# وسائل تحديد ضابط الاداء المميز ومجال إعماله في العلاقات الخاصة الدولية

م. د. نورس عباس العبُّودي
كلية القانون والعلوم السياسية/ الجامعة العراقية

**الملخص**

اذا كان من المسلم ان العلاقات الدولية الخاصة متسارعة التطور. واذا كانت هذه العلاقات ضرورية الى درجة كبيرة في المجتمع المعاصر لكونها من علامات التطور الاقتصادي، فانه من المؤكد ان القواعد الجامدة للتنازع لن تكون قادرة على مواكبة التطور الهائل الذي تشهده الحياة الدولية الخاصة. ومادام تقنينا المدني رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ قد تبنى قواعد اسناد جامدة لم تعد مجدية، بل ربما يمكن وصفها بانها عامل طرد للعلاقات الخاصة عموما وللاستثمار الاجنبي على وجه الخصوص. لذا يكون هناك حاجة مُلحة للبحث عن حلول عملية اكثر فاعلية، ولعل من انجح النظريات في هذا السياق هي نظرية الاداء المميز التي تم تبنيها من قبل اتفاقية روما بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية١٩٨٠ اذ يعد من أهم معايير الاسناد الاحتياطية التي تطبق في حالة عدم وجود قانون الارادة.

**ABSTRACT**

If it was recognized that private international relationships are accelerated development and whether these relationships are necessary to a large degree in contemporary society for being one of the signs of economic development , So it is certain that the rigid rules of conflict of laws cannot be able to keep up with the huge development of private international life, and as long as the Iraqi civil code No.(40) in 1951 advocated rigid rules in this concern, which are no longer viable, and could describe as expulsion factor to the private international relations generally and the foreign investment, therefore there is an urgent need to find another effective solutions to govern the private international contracts, and may be one of the most successful theories in this concern is that " the theory of characteristic performance" advocated by Rome convention about the applicable law on contractual obligations 1980, that

is an important alternative reference criteria which apply in the absence of the choice of law .

## المقدمة

## فكرة موضوع البحث.

يعد موطن المدين بالأداء المميز من ضوابط الإسناد الاحتياطية التي تحكم العلاقات الخاصة الدولية. وهو من طروحات الفقه الدولي المعاصر والتي وجدت لتلافي النتائج غير المنطقية التي أدى اليها غلو النظريات التقليدية في تحديد القانون واجب التطبيق. ويقوم على إسناد العقود الخاصة الدولية الى قانون موطن المدين بالأداء المميز متى انعدم قانون الإرادة؛ حماية للتوقع المشروع للأطراف وتحريا لأوثق صلة بين العلاقة او الفكرة المسندة و القانون المسند إليه.

## أهمية الموضوع.

ان نظرية الأداء المميز تمثل التطور المنطقي للقانون الدولي الخاص المعاصر وجاءت بضابط مهم في إسناد العلاقات العقدية ظهرت اهميته بشكل عالمي بعد تبنيه من اتفاقية روما ١٩٨٠ والتي "خَطَت بالنظام الاوربي الى مرحلة جديدة في توحيد القواعد العامة التي تحكم مؤسسة العقد الدولي"[١] فالبحث في هذا الضابط له من الاهمية ما للضابط ذاته في تحقيق الفاعلية الإسنادية للعلاقات الخاصة الدولية، فهو يحقق غايات منطقية من اهمها إسناد العقود الدولية الخاصة للقانون الاوثق صلة بالعقد في حالة انعدام قانون الارادة.

ومادام الواقع في العراق يشهد انعطافات كبرى تفرض نفسها بعد التحول من النظام الاشتراكي -الذي كان سائدا- الى النظام الرأسمالي. فأن فرص وجود العلاقات الخاصة الدولية قد ازدادت بسبب هذا التحول والذي بات يشكل عامل جذب للمستثمرين من جهة ولأشخاص القانون الدولي الخاص عموما من جهة ثانية. لذا يبدو من الضروري البحث في وسائل الارتقاء بالأحكام القانونية المعنية بتنظيم العلاقات الخاصة الدولية، كي تكون من عوامل تشجيع ازدهار تلك العلاقات. ومن أجل ذلك انعقدت هذه الدراسة التي ستسلط الضوء على نظرية الأداء المميز للوقوف على مدى فاعليتها وكيفية تحديد الضابط الذي جاءت به.

## منهج البحث:

سيعنى البحث بدراسة نظرية الأداء المميز في النظام القانوني الذي يمثل المصدر التاريخي لها وهو القانون السويسري ، واتفاقية روما التي بلورت النظرية الى العالم كضابط إسناد احتياطي له مكانته في تحديد القانون الواجب

---

[١] د.عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، الطبعة الاولى ٢٠٠٨م،ص٣٥٥.

التطبيق وستكون الدراسة بحاجة الى الاستعانة بالمنهج الوصفي من اجل الاحاطة بمضمون هذا الضابط لا سيما وان فكرته جديدة نوعا ما وغير واضحة، مسنودا بالمنهج التحليلي الذي يساعد البحث في عملية محاكمة النصوص التشريعية والآراء الفقهية بخصوص ضوابط الإسناد المتصلة بالبحث مما يخدم البحث في تحقيق غايته. خصوصا عندما يتعلق الامر بالمقارنة بين الاحكام القانونية الواردة في القانون الدولي الخاص السويسري ١٩٨٧ واتفاقية روما ١٩٨٠ بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية. واللذين سيتركز البحث في احكامهما بالقدر الذي يتعلق بضابط الأداء المميز في الاحوال التي يمس بها أطراف العقود الدولية الخاصة.

## إشكالية البحث

يسعى البحث الى الإجابة على التساؤلات الآتية:

- كيف يمكن تحديد الأداء المميز في العقد ؟ وما انجح وسائل تحديده؟
- ما هي حدود عمل ضابط الأداء المميز؟ وهل ينطبق على العقد الخاص الدولي في كل حالة يغيب فيها اختيار القانون الواجب التطبيق من قبل اطراف العقد؟

## خطة البحث.

بغية اعطاء البحث بُعده لا بد من أن تعمل الدراسة على البحث في مفهوم الأداء المميز في مبحث تمهيدي. حتى يتسنى لنا بعد ذلك تسليط الضوء على الوسائل التي تستخدم لتحديد كون الأداء مميزا من أجل تطبيق قانون ما دون غيره من القوانين المتصلة بالعقد، وهذا ما سيعمل عليه المبحث الأول والذي سيبحث في وسائل الفقه والقانون في تحديد الأداء المميز كلا في مطلب مستقل. وحتى تصل الدراسة لغايتها لابد من تحديد مجال اعمال ضابط الأداء المميز في إسناد العقد لقانونٍ معين. وهذا ما سيعمل عليه المبحث الثاني من البحث والذي سيبحث في اصل تطبيق الضابط أو مجال اعماله والاستثناءات الواردة عليه.

## مبحث تمهيدي

## مفهوم ضابط الأداء المميز

عند البحث في ضوابط الاسناد[١] على صعيد القانون الدولي الخاص المعاصر وجدنا إن الحلول التشريعية التي تعتمدها القوانين المختلفة في تحديد

[١] ضابط الإسناد هو "المعيار الذي يعول عليه المشرع بوصفه مرشدا الى القانون الواجب التطبيق على الفكرة المسندة (موضوع قاعدة الإسناد) والذي يشكل اداة الوصل بين موضوع قاعدة الإسناد والقانون المسند اليه" . ينظر: د. علي فوزي ابراهيم، قاعدة الإسناد، مكتب نور العين للطباعة والاستنساخ، بغداد ٢٠١٠، ص١٥.

القانون الواجب التطبيق على العقود الخاصة الدولية - في حالة غياب قانون الارادة- لا تخرج عن فروض ثلاثة:

**اولها:** الإسناد الجامد لقانون معين (محدد سلفا من المشرع)[١]كما في تطبيق قانون الموطن المشترك او قانون محل ابرام العقد الذي اخذت به المادة ( ١/٢٥) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١م[٢] وكذلك المادة (١٩ /١) من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨م.

**والثاني:** هو الإسناد المرن الذي يؤدي الى تطبيق قانون غير محدد سلفا ويلقي على عاتق القاضي مهمة تحديد القانون الذي يرتبط بالعقد بصلة او علاقة وثيقة[٣] وهذا هو النظام المتبع في القانون الانكليزي. اذ يحدد القاضي في كل قضية معروضة عليه القانون الاوثق صلة بالعقد والذي يختلف في كل مرة عن القانون الواجب التطبيق في قضايا اخرى . مثل مكان التنفيذ او مكان الابرام او غيرها[٤]

**والثالث :** هو الجمع بين الإسناد الجامد والمرن بإخضاع العقد الى قانون محل اقامة المدين بالأداء المميز. والذي نادى به الفقيه السويسري ( شنايتزر) [٥] والذي يرى ان التركيز السليم للعقد يكمن في البحث عن روابط متصلة به بالنظر الى وظيفته في الحياة الاقتصادية، فكون العقد ألمانيا او فرنسيا لا ينبغي ان يكون تركيزا بالمعنى الجغرافي او الاقليمي للكلمة، لكنه تحديد لأي مجال قانوني وطني ينتمي العقد بطبيعته [٦]

ويدعو صاحب نظرية الأداء المميز الى تطبيق قانون محل اقامة الطرف المدين بالأداء او الالتزام الجوهري في العقد الدولي الخاص. ويرى إنه يوجد طرف واحد في الحياة الاقتصادية للعقد يكون له دور فاعل وظاهر في ابرام العقد، فهو الذي يبيع وينقل ويعطي القرض، اما الطرف الاخر فهو مجرد عميل عادي[٧] لذا يدعو بعد تحديد صاحب الأداء المميز من اطراف العقد الدولي الخاص الى اخضاع العقد لقانونه.

---

[١] ينظر: د. أشرف وفا محمد، مصدر سابق،٥١٧.

[٢] تنص المادة (١/٢٥) من القانون المدني على انه " 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 ما لم يتفق المتعاقدان او يتبين من الظروف ان قانونا اخر يراد تطبيقه".

[٣] ينظر: د. أشرف وفا محمد، مصدر سابق، ص ٥١٨-٥٢١.

[٤] ينظر: د. أشرف وفا محمد، مصدر سابق،ص٥١٩.

[5] See: Kurt Lipstein, Characteristic Performance -- A New Concept in the Conflict of Laws in Matters of Contract for the EEC P.405. available on:
http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1099&context=njilb

[٦] ينظر: د. خالد عبد الفتاح محمد، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، مصر،٢٠٠٢،ص١٥٢.

[٧] ينظر: د. خالد عبد الفتاح محمد، مصدر سابق، ص ١٥٣.

وتقوم نظرية الأداء المميز في نطاق المذهب الموضوعي بتحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية الخاصة باعتمادها على عملية توزيع الإسناد[١] او تجزئته[٢] بحيث يخصص لكل طائفة من العقود ضابط الإسناد الذي يتماشى مع طبيعتها المحددة مسبقا من خلال قواعد التنازع، ومن ثم خضوع العقد لقانون المكان الذي يكون الأداء المميز متحققا فيه دون البحث عن ظروف التعاقد وملابساته[٣] وتقوم فكرة الأداء المميز على تفريد معاملة العقود وتحديد القانون الواجب التطبيق على كل طائفة من العقود حسب الوزن القانوني والاهمية الواقعية للأداء او الالتزام الجوهري في العقد. ولما كان ذلك الأداء او الالتزام ليس واحدا في العقود جميعها ، فإنه من الطبيعي ان يختلف القانون الذي يحكم كل عقد[٤] ما يعني إنه في غياب قانون الارادة فان ضابط الأداء المميز ينتهي بتطبيق قانون موطن او محل اقامة المدين بالأداء المميز، وهذا معناه تحديد الصلة الأوثق بالعقد بالاستناد الى عوامل من داخل العقد وليس بالاستعانة بعوامل غير مرتبطة بجوهر الالتزام مثل جنسية الاطراف او مكان ابرام العقد[٥] فهذا الضابط يربط بين العقد وبين البيئة الاجتماعية و الاقتصادية التي يكون جزءً منها[٦]

ومن اجل وضع تصور عن مفهوم الاداء المميز سنعمل على عرض الافكار المتعلقة بتعريفه ومن ثم نضع تصورنا بشأن مفهومه.

بداية نشير إلى ان القوانين التي تبنّت هذا الضابط لم تأتِ بتعريف له، ومن هذه القوانين القانون السويسري ١٩٨٧م[٧]وكذلك القانون التونسي ١٩٩٨م. وحاول الفقه وضع تعريف للأداء المميز في ظل سكوت اتفاقية روما التي تبنته في المادة (٢/٤) منها [٨] فعرفه التقرير الخاص بالتعليق على نصوص الاتفاقية الذي وضعه الاستاذ الفرنسي لاجارد ( Lagarde) والاستاذ الايطالي جلوليان ( Glulian) [٩] على إنه **"الالتزام الاساسي الذي يتم الدفع مقابله"**[١] ما يعني إنه

---

[١] ينظر: د. طارق عبد الله عيسى المجاهد، مصدر سابق، ص ٨٦.

[٢] ينظر: د. حفيظة السيد حداد، مصدر سابق،ص٣٨١.

[٣] ينظر: طارق عبد الله عيسى المجاهد، مصدر سابق،ص٨٦.

[٤] ينظر: د. بدران شكيب الرفاعي، مصدر سابق،ص٢٢٣.

[٥] ينظر: د. بدران شكيب الرفاعي، مصدر سابق،ص٢٢٣.وايضا:د.أشرف وفا محمد، مصدر سابق،ص٥٢٥.

[٦] ينظر: د. بدران شكيب الرفاعي، مصدر سابق، ص ٢٢٣.

[٧] ينظر المادة (١١٧) من اتفاقية روما والفصل (٦٢) من القانون التونسي.

[8] Article 4\2 states that "Subject to -the provisions of paragraph 5 of this Article, it shall be presumed that the contract is most closely connected with the country where the party who is to effect the performance which is characteristic of the contract has, at the time of conclusion of the contract, his habitual residence, or, in the case of a body corporate or unincorporate, its central administration. However, if the contract is entered into in the course of that party's trade or profession, that country shall be the country in which the principal place of business is situated or, where under the terms of the contract the performance is to be,. effected through place of business other than the principal place of business, the country in which that other place of business is situated".

[٩] ينظر: د. أشرف وفا محمد، مصدر سابق، ص ٥٢٥.

في عقود البيع يعد التزام البائع بنقل الملكية هو الالتزام الجوهري او المميز اكثر من التزام المشتري بدفع الثمن[٢] ومن ثم يخضع العقد الدولي الخاص الى قانون محل اقامة ذلك البائع[٣] فطبقا لهذا التعريف يعد الالتزام المقابل للأداء النقدي هو الالتزام المميز، لكن رغم سهولة المعيار الذي يضعه هذا التعريف الا إنه يؤخذ عليه كونه غير جامع، فليست كل العقود تنطوي على مقابل نقدي او دفع نقدي.
ويعرفه جانب آخر من الفقه على إنه **" الأداء الرئيس التابع للالتزام الذي يقع على عاتق احد طرفي العقد والذي يعطي العقد مميزاته الفردية"**[٤]
وهذا التعريف ينظر الى الأداء من حيث دوره في اعطاء العقود خصائصها التي تميزها عما سواها، اي استند الى الالتزام الذي على أساسه يُكيَّف عقد ما على إنه عقد بيع وليس عقد هبة او ايجار او اعاره وهكذا. ونرى أن هذا التعريف أدق من سابقه.

وبالشأن ذاته يؤكد بعض الفقه[٥] إنه لا يمكن وضع تعريف جامع للفكرة ولا صياغة قاعدة تجمع كل سمات الأداء المميز؛ لأن الامر قائم على تحليل العقود او طوائف العقود للوقوف على الأداء الذي يمكن وصفه بالمميز ثم نبحث عن صاحب هذا الأداء لنطبق قانون محل اقامته على العقد الدولي الخاص[٦] والمقصود بمحل اقامة الشخص هو موطنه، ويعرَّف الموطن على إنه **" المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة بصفة دائمة أو مؤقتة.."**[٧]

أن عملية إسناد العقد لقانون موطن المدين بالأداء المميز يعد إسنادا وظيفيا[٨] بمعنى إسناد الرابطة العقدية للنظام القانوني الذي يحقق فيه العقد وظيفته الاقتصادية والاجتماعية، وغالبا ما يكون هذا المكان هو الاكثر ارتباطا او صلة بالعقد[٩] وتقوم هذه النظرية على فكرة مرنة ومحددة في آن واحد، فتتسم بالمرونة لاختلاف صورها في كل فئة من فئات العقود عن الاخرى. وفي الوقت ذاتها فأنها تضع معيارا محددا وواضحا، اذ يمكن في اطار كل فئة من فئات العقود ذات

---

[1] **Nicky Richardson, The Concept of Characteristic Performance and the Proper Law Doctrine,p.2 an article available on: http://epublications.bond.edu.au/blr**
[2] **see: Nicky Richardson, op. cit.p.2.**
[٣] **ينظر: د. أشرف وفا محمد، مصدر سابق،ص٥٢٥.**
[4] **Kurt Lipstein ,op.cit.p.404.**
[٥] **د. عكاشة محمد عبد العال، قانون العمليات المصرفية،ص٦٤. اشار اليه طارق عبد الله عيسى مجاهد، مصدر سابق،ص٨٦.**
[٦] **ينظر: طارق عبد الله عيسى مجاهد، مصدر سابق، ص ٨٦.**
[٧] **المادة ٤٢ من القانون المدني العراقي.**
[٨] **ينظر: طارق عبد الله عيسى، مصدر سابق،ص٨٨.**
[9] **Ivana kunda and Carlos Manuel, Practical handbook on European private international law, 2010 , p.14. available on: http://ec.europa.eu/justice/civil/files/practical_handbook_eu_international_law_en.pdf**

الطبيعة الواحدة مثل العقود الواردة على الملكية ان نحدد مسبقا المدين بالأداء المميز فيها وهو في الفرض اعلاه المدين بنقل الملكية، بغض النظر عن كون العقد بيع او هبة. فالمعيار المنضبط الذي وضعه مرن بقدر معقول. واساس ترجيح مكان المدين بالأداء المميز هو كون مكان محل اقامته هو المكان المفترض للتنفيذ[١] فضلا عن مسوغات أخرى لامجال لذكرها في هذا البحث.

إذن فهذه النظرية تقوم على تحليل موضوعي بحت للطبيعة الذاتية للعقد وصولا الى تحديد الالتزام الرئيس فيه حتى يمكن للقاضي في ضوء ذلك إسناد العلاقة لقانون موطن المدين بهذا الالتزام[٢]. لكن ينبغي ملاحظة ان هذه النظرية وان كانت تبتعد عن منهج الإسناد الجامد الذي تأخذ به بعض القوانين كالقانون المدني العراقي في المادة (١/٢٥) -المذكورة آنفا- وتعمل وفق منهج الإسناد التفصيلي في نطاق طوائف العقود المختلفة إلا انها لا تصل الى حد تجزئة العقد الواحد وإسناد عناصره المختلفة الى قوانين متعددة ،أي إنه إسناد تفصيلي لطوائف العقود المتماثلة دون ان يمس بوحدة الرابطة العقدية في مجموعها[٣].

فقانون موطن الشخص المدين بالأداء المميز بالعقد الدولي الخاص هو الواجب التطبيق على العقد في حالة غياب قانون الارادة وفقا لاتفاقية روما والقانون السويسري والتونسي. وهذا المعيار كي يحقق الغاية منه، وهي اضفاء الامان القانوني للأطراف بالنسبة لتوقعاتهم المشروعة عن تطبيق القانون، يستند الى موطن المدين بالأداء المميز وقت التعاقد[٤] وهذا هو التوقيت الذي يصون توقعات الاطراف، ما يعني إنه يبقى هو الواجب التطبيق حتى لو تغير موطن المدين بعد التعاقد والا سوف يصطدم مع توقعات الطرف الآخر في العقد. وهذا الأمر اكدت عليه اتفاقية روما في المادة ٤/ ٢ منها[٥].

في ضوء ما تقدم بالإمكان تعريف الأداء المميز على إنه **الالتزام الرئيس الذي يميز العقود ضمن الطوائف المختلفة عن بعضها.**

---

[١] **ينظر: د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف،الاسكندرية،١٩٩٥م، ص٤٤٥.**

[٢] **ينظر: د. هشام علي صادق، مصدر سابق، ص٤٤٣.**

[٣] **د. هشام علي صادق، مصدر سابق، ص٤٥٦.**

[٤] **ينظر: د. هشام علي صادق، مصدر سابق، ص٤٤٧.**

[5] **Article 4\2 states that: "… it shall be presumed that the contract is most closely connected with the country where the party who is to effect the performance which is characteristic of the contract has, at the time of conclusion of the contract ."**

## المبحث الأول: وسائل تحديد الأداء المميز

### تمهيد وتقسيم:

من استقرائنا لأحكام القوانين التي اعتمدت ضابط الأداء المميز في إسناد العقود الدولية الخاصة وكذلك احكام اتفاقية روما ١٩٨٠ وجدنا انها لا تضع معيارا محددا لتحديد الأداء المميز او تعيين الطرف المدين به بصورة مباشرة، فالاتفاقيات والقوانين المذكورة وان حددت محل اقامة المدين بالأداء المميز او موطنه او موطن المؤسسة المدينة بالأداء المميز الا انها ضربت امثلة عن الأداء المميز ولم تضع معيارا لتحديده[١] حتى شروحات الفقهاء ممن تصدوا للبحث في إسناد العقود الدولية الخاصة بالاستعانة بهذا الضابط فهي لا تميل الى وضع مثل هذا المعيار. اذ لاحظنا اكتفاء معظمها بعرض الامثلة وتحديد الأداء المميز في كل منها. وهذا ربما يتأتى من الايمان بصعوبة وضع معيار جامع تدخل تحته التطبيقات كافة. وفي محاولة لتذليل مهمة تحديد الأداء المميز في العقود الخاصة الدولية كخطوة لتحديد الطرف المدين بها وتطبيق قانونه عليها، سنبحث في الوسائل الفقهية في تحديد الأداء المميز وذلك في مطلب اول، ثم نلجأ بعد ذلك الى البحث في الوسائل القانونية في تحديد هذا الأداء في المطلب الثاني.

## المطلب الأول: وسائل الفقه في تحديد الأداء المميز

### تقسيم

تقسم العقود من حيث أثرها الى عقود ملزمة لجانب واحد واخرى ملزمة لجانبين[٢] وفي معرض تحديدهم للأداء المميز يدرس الفقه اهمية التزامات اطراف العقود الملزمة لجانب واحد وتلك الملزمة لجانبين ويُحللون كل منها لتحديد الطرف المدين بالأداء المميز لإسناد العقد لقانونه إذا انعدم القانون المختار. ولتحديد الأداء المميز في كل منها سنعمل على تقسيم المطلب الى فرعين.

### الفرع الأول: تحديد الأداء المميز في العقود الملزمة لجانب واحد

يعرف العقد الملزم لجانب واحد بإنه "العقد الذي ينشئ التزاما على عاتق احد طرفيه دون الاخر، اذ يكون هذا الطرف مدينا غير دائن ويكون الاخر دائنا غير مدين مثل عقد الوديعة غير المأجورة والكفالة وعقد الهبة"[٣].

---

[1] Kurt lipstein,op.cit.p.407.

[٢] ينظر: د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، المكتبة القانونية،بغداد،٢٠٠٧م،ص٤٢.

[٣] ينظر: د. عبد المجيد الحكيم، مصدر سابق، ص ٤٥.

وليس ثمة اشكالية في تحديد الطرف المدين بالأداء المميز بالنسبة لهذه العقود؛ لأن احد الطرفين فقط هو المدين وهو من يلتزم في مواجهة الطرف الاخر، والتزامه هذا قطعا سيكون مميزا إذا لم يكن الالتزام الوحيد. كعقد الوديعة بين شخص عراقي "المُودِع" واخر فرنسي المودع لديه أي المدين. وهذا الأخير هو الطرف الذي يقع على عاتقه الأداء المميز في هذه الحالة.[٢]. وفعلا هذه المسالة لا تثير اية صعوبة اذ يصار الى تطبيق القانون الفرنسي حسب ضابط الأداء المميز إذا لم يكن ثمة تحديد ارادي لقانون العقد. وكذلك الحال في عقد الكفالة والوكالة غير المأجورة وعقد الهبة. فالكفيل والوكيل والواهب وحدهم من يتحملون الالتزام المميز او الجوهري ومن ثم يكون قانون موطنهم هو الواجب التطبيق.

**الفرع الثاني: تحديد الأداء المميز في العقود الملزمة لجانبين**

يعرف العقد الملزم لجانبين او العقد التبادلي على إنه "العقد الذي ينشئ التزامات متقابلة على عاتق طرفيه، بحيث يكون كل منهما دائنا للآخر ومدينا له بالوقت ذاته"[٣]. ومثالها عقد البيع و الايجار وعقد الوكالة المأجورة والوديعة بعوض وعقد القرض وعقد الاعارة وعقد المقاولة وعقد التوريد وغيرها. وهذه العقود مادامت ترتب التزامات على عاتق طرفيها فينبغي تحليل الالتزامات وتحديد الاهم منها وصولا الى الأداء المميز. والضابط في تحديد الأداء المميز في هذه العقود كما يذهب الرأي الراجح في الفقه[٤] هو بالالتزام الذي يميز العقد عن سواه[٥]. ففي عقد البيع فإن الالتزام بنقل الملكية هو الذي يميز عقد البيع عن عقد الايجار وعقد الحراسة وغيرها. ويذكر ان هذا المعيار قد اخذت به اتفاقية لاهاي بشأن القانون الواجب التطبيق على البيع الدولي للمنقولات المادية اذ جعلت القانون الواجب التطبيق هو قانون محل اقامة البائع الاعتيادية[٦].

وكان القضاء السويسري يعتمد هذا المعيار لتحديد الأداء المميز اذ قضت المحكمة الفدرالية السويسرية في حكم لها عام ١٩٥٣ **"أن كل عقد من العقود ينفرد بأداء يضفي عليه طابعه، فإذا تعلق الامر بعقد ملزم لجانبين، فإن القضاء**

---

[١] ينظر على سبيل المثال: د. بدران شكيب الرفاعي، مصدر سابق،ص٢٢٣. وطارق عبد الله عيسى المجاهد، مصدر سابق،ص٨٧.

[٢] ينظر: د. هشام علي صادق، مصدر سابق، ص٤٥٣.

[٣] ينظر: د. محمد حسن قاسم، القانون المدني الالتزامات، المصادر (١) العقد، المجلد الأول، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٧الاسكندرية، ص ٧٣.

[٤] See: Kurt Lipstein,op.cit.p.404. والاستاذة Gaudeme Tahhon مشار اليها لدى طارق عبد الله عيسى المجاهد، مصدر سابق، ص ٨٧.

[5] kurt lipstein,op. cit.p404.

[٦] ينظر: طلال ياسين العيسى، العقود الدولية وتطبيقاتها في القانون العراقي، اطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد،١٩٩٦م،ص ٨٧، ٨٨.

**وهو بصدد بحثه عن ضابط الإسناد يكون عليه ان يعول على الالتزام الجوهري في الرابطة العقدية محل البحث بوصف القائم به هو صاحب الأداء المميز فان تعلق الامر بعقد بيع مثلا فان التزام البائع هو الذي يكون كذلك ومن ثم فان القانون الذي يرتبط به هذا الالتزام بالرابطة الاوثق صلة يكون هو الواجب التطبيق "**[١].

ويضع الفقه قرينة لتحديد الأداء المميز مفادها إنه الأداء الذي يتم دفع المقابل النقدي لقاءه[٢] فالتزام البائع في عقد البيع هو الالتزام الرئيسي والجوهري لأنه هو الذي يميز عقد البيع عن غيره فضلا عن إنه الالتزام الذي يتم الدفع النقدي مقابله[٣] ولا بأس من الاشارة الى ان القانون المدني العراقي اعترف بالأداء المميز بالمعنى المتقدم. وجعل من الثمن الأداء المقابل له في عقد البيع. واجاز للبائع حبس المبيع إذا لم يتسلم الثمن؛ لأنه افترض حسب اعتقادنا اهمية التزام البائع بنقل الملكية ورجحانه او تميُّزه عن الأداء النقدي للثمن. ويظهر هذا جليا في المادة ٢/٥٧٥ منه والتي نصت على إنه **"٢- ويجب على المشتري ان ينقد الثمن اولا في بيع السلعة بالنقد إذا احضر البائع السلعة ..."**.

والحق ان اتباع المعيار الذي يقضي باعتبار الأداء مميزا متى كان الالتزام هو الذي يميز العقد عن سواه ضمن طوائف العقود المختلفة يعد معيار منضبطا ويكفي لوحده لتحديد الأداء المميز دون حاجة لقرينة كون الالتزام هو المقابل للأداء النقدي ؛ فليست كل العقود منطوية على الأداء النقدي، حتى بالنسبة للعقود الملزمة لجانبين يتصور ان لا يكون العقد منطويا على مقابل نقدي ويكون ذلك بالنسبة للعقود الملزمة للجانبين التبرعية. كعقد الاعارة والقرض بدون فائدة[٥] فالإعارة هو عقد تبرعي اذ لا يأخذ المعير مقابلا لما يعطيه من منفعة المعار في الوقت ذاته هو عقد ملزم لجانبيه؛ لأنه يفرض التزاما على عاتق المعير يتمثل في اباحة استعمال الشيء المعار لمصلحة المستعير. وهذا يقتضي إقباضه الشيء للمستعير. وهذا الاخير يلتزم باستعمال المعار وفقا للغرض والمحافظة عليه ورده[٦] وكذلك عقد القرض[٧] يرتب التزامات متقابلة على عاتق طرفيه لكنه لا

---

[١] مذكور لدى طارق عبد الله عيسى مجاهد، مصدر سابق،٩٧.

[٢] lagarde و Glulaian مشار اليهما لدى أشرف وفا محمد، مصدر سابق،ص٥٢٤. وراجع ايضا طارق عبد الله عيسى، مصدر سابق،ص٨٧.

[٣] ينظر:د.أشرف وفا محمد مصدر سابق، ص ٥٢٤، ٥٢٥.

[٤] ينظر: المادة ٥٧٧ من القانون المدني العراقي.

[٥] ينظر:د.عبد المجيد الحكيم،مصدر سابق،ص ٤٩.

[٦] ينظر المواد ٨٤٧- ٨٦٣ من القانون المدني العراقي.

[٧] ينظر بشأن القانون الواجب التطبيق على عقد القرض: د. محمد خالد الترجمان، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي واثار الاحكام الاجنبية، سنة ومكان الطبع غير مذكورين، ص٣٨٩.

يتضمن دفع نقدي مقابل التزام احد الطرفين[١] ففي الاحوال المتقدمة يكون الأداء المميز هو الذي يتحمله المعير والمقرض؛ لأن أداءه هو الذي يميز العقد عمَّا سواه فالتزام المعير بتمكين المستعير من الانتفاع بالعين المعارة هو الذي يميز العقد عن عقد الاجارة مثلا؛ لأن الاول تمكين بالانتفاع بلا مقابل، وكذلك هو الذي يميز عقد الاعارة عن عقد القرض ؛لأن التزام المعير هو بتسليم عين غير قابلة للاستهلاك[٢] للانتفاع بها باستعمالها وردها وهذه تكون من القيميات في حين تكون العين المقترضة هي من المثليات في عقد القرض.[٣] وغالبا ما تكون من النقود .

يتبين بعد العرض المتقدم ان الأداء المميز هو الذي يميز عقدا ما عن الآخر ويعطيه خصائصه الذاتية[٤]

## المطلب الثاني: وسائل القانون لتحديد الأداء المميز

### تمهيد وتقسيم

برز دور نظرية الأداء المميز كضابط مهم في إسناد العقود الدولية الخاصة بعد اعتمادها من قبل اتفاقية روما بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية١٩٨٠ والتي كانت وسيلة لتوحيد القواعد القانونية الخاصة بتنازع القوانين في دول الاتحاد الاوربي.[٥] لذا سنبحث في موقف اتفاقية روما من تحديد الأداء المميز في فرع اول، ولكون نظرية الأداء المميز ترجع في اصلها الى الفقه السويسري[٦]وتدين له بنشوئها وكونها قوام الإسناد الاحتياطي في القانون السويسري لذا سنبحث في وسائل هذا القانون في تحديد الأداء المميز في فرع ثاني.

### الفرع الأول: موقف اتفاقية روما من تحديد الأداء المميز

اعتمدت اتفاقية روما قانون الارادة كضابط إسناد اصلي لحكم العقد الدولي الخاص اذ قررت حكما يقضي بإنه **" يسري على العقد القانون الذي يختاره الاطراف ، ويمكن ان يكون هذا الاختيار صريحا او مستخلصا بصورة مؤكدة من احكام العقد او من ظروف القضية. وعن طريق اختيار القانون يستطيع الاطراف اخضاع كل العقد للقانون المختار او جزء منه فقط".**[٧] وفي حالة عدم الاتفاق على

---

[١] ينظر المواد ٦٨٤- ٦٩٣ من القانون المدني العراقي.
[٢] ينظر المادة ٨٤٧ من القانون المدني العراقي.
[٣] ينظر المادة ٦٨٤ من القانون المدني العراقي

[4] See: kurt lepstein,op.cit.p.404

[٥] ينظر: د. عبده جميل غصوب، مصدر سابق، ص٣٥٥.

[6] See : kurt lepstein,op.cit.p.405.

[7] See: Article 3 of THE 1980 ROME CONVENTION ON THE LAW APPLICABLE TO CONTRACTUAL OBLIGATIONS.

قانون ما فان الاتفاقية قد تبنت ضابطا احتياطيا لتغطية احتمال انعدام القانون المختار ، حيث قررت إنه **"١. إذا لم يكن ثمة قانون مختار وفقا للمادة الثالثة يسري على العقد قانون الدولة الاكثر صلة به .."**[1] ثم جاءت بمعيار او ضابط لتجسيد الصلة الاوثق بالعقد بقانون معين دون سواه وذلك بالفقرة الثانية من المادة الرابعة والتي نصت على إنه **"مع مراعاة حكم الفقرة الخامسة من هذه المادة يفترض ان العقد يكون اكثر صلة بالبلد الذي يكون فيه للطرف الذي يتعين عليه القيام بالأداء المميز للعقد وقت ابرام العقد محل اقامة معتاد، وبالنسبة للشخص المعنوي فإنه يكون المكان الذي يوجد فيه مركز الادارة. وعلى أية حال إذا ما تم ابرام العقد في اطار تجارة او مهنة احد الاطراف فيكون هو المكان الذي يوجد فيه المقر الرئيس لمزاولة التجارة او المهنة، او حيثما يتوجب وبموجب بنود العقد ان يتم التنفيذ من خلال مقر اخر غير المقر الرئيس فإنه يكون في البلد الذي يوجد فيه موقع ذلك المكان".**

ولنا بعد عرض الأحكام أعلاه ملاحظات على موقف الاتفاقية نجملها بالنقاط الرئيسة الاتية:

**أولا**: انها وضعت لتحديد ضابط الإسناد الاحتياطي الذي يحل محل قانون الارادة في حكم العلاقة العقدية إذا لم يوجد الأخير او لم يمكن التوصل اليه، وقد حددته الفقرة الاولى بأنه القانون الاوثق صلة بالعقد، وحتى تُحدد هذا القانون اقامت قرينة او افتراض تشريعي مؤداه ان القانون الاوثق صلة بالعقد هو قانون موطن المدين بالأداء المميز. ويلاحظ انها وبصدد تحديد موطن المدين بالأداء المميز قد تصدت لفروض ثلاثة هي الاتية:

١. موطن الشخص الطبيعي وحددته بمحل اقامته.
٢. موطن الشخص المعنوي كالمصارف وشركات التأمين، وحددته بمركز الادارة.
٣. موطن التاجر او ذوي المهن، كالطبيب والمحامي وغيرهم وحددته الاتفاقية بإنه المكان الرئيس لمزاولة النشاط او المكان الذي يشير العقد ان التنفيذ يتم من خلاله.

ولنا ان نتساءل في ضوء النصوص المتقدمة عن مدى التعويل على معيار الأداء المميز لإسناد العلاقة الدولية في الفروض اعلاه ومن اجل الاجابة يتعين علينا التمييز بين فرضين:

**الأول/** فيما يتعلق بموطن الشخص العادي والمعنوي المشار اليهما في النقطتين الاولى والثانية اعلاه. فإن الاتفاقية اعتدت بموطن المدين بالأداء المميز

[1] **Article 4 of the Rome convention.**

كضابط إسناد احتياطي يحدد القانون الواجب التطبيق في غيبة قانون الارادة.
**الثاني/** فيما يتعلق بالتجار وذوي المهن يبدو ان الاتفاقية اخذت بضابط الأداء المميز كذلك على اعتبار ان الطرف المكلف به هو التاجر او ذو المهنة كالطبيب والمحامي، ولكنها ربطته في حال تعدد مكان مزاولة النشاط بالمكان الذي يجري تنفيذ العقد من خلاله، بمعنى إنه لو كان التاجر يمتلك اكثر من محل تجاري يكون الرئيسي منها في باريس، وله فضلا عنه محال تجارية اخرى، فان الاصل ان القانون الفرنسي هو الواجب التطبيق؛ لكونه المكان الذي يوجد فيه المحل التجاري الرئيس، ما لم يدل العقد ان تنفيذه سيكون من خلال محل تجاري اخر في دولة اخرى ، عندها يكون القانون الواجب التطبيق هو قانون الدولة التي يوجد فيها ذلك المحل، وكذلك الحال بالنسبة للطبيب الذي تتعدد اماكن عياداته والمحامي الذي له مكاتب في اكثر من دولة الى غيرها من الفروض. ويبدو إنه في هذه الحالة عززت الاتفاقية ضابط موطن المدين بالأداء المميز بمكان تنفيذ العقد حتى لا يتم ربط العقد بمكان النشاط الرئيس من دون رابطة حقيقية، فتحرت الاتفاقية ان تؤكد الرابطة الفعلية بين العقد وافترضت ان الأداء المميز مشفوعا بمكان التنفيذ هو المكان الذي يعبر عن الرابطة الاقوى ومن ثم يحدد على اساسه القانون الواجب التطبيق.

وهذا ينبغي الا يفهم منه انها عوَّلت على مكان التنفيذ. بل على العكس تماما فهي تجاوزت مساوئ تعدده ومساوئ تعدد الموطن بالربط الموضوعي بينهما بشكل ادى كما يذهب بعض الفقه[١] الى اعطاء مفهوم خاص وموضوعي للقانون الأكثر صلة بالعقد؛ لاسيما وأن هذه الفكرة قد تبدو غامضة.

**ثانيا**: ان القرينة التي جاءت بها المادة (٢/٤) من الاتفاقية يمكن دحضها. اذ جاءت الفقرة الخامسة من المادة بحكم عام يقضي بالعدول عن حكم الفقرة الثانية المذكور إذا دلّت الظروف ان قانونا اخر هو الاوثق صلة بالعقد، هذا من جهة. ومن جهة اخرى انها قرينة عامة ورد النص على الخروج عليها بالنسبة لعقود خاصة عنيت الاتفاقية بوضع ضوابط إسناد خاصة بها، مثل المادة (٣/٤) فيما يتعلق بالعقود الواردة على العقار. والمادة (٥) المتعلقة بعقود المستهلك، والمادة (٦) بشأن عقود العمل الفردية.

**ثالثا**: انها عُنيت بتحديد موطن المدين بالأداء المميز اكثر من عنايتها بتحديد فكرة الأداء المميز ذاته. لكن يمكن وبالاستعانة ببعض المؤشرات التي ذكرتها الفقرة (٢) من المادة (٤) تحديد الأداء المميز وعلى النحو الاتي:

---

[١] د. بدران شكيب الرفاعي، مصدر سابق،ص٢٢٦

١) بالنسبة للعقود التي يكون احد طرفيها مهنيا، كالمحامي والوكيل والفنان والطبيب وغيرهم[١] فما دامت الاتفاقية قد اعتدت بمقر النشاط الرئيس وجعلت قانونه هو الواجب التطبيق لإنه قانون موطن المدين بالأداء المميز، فيمكن استنباط قاعدة عامة بهذا الخصوص مفادها ان العقود التي يكون احد طرفيها مهنيا او تاجرا فإنه هو الذي يكون المدين بالأداء المميز.

٢) بالنسبة للعقود التي يكون احد طرفيها مؤسسة تجارية او شخصا معنويا خاصا عموما فان تطبيق قانونها على إنه قانون المدين بالأداء المميز يفترض بالضرورة عد أداءه هو المميز من بين أداءات اطراف العقد.

والحق ان هذه المعايير او القواعد العامة التي تستشف من حكم المادة الرابعة دقيقة الى درجة كبيرة ولكنها ليست جامعة، ما يعني ان الاتفاقية ذاتها قصرت عن توضيح فكرة الأداء المميز وعجزت عن وضع وسائل فاعلة لتغطية جميع الفروض التي تتصور في الحياة الخاصة الدولية. كالعقود التي يبرمها اشخاص عاديون من اشخاص القانون الدولي الخاص.

**خامسا**: مع ايمان واضعي الاتفاقية بأن معيار الأداء المميز هو معيار ناجح للتركيز الفعلي والموضوعي للعلاقات العقدية لأنه خير دلالة على المكان الاوثق صلة بالعقد، لكنهم مع ذلك اعترفوا بأنه معيار غير جامع فتنبّهوا الى اهمية اباحة نقض القرينة التي جاءت بها الاتفاقية بالسماح بإسناد العقد لقانون تدل الظروف على إنه الاوثق صلة بالعقد وذلك بالفقرة الخامسة من المادة الرابعة[٢] وحسنا فعلوا؛ لأن الغاية هي إسناد العلاقة العقدية لقانون المكان الذي يتصل به اكثر من غيره، وليست الغاية مجرد الجمود على حل واحد يراد لذاته. فهي جاءت بحل عملي عزّز من حسنات الإسناد التفصيلي القائم على الأداء المميز او الإسناد الوظيفي.

## الفرع الثاني: موقف القانون الدولي الخاص السويسري من تحديد الأداء المميز

قدّمنا ان نظرية الأداء المميز ذات جذور سويسرية اذ تنسب للفقيه السويسري شنايتزر ١٩٥٨ [٣] وهذه النظرية هي نتاج لتطور النظام القضائي السويسري بشأن تنازع القوانين. والقانون الدولي الخاص لعام ١٩٨٧م قد تبنّى هذه النظرية في المادة ١١٧ منه والتي يأتي العمل بها إذا تخلّف وجود قانون

---

[١] ينظر بشأن ذلك: د. هشام علي صادق، مصدر سابق،ص٤٥٤.

[2] "Paragraph 2 shall not apply if the characteristic performance cannot be determined and the presumptions in paragraphs 2, 3 and 4 shall be disregarded if it appears from the circumstances as a whole that the contract is more closely connected with. another country."

[3] Kurt Lipstein.op.cit.p.405,note (11).

الارادة الذي نصت المادة ١١٦ من القانون على اعتماده بالمقام الاول كضابط اصلي. وتنص المادة ١١٧ على انه: **"١- في غياب القانون المختار يخضع العقد لقانون الدولة ذات الصلة الاوثق بالعقد.٢- ويفترض ان هذه الصلة تتحقق في الدولة التي يكون فيها مركز نشاط الشخص المهني إذا كان العقد قد ابرم بالاتصال مع نشاطه المهني.٣- ويعتبر على وجه الخصوص أداءً مميزا:**

**أ- أداء الشخص الناقل للملكية في عقود نقل الملكية.**

**ب- أداء المعير في عقود اعارة الاشياء والحقوق.**

**ت- أداء المكلف بالعمل في عقود الوكالة والعمل والمقاولة.**

**ث- أداء المودع لديه في عقد الوديعة.**

**ج- أداء الضامن او الكفيل في عقود الضمان او الكفالة".**

ولنا على المادة اعلاه الملاحظات الاتية:

**١.** ان القانون السويسري عدّ ضابط الأداء المميز هو الذي يمثل الصلة الاوثق بالعقد، وليس مجرد قرينة على تلك الصلة. والدليل على ذلك نص المادة الذي يدل وبشكل قاطع على ذلك . وهو لم يأتِ بحكم يقيد من اطلاق الضابط عدا التحفظ الذي يقضي بإنه **" استثناء من القانون الواجب التطبيق وفق هذا القانون، إذا كانت كل الظروف تدل على ان ذلك القانون لا يمثل الا صلة ضعيفة بالعقد وان العقد يتصل على نحو وثيق بقانون اخر فيكون هذا القانون هو الواجب التطبيق ".**[1] ويرى بعض الفقه[2] ان القاضي السويسري لا يستطيع أن يطبق قانونا اخر سوى قانون الدولة التي يوجد فيها محل الاقامة المعتاد للمدين بالأداء المميز. ونتفق مع هذا الرأي ليس لأن المادة لم تأت بما يقيد من سلطان الضابط ؛ بل لأن التحفظ الذي جاءت به المادة ١٥ لا يكاد يكون له تطبيق بالنسبة لضابط الأداء المميز؛ لأنه من النادر ان يكون ثمة قانون اوثق صلة بالعقد من قانون محل اقامة او مركز ادارة المدين بالأداء المميز، لاسيما وان الاستثناءات على ضابط الأداء المميز-التي سنبحثها في المبحث القادم- لا تعود الى كونها تمثل الصلة الاوثق بالعقد بقدر ما تنبع من معاملة خاصة لبعض العقود ذات الطبيعة الخاصة والتي تحتاج الى حلول من جنسها واغلبها حمائية كعقود المستهلك او ضرورية كعقد العمل.

**٢.** إنه جاء في الفقرة الثالثة من المادة ١١٧ اعلاه بتطبيقات للأداء المميز في محاولة لتوضيح فكرته ولتسهيل تطبيق الضابط وارشاد القضاء الى

---

[1] **Article (15\ 1) of The Swiss Federal Act on Private International Law.**

[2] **د. بدران شكيب الرفاعي، مصدر سابق، ص ٢٢٩.**

القانون المختص بحكم العقود المعنية، أو لإمكانية القياس عليها[١] بمعنى انها وردت على سبيل المثال، فلا يمكن من الناحية العملية حصر الالتزامات الجوهرية في العقود جميعها ابتداءً.

**٣.** ان الامثلة التي اوردها القانون السويسري دقيقة الى درجة عالية، اذ إنه تقريبا اورد اقرب العقود الى القواعد العامة والتي يمكن اجراء الاحكام المنطبقة عليها على بقية العقود من الطائفة ذاتها.

والتطبيقات التي جاء بها يمكن ان تقترب كثيرا من تصنيفات العقود المعتمدة من قبل القانون العراقي. فيمكن رد كل منها الى طائفة اساسية. فالعقود اما ان ترد على الملكية ومن هذه العقود عقود البيع والهبة[٢] او انها ترد على المنفعة ومنها الايجار والاعارة [٣] او ان تقوم على الغرر ومنها عقود التأمين[٤]او ان ترد على العمل ، ومنها عقد العمل والوكالة والوديعة[٥] وهذه هي التقسيمات الاساسية للعقود ، وان امكننا تطويع فكرة تصنيف العقود من حيث موضوعها اعلاه في استنباط احكام عامة بخصوص الحالات التي اوردها القانون السويسري في المادة (٣/١١٧) ربما يمكننا الانتهاء بمعيار يحدد الطرف المدين بالأداء المميز. وهذا من شأنه ان يغنينا عن اسلوب ضرب الامثلة والفرضيات التي يشغل بها جانب من الفقه[٦] وفي سبيل ذلك نقول ان المدين بالأداء المميز هو في العقود الناقلة للملكية مالك الشيء محل التصرف، وفي العقود الواردة على المنفعة يكون المدين بالأداء المميز هو صاحب الحق المراد نقل الانتفاع به الى الطرف الاخر، اما في العقود الواردة على العمل يكون الشخص الذي يلتزم بالعمل هو المدين بالأداء المميز، وكذلك بالنسبة للعقود الورادة على الضمان فالضامن هو المدين بالأداء المميز، اما بالنسبة للعقود الاحتمالية او القائمة على الغرر والتي من اهمها التأمين فيكون صاحب الأداء المميز فيها دائما هو المؤمن ، وينظر الى قانون محل اقامة المدين به او مركز ادارته ان كان شخصا معنويا وتسند اليه العلاقة العقدية .

ولا يعني ذلك ان ضابط الأداء المميز هو ضابط جامع لا يخرج عن الخضوع لحكمه اي عقد، على العكس اذ ثمة حالات عديدة تخرج عن سلطانه والسبب في ذلك يعود اما الى طبيعة العقود ذاتها، او بسبب صعوبة تطبيق الضابط

---

[١] ينظر: طارق عبد الله عيسى المجاهد، مصدر سابق،ص٩٥.
[٢] ينظر الباب الاول من الكتاب الثاني من القسم الاول من القانون المدني العراقي.
[٣] ينظر الباب الثاني من الكتاب الثاني من القسم الاول من القانون المدني العراقي.
[٤] ينظر الباب الرابع من الكتاب الثاني من القسم الاول من القانون المدني العراقي.
[٥] ينظر الباب الخامس من الكتاب الثاني من القسم الاول من القانون المدني العراقي.
[٦] ينظر على سبيل المثال: د. هشام علي صادق، مصدر سابق، ص٤٤٩، ٤٥٥. وايضا: طارق عبد الله عيسى مجاهد، مصدر سابق،ص٨٩.ود.بدران شكيب الرفاعي، مصدر سابق،٢٢٣، ٢٢٤.

او تحديد المدين بالأداء المميز وهي المسائل التي ستكون مادة المحطة القادمة من البحث.

## المبحث الثاني: مجال إعمال ضابط موطن المدين بالأداء المميز

### تمهيد وتقسيم:

أشرنا بضع مرات الى ان موطن المدين بالأداء المميز هو ضابط إسناد احتياطي، يُلجأ اليه عند عدم وجود قانون مختار. وألمحنا كذلك الى ان هذا الضابط ليس ضابطا مانعا جامعا اذ ترد على تطبيقه استثناءات عدة. ومن اجل دراسة حدود المبدأ والاستثناءات الواردة عليه انعقد هذا المبحث. والذي سيحاول بيان مدى تأثير تطبيق او عدم تطبيق ضابط الأداء المميز على عملية الإسناد وذلك بمطلبين، نخصص الاول للبحث في أصل تطبيق الضابط اما الثاني فنعقده للبحث في الاستثناءات التي ترد عليه.

### المطلب الأول: تطبيق ضابط الأداء المميز

لا خلاف على صعيد الفقه والقضاء والتشريع إن العقد يخضع لقانون الارادة اي القانون الذي اختاره اطرافه لحكم عقدهم، وذلك بإفصاحهم صراحة سواء ببند في العقد يدعى شرط الاختصاص التشريعي[1] او باتفاق لاحق[2] او إذا دلت ظروف التعاقد وبنود العقد بشكل قاطع على اتجاه الارادة الى قانون بعينه لتطبيقه على العقد[3] فان لم يوجد القانون المختار فيصار الى تحديد قانون العقد بالاستعانة بضوابط إسناد احتياطية وضعتها التشريعات على اختلاف بينها [4] وهنا يبدأ دور ضابط الأداء المميز بالنسبة للقوانين التي اخذت به. فهو ضابط إسناد احتياطي او ثانوي وليس اصليا. بمعنى ان أثره لا يظهر الا إذا انعدم القانون المختار. وحتى لا يتم الاعتقاد بأن هذا الضابط هو المهيمن على إسناد العلاقات العقدية في القانون الدولي الخاص ننوِّه الى إنه ليس من المحبذ ان تخلو العقود الخاصة الدولية من شرط الاختصاص التشريعي او حتى تحديد لاحق للقانون الواجب التطبيق. اذ يشدّد الفقهاء على ضرورة ادراجه بالعقد. حتى ان البعض ليستغرب من عدم الاتفاق على القانون فيقول: **"لماذا لا ندرج شرطا من سطرين يقول به الاطراف صراحة ما هو القانون الواجب الذي يقصدون**

---

[1] ينظر: د. عبد الكريم احمد سلامة، مصدر سابق، ص ٨٣.

[2] ينظر المادة ٢/٣ من اتفاقية روما.

[3] ينظر المادة ١/٣ من اتفاقية روما والمادة ٢/١١٦ من القانون الدولي الخاص السويسري. والفصل ٦٢ من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي ،مع ملاحظة ان هذا الاخير لم يعول على الارادة الضمنية.

[4] مثالها قانون الموطن المشترك وقانون محل ابرام العقد اللذين اخذ بهما القانون المدني العراقي في المادة (١/٢٥) والقانون المدني المصري في المادة (١/١٩) منه.

**الخضوع له ... ان المتعاقدين هم في الواقع وفي غالب الوقت، وعن طريق الاهمال، صناع مغامراتهم السيئة".**[١] هذا من جانب. ومن جانب آخر فإن أغلب العقود الخاصة الدولية هي اما عقود نموذجية[٢] والتي غالبا ما تحتوي على بنود تُحيل الى قانون معين واجب التطبيق عليها. او عقود اعتيادية قد يتصور تخلُّف القانون المختار فيها، وهنا يبرز أثر ضابط الأداء المميز، فيصار الى تحديد المدين به وتحديد موطنه لتطبيق قانونه على العقد الدولي الخاص.

ونعتقد ان المضمار الطبيعي لتطبيق ضابط الأداء المميز والدور الاكبر له يكون في حالة كون الطرف المدين به اما مهنيا او شخصا معنويا، ففي هذه الفروض يحقق ضابط الأداء المميز غايته الوظيفية ويحقق وحدة القانون المنطبق على تعاملات هذا الشخص المتصلة بمهنته او نشاطه[٣] على عكس الوضع بالنسبة لتعاملات الاشخاص الاعتياديين اي الشخص الطبيعي غير المهني، لأن هؤلاء ان سكتوا عن تحديد القانون الذي يختارونه لحكم عقودهم فغالبا ما تدل الظروف على ارادتهم الضمنية الواضحة والتي تستخلص غالبا من الشروط الخاصة بتحديد الاختصاص القضائي الدولي لمحاكم دولة معينة او الى التحكيم[٤] مع ذلك فان ضابط الأداء المميز هو الاصلح لحكم العلاقة العقدية في حالة غياب قانون الارادة. وان عرضنا السابق وتحليلنا لدوره ليس من باب التقليل من اهميته، على العكس تماما فهو من باب تحديد مجال دوره في عملية إسناد العقود الخاصة الدولية.

## المطلب الثاني: الاستثناءات الواردة على تطبيق ضابط الأداء المميز

### تمهيد وتقسيم:

ترد على اعمال ضابط الأداء المميز في إسناد العلاقات العقدية في غيبة قانون الارادة استثناءات عدة، سنعمل على تصنيفها في ضوء عناصر قاعدة الإسناد ذاتها، لكي يمكننا ان نتبين موقع هذه الاستثناءات من قاعدة الإسناد لإتمام الفائدة. فقاعدة الإسناد تتكون من عناصر ثلاثة:

**الأول:** هو الفكرة المسندة او موضوع الإسناد وهو فيما يتعلق بموضوعنا يتمثل بالعقد الخاص الدولي.

---

[١] **Niboyet مذكور لدى د.احمد عبد الكريم سلامة، مصدر سابق،ص٨٣.**

[٢] **العقود النموذجية تعرف على "انها صياغة مسبقة لمجموعة من البنود التعاقدية من احد الاشخاص وتستخدم عند ابرام عقود مشابهة تنصب على نفس موضوعها". ينظر: د. ايمن سعد سليم، العقود النموذجية ، دار النهضة العربية، القاهرة،٢٠٠٥م،ص١٢.وللمزيد ينظر: د. محمود سمير الشرقاوي، العقود التجارية الدولية، دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية،القاهرة،١٩٩٢، ص١٦.**

[٣] **ينظر: د. هشام علي صادق، مصدر سابق،ص٤٤٦.**

[٤] **ينظر: د. طلال حافظ جابر، عقد البيع الدولي للبضائع، المنشورات الحقوقية، دار صادر، بيروت،٢٠٠٧م،ص١٣٩.**

**الثاني:** هو ضابط الإسناد ، وهو المعيار الذي يختاره المشرع لإرشاد القاضي للقانون الواجب التطبيق وهو في حدود موضوعنا يتمثل بموطن المدين بالأداء المميز.

**الثالث:** هو القانون المسند اليه، اي القانون الواجب التطبيق[١] ومن استقراءنا للاستثناءات التي ترد على ضابط الأداء المميز وجدنا إنه يمكن ردها جميعا الى العناصر المتقدم ذكرها. وللبحث في أبعاد هذه المسألة سنقسم المطلب الى فروع ثلاثة: نبحث في الاول الاستثناءات التي تنبع من الفكرة المسندة. والثاني للبحث في الاستثناءات التي تنبع من ضابط الإسناد ذاته والثالث للبحث في الاستثناءات التي تنبع من القانون المسند اليه.

## الفرع الاول: الاستثناءات المتعلقة بالفكرة المسندة

يخرج عن القاعدة العامة في تطبيق قانون موطن المدين بالأداء المميز على العقد الدولي الخاص استثناءات تنبع من الفكرة المسندة ذاتها وطبيعة العلاقة العقدية محل الإسناد. فليست كل العقود الدولية الخاصة يمكن ان تخضع لضابط الأداء المميز، فالقوانين التي تبنّت هذا الضابط عملت على اخراج بعض العقود من سلطان الضابط ومن هذه العقود الآتي:

**أولا: عقد العمل .**

يعرف عقد العمل على إنه **" أي اتفاق سواء كان صريحا ام ضمنيا، شفويا أو تحريريا يقوم بموجبه العامل بالعمل أو تقديم خدمة تحت إدارة وإشراف صاحب العمل لقاء أجر أيا كان نوعه"**[٢] . وبسبب خصوصية عقد العمل، فإنه يخرج عن قاعدة خضوع العقود الدولية لضابط الأداء المميز، وينطبق عليه ضابط خاص به. وهذا ما ذهبت اليه اتفاقية روما الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات العقدية ١٩٨٠ في المادة السادسة منها والتي قضت بأنه **"١- بغض النظر عن احكام المادة ٣ ، في عقد العمل لا يمنع الاتفاق على قانون ما يحرم العامل من الافادة من الحد الادنى من الحقوق التي توفرها القواعد الالزامية للقانون الواجب التطبيق وفقا للفقرة الثانية في حال غياب القانون المختار . ٢- بغض النظر عن احكام المادة الرابعة، فإن عقد العمل يخضع عند غياب القانون المختار اما الى : أ- قانون البلد الذي يؤدي فيه العامل عادة عمله، حتى لو كان يعمل بشكل عارض في بلد اخر. ب- إذا لم يكن العامل ينفذ**

---

[١] للمزيد بشان عناصر قاعدة الإسناد يراجع: د. علي فوزي الموسوي، مصدر سابق، ص١٤٦. وايضا: د. حفيظة السيد حدّاد، مصدر سابق،ص٢٦، ٢٧.

[٢] المادة (١/ تاسعا ) من قانون العمل رقم (٣٧) لسنة ٢٠١٥. منشور بجريدة الوقائع العراقية: العدد(٤٣٨٦) ٢٦ محرم ١٤٣٧هـ/ ٩ تشرين الثاني ٢٠١٥م/ السنة السابعة والخمسون.

**عمله بشكل معتاد في نفس الدولة فيخضع العقد لقانون البلد الذي يكون فيه مقر اعمال الجهة التي قامت بتشغيله الا إذا اتضح ان عقد العمل يتصل بروابط اكثر وثوقا مع دولة اخرى ففي هذه الحالة يطبق قانون الدولة الاخيرة".**

يظهر من المادة اعلاه انها اخضعت عقد العمل في حالة غياب قانون الارادة الى قانون الدولة التي يتم فيها العمل موضوع العقد. اما إذا كان العامل ينفذ هذا العمل في اكثر من دولة فيطبق قانون البلد الذي يوجد فيه مقر الجهة التي قامت بتشغيله. وبذلك تكون خالفت الاصل العام في اخضاع العقد عند انعدام القانون المختار الى قانون موطن المدين بالأداء المميز. هذا فضلا عن انها قيدت الاتفاق على القانون الواجب التطبيق -ان وجد- بعدم حرمان العامل من الحماية التي توفرها القواعد الالزامية لقانون دولة التنفيذ او دولة مقر المؤسسة بحسب الاحوال حسبما قضت المادة (٤/ ١). فعقد العمل لا يخضع لضابط الأداء المميز ويخرج عن حدود عمل هذا الضابط[١]

وكذلك فعل القانون السويسري في المادة (١٢١) منه والتي نصت على إنه **"١-عقود العمل يطبق عليها قانون الدولة التي ينفذ العامل فيها عمله بشكل معتاد.٢-إذا كان العامل ينفذ عمله عادة في عدة دول، فان عقد العمل يخضع لقانون مكان مزاولة نشاط رب العمل فان لم يوجد فلقانون موطنه او محل اقامته المعتاد.٣- إذا اتفق الاطراف على اخضاع عقد العمل لقانون معين فهو ينبغي ان يكون اما قانون محل اقامة العامل المعتاد او مقر اعمال رب العمل ان وجد او موطنه "**. ويظهر أن القانون السويسري في المادة أعلاه يتفق مع منهج اتفاقية روما في اخراجه عقود العمل من حكم اخضاع العقود لقانون موطن المدين بالأداء المميز ولكنه خالف موقف هذه الاتفاقية بقيد جاءت على ذكره الفقرة الثالثة من المادة أعلاه، مفاده ان اختيار القانون ينبغي ان ينحصر اما بقانون موطن العامل او موطن رب العمل، بمعنى إنه لا يجوز الاتفاق على اخضاع عقد العمل لقانون اخر غير هذين القانونين وهو استثناء من الاصل في اباحة اخضاع العقود للقانون الذي تعينه الارادة. فضلا عن ذلك فقد جاء القانون السويسري بحكم خاص بالاتفاقات المتعلقة بالملكية الفكرية التي تجري في اطار عقود العمل اذ اخضعه لأحكام المادة ١٢١ اعلاه [٢]

---

[١] ينظر: د. بدران شكيب الرفاعي، مصدر سابق،ص٢٣٠.

[٢] article 122\3 states that: "Agreements made between an employer and an employee concerning intellectual property rights to inventions made by the employee in the course of performing his or her work are governed by the law applicable to the employment contract."

**ثانيا: عقود الاستهلاك.**

انطلاقا من الطبيعة الخاصة للعقود التي يكون احد طرفيها مستهلكا[١] فان اعمال ضابط الأداء المميز عليها قد يؤدي الى الاضرار بالطرف المستهلك؛ لأنه سيقود الى تطبيق قانون موطن المجهز[٢] بوصفه الطرف المدين بالأداء الجوهري ،اذ ان فكرة الوظيفة الاقتصادية يجعل من الأداء النقدي الذي يؤديه المستهلك أداءً عاديا، فينعقد الاختصاص التشريعي لقانون الدولة التي يقيم فيها المجهز او يكون مركز ادارته فيها، وهذا القانون ربما لا يوفر الحماية اللازمة للمستهلك. فخروجا من هذا الحكم والذي لا يبدو منصفا بحق المستهلك فقد عمدت اتفاقية روما والقانون السويسري على استثناء عقود المستهلك من الخضوع للضابط العام المتعلق بالأداء المميز.

وجاءت المادة الخامسة من اتفاقية روما لتقرر اخراج عقود المستهلك من الاحكام العامة الخاصة بإسناد العقود، وقيدت الاتفاق على قانون العقد بقيد عدم الانتقاص من الحماية التي توفرها القواعد الحمائية او الالزامية لقانون محل اقامة المستهلك المعتاد وذلك بالفقرة الثانية منها إذا كان هذا البلد هو محل ابرام العقد بواسطة دعاية قام بها المجهز او دعوة موجهة للمستهلك بأية وسيلة كانت او كان المجهز او وكيله هو من تلقى طلب التعاقد لكن في موطن المستهلك، او كان المجهز هو من تكفل بتأمين سفر المستهلك الى بلد اجنبي من اجل التعاقد والشراء[٣] في اطار ما يدعى ببيوع الرحلات[٤] ففي هذه الاحوال حتى الاتفاق على قانون معين ينبغي ان لا يتسبب بحرمان المستهلك من القواعد ذات التطبيق الالزامي لدولته. اما في حالة غياب الاتفاق على قانون معين فيطبق قانون موطن المستهلك خروجا على الاصل العام الذي قررته في المادة الرابعة المذكورة آنفا والقاضي بإسناد العقود الدولية الخاصة الى قانون موطن المدين بالأداء المميز.

اما القانون السويسري فكان اكثر حماية للمستهلك من اتفاقية روما، اذ إنه منع الاتفاق على القانون من قبل الاطراف بالنسبة لعقود الاستهلاك، فضلا عن إنه اخضع هذه العقود بالضرورة لقانون موطن المستهلك بالفروض ذاتها التي جاءت على ذكرها اتفاقية روما في مادتها الخامسة وذلك عندما قرر ان: **"- العقود المتعلقة بسلع وخدمات الاستهلاك العادي والمقصود منها الاستخدام الشخصي**

---

[١] تعرف المادة (١) من قانون حماية المستهلك رقم (١) لسنة ٢٠١٠م المستهلك على أنه " الشخص الطبيعي او المعنوي الذي يتزود بسلعة او خدمة بقصد الافادة منه" .

[٢] يعرف قانون الاستهلاك العراقي المجهز في المادة الاولى بأنه :" كل شخص طبيعي او معنوي منتج او مستورد او مصدر او بائع سلعة او مقدم خدمة سواء كان اصيلا او وسيطا ام وكيلا".

[3] See: art.5 \ Rome convention 1980.

[٤] يراجع من اجل تفاصيل اكثر:د.خالد محمد عبد الفتاح،مصدر سابق،١٨٧-١٩١

**او العائلي والتي يكون مجالها خارج حدود حرفة المستهلك او نشاط اعماله تخضع لقانون الدولة التي يقيم فيها المستهلك بصفة معتادة.....٢- لا يُسمح بالاتفاق على قانون ما "[١].**

يتضح مما تقدم ان القواعد الحمائية التي وضعت لحماية المستهلك في الاتفاقية والقانون السويسري هي التي تخرج عن نطاق ضابط الاداء المميز. وبمعنى ادق ان ضابط الأداء المميز المنصوص عليه في المواد (٤) من اتفاقية روما والمادة (١١٧) من القانون السويسري تبقى الاصل العام في خضوع العقود ومنها عقود المستهلك الدولية الخاصة لذلك الضابط في غير الحالات التي جاءت على ذكرها المواد المذكورة، اي ان المستهلك إذا كان قد سعى بنفسه وفي اثناء وجوده في دولة اجنبية الى المجهز وبدون مبادرة او دعوة او اعلان من ذلك الاخير فإنه لا يتمتع بالحماية التي توفرها المواد اعلاه[٢].

هذا يعني ان الاستثناء المتعلق بالفكرة المسندة يختلف في مداه بالنسبة لعقود العمل عنه في عقود الاستهلاك، فالأول هو استثناء مطلق اما الثاني فهو استثناء مقيد بحالات معينة إذا لم تتوافر يبقى الاصل العام في اخضاع العقود الى قانون موطن المدين بالأداء المميز حتى لو كان مهنيا او مجهزا في عقود الاستهلاك.

**الفرع الثاني : الاستثناءات المتعلقة بضابط الإسناد**

يحدث احيانا إنه يصعب او يكون من العسير اعمال ضابط الأداء المميز بسبب عدم امكان تحديد الأداء المميز ومن ثم استحالة تعيين الطرف المدين به وتطبيق قانون موطنه. وهنا يصار الى الخروج عن الضابط ويتم البحث عن القانون الاوثق صلة بالعقد بعيدا عن الأداء المميز. ومن الحالات التي يتعذر فيها تحديد الأداء المميز هي عقود المقايضة، فهذه العقود يتم من خلالها تبادل حق الملكية فأداءات الطرفين كلاهما جوهرية او مميزة[٣] وكذلك الحال في عقود انشاء المشروعات المشتركة [٤] المبرمة بين شركتين من دولتين مختلفتين بهدف انشاء شركة جديدة او مشروع في دولة ثالثة، والتي تتداخل الالتزامات فيها ويصعب

---

**[1] Art. (120) of The Swiss Federal Act on Private International Law of 18 December 1987 as amended until 1st July 2014, The English translations of the provisions of the PIL.**

**[٢] ينظر بشان ذلك: د. خالد عبد الفتاح محمد، مصدر سابق،ص ١٩١.**

**[٣] ينظر: د. خالد عبد الفتاح محمد، مصدر سابق،ص١٦٢.**

**[٤] المشروع المشترك هو "علاقة تعاقدية قائمة على الاستغلال المشترك لما يقدمه اطراف العلاقة من مال ومهارات وجهد في نشاط اقتصادي ميعن بغرض اقتسام نتائج هذا النشاط ". ينظر: د. حفيظة السيد حداد، العقود المبرمة بين الدول والاشخاص الاجنبية، منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت،٢٠٠٣، ص١٨٨.**

تحديد الجوهري منها[١] ففي الاحوال المماثلة ينبغي تطبيق القانون الاكثر صلة بالعقد اعمالا للأصل العام الذي جاءت على ذكره المادة (١/٤) من اتفاقية روما والمادة (١/١١٧) من القانون السويسري[٢].

وبهذا الصدد يشير بعض الفقه[٣] الى العقد المبرم بين الفندق والنزيل كمثال على صعوبة او استحالة تحديد الأداء المميز بوصفه عقدا مختلطا على حد وصفهم. والحق ان هذا العقد هو عقد مركب لكن بالإمكان تحديد الأداء المميز فيه وهو أداء الفندق وليس النزيل؛ لأن هذا الاخير لا يكلف الا بدفع مقابل الخدمات والمنافع التي يحصل عليها نتيجة لإقامته في الفندق، في حين ان الفندق يلتزم بتوفير غرفة لإقامته وتقديم الطعام وهو يؤدي فضلا عن ذلك دور المودع لديه بالنسبة لأمتعة النزيل. ويترتب على ذلك ان أداء الفندق هو الذي يعول عليه في تمييز العقد عما سواه، ومن ثم فهو الذي ينبغي ان يؤخذ بعين الاعتبار في تحديد القانون الواجب التطبيق وإسناد العلاقة لقانون مقر الفندق.

**الفرع الثالث: الاستثناءات المتعلقة بالقانون المسند اليه**

ذكرنا عدة مرات ان ضابط موطن المدين بالأداء المميز انما وضع كقرينة تدل على كونه يمثل الصلة الاوثق بالعقد. فهذه هي الغاية التي سعت التشريعات الى توخي تحقيقها من وراء الاخذ بهذا الضابط، وهذه القرينة يمكن نقضها[٤]؛ ويترتب على ذلك إنه متى ما ثبت ان هذا المكان لا يمثل الصلة الاوثق بالعقد فيصار الى استبعاد قانونه لصالح القانون الذي تثبت الظروف إنه اوثق صلة بالعقد وهذا ما جاءت به المادة (٥/٤)[٥]من اتفاقية روما والمادة (١/١٥) من القانون الدولي الخاص السويسري[٦]. ومن تطبيقات هذا الاستثناء العقود الآتية:

**أولا:** القاعدة الخاصة بإخضاع العقود المبرمة بشأن الملكية العقارية أيا كانت، سواء ناقلة للملكية او مثبتة لحق عيني عليها فأنها تخضع لقانون موقع العقار. وهذه القاعدة محل إجماع فقهي وقانوني[٧].

---

[١] ينظر: طارق عبد الله عيسى المجاهد، مصدر سابق، ص٩١.

[٢] See:Ivana Kunda and Carlos Manuel,op.cit.p.16.

[٣] ينظر: د. خالد عبد الفتاح محمد، مصدر سابق،ص١٦٢.

[٤] ينظر: د. أشرف وفا محمد، مصدر سابق،ص٥٢٣.

[5] "Paragraph 2 shall not apply if the characteristic performance cannot be determined and the presumptions in paragraphs 2, 3 and 4 shall be disregarded if it appears from the circumstances as a whole that the contract is more closely connected with another country".

[6] "As an exception, any law referred to by this Act is not applicable if, considering all the circumstances, it is apparent that the case has only a very loose connection with such law and that the case has a much closer connection with another law.".

[٧] ينظر على سبيل المثال: المادة (٣/٤) من اتفاقية روما والمادة (١١٩ ) من القانون السويسري وكذلك المادة (٢/٢٥) من القانون المدني العراقي والمادة (٢/١٩) من القانون المدني المصري.

**ثانيا**: اخضاع عقود معينة لقانون المكان الذي تظهر اثارها فيه. ومن هذه العقود تلك التي لها طبيعة خاصة والمرتبطة بمكان التنفيذ بوجه اوثق من مكان المدين بالأداء المميز. مثل العقود المتعلقة بمنح تراخيص النفط[١] فلو تعلق الامر مثلا بعقد بين شركة فرنسية يوجد مركز ادارتها الرئيس في باريس بينما يتم تنفيذ العقد في العراق. فأن اعمال ضابط الأداء المميز سيؤدي الى تطبيق القانون الفرنسي(مقر الشركة الفرنسية) لكونها صاحبة الأداء الرئيس او المميز. وواضح ان هذا الحل غير منطقي ولا يحقق الغاية التي وضع الضابط ليوصل اليها عندها يصار الى الاعتداد بالقانون الذي دلت الظروف إنه الأوثق وهو بالمثال المتقدم القانون العراقي، او مكان تنفيذ العقد. ويدعو بعض الفقه[٢] هذه العملية بـــ "العودة الاستثنائية لظروف التعاقد وملابساته في بعض الفروض"[٣].

يتبين بعد العرض المتقدم ان ضابط الأداء المميز يعمل في الأحوال التي يكون فيها دالا على القانون الاوثق صلة بالعقد، وهو غالبا ما يكون كذلك. لكن ذلك لا يعني إنه مبدأ مانع، بل ترد عليه بعض الاستثناءات تُرد في جملتها الى عناصر قاعدة الإسناد. وفيها يصار الى تطبيق قواعد خاصة صرّحت القوانين بضرورة اتباعها او بالرجوع الى الاصل العام في البحث عن القانون الاوثق صلة بالاستعانة بظروف وملابسات التعاقد.

ونخلص الى أن القانون السويسري ومن نهج نهجه يعتبر الأصل بإسناد العلاقات العقدية عند عدم وجود قانون الارادة هو ضابط الأداء المميز. والاستثناء هو البحث عن القانون الاوثق[٤] الأمر الذي يعني إنه في الحالات التي لا يطبق هذا الضابط ويتم البحث عن القانون الاوثق فإنه يصار الى تركيز العقد موضوعيا بالاعتداد بظروف التعاقد ووزن الاهم منها لترجيحه بإسناد العقد الى قانونه[٥].

**الخاتمة**

بغية الوصول بالبحث لغايته لابد أن يسجل في اخر محطاته أهم النتائج التي توصل اليها وذلك في نقطة رئيسية اولى تتبعها اهم التوصيات التي تراءت للباحث بنقطة ثانية.

---

[١] ينظر: د. أشرف وفا محمد، مصدر سابق،ص٥٢٩.

[٢] د. هشام علي صادق، مصدر سابق،ص٤٦٢.

[٣] للمزيد بشأنها يراجع: د. هشام علي صادق، مصدر سابق،ص٤٦٢- ٤٧٤. وايضا: د. أشرف وفا محمد، مصدر سابق، ص ٥٢٩. وكذلك:Ivana Kunda and carlos manuel.op.cit.p.16

[٤] ينظر: د. هشام علي صادق، مصدر سابق،ص٤٦٨ هامش رقم (٢٤٣).

[٥] ينظر: طارق عبد الله عيسى المجاهد، مصدر سابق،ص٩١.

**أولا: نتائج الدراسة.**

١. ان الأداء المميز هو الأداء الذي يعطي العقد مميزاته الذاتية والذي يعول عليه في عملية تكييف العقد.

٢. إن ضابط موطن المدين بالأداء المميز يقع في مرتبة وسط بين الإسناد الجامد والمرن، وهو اقرب الى الإسناد المرن منه إلى الجامد. إذ إن هذا الضابط قائم على فكرة الإسناد التفصيلي ضمن طوائف العقود المختلفة فهو يضع معيارا مسبقا بالنسبة للطائفة الواحدة من العقود كالعقود الواردة على الملكية، وفي الوقت ذاته فإنه يسند العلاقة العقدية الى القانون الاوثق صلة بها. فهو جامد ومرن في آن.

٣. إنه يقوم على اساس وظيفي بالإسناد، بمعنى إسناد العلاقة العقدية الى النظام القانوني الذي تحقق فيه وظيفتها الاقتصادية والاجتماعية.

٤. ان انجح الوسائل في تحديد الاداء المميز هو بتصنيف العقود الى طوائفها الاساسية من حيث الموضوع الذي ترد عليه وتحديد الالتزام الرئيس في كل طائفة كي يصار الى القياس عليه ضمن الطائفة الواحدة وتحديد الاداء المميز في الحالات الاخرى بيسر.

٥. ان ضابط موطن المدين بالأداء المميز انما وجد للدلالة على القانون الاوثق صلة بالعقد، ومتى ما لم يكن كذلك يتم الاستغناء عنه لصالح القانون الأوثق صلة بالعقد.

٦. ان ضابط موطن المدين بالأداء المميز يحقق غايته الوظيفية في حالة كون المدين به شخصا معنويا او تاجرا أو مهنيا. عندها يحقق هذا الضابط وحدة القانون المنطبق على عقود أولئك الاشخاص اكثر مما يفعل بالنسبة لعقود الاشخاص الاعتياديين؛ لأن هؤلاء غالبا ما يمكن التوصل الى ارادتهم الضمنية من ظروف العقد وملابساته.

٧. أن الأصل في الأخذ بموطن المدين بالأداء المميز كضابط اسناد احتياطي -في القوانين التي تبنّته- ترد عليه استثناءات عدة، ويكون من ورائها اهداف حمائية لازمة لعقود معينة، واخرى تتعلق بالقواعد ذات التطبيق الضروري التي لا تتنازل فيها القوانين الوطنية عن حقها في حكم مسائل معينة بغض النظر عن موقف القانون الواجب التطبيق عليها.

**ثانيا: التوصيات.**

نوصي المشرع العراقي بالأخذ بالنظريات الحديثة في اسناد العلاقات الدولية الخاصة وفيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على العلاقات الدولية الخاصة نقترح على المشرع الآتي:

١) تبني معيار القانون الأوثق صلة بالعقد في إسناد العلاقات العقدية في حالة انعدام الاختيار الصريح او الضمني لقانون العقد . ونقترح ان يكون نص المادة ٢٥ من القانون المدني العراقي على النحو الآتي:

[ ١- يسري على العقود القانون الذي اختاره الأطراف صراحة أو دلت عليه ظروف العقد او بنوده، فان لم يوجد يطبق قانون الدولة الأوثق صلة بالعقد، ويفترض وجود هذه الصلة في البلد الذي يوجد فيه موطن المدين بالأداء المميز ، وبالنسبة للشخص المعنوي فيكون المكان الذي يوجد فيه مركز ادارته، ومكان مزاولة التاجر او المهني لنشاطه الرئيسي.

٢- قانون موقع العقار هو الذي يسري على العقود التي ابرمت بشأنه].

٢) إفراد حكم خاص بإسناد التصرف القانوني الصادر من جانب واحد في مجال العلاقات الدولية الخاصة ونقترح ان يكون على النحو الآتي:

[ يسري على التصرف القانوني الصادر بإرادة منفردة قانون موطن المدين بالالتزام ].

**قائمة المصادر**

**أولا: المصادر باللغة العربية.**


١. د. احمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، الالكتروني، السياحي، البيئي، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى.
٢. د. اشرف وفا محمد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الاولى،٢٠١١.
٣. د. ايمن سعد سليم، العقود النموذجية، دار النهضة العربية، القاهرة،٢٠٠٥م.
٤. د. بدران شكيب الرفاعي، عقود المستهلك في القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر،٢٠١١.
٥. د. حفيظة السيد حداد، العقود المبرمة بين الدول والاشخاص الاجنبية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت،٢٠٠٣م.
٦. د. حفيظة السيد حداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، المبادئ العامة في تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٩.
٧. د. خالد عبد الفتاح محمد، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، مصر،٢٠٠٢.
٨. د. طلال حافظ جابر، عقد البيع الدولي للبضائع، المنشورات الحقوقية، دار صادر،بيروت،٢٠٠٧م.
٩. د. عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، الطبعة الاولى ٢٠٠٨م.
١٠. د. علي فوزي ابراهيم، قاعدة الإسناد، مكتب نور العين للطباعة والاستنساخ،بغداد٢٠١٠.
١١. د. محمد حسن قاسم، القانون المدني الالتزامات، المصادر (١) العقد، المجلد الأول، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٧الاسكندرية.
١٢. د. محمد خالد الترجمان، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي واثار الاحكام الاجنبية، بلا سنة ومكان طبع.

١٣. د. محمود سمير الشرقاوي، العقود التجارية الدولية، دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية،القاهرة،١٩٩٢.
١٤. د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف،الاسكندرية،١٩٩٥م.

## ثانيا: الأطاريح.

١. طارق عبد الله عيسى المجاهد، تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية '' دراسة مقارنة'' ، اطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد،٢٠٠١م.
٢. طلال ياسين العيسى، العقود الدولية وتطبيقاتها في القانون العراقي، اطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد،١٩٩٦م.

## ثالثا: المصادر باللغة الانكليزية

**1.** Ivana kunda and Carlos Manuel, Practical handbook on European private international law, 2010 . available on: http://ec.europa.eu/justice/civil/files/practical_handbook_eu_international_law_en.pdf
**2.** Kurt Lipstein, Characteristic Performance -- A New Concept in the Conflict of Laws in Matters of Contract for the EEC available on: http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1099&context=njilb
**3.** Nicky Richardson, The Concept of Characteristic Performance and the Proper Law Doctrine, an article available on: http://epublications.bond.edu.au/blr
**4.** The Swiss Federal Act on Private International Law of 18 December 1987 as amended until 1st July 2014, The English translations of the provisions of the PIL.
**5.** THE 1980 ROME CONVENTION ON THE LAW APPLICABLE TOCONTRACTUAL OBLIGATIONS.

## رابعا: القوانين

١. قانون العمل العراقي رقم (٣٧) لسنة ٢٠١٥.
٢. القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١م.
٣. القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨م.
٤. قانون حماية المستهلك رقم (١) لسنة ٢٠١٠م.
٥. مجلة القانون الدولي الخاص التونسي لسنة ١٩٩٨م.