعروضة على القضاء الاسكتلندي سنة ١٩٥٨والمتعلقة بصحة بيع سيارة بالتقسيط بين شركة إنكليزية ومشتر اسكتلندي , وتفاوض الأطراف كان في اسكتلندا , وصدر قبول المشتري في إنكلترا , واتفق الطرفان على خضوع العقد للقانون الإنكليزي ,ورغم وجود هذا الاتفاق طبقت المحكمة الاسكتلندية القانون الاسكتلندي المتعلق بالبيع بالتقسيط , نظرا لتضمنه نصوصا اقرب بشأن صحة العقد يجب تطبيقها على العقود التي تدخل في مجال سريان هذا القانون فضلا عن ان هذا القانون يهدف الى حماية المشتري حين ابرامه عقودا لا يعلمها جيدا[٥أ].

المقصد الثاني: رفض فكرة تعطيل قانون الإرادة

على الرغم ان فكرة تعطيل قانون الإرادة واستبعاده في عقود الاستهلاك الدولية غايته حماية المستهلك في هذه العقود الا ان هذه الفكرة لم تسلم من اسهم الانتقاد ولعل ابرز الانتقادات الموجهة لفكرة التعطيل ما يلي:-

أولا –الاضرار بمصالح التجارة الدولية

حيث ان الاخذ بفكرة التعطيل ما شأنه الاضرار بمصالح التجارة الدولية ذلك ان مبدأ قانون الإرادة كان واحدا من اهم أسباب تقتصر التجارة الدولية بما يقدمه من حلول واقعية تتلاءم وحاجات تلك التجارة الدولية لذلك يكون من غير المقبول القول بتعطيل المبدأ كليا في مواجهة العقود التي تضم عاقدا ضعيفا كالمستهلك[٦أ].

ثانيا-القانون المختار ليس ضارا دائما بالمستهلك

ان الاستبعاد الكلي لقانون الإرادة في تجديد القانون الواجب التطبيق قد يؤدي الى نتائج تتعارض مع مصلحة المستهلك ,فمثلا لو تعاقد مستهلك عراقي مع تاجر فرنسي على شراء سلعة ما وتم الاتفاق على ان القانون الفرنسي هو القانون الواجب التطبيق عند حصول نزاع يتعلق بالعقد ,فأن عدم الاعتداد بما اتفق عليه الأطراف وتطبيق قانون محل الإقامة المعتاد للمستهلك وهو القانون العراقي سوف يلحق ضررا بالغا بالمستهلك , لان القانون الفرنسي يتضمن بهذا الصدد قواعد امرة تحمل قدرا كبيرا من الحماية تفوق بكثير تلك التي يتضمنها القانون العراقي لذلك من غير المبرر حرمان

(٤أ) المصدر السابق ,ص٢٠٨ .
(٥أ) د. عادل ابو هشيمة ,مصدر سابق ,ص١٢٣ .
(٦أ) د. خالد عبد الفتاح ,مصدر سابق ,ص ١٠٣-١٠٤ .

المستهلك من إمكانية اختيار قانون يكون اكثر صلاحية له من قانون محل اقامته المعتاد , لأنه اذا كانت حماية المستهلك هي مهمة القواعد الأمرة فان ذلك لا يعني ان هذه القواعد هي الأفضل دائما لحماية المستهلك , بل على العكس قد يكون القانون المختار اكثر استجابة لحماية المستهلك(٧أ).

المطلب الثاني: تقييد مبدأ قانون الإرادة لحماية المستهلك

تتضمن التشريعات الوطنية الكثير من النصوص التي تهدف الى حماية المستهلك بوصفه طرفا ضعيفا , ويختلف مستوى الحماية من تشريع الى اخر , الا انها في مجملها ترمي الى إقامة نوع من التوازن بين مصلحتين متعارضتين مصلحة التاجر المحترف في الحصول على ارقى قدر من الربح دون قيود وتطبيق قانون الدولة التي يوجد فيها المقر الرئيسي لمنشاته , ومصلحة المستهلك في الحصول على السلع والخدمات بأقل ثمن وتطبيق قانون محل اقامته المعتاد , وسنعالج تباعا تفيد قانون إرادة الأطراف لحماية المستهلك ثم موقف التشريعات والقضاء من هذه الفكرة .

المقصد الأول: تقييد قانون إرادة الأطراف لحماية المستهلك

ان عدم ملائمة ضابط الإرادة كضابط رئيس في حماية الطرف الضعيف في العقد الدولي لا يعني تعطيل دور هذا الضابط في تحقيق الحماية الفعالة للمستهلك اذا كان تطبيقه ولو بصفة احتياطية يسفر عن تحقيق تلك النتيجة المرجوة ,وبتحقيق ذلك من خلال القيود التي ترد في القانون الداخلي والتي تهدف حماية المستهلك في علاقاته التعاقدية ,وتكمن حقيقة هذه القيود بوجود قواعد امرة في القانون الداخلي موضوعة لحماية المستهلك وهي قواعد لا يمكن استبعادها بمقتضى قانون الإرادة(٨أ).

ثم ان تقييد حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق لا تسعى فقط الى حماية المستهلك بوصفه ضعيفا في العقد قد يكون الهدف فضلا عن حماية المستهلك هو تجنب استخدام الأطراف لقانون الإرادة لإفلات عقدهم من الخضوع لأي نظام قانوني او ما يسمى بالعقد الدولي الطليق بوصفه من اهم منجزات مبدأ سلطات الإرادة , مما يتحتم عنه افلات العقد الدولي من حكم القانون(٩أ), ان المشرع لا يمنع غالبا اختيار القانون الواجب التطبيق الا انه يقيد هذا الاختيار بقيود القواعد الامرة التي يسنها حماية المستهلك ,لأنها تحتل الحد الأدنى للحماية المقررة للمستهلك(١٠أ).

وتجدر الإشارة الى ان تقييد قانون الإرادة بتطبيق القواعد الامرة المنصوص عليها في دولة مقر إقامة المستهلك لا يتحقق بطريقة الية , فالقواعد الامرة لا تستعيد قانون الإرادة الا اذا كانت اكثر حماية للمستهلك منه والقول بخلاف ذلك معناه ان اللجوء الى القواعد الامرة في محل الإقامة المعتادة للمستهلك سوف يؤدي الى الاضرار بالمستهلك لذلك كان لزاما على القاضي ان يبحث محتوى كل من قانون الإرادة وقانون محل إقامة المستهلك حتى يتوصل الى القواعد الأكثر حماية للمستهلك(١١أ).

(٧أ) د. موفق حماد عبد , المصدر السابق , ص ٤١١, و٤١٢

(٨أ) د.موفق حماد عبد ,مصدر سابق ,ص٤١٣ .

(٩أ) د. خالد عبد الفتاح ,مصدر سابق ,ص ١٠٨ .

(١٠أ) د. موفق حماد عبد ,مصدر سابق ,ص ٤١٤ .

(١١أ) د.موفق حماد عبد , المصدر السابق , ص ٤١٤ ,و ٤١٥

المقصد الثاني: موقف التشريعات والقضاء من تقييد قانون إرادة الأطراف في عقود الاستهلاك

لقد قنن مبدأ تقييد قانون الإرادة في العديد من الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية , فعلى مستوى الاتفاقيات الدولية نجد ان اتفاقية روما الخاصة بالالتزامات التعاقدية ١٩٨٠ أعطت الحق للأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم , شريطة ان لا يكون من شأن هذا الاختيار حرمان المستهلك من الحماية التي تضمنها له النصوص الامرة في قانون الدولة التي توجد فيها إقامته المعتادة , كما ان التوجيه الأوربي رقم ٩٣/١٣الصادر من الاتحاد الأوربي والمتعلق بالشروط التعسفية في العقود المبرمة مع المستهلكين نصت على ضرورة ان تتخذ الدول الأعضاء في الاتحاد الإجراءات اللازمة من اجل ان لا يحرم المستهلك من الحماية الموجودة في هذا التوجيه عند اختيار الأطراف قانون دولة غير عضو في الاتحاد لتطبيق على هذا العقد ,بشرط وجود رابطة وثيقة ترتبط العقد بإقليم الدول الأعضاء.

وعلى صعيد التشريعات الوطنية , نجد ان القانون الدولي الخاص النمساوي ١٩٧٨قد عرض هذا المبدأ, حيث اشارت م (٤) من هذا القانون الى عدم الاعتداد بالقانون المختار من الأطراف اذا كان ضارا بالمستهلك :

- تعطيل مبدأ قانون الإرادة لحماية المستهلك
- اذا كانت فكرة تعطيل قانون الإرادة في مجال العقود التي يكون احد

المبحث الثالث
قانون مكان التنفيذ

ان قانون محل التنفيذ يرتبط بموضوع العقد وليس بمحل ميلاده وترجع اهمية قانون محل التنفيذ الى انه القانون الذي تتجسد فيه الالتزامات التعاقدية كما انه يحقق مصالح المتعاقدين لذا سيكون موضوع هذا المبحث ضابط مكان التنفيذ كضابط اسناد في العقد الدولي للاستهلاك وسنبحث الموضوع من خلال مطلبين الاول هو مفهوم قانون مكان التنفيذ كضابط اسناد للرابطة العقدية والمطلب الثاني تقدير ضابط مكان التنفيذ بصفة عامة وفي عقود الاستهلاك بصفة خاصة وعلى النحو الاتي :-

المطلب الاول: مفهوم قانون مكان التنفيذ

يرتبط هذا الضابط بموضوع العقد وليس بمحل ميلاده وكان اول من نبه الى اهمية اسناد العقود الدولية الى قانون دولة التنفيذ هو الفقيه الالماني (سافيني) باعتبار ان العلاقة العقدية ترتب اثارها في هذه الدولة(٣٣)

واذا كانت مصلحة الاطراف تتحقق بتطبيق قانون المكان الذي يجب فيه تنفيذ العقد فان مصلحة الدولة قد تكمن ايضا في تطبيق قانونها على العقود التي تنفذها على اقليمها ويلاحظ ان بعض الانظمة التي تستخدم هذا الضابط كضابط عام في تحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية تستخدمه ايضا لتحديد طرق تنفيذ العقد ذلك ان هذا الضابط يعبر عن صلة حقيقية للعقد بمكان تنفيذه ولا تكون صلته بالعقد وهمية او فجائية مثل مكان الابرام (٣٤) ويقوم الاسناد الى قانون دولة محل التنفيذ على اساس ان مصالح المتعاقدين والغير تتركز ماديا وهو ما يتماشى مع الاتجاهات الحديثة في القانون الدولي الخاص والتي تعتد في التركيز المكاني للروابط القانونية بعناصرها المادية التي تظهر الى العالم الخارجي , ومن جهة اخرى فأن هذا الاسناد يتفق مع مصالح المتعاقدين على اساس ان التنفيذ يحقق الهدف من التعاقد ففي مكان التنفيذ يحصد المتعاقدون ثمار تعاقدهم وفيه ايضا تتحقق المسؤولية عن عدم التنفيذ , كما انه اذا كان من العسير طبقا للرأي الراجح ان تخضع اجراءات تنفيذ العقد لغير قانون دولة التنفيذ فان تطبيق قانون هذه الدولة على الرابطة العقدية في مجموعها سوف يتلافى التعارض المتصور في الاحكام الواجبة التطبيق ويكفل على هذا النحو وحدة العقد وانسجامه (٣٥)

وقد استخدم هذا الضابط بصفة خاصة لتحديد القانون واجب التطبيق على عقد العمل فهو يؤكد بصدد هذا العقد مبدا التعادل وكذلك على الروابط بين علاقة العمل والاقليم التي يتم تنفيذها عليه وكذلك فأن العامل يضع في حسبانه تطبيق هذا القانون اذا كان هذا الضابط يضمن للعامل تطبيق القانون الوطني امام القاضي الوطني عندما يكون

(٣٣) صلاح علي حسين , القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية , دار النهضة العربية , ص ٤٨٤ , ينظر كذلك د. عادل ابو هشيمه محمود حوته , عقود المعلومات الالكترونية في القانون الدولي الخاص ,الطبعة الثانية ,٢٠٠٥ ,دار النهضة العربية ,القاهرة ,ص٩٤ .

(٣٤) د.خالد عبد الفتاح محمد خليل ,حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص ,مصدر سابق ,ص١٤٣

(٣٥) د.موفق حماد عبد , الحماية المدنية للمستهلك في التجارة الالكترونية , مكتبة السنهوري ,منشورات زين الحقوقية ,ص٤٣١.

العامل قد انجز عمله في دولة هذا الاخير فانه يؤدي منطقيا الى اختصاص قانون اجنبي متى كان العمل واجبا تنفيذه في الخارج , هذا وقد قنن ضابط قانون مكان التنفيذ في المادة ٦ من اتفاقية روما (١٩ يونيو ١٩٨٠) بشان القانون واجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية , حيث نصت الفقرة الثانية من هذه المادة على ان عقد العمل يكون محكوما بقانون البلد الذي ينفذ وينجز فيها العامل عادة عمله حتى ولو كان العامل منتدبا بصفة مؤقتة للعمل في دولة اخرى اما اذا لم ينجز العامل عمله في هذا البلد يكون العقد محكوما بقانون البلد الذي يوجد فيه المؤسسة التي استأجرت العامل , وذلك مالم يكن العقد مرتبطا بروابط اكثر وثوقا مع قانون بلد اخر .

وعقد العمل هنا في اطار اتفاقية روما مثل العقود المبرمة بواسطة المستهلكين , حيث يشترط ان لا يحرم القانون المختار العامل من الحماية التي تقررها له النصوص الامرة في القانون المحدد بهذا الاسناد وهو قانون مكان تنفيذ العمل [٣٦]

الفرع الاول: موقف التشريعات من معيار قانون مكان تنفيذ العقد

وجد ضابط مكان تنفيذ العقد كضابط اسناد في تحديد القانون واجب التطبيق صداً واسعاً في العديد من التشريعات من ذلك القانون الدولي الخاص التركي (م٢/٢٤) حيث يضع محل التنفيذ في المرتبة الاولى بعد ارادة المتعاقدين اذ نص (واذا لم يوجد اختيار صريح من قبل الاطراف فيسري على الالتزام التعاقدي قانون مكان التنفيذ وعند وجود اكثر من مكان للتنفيذ فقانون الاداء المميز , وعند استحالة تحديد مكان التنفيذ فقانون المكان الذي يكون له اكثر الصلات وثوقاً بالعقد) .

اما فيما يتعلق بموقف المشرع العراقي فقد اخضع الالتزامات عند غياب الاتفاق الصريح او الضمني الى قانون الموطن المشترك للمتعاقدين اذا اتحدا موطناً فأذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد هذا ما لم يتفق المتعاقدان او يتبين من الظروف ان قانوناً اخر يراد تطبيقه , وواضح من هذا النص ان معرفة القانون الذي يحكم العقد يمكن الكشف عنه بسهولة فيما اذا كانت ارادة المتعاقدين صريحة وواضحة وتوصل القاضي للكشف عنها من ظروف الحال وتسهل معرفته ايضا اذا كانت الارادة كما افترضها القانون الموطن المشترك للمتعاقدين وجب على القاضي ان يجتهد للوصول الى القانون واجب التطبيق على العقد وذلك من خلال ربطه بالقانون الذي يرتبط به ارتباطا وثيقا ويتحدد القانون الاوثق صلة بالرابطة العقدية بعده ضوابط ومنها قانون مكان التنفيذ .الا انه ومن جانب اخر نجد ان المادة الخامسة عشر في الفقرة (ج) من القانون المدني العراقي قد نصت على عقد الاختصاص للمحاكم العراقية في حال كون النزاع يتعلق بعقد كان واجب التنفيذ في العراق .اما قانون حماية المستهلك العراقي فنجد انه لم يشر الى مسالة القانون واجب التطبيق على عقود الاستهلاك او تحديد ضوابط الاسناد ومنها ضابط مكان التنفيذ .

الفرع الثاني: موقف القضاء من اعتماد ضابط مكان التنفيذ

فقد اشارت محكمة النقض الفرنسية في الحكم الصادر عن الدائرة الاجتماعية

(٣٦) د.خالد عبد الفتاح محمد خليل ,حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص , مصدر سابق ,ص١٤٨ .

لها في عام ١٩٨٤ الى ضابط مكان التنفيذ وان لم تأخذ به ويتعلق الحكم بعقد عمل ابرم بين شركة فرنسية وعامل فرنسي وتم اعارة الاخير بموجب العقد لأداء عمله في دولة لوكسمبورج حيث ذهبت المحكمة الى انه بالرغم من ان العقد قد نفذ في دولة لوكسمبورج مما يجعل قانون هذه الدولة هو الواجب التطبيق الا ان الاطراف قد اختاروا ضمناً القانون الفرنسي كما ان هذا القانون هو الاكثر صلاحية للعامل , وفي حكم اخر للدائرة الاجتماعية لمحكمة النقض الفرنسية في ١٢ فبراير ١٩٨٥ وبصدد عقد عمل مبرم بين رب عمل ايطالي وعامل فرنسي مقيم في فرنسا ويتم تنفيذ العمل في فرنسا انتهت المحكمة الى تطبيق القانون الفرنسي [٣٧] كما ذهبت محكمة استئناف بروكسل في ١٩٧٢/٣/١٧ الى تطبيق القانون البلجيكي كونه يمثل قانون مكان التنفيذ الذي يمثل مقر ثقل الرابطة العقدية بخصوص عقد ابرم بين شركة المانية وعامل الماني الجنسية لإدارة فرع الشركة الكائن في بلجيكا .

المطلب الثاني: تقدير ضابط مكان تنفيذ العقد بصفة عامة وفي العقد الدولي للاستهلاك بصفة خاصة

نتناول ضمن هذا المطلب المزايا والانتقادات التي يمكن ان تظهر عند الاخذ بهذا المعيار (ضابط مكان التنفيذ) وذلك ضمن فرعين :-

الفرع الاول: المزايا التي يحققها ضابط مكان تنفيذ العقد

ان ضابط محل تنفيذ العقد يعد من اقوى ضوابط الاسناد تعبيراً عن الصلة الوثيقة التي تربط العقد بالقانون واجب التطبيق فصلته بالعقد صلة حقيقية وليست وهمية وبكون الاسناد الى ضابط مكان التنفيذ على اساس ان مصالح المتعاقدين والغير تتركز ماديا وهو ما يتماشى مع الاتجاهات الحديثة في القانون الدولي الخاص والتي تعتد بالتركيز المكاني للروابط القانونية بعناصرها المادية التي تظهر الى العالم الخارجي [٣٨] .

ان الاسناد لقانون مكان التنفيذ يوجه اهتمام المتعاقدين منذ البداية الى دولة تنفيذ العقد التي ستتحقق فيها الغاية من التعاقد ففي هذا المكان ينتج العقد اثاره وفيه ايضاً تحقق المسؤولية عن عدم التنفيذ [٣٩]

الفرع الثاني:الانتقادات الموجهة لضابط مكان التنفيذ

تعرض ضابط مكان التنفيذ كمعيار لتحديد القانون واجب التطبيق لعدة انتقادات بصورة عامة وفي عقود الاستهلاك بصورة خاصة هي :-

١. ان لهذا الضابط صعوبة تثار عندما يتم اعماله على عقود التجارة الالكترونية التي تتم عبر شبكات المعلومات فهذه العقود اما ان يتم تنفيذها مادياً خارج نطاق الشبكة وهذه لا تثير مشكلة حقيقية لان التنفيذ يرتبط بعناصر مادية تتعلق بمكان التنفيذ وهذا المكان يكون عادةً مكان تسليم السلعة او الخدمة الا انه ان تثور الصعوبة في حالة تعدد مكان التنفيذ ومن ثم يخضع العقد لأكثر

(٣٧) بدران شكيب الرفاعي ,عقود الاستهلاك ,دار الكتب القانونية ,مصر ,ص١٣٧.
(٣٨) ينظر : القاضي موفق حماد عبد , الحماية المدنية للمستهلك في التجارة الالكترونية , مصدر سابق ,ص٤٣١ .
(٣٩) ينظر: احمد صبيح جميل النقاش , تنازع القوانين في عقد العمل الفردي , دراسة مقارنة, كلية القانون , جامعة بغداد ,ص ٥٥ .

من قانون وقد يصعب تحقيق الانسجام فيما بين هذه القوانين بسبب اختلاف مفاهيم النظم القانونية محل العلاقة حول محل التنفيذ (٤٠) اما بالنسبة للعقود التي تنفذ على الخط فأن هنالك صعوبات تعترض تحديد مكان التنفيذ اذا تم هذا التنفيذ كلياً بالطرق الالكترونية كما هو الحال بالنسبة لبرامج الحاسب الالكتروني التي يتم انزالها مباشرة عبر الانترنيت على الحاسب الالكتروني للمستهلك ففي هذه الحالة يصعب تحديد مكان تنفيذ العقد هل هو موقع التحميل على الخط او مكان المزود الذي يقدم الخدمة للبائع او المكان الذي يوجد فيه الحاسب الالكتروني للمستهلك (٤١) .

٢. من ناحية عقود الاستهلاك فأنه يصدق الوصف الموجه للضابط بشأن تعدد اماكن التنفيذ في العقود الملزمة للجانبين على عقود الاستهلاك ايضاً فكثيرا ما يشترط البائع في عقود البيع ان يتم التسليم في موطن المشتري واداء الثمن في موطن البائع , ومن ثم يكون من اثار التطبيق الدقيق لهذا المعيار اخضاع التزامات البائع والمشتري لقانونين مختلفين ذلك لأنه سيحكم كل التزام قانون محل التنفيذ الخاص به (٤٢)

٣. قد يؤدي الاسناد لقانون مكان التنفيذ الى اخضاع العقد لنظام قانوني مجرد من كل شكل من اشكال الحماية وذلك ما يحدث غالباً بشأن العقود المبرمة مع المستهلكين كالعقد الذي تتعهد فيه وكالة للرحلات في تأدية خدمة فندقية في بلد اخر يكون تشريعها خالٍ من حماية المستهلك ويتك تطبيق هذا القانون بصفته قانون مكان تنفيذ العقد .

٤. وقد يستغل الطرف القوي في العقد خطورة الاسناد لقانون مكان التنفيذ لصالحه بتضمين العقد شرطاً يتم بموجبه تنفيذ العقد تتحقق فيه مصالحه ويكون قانون هذا المكان اقل حماية للمستهلك (٤٣) .

٥. قد يصطدم تطبيق قانون مكان التنفيذ مع قواعد النظام العام للبلد الذي يراد تنفيذ الحكم فيه اذ يجب على المحكم اخذ ذلك بعين الاعتبار .

ولهذه الانتقادات وغيرها لضابط مكان التنفيذ يفضل الفقه الحديث والقضاء استبداله بضوابط مرنه لكي توفر الحماية الفعالة للمستهلك .

(٤٠) ينظر: القاضي موفق حماد عبد ,المحاية المدنية للمستهلك في التجارة الالكترونية,المصدر السابق ,ص ٤٣٢ .
(٤١) المصدر السابق ,ص٤٣٢ .
(٤٢) د.خالد عبد الفتاح , حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص , مصدر سابق ,ص١٥٠ .
(٤٣) المصدر السابق ,١٥١.

المبحث الرابع
قانون محل الاقامة المعتادة للمستهلك
باعتباره القانون واجب التطبيق على عقود الاستهلاك

ان قانون محل الاقامة المعتاد للمستهلك هو قانون المكان الذي يعيش فيه المستهلك وبذات المعنى اشار القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل لمحل الاقامة المعتاد في نص المادة ٤٢ منه التي جاء فيه (الموطن هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة بصفة دائميه او مؤقتة...) ولغرض الاحاطة بضابط محل الاقامة المعتاد للمستهلك في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود المستهلك بصدد هذا المبحث نحاول ان نبين ابتداءً اهم المبررات التي دعت الى الاخذ بهذا الضابط وذلك في مطلب اول وفي مطلبٍ ثانٍ نبين تعيين ضابط محل الاقامة المعتادة للمستهلك في القوانين الوطنية والاتفاقات الدولية ومنها موقف المشرع العراقي من هذا الضابط وفي المطلب الثالث نبين تقدير ضابط محل الاقامة المعتاد للمستهلك في اطار حماية المستهلك وعلى النحو الاتي :-

المطلب الاول: مبررات اعتماد ضابط محل الاقامة المعتاد للمستهلك

يقوم ضابط محل الاقامة المعتاد للمستهلك في تحديد القانون الواجب التطبيق على مبررات واقعية الامر الذي حدى ببعض التشريعات الى الاخذ به (٤٤) واهم هذه المبررات هي :-

اولاً:- حماية التوقعات المشروعة للمستهلك وحماية رضائه :-

ان قانون محل الاقامة المعتادة للمستهلك هو قانون المكان الذي يعيش فيه وبالتالي فمن السهولة عليه معرفته وتوقع النتائج المترتبة على تطبيقه لذا فهو يحقق حماية للمستهلك عن طريق ابعاده عن اية مفاجأة قد يحملها له تطبيق قانون يجهله (٤٥) .

وفضلا عن مراعاة المستهلك بوصفه طرفا ضعيفا امام شركات الانتاج والخدمات العملاقة فأن رضاء المستهلك يكون منقوصاً في عقوده مع هذه الشركات اذ يكون تحت ضغط اغراء الدعاية والاعلان المبهرة فلا تكون امامه فرصة للتفكير الحر المتأني في قبول العرض وفحص محل العقد (٤٦) ومن ثم يندفع الى التعاقد من اجل اشباع حاجاته من السلع والخدمات التي يرغب بالحصول عليها دون ان يأخذ في حسبانه انه بصدد علاقة دولية اذ استذكر ذلك فأنه يتوقع تطبيق قانون محل اقامته المعتادة وهو ما يتطلب مراعاة توقعاته وحماية رضاؤه بتطبيق القانون الذي يوفر له الحماية لاتي يتوقعها (٤٧)

ثانياً :- من مصلحة دولة محل الاقامة المعتادة للمستهلك تطبيق قانونها على

(٤٤) موفق حماد عبد ,الحماية المدنية للمستهلك للتجارة الالكترونية ,مصدر سابق ,ص ٣٥٢ .
(٤٥) د.خالد عبد الفتاح ,حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص,مصدر سابق ,ص ١٧٦-١٧٧.
(٤٦) د.احمد عبد الكريم سلامه ,القانون الدولي الخاص النوعي ,دار النهضة العربية ,القاهرة ,بدون سنة طبع ,ص٨٨ .
(٤٧) د.خالد عبد الفتاح , حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص ,مصدر سابق ,ص١٧٧.

العقود التي يكون المستهلك طرفاً فيها لأنها تسعى الى حماية مصالح معينة متمثلة بإقامة التوازن في العلاقة العقدية ما بين المهني والمستهلك وحماية الاخير من تعسف النفوذ الاقتصادية للمهنيين وهو ما يعكس في الوقت نفسه مصلحة المستهلك في تطبيق هذا القانون على علاقاته التعاقدية ذات الطابع الدولي اذ ان غاية المشرع عند وضع التشريعات الحمائية التي تهدف الى حفظ التوازن بين طرفي العقد وهي حماية المستهلك , ومن ثم فان قواعد هذا القانون اي قانون محل الاقامة المعتاد تشكل جزءا من مفهوم النظام العام الاقتصادي الذي يعد عقبة امام تطبيق القوانين في دولة القاضي [٤٨] .

ثالثاً :- ان تطبيق قانون محل الاقامة المعتاد للمستهلك يؤدي الى تفادي مشكلات الاسناد الجامد لاسيما في العقود التي تبرم بين غائبين وبالأخص منها عقود التجارة الالكترونية والتي تتميز بكونها عقود دولية في الغالب ففي هذا النوع من العقود المبرمة عبر الانترنيت تبرز صعوبة تحديد محل ابرام العقد ومحل تنفيذه [٤٩] .

رابعاً:- ان تطبيق قانون محل الاقامة المعتاد للمستهلك من شأنه ان يؤدي الى تجنب الصعوبات الناجمة عن تطبيق نظرية الاداء المميز فمن خلال هذا القانون يمكن التوصل الى حماية المستهلك من دون اللجوء الى نظرية الاداء المميز وما تثيره من صعوبات عملية في التطبيق [٥٠]

خامساً:- ان تطبيق قانون محل الاقامة المعتاد للمستهلك من شأنه ادراك الغاية المادية التي تسعى قاعدة التنازع الى تحقيقها وهي حماية المستهلك , وان الربط بين الغاية المادية وقاعدة التنازع يتفق مع طبيعة العدالة في القانون الدولي الخاص واعتبار قاعدة التنازع اداة لتحقيق العدالة وليست مجرد وسيلة لتحديد القانون الواجب التطبيق [٥١] .

المطلب الثاني: تقنين ضابط محل الاقامة المعتاد للمستهلك في القوانين الوطنية والاتفاقات الدولية

تبنت بعض التشريعات ضابط محل الاقامة المعتادة للمستهلك على المستوى الوطني والمستوى الدولي عن طريق الاتفاقات الدولية وهو ما نبينه تباعاً :-

اولاً:- تعيين ضابط محل الاقامة المعتاد للمستهلك في التشريعات الوطنية:-

من اهم التشريعات الوطنية التي تبنت اسناد العقد الدولي الذي يكون احد اطرافه مستهلكاً الى قانون محل الاقامة المعتاد للمستهلك هي :

- القانون الانكليزي الموحد للعقود لعام ١٩٧٧ حيث اشارت المادة (٢/٢٧) منه

(٤٨) د.حسام الدين فتحي ناصيف ,حماية المستهلك من خلال قواعد تنازع القوانين ,نقلًا عن موفق حماد عبد مصدر سابق ,ص ٣٥٣ .
(٤٩) د. خالد عبد الفتاح ,مصدر سابق ,ص١٧٧ .
(٥٠) موفق حماد عبد ,مصدر سابق ,ص٣٥٤.
(٥١) د.خاد عبد الفتاح ,مصدر سابق ,ص١٧٩ .

الى تطبيق قانون محل الاقامة المعتادة على الرغم من اختيار اطراف العقد لقانون اجنبي اذا كان احد المتعاقدين له صفة المستهلك وله محل اقامة معتادة في المملكة المتحدة واتم فيها التصرفات والاجراءات الضرورية لإبرام العقد , فالقانون الانكليزي هو الذي يطبق وحده باعتباره قانون محل الاقامة المعتادة للمستهلك (٥٢) .

- القانون الدولي الخاص النمساوي لعام ١٩٧٨ ,اذ تنص المادة ١/٤١ منه على (١- تخضع العقود لقانون الدولة التي يوجد بها محل الاقامة المعتادة للطرف الذي يبرمها بوصفه مستهلكاً اذ كان القانون الخاص فيها يوفر له حماية ذاتية طالما ابرمت تلك العقود في اطار نشاط موجه نحو ابرام تلك العقود يقوم به المقاول او مستخدمه في هذا الغرض على اقليم هذه الدولة) , مما يلاحظ على هذا النص انه جعل شرط تطبيق قانون محل الاقامة المعتادة للمستهلك بكونه يتضمن حماية افضل للمستهلك , وهذا يعني انه اذا كان القانون المختار من قبل اطراف عقد الاستهلاك يتضمن حماية اكبر من الحماية المنصوص عليها في قانون محل الاقامة المعتادة كان هو القانون الواجب التطبيق ومن الملاحظ ايضا ان القانون النمساوي على عكس القانون الانكليزي الذي استبعد تطبيق اي قانون اخر غير قانون محل الاقامة المعتادة للمستهلك(٥٣) .
- القانون الدولي الخاص السويسري لعام ١٩٨٧ :- فقد تبنى هذا القانون ضابط قانون محل الاقامة المعتادة للمستهلك اذ نصت المادة ١٢٠ منه على (١- ان العقود التي يكون محلها اداء استهلاكي مخصص للاستعمال الشخصي والعائلي للمستهلك والذي ليس له صلة بالنشاط المهني او التجاري له يحكمها قانون محل الاقامة المعتاد :أ- اذا كان المورد قد تلقى الطلب من المستهلك في هذه الدولة .ب- اذا كان ابرام العقد قد سبقه عرض خاص او دعاية في هذه الدولة وقام المستهلك باتخاذ الاجراءات الضرورية لإبرام العقد فيها .ج- اذا تم حث المستهلك بواسطة المورد للانتقال الى دولة اجنبية لإبرام العقد فيها).
- القانون الدولي الخاص التونسي رقم ٩٧ لسنة ١٩٩٨ :- وهذا القانون لم يتبنى قانون محل الاقامة المعتادة كقانون واجب التطبيق على العقود الدولية فيما يتعلق بالالتزامات الادارية انما اخذ في المادة ٦٢ منه بنظرية الاداء المميز, اما فيما يتعلق بالالتزامات القانونية فقد اخذ المشرع التونسي بقانون محل الاقامة المعتادة للمتضرر الا ان ذلك يرجع الى اختيار المتضرر للقانون واجب التطبيق من عدة قوانين نصت عليها المادة ٧٢ بضمنها قانون محل الاقامة المعتادة اذ نصت المادة المذكورة على (ينظم المسؤولية الناجمة عن المنتوج حسب اختيار المتضرر : ١- قانون الدولة التي بها مؤسسة المصنع وعند عدم وجودها فمقره.٢- قانون الدولة التي تم فيها اقتناء المنتوج الا اذا اثبت المصنع انه قد عرض في السوق بدون موافقته .٣- قانون الدولة التي حصل بها الضرر ٤- قانون الدولة التي يوجد بها مكان الاقامة المعتاد للمتضرر).

(٥٢) موفق حماد عبد ,مصدر سابق ,ص٣٥٤ .
(٥٣) د.خالد عبد الفتاح ,مصدر سابق, ص١٧٩.

موقف القانون العراقي من ضابط محل الاقامة المعتاد للمستهلك :- على الرغم من ان المشرع العراقي في المادة ٤٢ من القانون المدني عرف الموطن بأنه المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة بصفة دائميه او مؤقتة الا انه لم يطبق قانون محل الاقامة المعتادة على الالتزامات التعاقدية الا اذا كان المتعاقدان قد اتحدا موطناً وهذا ما يتضح من نص المادة ٢٥ من القانون المدني العراقي التي تنص على (يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين اذا اتحدا موطناً , فإذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد ,هذا مالم يتفق المتعاقدان او يتبين من الظروف ان قانونا اخر يراد تطبيقه).

لذا فأنه وفقا لنص المادة اعلاه فأن الحالة الوحيدة التي يمكن فيها تطبيق قانون محل الاقامة المعتادة للمستهلك وفقا لأحكام القانون المدني العراقي هي الحالة التي يكون فيها المستهلك قد اتحد موطنا مع المهني ,اما قانون حماية المستهلك العراقي فأنه لم يتبنى تطبيق قانون محل الاقامة المعتادة للمستهلك على عقود الاستهلاك لكونه لم ينص اصلاً على القانون واجب التطبيق على عقود الاستهلاك .

ثانياً :- تقنين ضابط محل الاقامة المعتادة للمستهلك في الاتفاقات الدولية :

تبنت اتفاقيتا لاهاي لعام ١٩٥٥ واتفاقية روما لعام ١٩٨٠ قانون محل الاقامة المعتادة للمستهلك بوصفه قانون واجب التطبيق على العقود الدولية التي يكون احد اطرافها مستهلكا .ففيما يتعلق باتفاقية روما الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية لعام ١٩٨٠ فقد افردت تنظيما خاصا لأحكام العقود التي يبرمها المستهلك فضلاً عن قواعد التنازع العامة بشأن العقود(٥٤) فقد نصت الفقرة الثانية من المادة الخامسة من هذه الاتفاقية (مع عدم المساس بنصوص المادة الثالثة فأن اختيار الاطراف للقانون الواجب التطبيق لا يجوز ان ينتج عنه حرمان المستهلك من الحماية التي تقررها له النصوص الامرة في قانون بلد محل اقامته المعتاد اذا كان العقد قد سبقه في هذا البلد عرض خاص او دعاية او اذا كان المستهلك قام باتخاذ الاجراءات الضرورية لإبرام العقد في هذا البلد اذا تلقى المتعاقد مع المستهلك او ممثله الطلب من المستهلك في هذا البلد اذا كان العقد يتعلق ببيع بضائع وانتقل المستهلك من هذا البلد الى بلد اخر وابرم العقد بشرط ان تكون الرحلة منتظمة بواسطة البائع من اجل حث المستهلك على ابرام العقد) .

ومن الملاحظ على نص المادة اعلاه انها اذا كانت تشمل المستهلك بمعناه التقليدي فأن تطبيقها على المستهلك الالكتروني يثير صعوبات عديدة (٥٥) تتعلق بكون الاعلانات على شبكة الانترنيت مفتوحة دولياً وليست موجهة لبلد معين بالذات كما انه من الصعوبة ايضاً التحقق من المستهلك وفيما اذا كان قد اجرى الطلب عبر جهاز الحاسب الالكتروني في مقر اقامته المعتادة بناءً على تشجيع من البائع وبذلك فأن تطبيق المادة (٢/٥) من اتفاقية روما على المستهلك الالكتروني يرجع الى السلطة التقديرية للمحكمة

(٥٤) د.خالد عبد الفتاح ,مصدر سابق ,ص ١٨٦-١٨٧ .

(٥٥) د.اشرف وفا محمد ,استبعاد تطبيق قاعدة التنازع بواسطة اتفاق الاطراف,ط١ ,القاهرة, دار النهضة العربية ,٢٠٠٥, ص٢١٨ .

التي تنظر في التنازع [٥٦] اما فيما يتعلق باتفاقية لاهاي بشأن البيوع الدولية للمنقولات المادية لعام ١٩٥٥ فقد نصت المادة الثالثة من الاتفاقية المذكورة على ان البيع يخضع للقانون الداخلي للبائع في دولة محل اقامته المعتادة وقت تلقي الطلب وتنص الفقرة الثانية من المادة الثالثة اعلاه على تطبيق قانون محل الاقامة المعتادة للمشتري اذا تم تسليم الطلب في دولة محل الاقامة المعتادة للمشتري الى البائع او نائبه المقيم او غير المقيم في هذه الدولة .

والملاحظ انه وفقاً لهذا النص فأنه عندما يتلقى المتعاقد مع المشتري طلب التعاقد في دولة محل الاقامة المعتادة له فأنه يستفيد بتطبيق نصوص قانون محل اقامته المعتادة وبالتالي يكون مشمولاً بالحماية المنصوص عليها في هذا القانون [٥٧]

المطلب الثالث: تقدير ضابط محل الاقامة المعتادة للمستهلك في اطار حماية ا لمستهلك

من الملاحظ ان اغلب التشريعات التي تبنت ضابط محل الاقامة المعتادة للمستهلك اوجبت تطبيق القانون المذكور فقط بغض النظر عن القانون الذي يختاره المتعاقدان وهذا يعني ان القانون المختار اذا كان يتضمن نصوصاً توفر حماية اكبر للمستهلك فأنه لا يمكن الاخذ به فلو اتفق المتعاقدان على سبيل المثال على تطبيق القانون الفرنسي على عقد استهلاك احد اطرافه مستهلك انكليزي الجنسية فأن القانون الانكليزي لا يسمح بتطبيق القانون الذي اختارته ارادة المتعاقدان حتى وان كان يوفر حماية اكبر للمستهلك.

وفقا لما تقدم نرى انه لا يمكن الاعتماد على ضابط قانون محل الاقامة المعتادة للمستهلك باعتباره القانون الواجب التطبيق على عقود الاستهلاك في توفير الحماية اللازمة للمستهلك باعتباره الطرف الضعيف في عقد الاستهلاك ويمكن القول ان ما ذهب اليه القانون الدولي الخاص النمساوي لعام ١٩٧٨ هو الاتجاه الامثل في تبني قانون محل الاقامة المعتادة للمستهلك اذا كان يوفر حماية افضل للمستهلك وبمفهوم المخالفة انه يمكن تطبيق قانون الارادة اذا كان الاخير يوفر حماية للمستهلك اكثر من الحماية المقررة في قانون محل الاقامة المعتادة .

واخيراً يمكن القول ان ضابط الاسناد الاساسي الذي يؤدي الى حماية المستهلك هو القانون الاصلح للمستهلك والقانون الاصلح هو قانون محل الاقامة المعتادة كضابط اسناد اساسي وضابط قانون الارادة كضابط اسناد احتياطي يطبق في حالة كونه الاكثر حماية للمستهلك .

(٥٦) موفق حماد عبد ,مصدر سابق ,ص٣٥٦.
(٥٧) د.خالد عبد الفتاح ,مصدر سابق ,ص١٩٣ .

المبحث الخامس
معيار المدين بالأداء المميز في عقود الاستهلاك

تبنى الفقه ضابط الاداء المميز لتحديد القانون واجب التطبيق على العقود الدولية ولبيان هذا الضابط يتطلب منا تقسيم هذا المبحث الى مطلبين نعرض في الاول لمفهوم نظرية الاداء المميز وفي الثاني لموقف القضاء والتشريعات الحديثة من هذه النظرية :-

المطلب الاول: مفهوم نظرية الاداء المميز

يذكر جانب من الفقه ان صاحب هذه النظرية هو الفقيه السويسري شنايتزر , وتعتمد هذه النظرية على اساس تفريد معاملة العقود وتحديد القانون واجب التطبيق على كل عقد حسب الوزن القانوني والاهمية الواقعية(للأداء او للالتزام) الاساسي في العقد ومكان الوفاء به او تقديمه لما كان ذلك الاداء او الالتزام ليس سواء في كل العقود فأنه من الطبيعي ان يختلف القانون الذي يحكمه كل عقد على حده [٥٨] ويتميز هذا المعيار بسهولة العلم المسبق به ومرونته وملاءمته لكل طائفة من طوائف العقود بالإضافة الى صفة الثبات التي يتمتع بها هذا المعيار واحترامه توقعات الاطراف بتكريسه الحل الملائم حسب طبيعة فضلاً عن ان الاداء المميز للعقد هو اداء احد الاطراف فقط لذا فأن الاستناد اليه في تحديد القانون الواجب التطبيق يمنع تجزئة العقد ويحول دون اخضاع الالتزامات الناشئة عنه الى قوانين مختلفة مما يؤدي الى تضارب الحلول واختلافها [٥٩] ومعيار الاداء المميز هو الذي يسمح بتميز عقد عن اخر وهذا الاداء لا يمكن مطلقاً في الاداء المتعلق بدفع الثمن وهو الالتزام الذي يشترك فيه العديد من العقود ولكنه يكمن في الالتزام المقابل كالتزام البائع في عقد البيع والتزام الناقل في عقد النقل والتزام المؤجر في عقد الايجار [٦٠] ويعتبر العنصر الهام والمميز في عقد بيع البضاعة قيام البائع بتسليم البضاعة وقانون المكان هو الذي يحكم العلاقة وهذا الالتزام الاخير هو الذي يعبر عن الوظيفة الاقتصادية للعقد [٦١] واذا كان من المؤكد ان معظم العقود تتحدد بأداء احد الاطراف وهذا الاداء هو الذي يميز العملية بالنظر لوظيفتها الاقتصادية بينما لا يكون الاداء الاخر الا مقابل نقدي فأنه يبدو عادلاً ومتوافقاً مع احترام توقعات الاطراف اخضاع العقد لقانون موطن المدين بالأداء المميز للعقد [٦٢] وبناءً على ذلك يعد اداء مميز التزام البائع بتسليم المبيع للمشتري او التزامه بنقل الملكية او التزام المورد بتوريد الخدمة على اعتبار ان هذه الاداءات تعبر عن مركز الثقل الاجتماعي والاقتصادي للعملية التعاقدية [٦٣] اي خضوع العقد لقانون المكان الذي يكون الاداء المميز متحققا فيه

(٥٨) د.بدران شكيب الرفاعي ,عقود المستهلك في القانون الدولي الخاص ,دار شتات للنشر والبرمجيات ,مصر ,ص٢٢٣ .

(٥٩) د.عادل ابو هشيمه ,عقود خدمات المعلومات الالكترونية في القانون الدولي الخاص ,ط٢,٢٠٠٥ ,دار النهضة العربية ,ص٩٧.

(٦٠) د,خالد عبد الفتاح محمد خليل ,حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص ,مصدر سابق ,١٥٣ .

(٦١) د.منير عبد المجيد ,قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية ,دار المطبوعات الجامعية ,ص١٧٥ .

(٦٢) د.خالد عبد الفتاح ,مصدر سابق ,ص١٥٤ .

(٦٣) د.عادل ابو هشيمه ,مصدر سابق ,ص٩٨.

دون البحث عن ظروف التعاقد وملابساته ومنح القاضي سلطة تقديرية في تحديد القانون واجب التطبيق او كما عبر عن ذلك الدكتور عصام القصبي بقوله ان نظرية الاداء المميز او الجوهري تنطلق من نقطة اساسية مفادها البحث في الطبيعة الخاصة لكل عقد من عقود التجارة الدولية لغرض اسناده لقانون الوسط الذي يباشر فيه وظيفته الاساسية (٦٤)

ووفقا لهذه النظرية فأن الكشف عن القانون الواجب التطبيق لا يستمد من ارادة الاطراف المتعاقدة (الضمنية او المفترضة) وانما من طبيعة العلاقة التعاقدية التي يقوم بتقديرها المشرع دون ان يكون هناك اي عبء على القاضي في تحليل كافة الظروف التعاقدية وملابساته (٦٥) غير ان التساؤل يتجه حول ما المقصود بفكرة الاداء المميز ويؤكد الدكتور عكاشه محمد عبد العال ان تحديد المقصود بالأداء المميز في التصرفات القانونية لا يمكن ان تضع له تعريفا جامعا مانعا او ان نصوغ له قاعدة تجمع سماته فالأمر يعتمد على تحليل العقود او طوائف العقود للوقوف على الاداء المعبر فيها اداءً مميزاً ثم نبحث عن صاحب هذا الاداء فنطبق قانونه (٦٦)

لذا نجد ان القوانين التي اخذت بمبدأ الاداء المميز اساساً في تحديد القانون واجب التطبيق لم تتصد لتعريف هذا المعيار وانما اوردت امثلة له . وهذا امر منطقي فالتعاريف لاتعد من الامور الداخلة في عمل المشرع انما هي وظيفة الفقه والقضاء (٦٧) من هذا المنطلق نجد ان بعض من الفقه قد اجهد نفسه وقام بوضع تعريف معين كمحاولة لضبط مفهوم فكرة الاداء المميز وقد عرفه البعض بأنه (ذلك الاداء الذي بمقتضاه يكون وضع المقابل النقدي واجباً)(٦٨)

وعرف ايضاً بأنه الاداء الذي يسمح بالتمييز بين عقد واخر(٦٩) وعلى كل حال فأن نظرية الاداء المميز تهدف الى وضع معيار مسبق ذي طبيعة موضوعية يكشف عن الصلة الاوثق بالرابطة العقدية في ضوء طبيعتها الذاتية والتي يمكن من خلالها ان تحدد ومنذ البداية الالتزام الجوهري الاساسي في العقد لغرض اسناده الى قانون محل المدين الملزم بهذا الاداء وبالتالي فأن هذه الفكرة تحقق الامان القانوني للمتعاقدين دون ان تفقد مع ذلك المرونة المطلوبة في الاسناد فيمكن رعاية توقعات الاطراف من خلال كونها لا تقنع بالإسناد الجامد للعقد الى القانون الاوثق صلة به في ضوء مراكز الثقل في الرابطة العقدية كما تحدده ظروف التعاقد وملابساته . وان كانت هذه الفكرة تتسم بالمرونة اي انها واضحة اذ يمكن في اطار كل فئة من العقود ذات الطبيعة الواحدة – مثل عقود بيع المنقولات مثلاً – ان نحدد من البداية الاداء المميز فيها بوصفه المعيار المنضبط الذي سيسند العقد وفقاً له الى القانون السائد في محل تنفيذه المفترض لهذا الاداء وهو محل الاقامة المعتاد للمدين به (٧٠)

---

(٦٤) طارق عبد الله عيسى المجاهد , تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية ,اطروحة دكتوراه مقدمة الى جامعة بغداد ,٢٠٠١, ص٩٢-٩٣ .

(٦٥) المرجع نفسه ,ص٨٦.

(٦٦) طارق عبد الله عيسى المجاهد ,مصدر سابق ,ص٨٦ .

(٦٧) المصدر السابق , ص٨٧ .

(٦٨) المصدر السابق ,ص٧٨ .

(٦٩) المصدر ذاته .

(٧٠) د. هشام علي صادق ,القانون الواجب التطبيق على العقود ,منشأة المعارف ,الاسكندرية ,١٩٩٥ , ص٤٤٢-٤٤٣ وما بعدها .

ويؤكد البعض ان تحديد الاداء المميز لا يشكل اي صعوبة في حالة العقود الملزمة لجانب واحد وعلى النقيض من ذلك العقود التبادلية الملزمة للجانبين عندما يتعهد الطرفان بالقيام بتنفيذ متبادل او مشترك فأن التنفيذ المقابل من قبل احد الطرفين في ضوء الاقتصاد الحديث غالباً ما يأخذ شكل نقود وهذا لا يمثل اداءً مميزاً للعقد والاداء المميز يعتبر الاداء الذي من اجله يتم الوفاء بالمبالغ المستحقة من النقود وبعبارة اخرى فهو يعتمد على نوع العقد مثل تسليم البضائع ومنح الحق في استعمال مال معين كذلك تقديم الخدمات والنقل والعمليات المصرفية والضمان والتي غالباً ما تشكل مركز الثقل للوظيفة الاجتماعية والاقتصادية للصفقات التعاقدية (٧١)

اما عن معيار الاداء المميز في العقود الدولية للتجارة الالكترونية وخصوصاً المبرمة عبر شبكة الانترنيت يعد الاداء المميز في العقد الذي يتم بين مقدم الخدمة او المادة المراد ادخالها على الشبكة والشركة التي تتولى معالجة تلك المادة الالكترونية وتحميلها على موقع الانترنيت هو مقر مقدم الخدمة او تلك الشركة , وبالتالي فالقانون الواجب التطبيق في الحالة التي لم يتفق الاطراف عليها صراحة او ضمناً هو قانون دولة المورد الذي يمتهن توريد المعلومات او قانون الدولة التي بها مقر او مركز تلك الشركة باعتبارها المدينة بالأداء المميز في العقد .

المطلب الثاني: موقف القضاء والتشريعات الحديثة من نظرية الاداء المميز

نظرا لأهمية الاداء المميز في تحديد القانون الواجب التطبيق فقد وجد اهتماما من قبل القضاء والتشريعات وهذا ما سنوضحه تباعا ووفقا للتقسيم الاتي :-

الفرع الاول: موقف القضاء من نظرية الاداء المميز

طبقت نظرية الاداء المميز في العديد من الاحكام القضائية واول من عرض لفكرة الاداء المميز هو قاضي المحكمة الفدرالية السويسري (stauffer) في دورة القانونيين السويسريين علم ١٩٤١ والذي طالب بأن تأخذ المحكمة بقاعدة الاسناد لقانون موطن المدين بالأداء المميز في العقد وقد قررت المحكمة الفدرالية السويسرية في حكمها الصادر في ١١/مايو/١٩٦٦ خضوع الروابط الفقهية الدولية في حالة سكوت المتعاقدين عن اختيار القانون الواجب التطبيق للقانون الذي يرتبط بالعقد برابطة وثيقة في حالة سكوت المتعاقدين عن اختيار القانون الواجب التطبيق للقانون الذي يرتبط بالعقد برابطة وثيقة وحددت المحكمة هذا القانون بأنه قانون محل اقامة الطرف المدين بالأداء المميز في العقد , ثم توالت بعد ذلك احكام المحكمة الفدرالية السويسرية التي تؤكد على الاسناد الى قانون المدين بالأداء المميز في العقد (٧٢)

كما تبناه القضاء الفرنسي في حكم محكمة استئناف باريس الصادر في ١٩٥٥/١/٢٧ في قضية (jansenc.heurty) وتتعلق هذه القضية بعقد دولي اتفق فيه الاطراف على ان يقوم احدهما بتوريد اجهزة صناعية للأخر ولم يحدد الاطراف صراحة القانون الواجب التطبيق على العقد ولما عرض الامر على محكمة استئناف باريس بعد نشوب النزاع بين الطرفين ذهبت المحكمة الى ان تطبق قاعدة التنازع الفرنسية التي

(٧١) د. بدران شكيب الرفاعي , مصدر سابق ,ص٢٢٣-٢٢٤ .
(٧٢) د.خالد عبد الفتاح ,مصدر سابق ,ص١٥٦ .

يتم بمقتضاها تحديد القانون الواجب التطبيق يجب ان يتم بطريقة موضوعية بالنظر الى اكثر العناصر صلة بالعقد بعيداً عن العمليات الذهنية التي تعوق النية المفترضة للأطراف واضافت المحكمة ان المكان الذي يؤدي فيه الاداء المميز في العقد يعد اكثر الاماكن اتصالاً بالرابطة العقدية محل النزاع ولما كان الالتزام بتسليم البضاعة المباعة هو الاداء المميز في العقد فأن القانون الواجب التطبيق هو قانون موطن البائع الذي يجب عليه تنفيذ هذا الالتزام علاوة على ان محكمة استئناف جريتوبل تبنت ضابط الاداء المميز في حكمها الصادر في ٣١/سبتمبر /١٩٩٥ وذلك بصدد عقد بيع ابرم بين شركة ايطالية يوجد مركزها الرئيسي في ايطاليا ومشترٍ فرنسي حيث قررت المحكمة تطبيق القانون الايطالي بوصفه قانون المدين بالأداء المميز في العقد [٧٣] ولم نجد في القضاء العراقي احكاماً مماثلة للأخذ بنظرية الاداء المميز .

الفرع الثاني:موقف التشريعات الحديثة من نظرية الاداء المميز

سنحاول في هذا الفرع تسليط الضوء على موقف التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية من نظرية الداء المميز كضابط اسناد وفقاً للتقسيم الاتي:-

اولا:- التشريعات الوطنية

ابتداء نشير الى ان النظرية الاداء المميز التي نصت عليها العديد من التشريعات مقتبسة من النظام القانوني[٧٤] وهذا وقد تبنت كثير من التشريعات القانون الدولي الخاص هذه النظرية لتنأى بنفسها عن اللجوء الى ضوابط جامدة ، فيما يتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق على العقود فنصت هذه التشريعات على اعطاء القاضي الحق البحث عن تركيز العقد والكشف عن اوثق القوانين اتصالا به حسب ظروف العقد وملابساته فقد نصت المادة(١/١١٧) من القانون السويسري الجديد لعام ١٩٨٧على ان ((تحكم العقد قانون الدولة يرتبط بها بأوثق الروابط))[٧٥]

وبنظرة تحليلية لهذا النص يتضح لنا ان المشروع السويسري اعتمد على فكرة الاداء المميز في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي في حالة ارتباطه بأكثر من دولة وخول القاضي الحق في البحث عن اكثر القوانين اتصالا بالعقد يكون واجب التطبيق واضاء المشرع للقاضي الطريق واقصاه عن صعوبة البحث لمعرفة اكثر القوانين اتصالا بالعقد[٧٦] كذلك اعتمد القانون الدولي الخاص النمساوي الصادر في١٥ يونيو سنة ١٩٧٨ على فكرة الاداء المميز واشار الى ذلك في المواد (٣٦-٤٠)واشارت م/٣٦ على ان العقود الملزمة للجانبين الذي يكون احد اطرافها مدين للأخر بمبلغ نقدي فأن قانون الدولة التي تكون محل اقامة المدين هو الذي يطبق اضافة على ذلك ما جاء في المادة (٢٥)من القانون الدولي الخاص المجري لسنة ١٩٧٩ والتي نصت على (اذ لم يستطع الاطراف تحديد القانون الواجب التطبيق يسري على العقد قانون موطن او محل الاقامة العادية او مركز منشأة الشخص الملتزم بتقديم الاداء المميز للعقد بصفة جوهرية[٧٧].

اما المادة الثامنة والعشرون من القانون الدولي الخاص الالماني الصادر في ٣٠

(٧٣) المصدر السابق ,ص١٥٥ .
(٧٤) الدكتور طارق عبدالله عيسى , مصدر سابق ص٩٤
(٧٥) دكتور عادل ابو هشيمة ،مصدر سابق،ص١٠١
(٧٦) الدكتور خالد عبدالفتاح ،مصدر سابق ص١٥٧
(٧٧) دكتور عادل ابو هشيمة، مصدر سابق،ص١٠٢

يوليو ١٩٨٦ اتبعت ذات النهج الذي اتبعته المادة ١١٧ من القانون الدولي السويسري فقد جاء مطابقاً للمحل الوارد في المادة انفا مما يؤكد الرؤية الواضحة والطبيعة المتماسكة لدور الاداء المميز في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود في حالة عدم وجود اختيار من جانب الاطراف للقانون الواجب التطبيق(٧٨)

فضلا عن ان المادة ١٢١١ من القانون الروسي لصادر عام ٢٠٠١ نصت على انه في حالة عدم اتفاق الاطراف على تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد يطبق قانون الدولة التي يرتبط بها العقد برابطة وثيقة وهو قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن او المركز الرئيسي للطرف الذي يورد الاداء المميز . كما نصت المادة(٣٠) من القانون الفنزويلي الصادر عام ١٩٨٨ على انه في حالة عدم وجود تعيين ملائم من الاطراف للقانون الواجب التطبيق يحكم العقد بقانون الدولة التي ترتبط به برابط وثيقة ،ولتحديد هذا القانون يجب على المحكمة ان تهتم لكل العناصر الموضوعية والشخصية للعقد (٧٩).

هذا بالنسبة للتشريعات الغربية اما عن التشريعات العربية فقد نصت المادة ٦٢ من القانون الدولي الخاص التونسي الصادر سنه ١٩٨٨ على ان ((يكون العقد مخلوقا بالقانون المختار بواسطة الاطراف ومالم يوجد اختيار فيكون العقد مخلوقا بقانون دولة موطن الطرف الذي يكون التزامه قاطعا في تكييف العقد او قانون مقر مؤسسته عندما يكون العقد مبرما في اطار انشطته المهنية او التجارية والمقصود هنا الطرف المدين بالأداء المميز في العقد(٨٠)

وكذلك نصت المادة (٣٦/ب)من القانون الاردني رقم ٣١لسنة ٢٠٠١ والخاص بالتحكيم على انه في حالة عدم اتفاق الاطراف على تحديد القانون الواجب التطبيق تطبيق محكمة التحكيم قانون الدولة التي لديها اكثر الروابط وثوقا مع النزاع (٨١)

وتجد هذه النظرية سندها في القانون المصري في نص م/٢٤ من القانون المدني التي تتيح للقضاء الرجوع للمبادئ العامة في القانون الدولي الخاص كل مشكلة التنازع في المسائل التي لم يرد بشأنها نص صريح ان يجد مخرجا من جمود ضوابط الاسناد الاحتياطي المقررة في المادة (١٩)(٨٢)

اما عن موقف المشرع العراقي فأننا اذا اردنا الانطلاق من خلال نصوص التشريع العراقي للقول بإمكانية الاخذ بنظرية الاداء المميز فقد فسح المشرع العراقي في القانون المدني رقم ٤٠لسنة ١٩٥١ في نص المادة (٢٥) منه المجال للقول بتطبيق القانون الاكثر صلة بالتصرفات القانونية (الالتزامات التعاقدية)من خلال الشق الثاني من نص المادة (٢٥)اذ تشير الى انه في حالة ما اذا اختلف موطن التعاقد في الالتزامات التعاقدية يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد باعتبار ان مكان الابرام يعد الاداء المميز في العقد وكذلك يمكن من خلال نص المادة ٣٠ من القانون ذاته القول بإمكانية الاخذ بنظرية الاداء المميز اذ اعطت للقاضي سلطة تقديرية في تطبيق مبادئ القانون الدولي

(٧٨) الدكتور احمد عبد الكريم سلامة ،قانون العقد الدولي _دار النهضة العربية ، ص٢٠٨ وكذلك خالد عبدالفتاح ، سابق ،ص١٥٨

(٧٩) الدكتور عادل ابو هشيمة ،مصدر سابق ،ص١٠٣.

(٨٠) الدكتور خالد عبدالفتاح ،مصدر سابق ص١٥٨

(٨١) الدكتور عادل ابو هشيمة،مصدر سابق ,ص،١٠٣

(٨٢) د.هشام علي صادق ،مصدر سابق،ص٣٠٣

الخاص الاكثر شيوعا في حالة لم يرد بشأن نزاع معين نص في المواد السابقة وفي هذه الحالة بإمكان القاضي الاعتماد على معيار الاداء المميز والذي يعد ضابط مرن في الاسناد و الخروج عن الضوابط الجامدة .باعتبار هذا المعيار من المبادئ الشائعة حاليا في القانون الدولي الخاص .كذلك نستطيع الاعتماد على هذا المعيار اذ شار مشروع قانون التحكيم العراقي في المادة الاولى منه م١/رابعا/ء/٢-٣ الى انه في حالة ما اذا كان المركز الرئيسي لإكمال كل من طرفي التحكيم وقعا في الدولة ذاتها واقت ابرام اتفاق التحكيم وكان احد الاماكن التالية واقعا خارج هذه الدولة أي مكان ينفذ فيه جزء جوهري من الالتزامات الناشئة عن العلاقة التجارية ٣-١ المكان الاكثر ارتباطا بموضوع النزاع .

ثانياً:- موقف الاتفاقيات الدولية

كان لمعيار الاداء المميز اعتباراً لدى العديد من الاتفاقيات الدولية التي نذكر فيها اتفاقية لاهاي ١٥يونيو ١٩٥٥ بشأن القانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للمنقولات المادية حيث ان المادة الثالثة منها قد استندت في عقد البيع لقانون محل الإقامة المعتادة للبائع بصفته الدين بالأداء المميز في هذا العقد وتبنت اتفاقية روما عام ١٩٨٠ الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية ضابط الاداء المميز في مادتها الرابعة والتي نصت في فقرتها الاولى على ان العقد يكون محكوما بقانون البلد الذي يرتبط به العقد بروابط اكثر وثوقا ثم نصت في فقرتها الثانية على قريبة مفادها ان العقد يكون مرتبطاً بروابط اكثر وثوقاً بقانون البلد الذي يوجد به وقت العقد محل الاقامة المعتادة للطرف الدين بالأداء المميز فاذا تعلق الامر بشركة او جمعية او شخص معنوي اخر فيكون هذا البلد هو بلد مركز ادارته المركزية او الرئيسية وفي حالة ما اذا كان العقد المبرم في اطار ممارسة انشطة مهنية فأن هذا البلد يكون بلد مقر المؤسسة للمدين بالأداء المميز او اذا كان وفقاً للعقد يجب ان يتم الاداء بواسطة مؤسسة اخرى غير العقد[٨٣]

اضف الى ذلك ان المادة (٩) من اتفاقية مكسيكو المبرمة في ١٧/مارس/١٩٩٤ نصت على انه في حالة عدم اختيار الاطراف للقانون الواجب التطبيق على عقدهم او تبين ان اختيارهم غير فعال يطبق على العقد قانون الدولة التي يتصل بها العقد اتصالاً وثيقاً ويجب على المحكمة ان تفحص كل العناصر الموضوعية والشخصية المتصلة بالعقد لتحديد قانون الدولة التي يرتبط بها العقد برابطة وثيقة[٨٤].

(٨٣) الدكتور خالد عبدالفتاح ،مصدر سابق ،ص١٦٠
(٨٤) الدكتور عادل ابوهشيمة ، مصدر سابق،ص١٠٤

المبحث السادس
تطبيق قانون الإرادة على العقود الدولية

ان تطبيق قانون الإرادة على العقود الدولية بصفة عامة ؛ وعقد الاستهلاك الدولي بصفة خاصة , يستلزم منا الوقوف على مسائل عدة , أولها مفهوم قانون الإرادة وثانيها مبررات خضوع العقود الدولية لقانون الإرادة , وثالثا موقف الاتفاقيات الدولية والقضاء وتشريعات الدول من هذا المبدأ , ورابعها النتائج المترتبة على خضوع عقد الاستهلاك الدولي لقانون الإرادة , وخامسها كيفية اتفاق الأطراف على اختيار القانون الواجب التطبيق على هذه الطائفة من العقود , وهذا ما سنحاول معالجته تباعا في الفروع التالية:

الفرع الأول: مفهوم قانون الإرادة

يختلف هذا المفهوم باختلاف النظرة الى دور الإرادة , وهو ما ينعكس على كيفية تحديد قانون الإرادة , واختلاف دور الإرادة يمكن رده الى نظريتين

أولا _النظرية الذاتية (الشخصية) في الإرادة .

لقد انعكس رواج مبدأ سلطان الإرادة في القرن التاسع عشر على مؤسسة العمل القانوني في القانون الدولي الخاص , فالتقاء الارادات المتعاقدة كاف بذاته مجردا كمصدر للالتزام وبمعزل عن اختيار أي قانون يحكم العلاقة العقدية , والقانون المختار من قبل اطراف التعاقد يدمج في العقد كبند من بنوده ,فالمسألة مسألة خيار للإرادة , اذا شاءت فالعقد لا يخضع الى أي قانون واذا شاءت كان القانون المختار بندا كبقية البنود في العقد , فالقانون الذي عينته الإرادة ليس له بذاته كون الالزام الا في الحدود التي ترسمها له تلك الإرادة[٨٥].

ثانيا :-النظرية الموضوعية في الإرادة .

اذا كانت النظرية الذاتية من تجاوزت في اطلاق دور الإرادة , حيث أصبحت الحرية التعاقدية لا حدود لها سواء بعدم الزام الأطراف في اختيار قانون لعقدهم او حريتهم في اختيار أي قانون يخضع له العقد, وقد يكون القانون المحتار من قبلهم قانونا مركبا[٨٦]

الا ان دور الإرادة على هذا النحو لم يلق قبولا من أصحاب النظرية الموضوعية , حيث رفض أصحاب النظرية الموضوعية مبدأ دمج القانون المختار في العقد نظرا لما يترتب عليه من افلات العقد من سلطات القانون , ويرى أصحاب هذه النظرية ان سلطات إرادة المتعاقدين في الاختيار يرجع في حقيقه الى قوة القانون الذي منح الإرادة

(٨٥) د.سامي بديع منصور , د.اسامة العجوز , القانون الدولي الخاص , منشورات زيق الحقوقية , بيروت , لبنان , ط٣, ٢٠٠٩,٣٩٨ص.٣٩٨ .

(٨٦) د.سامي بديع منصور , د.نصري أنطوان دياب و د.عبده جميل عصوي, القانون الخاص ,تنازع الاختصاص التشريعي , المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع , بيروت ,لبنان ,ط١, ص٦٠٢

حق الاختيار , وذلك بموجب قواعد تنازع القوانين في دولة القاضي , وهذا يستلزم بالضرورة خضوع العقد للقواعد الآمرة في القانون المختار(٨٧) .

او كما يذهب بعض انصار النظرية الموضوعية وتحديدا الفقيه _بالتيفول_ الى كون إرادة المتعاقدين هي مجرد ضابط اسناد يقتصر دوره على تركيز العقد في اطار نظام قانوني معين يرتبط به ما يستلزم حتماً خضوعه للأحكام الامرة في هذا النظام(٨٨).

الفرع الثاني:مبررات خضوع العقود الدولية (وعقد الاستهلاك مدى مصدها) لقانون الإرادة

يمكن اجمال اهم المبررات المطروحة لتبرير خضوع العقود الدولية , وعقد الاستهلاك الدولي احد صوره , لقانون الإرادة الى ما يلي :-

أولا _التوافق مع توقعات الأطراف .

ان القانون الواجب التطبيق بتخفيض قاعدة التنازع لا يكون محددا لدى المستهلك لخطه ابرام العقد , وانما يتراضى ذلك التحديد الى ما بعد رفع النزاع الى القضاء وحيث ان قاعدة تنازع القوانين هي قاعدة غير محددة المضمون , لكونها لا تحدد قانون دولة معينة بالذات لحكم العلاقة ذات الطابع الدولي , فضلا عن كونها قاعدة غير مباشرة لا تعطي حلا مباشرا ونهائيا للنزاع وانما نكتفي بتحديد القانون الذي يحل ذلك النزاع بقواعد موضوعية .

من اجل ما تقدم جلي الأطراف الى الاتفاق على القانون الواجب التطبيق ,كي يأتي اتفاقهم متوافق مع رغباتهم وتطلعاتهم , وهذا يعني ان الإرادة تمارس وظيفة الاسناد الرئيسي في قاعدة التنازع مما يؤدي الى تحقيق العدالة الموضوعية بتطبيق قواعد القانون الذي أراد الأطراف الخضوع له(٨٩) .

ان حرية الأطراف المعاقدة في تحديد القانون الواجب التطبيق تؤدي الى تحقيق الأمان القانوني لهم وذلك بالمعرفة المسبقة , القانون الذي يخضعون له , كما يؤدي هذا الاختيار الى تحقيق الاثار المنشودة من ابرام العقد حيث يفترض بالأطراف العلم بأحكام القانون المختار والنتائج المترتبة عليه (٩٠).

ثانيا :- رعاية مصالح الأطراف المتعاقدة

ان لجوء الأطراف المتعاقدة الى اختيار قانون معين ليحكم عقدهم انما يستند في الأساس الى رعاية مصالحهم , وذلك بتحقيق اهداف العقد كأن يقع اختيارهم على قانون اجنبي لكونه ينظم عقدا غير معروف في القانون الوطني لكلا المتعاقدين , وكذلك لكونه على درجة من النضج الفني لحكم هذا النوع من العقود , فاختيار الأطراف تتميز عن النمط العادي لقاعدة الاسناد في انه لايمثل تركيزا للعلاقة القانونية , ولكنه يرتبط بتحقيق

(٨٧) محمود محمد ياقوت , حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي, مصدر السابق , ص٦٨.
(٨٨) المصدر السابق ,ص ٧٤ .
(٨٩) د.موفق حماد عبد, الحماية المدنية للمستهلك في عقود التجارة الالكترونية , منشورات زين الحقوقية , بيروت لبنات , ط ١, ٢٠١١, ص٣٩٢ .
(٩٠) د. موفق حماد عبد , المرجع السابق , ص ٣٩٣.

الأثر القانوني الموضوعي فيما يتعلق بمصلحة الأطراف وذلك بالترخيص لهم باختيار القانون الأكثر توافقا مع مصالحهم , ذلك ان قواعد الاسناد في تحديدها للقانون الواجب التطبيق انما تراعي القانون الأقرب للعلاقة القانونية والأكثر اتصالا بعناصرها المختلفة دون الاعتداد بمضمون هذا القانون الذي يمكن ان يكون غير ملائم للنزاع المعروض , ومن هنا قيل ان قواعد هذا المنهج هي قواعد عمياء تعمل بطريقة الية لتحديد القانون الأقرب للعلاقة بصرف النظر عن مضمونه او محتواه[٩١].

ثالثا – رعاية مصالح التجارة الدولية.

ان خضوع العقد لقانون الإرادة يعمل على تقدم التجارة الدولية وتطورها , وذلك ان قاعدة تنازع القوانين التي تحكم العقود الدولية هي قاعدة عامة تطبق على سائر العقود الدولية دون مراعاة الطبيعة الخاصة لكل عقد ومن ثم فان منح الأطراف حرية الاختيار الذي يحكم عقدهم يسمح للأطراف باستبعاد القوانين التي يؤدي تطبيقها الى إعاقة حركة تلك التجارة , حيث قد لا تصلح هذه القوانين الا لتنظيم العلاقات الداخلية , بينما يكون تطبيقها غير مقبول على العقود الدولية , فمثلا توجد قوانين في بعض الدول لاتزال بدائية ل اتصلح الا للمبادرات الزراعية والتجارية المتواضعة [٩٢].

الفرع الثالث: موقف الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية والقضاء من خضوع العقد لقانون الإرادة

نصت العديد من الاتفاقيات الدولية على خضوع العقد لقانون الإرادة كاتفاقية لاهاي الخاصة بالتنوع الدولية للمنقولات المادية ١٩٥٥ , وكذلك اتفاقية روما الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية لعام ١٩٨٠حيث نصت المادة (٣) ف (١)على انه يسري على العقد الذي اختاره الأطراف , وكما ان القانون النموذجي الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة بشأن التحكيم التجاري الدولي ١٩٨٥اشارت الى هذا المبدأ في المادة (١/٢٨)والتي جاء فيها (تفضل هيئة التحكم في النزاع وفقا للقانون المختار بواسطة الأطراف) [٩٣].

اما على مستوى التشريعات الوطنية فلقد اضحى مبدأ مستقرا , فلقد نصت المادة (٢٥) من ق م ع على هذا المبدأ التي جاء, والتي جاء فيها (١-يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين اذا اتحدا موطنا , فاذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد ,هذا مالم يتفق المتعاقدين او تبين من الظروف ان قانونا اخر يراد تطبيقه , وفي ذات المضمون المتقدم أشار القانون المدني المصري الى هذا المبدأ في المادة (١٩), اما موقف القضاء فلم يخرج بدوره عن هذا الاجماع ,فهذه محكمة النقض الفرنسية قضت في (١٩٨٦)بأن خضوع عقد وكالة تجارية للقانون الفرنسي , طبقا للاختيار الصحيح للأطراف , يتفق مع القواعد العامة ,

(٩١) د.مرتضى جمعة عاشور , عقد الاستثمار التكنولوجي , منشورات الحلبي الحقوقية ,بيروت , لبنان ,ط١,ص٤٧٩.
(٩٢) د. احمد عبدالكريم سلامة ,قانون العقد الدولي دار النهضة العربية ,القاهرة ,ص ١٦٤.
(٩٣) د. خالد عبدالفتاح محمد خليل ,حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص , دار النهضة العربية ,٢٠٠٢,ص٧٩,٨٠

بصرف النظر عن النظام الخاص للوكالة التجارية(٩٤).

الفرع الرابع:النتائج المترتبة على خضوع عقد الاستهلاك الدولي لقانون الإرادة

ان خضوع العقد الدولي لقانون الإرادة يؤدي وحسب رأي أصحاب النظرية الشخصية الى ان اختيار المتعاقدين لقانون العقد لا يتم بناء على قاعدة من قواعد تنازع القوانين وانما يستند الى مطلق سلطات الإرادة ويترتب على ذلك اندماج القانون المختار في العقد لتصبح احكامه مجرد شروط عقدية يستطيع المتعاقدون الاتفاق على ما يخالفها ولو اتسمت بالطابع الامر ,بيد ان اندماج القانون المختار في العقد لا يمكن تصوره لدى فقه النظرية الشخصية الا في حالة اختيار المتعاقدين لقانون العقد صراحة او ضمنا . وفي حالة وجود الاختيار فانه يمكن اجمال اهم النتائج المترتبة على اندماج القانون المختار في العقد يمكن اجماله فيما يلي:(٩٥)

أولا: ان اندماج القانون المختار في العقد من شأنه ان يجرده من سلطته الآمرة , وتعد احكامه مجرد شروط عقدية تعامل معاملة الوقائع امام القضاء الوطني سواء من حيث اثباتها او تفسيرها .

ثانيا: للأطراف استبعاد نصوص الاحكام الآمرة للقانون المختار, وهذا ما يعني ان يبقى العقد طليقا بلا قانون يحكمه , وبالتالي تصبح هذه النصوص عاجزه عن ابطال عقدهم لزوال صفته الآمرة .

ثالثا: لا يتقيد اختيار المتعاقدين للقانون الذي يحكم بضرورة وهو وصلة بين هذا القانون وعقدهم ,ولان اشتراط هذه الصلة من شأنه ان يجعل هذا الاختيار خاضعا لنظام قانوني وضعي قد لا يقر صحة هذا الاختيار نفسه الا في الحدود التي يرسمها او ينص عليها وهو ما يتعارض في النهاية مع مبدأ سلطان الإرادة .

رابعا: رفض فكرة الإحالة , حيث ان القاضي يكون ملزما بتطبيق القواعد الموضوعية من القانون المختار من قبل الأطراف وليس قواعد التنازع في ذلك القانون ,لان اعمال قواعد التنازع في القانون المختار يؤدي الى الاخلال بتوقعات الأطراف , لأنه يؤدي الى خضوع العقد لنظام قانوني لم يكن متوقعا لديهم .

خامسا: للأطراف الحق في تجزئة النظام القانوني للعقد , والمقصود بالتجزئة حق الأطراف في اختيار اكثر من قانون واحد ليحكم الجوانب الموضوعية في الرابطة العقدية ,لان العقد رابطة متعددة الجوانب فهناك تكوين العقد واثاره وزواله ,فيمكن اخضاع تكوين لقانون محل ابرامه وإخضاع تنفيذه لقانون الدولة الواجب التنفيذ فيها , ولقد اقرت اتفاقية روما ١٩٨٠على سبيل المثال حيث حولت المتعاقدين الحق في ان يحددوا قانونا واجب التطبيق على العقد بأكمله او على جزء منه(٩٦).

سادسا: يحق للمتعاقدين ان يشترطوا عدم خضوع عقدهم لأي تعديلات تشريعية لاحقة قد تطرأ على القانون المختار بعد ابرام العقد ولو كانت التعديلات ذا صفة امرة (٩٧).

(٩٤) وفي ١٩٨٨ انتهت محكمة النقض الفرنسية الى اخضاع عقد العمل بقانون الإرادة بسبب وجود اصدار حقيقي من الأطراف على اخضاع عقدهم للقانون الفرنسي , تفضلا على هذا القانون هو الأفضل لحماية العامل , انظر للمزيد من التفصيل , د. عادل أبو هشيمة , المصدر السابق , ص ٦٩.

(٩٥) انظر في ذلك ، محمود محمد ياقوت، المصدر السابق ,ص ٨١ومابعدها,ود.موفق حماد عبد,ص٣٩٧ومابعدها.

(٩٦) د.محمود محمد ياقوت ,المصدر السابق ,ص٨٥,٨٦و د.احمد عبدالكريم سلامة ,المصدر السابق ,ص ١٨٥.

(٩٧) د.محمود محمد ياقوت ,المصدر السابق ,ص ٨٩,و ٩٠.

المبحث السابع
دور الارادة في نظرية التركيز الموضوعي في عقود الاستهلاك

لعلنا لا نجانب الصواب عند القول بأن الاعمال المطلق لمبدأ سلطان الارادة وما يولده من نتائج تنطوي في حالات كثيرة على الاخلال بحماية المستهلك بوصفه الطرف الاضعف في العلاقة العقدية ادى الى النهوض بنظريات تعمل على تقييد هذا السلطان المطلق والتي من اهمها نظرية (التركيز الموضوعي) للعقد من خلال جملة من العناصر داخل هذا العقد حيث يقتضي الاخذ بهذه النظرية الوقوف ابتداءً على مراعاة مصالح الطرف الضعيف في التعاقد (المستهلك) خلافاً لما يكون عليه العمل عند انصار نظرية او مبدأ سلطان الارادة حيث يكون لنصوص العقد قصب السبق في التطبيق دون الحاجة الى قانون يضفي عليه القوة الملزمة وهو ما قد يؤدي الى الاخلال والاختلال تبعاً لتفاوت مراكز القوة لدى الطرفين المتعاقدين .

ونحن هنا نعرض لبيان نظرية التركيز الموضوعي بوصفها حاكمة لعقود الاستهلاك قدر تعلق الامر بتحديد القانون الواجب التطبيق على تلك العقود وبديلاً عن اعمال مبدأ سلطان الارادة فيها وذلك من خلال ثلاثة مطالب نتصدى في اولها لبيان التعريف بنظرية التركيز الموضوعي في اطار القانون الدولي الخاص ثم نبين في مطلب ثانٍ دور ارادة الاطراف في نظرية التركيز الموضوعي واثرها على عقود الاستهلاك , ثم نعقد المطلب الثالث والاخير للكلام في الانتقادات الموجهة لنظرية التركيز الموضوعي بشكل عام وكذلك بالنسبة لحماية المستهلك وعقود الاستهلاك بشكل خاص وهذا ما سنبحثه تباعا وكما يأتي :-

المطلب الاول:التعريف بنظرية التركيز الموضوعي في اطار القانون الدولي الخاص

وسنعرض لبيان هذا المطلب من خلال فرعين في كل من مفهوم نظرية التركيز الموضوعي والنتائج المترتبة على الاخذ بهذه النظرية وكما يأتي :-

الفرع الاول:مفهوم نظرية التركيز الموضوعي

يمكن القول في هذا الاطار ان الفضل في انشاء نظرية التركيز الموضوعي يعود في مجمله الى افكار الفقيه الفرنسي (باتيفول) الذي كان مؤيداً لقانون الارادة ودوره في حكم العقود .

ولكن الاضافة التي جاء بها هذا الفقيه تستند الى القول بأن ارادة الاطراف لا تقوم في الواقع باختيار قانون معين لحكم العقد بل انها تسعى الى تركيز هذا العقد في مكان معين ليتم تحديد هذا القانون الذي يحكمه (العقد) تبعا لمجموعة من العناصر والظروف المحيطة به ومن هنا فأن تركيز العقد في مكان معين يعود بسريان قانون هذا المكان على العقد بوصفه مقراً له ومتى تحدد مقر العقد اي تركز العقد في نطاق اقليمي معين يستطيع القاضي الوصول الى تحديد القانون الواجب التطبيق على هذا العقد وفي سبيل ذلك فهو يستدل على ارادتهما بكافة الوقائع الخارجية والداخلية التي

من شأنها ان تؤدي الى تركيز العقد في مكان معين [٩٨]

ويرى باتيفول في هذا الاطار ان العقد كتصرف قانوني في حد ذاته هو حدث غير مادي فلا يشغل حيزاً مكانياً مما يصعب معه والحال هذه ان يتم تركيز الرابطة العقدية مكانياً , الا انه يحيط بالعقد من جهة اخرى احداث مادية خارجية يمكن تركيزها مكانياً فهذا يعني ان تركيز العقد يعني اختيار مقره استناداً لما يحيط به من احداث خارجية ثم اختيار احدى هذه الاحداث وترجيحه على باقي الاحداث الاخرى واعتبار ان محل وقوع هذا الحدث هو مقر العقد .

وفي هذا الاطار فأنه يمكن الاستناد الى وقائع اخرى خارجة عن تكوين العقد مثل اتصال العقد بأكثر من نظام قانوني واحد ومكان تنفيذه وسلوك المتعاقدين اللاحقين على ابرام العقد .

وكذلك فهناك وقائع داخلية يمكن الاستناد اليها في نطاق نظرية التركيز الموضوعي منها الجنسية المشتركة للمتعاقدين وموطنهم المشترك وتعلق العقد بعقار وتحرير العقد بلغة معينة والنص في العقد على عقد الاختصاص بالمنازعات المتعلقة بهذا العقد لقضاء دولة معينة او محكمي دولة معينة ومن هذه الوقائع جميعها وبعد تركيزها في نظام قانوني معين يستخلص القاضي القانون الواجب التطبيق على العقد [٩٩]

الفرع الثاني:النتائج المترتبة على الاخذ بنظرية التركيز الموضوعي

يترتب على الاخذ بنظرية التركيز الموضوعي في اطار عقود الاستهلاك في القانون الدولي الخاص مجموعة من النتائج يمكن اجمالها بما يأتي :-

١. يبقى القانون المختص وفقاً لفكرة تركيز العلاقة العقدية محتفظاً بطابعه كقانون يحكم كافة جوانب العقد دون تفريقه بين القواعد الامرة والقواعد المكملة ولا محل لتجزئة العقد بين عدة قوانين .
٢. الحيلولة دون اطلاق حرية الارادة في اختيار القانون الذي يحكم العقد ما لم يكن هذا القانون ذا صلة بالعلاقة العقدية وان تكون تلك الصلة حقيقية وفعالة اذ لا يكفي ان يعلن الطرفان بأنهما ابرما العقد في دولة معينة كي يمكن القول بتوافر الصلة بين هذا العقد وقانون تلك الدولة بل يجب ان تتركز العلاقة في نطاق نظام قانوني حتى يكون هذا القانون مختصاً بحكمهما [١٠٠] ويل على نظرية الاحالة في مجال عقود التجارة الدولية
٣. عدم التعويل على نظرية الاحالة في مجال عقود التجارة الدولية فأنصار هذه النظرية يؤكدون ان القاضي عندما يقوم بتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد انما يأخذ في الحسبان كافة الظروف المحيطة بالتعاقد والتي تكشف عن القانون الاوثق صلة بوصفه مركز الثقل في هذه الرابطة العقدية وان قبول الاحالة الى قانون اخر ليست له صلة وثيقة تعبر عن هذا المركز يؤدي

(٩٨) يرى باتيفول ان اعمال نظرية التركيز الموضوعي لاتؤدي الى فكرة الاقليمية فعندما يتم الاعتماد على اجراء التركيز على عناصر خارجية عن العقد اكثر من العناصر الداخلية للعقد فأن التركيز يبتعد عن الطابع الاقليمي ليصبح تركيزاً ذهنياً يعبر عن الرابطة التي تقوم بين العقد ونظام قانوني معين .

(٩٩) د.طارق عبد الله عيسى المجاهد , تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية ,مصدر سابق , ص ٦٨ .

(١٠٠) د. هشام علي صادق ,القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية , منشأة المعارف ,الاسكندرية ,١٩٩٥, ص٤٠٠ .

كلية القانون و العلوم السياسية

الى خضوع العقد لقانون لا يعتبره القاضي معبراً عن مركز الثقل في هذه الرابطة التعاقدية.(١٠١)

ان هذه النظرية تعالج الخلاف الحاصل في القول بأن إخضاع القانون الذي يحكم العقد لاتفاق المتعاقدين يؤدي الى الوقوع حلقة مفرغة مفادها ان القانون المختار يستمد اختصاصه من مبدأ الإرادة في حين ان مبدأ الارادة يستمد قوته الملزمة من القانون المختار حيث تم حلحلة هذا الاشكال من خلال نظرية التركيز الموضوعي التي تذهب الى القول ان إرادة الاطراف ليس موضوعها اختيار القانون الواجب التطبيق وانما فقط تركيز العقد ومعنى ذلك ان لا يكون للأطراف حق الاختيار المباشر للقانون الواجب التطبيق.

المطلب الثاني: دور إرادة الاطراف في نظرية التركيز الموضوعي واثرها على عقود الاستهلاك

ونتناول في هذا المطلب ومن خلال فقرتين بيان كيفية الابقاء على ارادة الاطراف في نظرية التركيز الموضوعي ثم نعرض في فقرة اخرى لاثر تلك النظرية في عقود الاستهلاك وكما يأتي:

الفرع الاول: الابقاء على إرادة الاطراف في إطار نظرية التركيز الموضوعي

تسمح نظرية التركيز الموضوعي بالإبقاء على دور إرادة الاطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق ولكن مع الرفض الكامل لفكرة اندماج هذا القانون في العقد وإنزاله منزلة الشروط العقدية كما هو الحال في النظرية الشخصية التي تقضي بإنزال القانون المختار منزلة الاتفاق، كذلك فانه بموجب النظرية الشخصية يستطيع الاطراف اختيار اي قانون ليس له اي رابطة مع العملية التعاقدية كما يمكنهم ايضاً اختيار قانون معين تحت شرط استبعاد كل النصوص الحديثة التي قد تلي إبرام العقد(١٠٢) .

وبطبيعة الحال فإن الرخصة المطلقة لاختيار القانون الواجب التطبيق على العقد سوف تؤدي الى السماح للأطراف بعدم إخضاع عقدهم الا لبعض النصوص في القانون المختار مع استبعاد باقي نصوصه والتي قد تكون ضمن النصوص الآمرة في هذا القانون وهذا يمثل خطورة شديدة على حماية الطرف الضعيف باستبعاد النصوص المعدة خصيصاً لحماية مصالحه (١٠٣) .

ومن هنا كان دور ارادة الاطراف وفق نظرية التركيز الموضوعي غير مباشر في اختيار القانون الواجب التطبيق من خلال تركيز علاقاتهم العقدية في اطار قانوني معين على ان لا يغرب عن البال القول ان هذا الاختيار لا يكون ملزماً للقاضي بصورة حتمية لأنه ينطوي على مسألة وقائع وعليه فأن للقاضي الاعتداد بهذا الاختيار او الاعراض

(١٠١) المصدر السابق ص٤٠٠

(١٠٢) د. احمد عبد الكريم سلامة، العقد الدولي الطليق، الطبعة الاولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨، ص٩٤.

(١٠٣) د.خالد عبد الفتاح محمد خليل ,حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص ,دار النهضة العربية , ,القاهرة , ٢٠٠٢, ص١٢٦.

عنه [١٠٤] .

ويمكن الاشارة في هذا الاطار الى ان التمييز بين الارادة الصريحة والضمنية ليست بذات اهمية كي يمكن الاخذ بها فكما ذكرنا بأن ارادة المتعاقدين – صريحة كانت او ضمنية – لا تقوم باختيار القانون الذي تريده بل انها تركز العلاقة العقدية في مكانٍ معين فتكون والحال هذه كاشفة لمركز الثقل في العلاقة والتي يجب اخضاعها لقانون ذلك المركز [١٠٥] .

الفرع الثاني: اثر نظرية التركيز الموضوعي في حماية المستهلك

يمكن القول بصورة عامة ان هذه النظرية تلعب دوراً هاماً في حماية المستهلك ولبيان ذلك نقول ان كل القواعد التي وضعتها الدول لغرض حماية المستهلك توم على حقيقة اساسية مفادها ان عقود الاستهلاك لا تكون فاقدة للتوازن المادي بسبب اختلال المراكز القانونية للطرفين المتعاقدين , ففي حين يكون الطرف المتعاقد مع المستهلك مالكاً للخبرة التجارية والقانونية اضافة الى القوة الاقتصادية ما يمكنه من تحقيق اعلى مقدار من الربح فأن المستهلك غالباً ما يكون اقل قدرة وامكانية على كافة الاصعدة مما يدفع الى وجوب وضع قواعد حمائية الغرض منها اعادة التوازن الى تلك العقود [١٠٦] .

اما بالنسبة للدور الذي تلعبه نظرية التركيز الموضوعي في حماية المستهلك فنقول ابتداءً ان تلك النظرية تقوم على فرض قيود على الطرف القوي في العقد مما يؤدي الى الحد من الاختلال في المراكز القانونية في عقود الاستهلاك نتيجة لأعمال مبدأ سلطان الارادة (الذي يقف الى جانب الطرف القوي في العقد) [١٠٧] ، وكمثال على ما تقدم فإن البائع في عقد البيع هو الذي يبحث عن الاختيار للقانون الذي يمكنه من التهرب من نتائج تطبيق القانون الواجب التطبيق موضوعياً ويساعده في ذلك خبرته القانونية والاستعانة بمستشارين قانونيين وذلك على خلاف المستهلك الذي لا تتوافر لديه الخبرة او الامكانية لمعرفة النتائج التي تترتب على تطبيق القانون المختار على العقد لكونه يتعاقد لإشباع حاجاته الشخصية[١٠٨].

فإذا امكن القول بأنه القول بأنه وبمقتضى نظرية التركيز الموضوعي يكون للقاضي ان يستبعد القانون الذي تم اختياره ليطبق على عقد الاستهلاك متى ما كان غير منطوي على تركيز حقيقي للعقد فإن ذلك سيؤدي بالضرورة الى تدارك مخاطر التحايل على القوانين الناتجة عن مبدأ حرية اختيار القانون الواجب التطبيق وهو ما يؤثر بصورة إيجابية باتجاه حماية المستهلك[١٠٩] ، فيقال والحال هذه ان دخول المستهلك

(١٠٤) د. هشام علي صادق , القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ,مصدر سابق ,ص ٣٩٥ .

(١٠٥) aBttfol (H) subjectivism… op.cit.p.**249**

نقلاً عن د. طارق عبد الله عيسى المجاهد ,تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية ,رسالة دكتوراه في القانون ,مصدر سابق ,ص٧٠ .

(١٠٦) قد لا يكون المستهلك متجرداً في بعض الاحيان من كل الامكانات الاقتصادية او القانونية= = فقد يكون هذا الاخير عبارة عن شركة بأمكانيات مالية ضخمة الا انها ونظراً لكونها تبرم عقداً لا يتصل بنشاطها المهني فهي تعد مستهلكاً وبالتالي تكون جديرة بالحماية : انظر في ذلك المادة ١/ خامساً من قانون حماية المستهلك العراقي .

(١٠٧) د. خالد عبد الفتاح محمد خليل، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص١٣٢.

(١٠٨) انظر في ذلك حكم محكمة باريس الجزائية بتاريخ ٤ اكتوبر ١٩٧٩ حيث عرفت المستهلك بأنه (الشخص الذي يصبح طرفاً في العقد من اجل الحصول على السلع والخدمات لإشباع إحتياجاته الشخصية).

(١٠٩) د. طارق عبد الله عيسى المجاهد، تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص٧١-٧٢

في علاقة تعاقدية دولية لا يعني بالضرورة فانه للحماية التي يوفرها له قانونه الوطني، بل على العكس من ذلك قد يجد المستهلك حماية افضل من الحماية التي يوفرها له قانونه الداخلي بتطبيق قانون اكثر صلاحية للمستهلك بموجب تركيز العلاقة العقدية وفقاً لنظرية التركيز الموضوعي.

المطلب الثالث: تقدير نظرية التركيز الموضوعي في إطار حمايةالمستهلك

ابتداءً نشير الى القول بوجود الكثير من المميزات التي تنطوي عليها نظرية التركيز الموضوعي لع من اهمها عدم منح الارادة مطلق الحرية في تحديد القانون الواجب التطبيق في عقود الاستهلاك، بل ان التحديد يكون من خلال القاضي المختص، وهي من جهة اخرى تمنع تحايل بعض اطراف العقد- ونقصد بذلك المهني المتعاقد مع المستهلك- الذي يكون قادراً على إخضاع المستهلك لإرادته في الاختيار بحيث يتجنب القواعد الأمرة التي ترد في قانون الدولة التي يرتبط بها العقد اكثر من غيرها، وبالتالي فهي تقف في مواجهة حالة اختيار قانون عديم الصلة بظروف ووقائع العقد.

ورغم ما تقدم فإن هذه النظرية لم تخلو من النقد والتجريح حيث يرد عليها اكثر من انتقاد على الاخص بقدر تعلق الامر بحماية المستهلك ويمكن إيراد اهم تلك الانتقادات تباعاً بما يأتي:

اولاً: لعل اول ما وجه لهذه النظرية من انتقاد هو ما كان يعد إحدى ميزاتها ونعني هنا القول بأن تلك النظرية حجمت من مبدأ سلطان الارادة حيث ذهب الفقه في جانب منه الى القول بأن هذا الامر يخل بالتوقعات المشروعة للأطراف في عقد الاستهلاك(١١٠) ، وفيه مجافاة للحقيقة حيث ان التشريعات الوطنية عندما تستند الالتزامات التعاقدية لقانون الارادة تكون بذلك قد صاغت حكماً عاماً مفاده اعتباره قانون الارادة قاعدة إسناد عامة في مجال العقود(١١١).

ومن ثم فإن استبعاد القاضي الذي ينظر في النزاع للقانون الواجب التطبيق الذي تم اختياره صراحةً من قبل الاطراف المتعاقدة من شأنه الخروج كما عبر عنها في قواعد التنازع(١١٢).

ولعل الخطورة في هذا الاطار تتجسد في منح الحرية المطلقة للقاضي وعدم تقييده بأي نتيجة، فإن ذلك سيؤدي بالضرورة الى عدم تحقق عنصر الامان وعدم التبصر او التوقع بشأن القانون الواجب التطبيق.

كذلك فأن الطلب بأن يكون القانون المختار معبراً عن مركز الثقل في العلاقة العقدية ينطوي على اهدار لحق الاطراف في عقد الاستهلاك على الاختيار الا في حال كان القانون الذي تم اختياره بعيد دائماً عن مركز الصلة في العلاقة العقدية (١١٣) فهو يكون والحال هذه باحثاً في اختياره عن الصلة دون المصلحة .

---

(١١٠) د. خالد عبد الفتاح، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، ص١٣٧.

(١١١) انظر المواد ٢٥ من القانون المدني العراقي و١٩ من القانون المدني المصري ، كذلك نشير الى ان إتفاقية روما ١٩٨٠ والمتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية بين دول الاتحاد الاوربي منحت المتعاقدين حرية مطلقة في إختيار قانون العقد.

(١١٢) د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص٣٩٠.

(١١٣) المصدر السابق ,ص٤٠١ .

ثانياً: ان الاخذ بنظرية التركيز الموضوعي في اطار عقود الاستهلاك قد يؤدي الى نتائج خطيرة تتجسد في ان لا يكون تحديد القانون الواجب التطبيق على تلك العقود وفقاً لقواعد تنازع القوانين التقليدية وانما يكون من خلال سلطة القاضي التقديرية وفقاً لكل حالة على حدة وفقاً لظروف التعاقد وملابساته (١١٤) .

ونرى ان المحاذير المتعلقة بمنح السلطة التقديرية للقاضي في اختيار القانون الواجب التطبيق لا يمكن التسليم بها على اطلاقها وذلك لان تلك الحرية هي حرية وظيفية وليست حرية عشوائية بمعنى ان القاضي عندما يوظف سلطته التقديرية تلك في اختيار القانون الواجب التطبيق لابد ان يستند اختياره هذا الى ظروف وصلات واقعية دفعت به الى ذلك الاختيار وبالتالي فهو لا يكون محكوماً بأهواء محضة او اقتناع شخصي فقط .

ثالثاً: قد لا يؤدي العمل بنظرية التركيز الموضوعي الى تحقيق مصلحة المستهلك في كل الاحوال فقد ذكرنا مسبقاً عند الكلام في الانتقاد الاول لنظرية التركيز الموضوعي ان القاضي عند تبنيه لهذه النظرية يكون هادفاً للوصول الى الصلة التي تربط العقد بقانون معين قد لا يلتفت والحال هذه الى المصلحة المتحققة من هذا الاختيار وهي كما ذكرنا في عقود الاستهلاك حماية المستهلك بوصفه الطرف الضعيف في المعادلة التعاقدية لمثل تلك العقود .

كذلك يمكن القول بوجوب التمييز بين النهج القائم على تقييد ارادة الاطراف في استبعاد العمل بالقواعد الامرة في القانون الواجب التطبيق والذي يحقق حماية المستهلك , وبين النهج الذي تنطوي عليه نظرية التركيز الموضوعي في اقتصار دور الارادة في تركيز العقد مكانياً حيث تم استبعاد القانون المختار بواسطة الاطراف عند توفر الروابط الوثيقة بينه وبين العقد (١١٥).

ومن هنا فأن حماية المستهلك بوصفه الطرف الضعيف في العقد لا تكون متزامنة في كل الاحيان سلب الحق في اختيار القانون الذي يطبق على العقد فقد يكون هذا الاختيار غير مبني على هيمنة الطرف القوي في عقد الاستهلاك بل يكون منطوياً على خلق التوازن في العلاقة العقدية وتحقيق مصلحة الاطراف .

(١١٤) د. طارق عبد الله عيسى المجاهد ,تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية ,مصدر سابق ,ص ٧٨ .
(١١٥) د. خالد عبد الفتاح ,حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص ,مصدر سابق ,ص ١٣٩.

الخاتمـــــــة

من خلال ما تقدم من دراسة معايير اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود الاستهلاك الدولية يتبين ان هناك عدة معايير يمكن الركون اليها في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد الاستهلاك الدولي في حالة حصول النزاع بمناسبة العقد وفي حال عدم تحديد القانون من قبل المتعاقدين ابتداءً وتبين لنا اهم النتائج الاتية المترتبة على دراسة المعايير المتقدمة :-

- ان المستهلك هو الطرف الضعيف في عقد الاستهلاك الدولي لكونه لا يمتلك الخبرة الكافية في التعاملات المدنية الدولية لحماية مصالحة لذا فأنه غالباً ما يعمد مورد البضاعة او الخدمة الى اختيار القانون الذي يخدم مصالحه على حساب المستهلك .
- هناك عدة انتقادات للمعايير الخاصة باختيار القانون واجب التطبيق على عقود الاستهلاك الدولية اما لأنها لا تتلاءم مع الحداثة الحاصلة في التجارة الدولية وخاصة في التعاقدات عبر الوسائل التقنية الحديثة او للانتقادات التي وجهت لقانون الارادة في تحديد القانون واجب التطبيق على عقود الاستهلاك الدولية ومحاولة التخفيف من انتقاد هذا المعيار في ان القانون المختار وفقا للإرادة ليس دائماً مضراً بمصلحة المستهلك اذ قد يكون بجانبه ويحقق مصالحه ووردت محالة لاستبعاد قانون الارادة ومن ثم تقييد الارادة في تحديد القانون واجب التطبيق ,الا ان المعيار الاقرب لتحقيق مصالح طرفي العقد هو معيار نظرية التركيز الموضوعي التي تركز على اعتماد الارادة في اختيار القانون الاوثق صلة بالعلاقة العقدية اي ان الارادة تتركز في اختيار قانون المكان الاوثق صلة بالعقد لذا فأنه ووفقاً لرأي اصحاب هذا المعيار ان الاخذ به يؤدي وحسب رأي أصحاب النظرية الشخصية الى ان اختيار المتعاقدين لقانون العقد لا يتم بناء على قاعدة من قواعد تنازع القوانين وانما يستند الى مطلق سلطات الإرادة ويترتب على ذلك اندماج القانون المختار في العقد لتصبح احكامه مجرد شروط عقدية يستطيع المتعاقدون الاتفاق على ما يخالفها ولو اتسمت بالطابع الامر.
- اما على صعيد التوصيات التي يمكن الاشارة اليها من خلال هذه الدراسة وفي اطار القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل وخاصة فيما يخص المادة ٢٥ منة المتعلقة بتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد اذا شابه عنصر اجنبي فيبدأ بتطبيق قانون الارادة الصريحة او الضمنية ومن ثم قانون الموطن المشترك للمتعاقدين ان اتحدا موطناً او قانون محل ابرام العقد في حال عدم اتحاد الموطن , وبما ان القانون العراقي لم يتطرق للقانون الواجب التطبيق على عقود الاستهلاك في كل من القانون المدني او قانون الاستهلاك وبما ان المادة ٢٥ من القانون المدني لا تلبي الطموح في اختيار القانون الافضل لحماية المستهلك لذى ندعو المشرع العراقي للأخذ بنظرية التركيز الموضوعي فيما يخص عقود الاستهلاك ضمن قانون حماية المستهلك العراقي