تحديد الاختصاص القضائي الدولي طبقاً لفكرة الأداء المميز

Determine the international jurisdiction in accordance with the idea of strong performance

الطالب باسم مبروك عابر **أ. د سليمان براك دايح**

المستخلص

إن فكرة الأداء المميز في ميدان تحديد الاختصاص القضائي تنطلق من نقطة مفادها إن للعقد مجموعة من الالتزامات التي من المحتمل جداً أن يتوزع تنفيذها على أقاليم متعددة لدول مختلفة، فمحاولة لجمع شتات العقد، يتم من خلال تركيز الاختصاص بالمنازعات المتعلقة به أمام محكمة واحدة، من خلال البحث في اثار العلاقة العقدية لاستخلاص الالتزام المميز للعقد، الذي يعني إنه الالتزام الذي يميز العقد من غيرة من العقود، وبمعنى اخر الالتزام الذي يعطي للعقد خصائصه، وبهذا سيكون هذا الالتزام المعبر نيابةً عن الالتزامات الأخرى للعقد من ناحية تحديد الاختصاص القضائي الذي يتركز أمام محكمة المكان الواجب تنفيذ هذا الالتزام في إقليمها، حفاظاً على وحدة العقد ومنع تجزئة النزاع المتعلق به أمام محاكم دول مختلفة، وربط النزاع بالمحكمة الأقرب إليه مكانياً، وتحقيق العلم اليقيني للمتعاقدين من خلال تمكينهم بالمعرفة المسبقة بالمحكمة المختصة في النزاع المتعلق بعقدهم.

Abstract

The idea of strong performance in the field of determining jurisdiction runs from the point that for a series of commitments that it is very likely that the distributed execution on multiple regions of different countries, Trying to collect Statoil contract is through the concentration of jurisdiction disputes related to it before one court, through Search traces Streptococcus relationship to derive the characteristic obligation of the contract, which means that the obligation which characterizes the contract from other contracts, in other words, the commitment that gives the contract its properties, and thus this will be expressed commitment on behalf of the other obligations of the contract in terms of determining jurisdiction, which is concentrated before the Court of the place should implement this commitment in its territory, in order to preserve the unity of the contract and prevent the fragmentation of the conflict on before the courts of different countries, and to link the dispute the court closest to him spatially, and to achieve the certainty of science to contractors by enabling them prior knowledge competent court in the dispute on holding a.

المقدمة

أولاً- أهمية الموضوع :

إن العلاقات العقدية الخاصة تمثل المطلب الأساسي لقيام التجارة الدولية، بين أفراد الدول المختلفة في تبادل السلع والخدمات وغيرها من الأمور التي تحتاجها المجتمعات البشرية، لذا فأن دراسة أي جانب من جوانب هذه العلاقات سيكتسب نفس الأهمية بالمقابل.

ومن اهم الدراسات القانونية المتعلقة بهذا الموضوع هو كيفية تحديد المحكمة المختصة بالفصل بالنزاع إذا ما حصل في المستقبل والذي يعد هذا المسألة الأولى التي يتطلبها حل النزاع، اذ يقتضي بادي ذي بدء تحديد أي من محاكم الدولة ذات الصلة بالنزاع المختصة بحله، ومن ثم تحديد القانون الواجب التطبيق الذي ربما هذا الأمر الأخير حظي باهتمام الكتاب لم تحظى به نظرية الاختصاص القضائي الدولي التي تعاني بعض قواعدها من عدم الوضوح رغم مرور عقود من الزمن على وجودها في التشريع العراقي.

مما يتطلب تعزيزها ببعض الأفكار القانونية التي توضح الغموض فيها وتذلل الصعوبات أمام القاضي الوطني في تحديد اختصاصه في المنازعات العقدية الدولية(الخاصة)، ومن الأفكار القانونية الحديثة التي من الممكن أن تعزز نظرية الاختصاص القضائي الدولي هي فكرة الأداء المميز.

ثانياً- مشكلة الدراسة:

تتركز دراستنا لهذا الموضوع حول قصور بعض ضوابط تحديد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية، وبالتحديد ضابط مكان تنفيذ العقد، فمعلوم ان أغلب العقود تتكون من عدد من الالتزامات، ومن المحتمل جداً ما دمنا في إطار علاقات عقدية دولية ان تتوزع أماكن تنفيذ التزامات العقد على أكثر من إقليم دولة، ما يثير مسألة أساسية في كيفية تحديد القاضي الوطني لاختصاصه بناءً على ضابط مكان تنفيذ العقد.

ثالثاً- تساؤلات الدراسة :

أبرز التساؤلات التي يثيرها موضوع البحث هي ماذا تعني فكرة الأداء المميز ؟ وكيف يمكن تحديد الأداء المميز للعقد؟ وما هو الأثر الذي تنصرف إليه الفكرة؟ أهو موطن المدين بالأداء المميز أم مكان تنفيذه؟ وكيف يمكن تحديد أثرها؟ وما هو دور ارادة المتعاقدين في تحقيق هذا الأثر؟ وكيف يمكن تطبيق الفكرة في العراق؟ هل يوجد مجال لها في التشريع الحالي؟ أو نحتاج إلى تعديل بعض نصوصه؟.

رابعاً- منهج الدراسة وهيكليتها:

اعتمدنا في تناول هذا البحث المنهج التحليلي وذلك من خلال التعرف على إيجابيات وسلبيات الحلول الفقهية، والحلول القضائية الصادرة بهذا الشأن المطروحة لمعالجة جوانب فكرة الأداء المميز في ميدان تحديد الاختصاص القضائي الدولي، وترجيح الحل الذي نعتقد انه الأفضل طبقاً لمبررات معينة.

أما هيكلية البحث فتمت من خلال تناوله في مبحثين، تضمن المبحث الأول، تحديد الأداء المميز، وقد قسم الى مطلبين خصص المطلب الأول، لعزل الالتزامات الرئيسة عن الالتزامات الثانوية، وتضمن المطلب الثاني، عزل الالتزام المميز عن الالتزامات الرئيسة، أما المبحث الثاني فقد احتوى، تحديد مكان تنفيذ الأداء المميز وقد قسم أيضاً الى مطلبين، تضمن المطلب الأول، تحديد مكان تنفيذ الأداء المميز بصورة عامة، وخصص المطلب الثاني، لتعدد أماكن تنفيذ الأداء المميز، وبعدها وصلنا الى خاتمة البحث التي احتوت على أبرز النتائج والمقترحات التي نأمل الأخذ بها.

المبحث الأول
تحديد الأداء المميز

ان التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية التي تبنت فكرة الأداء المميز في القانون الدولي الخاص، سواءً كضابط لتحديد القانون الواجب التطبيق، أو لتحديد المحكمة المختصة، لم تضع معياراً لتحديده، وإنما لجأت بعض تلك التشريعات إلى ضرب أمثلة حددت فيها الأداء المميز لعقود معينة[١]، ومن هنا لابد من البحث للوصول إلى معيار عام محدد يمكن الركون إليه لتحديد الأداء المميز، لذا نلجأ لتجزئة هذه العملية على مرحلتين: الأولى عزل الالتزامات الرئيسة عن الثانوية، والثانية عزل الالتزام(الأداء) المميز عن الالتزامات الرئيسة، لأنه عقلاً لا يمكن أن يكون الأداء المميز ضمن الالتزامات الثانوية، وعليه نقسم هذا المبحث إلى مطلبين نخصص كل واحد منها لبحث مرحلة من المرحلتين المذكورة أعلاه وكما يأتي:

المطلب الأول
عزل الالتزامات الرئيسة عن الالتزامات الثانوية

إن التزامات العقد متعددة، وليست على درجة واحدة من الأهمية في حياة الرابطة العقدية، فمنها ما وهو على قدر من الأهمية يطلق عليها الالتزامات الرئيسة، وبعضها أقل من ذلك يطلق عليها الالتزامات الثانوية، وهذا يستلزم البحث عن معيار لتحديد ما يعد رئيساً من الالتزامات وما يعد ثانوياً، فهل يتم تحديد الالتزامات الرئيسة بموجب عناصر موضوعية فقط؟ أو ان للإرادة حظاً وافراً في ذلك؟، هذا ما نجيب عنه من خلال تقسيم هذا المطلب إلى فرعين نعقد الفرع الأول للمعيار الموضوعي ونكرس الفرع الآخر للمعيار الشخصي [٢] وكما يأتي:

---

(1) Art(117-3) du Loi fédérale sur le droit international privé 18 décembre 1987 (LDIP) (Etat le 1er juillet 2014).

(يعتبر على وجه الخصوص أداء مميزاً للعقد:-
أ-أداء المتصرف في عقود التصرف
ب- أداء المعير في عقود العارية والاستعمال التي تقع على شيء أو حق
ج- أداء الخدمة في عقود الوكالة أو عقد المقاولة أو أي عقود موضوعها أداء خدمة
د- أداء المودع لديه في عقد الوديعة
ز- أداء الضامن أو الكفيل في عقود الضمان والكفالة)
انظر النص الاتي للفقرة باللغة الفرنسية

(3 Par prestation caractéristique, on entend notamment: a. la prestation de l'aliénateur, dans les contrats d'aliénation; b. la prestation de la partie qui confère l'usage, dans les contrats portant sur l'usage d'une chose ou d'un droit; c. la prestation de service dans le mandat, le contrat d'entreprise et d'autres contrats de prestation de service; d. la prestation du dépositaire, dans le contrat de dépôt; e. la prestation du garant ou de la caution, dans les contrats de garantie ou de cautionnement).

راجع أيضاً

Art (7-1-b)du RÈGLEMENT (UE) No 1215/2012 DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (refonte), L 351/1, 20.12.2012.

[٢] يجدر بنا التنويه اننا نعتمد المعايير المطروحة لتمييز المسائل الجوهرية(الرئيسة) عن المسائل الثانوية، وذلك لان التزامات العقد سواءً كانت رئيسية أو ثانوية تجد أساسها في المسائل العقدية في مرحلة تكوينه، فمثلا التزام البائع بنقل ملكية والتزام المشتري بدفع الثمن كلاهما يعدان من الالتزامات الرئيسة في عقد البيع، في نفس الوقت نجد هذه الالتزامات تنصب على المسائل الرئيسة في هذا العقد وهي المبيع والثمن.

الفرع الأول
المعيار الموضوعي

يرتكز هذا المعيار على طبيعة العقد وماهيته لتحديد ما هو جوهري من مسائله، وما عداها تعد ثانوية، إذ تعد مسائل العقد جوهرية كما نظمها المشرع وليس كما أراده الأطراف، وعن طريق هذا المعيار يمكن معرفة ملامح الرابطة العقدية التي ينوي الطرفان الدخول فيها[١].

وقد ذهب بعض الفقهاء إلى اتجاهات مختلفة في تحديد هذا المعيار طبقاً للزاوية التي ينظر من خلالها الى الرابطة العقدية، فيرى بعضهم ان المقصود به ورود الاتفاق على الأركان اللازمة قانوناً لانعقاد العقد، وهي الرضا والمحل والسبب، فضلا عن الأركان الخاصة بكل عقد من العقود المسماة.

وذهب رأي آخر [٢] إلى ان تحديد المسائل الجوهرية يتم من خلال الهدف أو الغرض من إبرام العقد، إذ ان كل عقد من العقود غرضاً إقتصادياً يهدف إلى تحقيقه، فتكون الالتزامات المحققة لهذا الغرض أو الهدف بمكانة المسائل الجوهرية لذلك العقد.

وذهب رأي ثالث [٣] ان الآراء الفقهية السابقة لا تختلف فيما بينها الا شكلاً أما من حيث المضمون فهي متفقة إذ تؤدي إلى النتيجة نفسها، وذلك لأن تحليل المسائل الجوهرية لعقد ما، هي الأركان اللازمة لقيام العقد، وكذلك هي المسائل المحققة للغرض من إبرامه، فمثلا المسائل الجوهرية لعقد البيع والتي تتمثل بالمبيع والثمن هي التي تحقق غاية المتعاقدين من إبرام هذا العقد، وبنفس الوقت تلك المسائل تمثل أركان عقد البيع وهي الرضا والمحل والسبب فضلاً عن الأركان الخاصة به، فالتراضي بين الطرفين انما يتجسد باتفاقهما على ما اتجه إليه قصدهما من إبرام العقد المذكور، فيمثل المبيع قصد المشتري، والثمن قصد البائع، اما ركن المحل فأنه ينصب على تلك المسالتين (الثمن والمبيع)، بقى ركن السبب فأنه لا يخرج عن هذه المسائل إذا ما نظرنا إليه من زاوية السبب القصدي[٤].

وما يهمنا من العرض السابق للمعيار الموضوعي الذي يستند إلى أركان العقد وطبيعته لتحديد المسائل الجوهرية في العقد، هو معرفة مدى ملاءمته لتحديد الأداء المميز للعقد؟ وما مدى الاستفادة منه لغرض الوصول إلى الأخير؟.

من حيث الملاءمة فإننا نرى أنه يتلاءم مع فكرة الأداء المميز، إذ ان المعيار السابق يتفق مع هذه الفكرة في تحديد المسائل الجوهرية ؛ فهي مستمدة من طبيعة العقد وأهميته أو ما يقرره القانون، ولهذا لا تتغير من عقد إلى آخر في النوع الواحد[٥] ؛ وهذا ما نسعى إلى تحقيقه من خلال وضع قواعد ثابتة لا تتغير في الطائفة الواحدة من العقود، وذلك طبقاً لمضمون فكرة الأداء المميز.

اما وجه الاستفادة من هذا المعيار تكمن بأنه يطرح لنا من الالتزامات العقدية المتعددة الالتزامات الثانوية، التي لا يمكن في كل الأحوال ان يكون الأداء المميز من ضمنها، وبذلك يحصر لنا نطاق الالتزامات الرئيسة التي يكون البحث فيها عن الأداء المميز.

الفرع الثاني
المعيار الشخصي

ان الالتزام التعاقدي وليد إرادتين متوافقتين، وهاتان الارادتان يمكن ان نعبر عنها صراحة ويمكن دلالة، وهذا ما درج عليه القانون في احترام الإرادة الضمنية ورتب عليها الاثار كما احترم الإرادة الصريحة، فهل يكون لها نفس الدور في تحديد الالتزامات الرئيسة؟ أو ان هذا الأمر مقتصر على إرادة

---

[١] د. محمد إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الجوانب القانونية في ادارة المفاوضات وابرام العقود، مطبوعات الادارة العامة للبحوث، الرياض، ١٩٩٥، ص ١٢٩.

[٢] محمد إبراهيم الدسوقي أبو الليل، مصدر سابق، ص ١٣٤.

[٣] د. صالح ناص العتيبي، فكرة الجوهرية في العلاقة العقدية، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق -جامعة عين الشمس، ٢٠٠١، ص ٦٤ ؛ د. وسن قاسم غني الخفاجي، ايقاف التنفيذ المؤقت في العقود، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون - جامعة بغداد، ٢٠٠٦، ص ١٢٠.

[٤] إذ يعرف انه الغرض المباشر المجرد الذي يقصد الملتزم الوصول إليه. د. عبد المجيد الحكيم، د. عبد الباقي البكري ود محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون العراقي، ج١، العاتك، القاهرة، بدون سنة طبع، ص١٠١.

[٥] د. محمد إبراهيم الدسوقي أبو الليل، مصدر سابق، ص ١٣٤.

المشرع وحده كما رأينا في الفرع السابق؟ هذا ما نبحثه من خلال تقسيم هذا الفرع إلى فقرتين اعطاء كل مستقلة لصورة من صور التعبير عن الإرادة وكما يأتي :

أولاً: الإرادة الصريحة

تتمثل الإرادة الصريحة بأن يتفق الطرفان أو يشترط أحدهم بأن العقد لا ينعقد الا إذا اتفقا على مسألة معينة، هي ليست بطبيعتها جوهرية وإنما تحولت بإرادة المتعاقدين من صفة المسائل الثانوية في العقد إلى صفة المسائل الجوهرية، وذلك بتوقف انعقاد العقد عليها [١].

حيث تنص المادة(٨٦ف٢)[٢]على أنه " إذا اتفق الطرفان على كل المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا ان العقد يكون غير منعقد عند عدم الاتفاق على هذه المسائل فيعتبر العقد قد تم ،.....).

يتبين من مفهوم المخالفة لما ورد أعلاه ان الأصل في اعتبار المسألة جوهرية هي بنظر المشرع، لكن لإرادة المتعاقدين دوراً في ابراز بعض المسائل التي هي ثانوية بالأصل، وذلك بأن يشترط المتعاقدان عدم انعقاد العقد الا بعد الاتفاق عليها.

ومن تطبيقات ذلك في القضاء الفرنسي ما جاء في قرار لمحكمة النقض الفرنسية الصادر عام ١٩٧٩ في أنه "ان التنازل عن حصة في شركة لا يعد قدتم إذا كان البائع قد أشار في خطاب أرسله إلى المشتري بضرورة البت فيما تبقى بخصوص ضمانات الوفاء، إذ ان ذلك يدل على ان هذه المسألة قد أصبحت مسألة جوهرية لا يتم العقد الا بالاتفاق عليها"[٣].

ولا يقتصر دور الإرادة فقط على الارتقاء بالمسائل الثانوية إلى صفة المسائل الجوهرية في مرحلة الانعقاد، وإنما يكون دوره أيضاً في مرحلة التنفيذ، خاصة إذا وردت مسألة في العقد تبرز الالتزام المعتبر جوهرياً.

ثانياً: الإرادة الضمنية

في بعض الأحيان الإرادة ترتقي بالالتزام أو المسألة الثانوية التي بطبيعتها تعد ثانوية، إلى مرتبة الالتزام الجوهري، من خلال الظروف التي ترافق تنفيذ هذا الالتزام، فالمقابل الذي يتخطى المقابل العادي قد يستنتج منه على أنه تضمن زيادة اضافية تقابل عد التزام ما جوهرياً.

وفي هذا القرار توضيح لهذه المسألة، ففي دعوى رفعت إلى محكمة باريس الابتدائية عام ١٩٧٢تتلخص وقائعها بأن أحد الزبائن فقد معطفه الفاخر، الذي كان قد تركه في المكان المخصص لذلك في أحد مطاعم باريس الشهيرة، وقد حاول المدعى عليه ان يدفع مسؤوليته بالقول بأن اعتبارات اللياقة لا تسمح بإيراد شرط عدم وجود أيصال بتسلم المعطف، الا ان المحكمة لم تأخذ بهذا الدفع وقد جاء في قرارها " أنه مادام المطعم استقبل العميل دون تحفظ فان ذلك يتضمن التزاماً بحراسة الملابس التي يخلعها اثناء تناول الطعام، وهذا الالتزام بالحراسة يجد مصدره في الالتزام بتقديم الوجبة، وذلك كأحد الملحقات التي لا يتصور الاستغناء عنها بالنظر للظروف المحيطة والعادات الجارية "[٤].

يتضح من العرض السابق ان إرادة المتعاقدين لها الدور الكبير في تحديد المسائل والالتزامات الجوهرية في العقد، غير ان من شأن ذلك ان يصبح الأداء المميز رهناً بإرادة المتعاقدين، ومن ثم فهو يختلف من عقد لأخر مما يدخل فكرة الأداء المميز في تحديد الاختصاص القضائي في تناقض، فهي أريد لها أن تكون دالة على علم يقيني بتحديد المحكمة المختصة.

نستشف من خلال مضمون فكرة الأداء المميز وما تقدمه من مزايا في ميدان الاختصاص القضائي، ان إرادة المتعاقدين (المعيار الشخصي) لا تصلح لتحديد الأداء المميز، وذلك لتعارضها مع

---

[١] د اسراء جاسم محمد العمران، أثر التمييز بين المسائل الجوهرية والثانوية في العقد(دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق – جامعة النهرين، ٢٠٠٦، ص٤٨.

[٢] من القانون المدني العراقي رقم(٤٠) لسنة ١٩٥١، تقابلها نص المادة (٩٥) من القانون المدني المصري رقم(١٣١) لسنه ١٩٤٨.

[٣] مشار إليه لدى د. صالح ناص العتيبي، مصدر سابق، ص٥٥.

[٤] مشار إليه لدى المصدر نفسه، ص ١٣٣.

معطيات فكرة الأداء المميز [1]، حيث إرادة المتعاقدين اعطي لها الدور الكبير في اختيار المحكمة المختصة عن طريق الاختيار الصريح والاختيار الضمني(الخضوع الاختياري)، وفي غياب هذه الإرادة فأنه يأتي دور فكرة الأداء المميز التي ان وجدت الإرادة فيجب أن تكون بالشكل الذي لا تتعارض فيه مع أهداف الفكرة، وإن الاعتماد أو الرجوع إلى الإرادة في تحديد الأداء المميز من شأنه ان تؤدى الى اختلاف تحديده من عقد الى آخر في النوع الواحد من العقود حسب ظروف كل قضية، مما يزعزع تطبيق فكرة الأداء المميز، و يهدر ميزتها الأساسية المتمثلة بتحقيقها العلم اليقيني للمتعاقدين، إذ لو اعتمد القاضي على الإرادة فان ذلك يعني عليه ان يبحث في ظروف كل حالة تعرض عليه، وفي ذلك مخالفة للتوجهات الحديثة في القانون الدولي الخاص بأن تقدم قواعد الاختصاص القضائي أعلى درجة من التوقع.

نخلص مما سبق ان باب الإرادة يجب يكون مغلقاً في البحث عن الأداء المميز، من بين التزامات الرئيسة الناتجة عن دورها في الارتقاء بالتزامات الثانوية، وبصورة أوضح ان الأداء المميز يجب ان يقتصر البحث فيه على الالتزامات الرئيسة المحددة بموجب المعيار الموضوعي وهذا ما سنلاحظه في المطلب القادم.

المطلب الثاني

عزل الأداء المميز عن الالتزامات الرئيسة

توصلنا من خلال المطلب السابق إلى تحديد الالتزامات الجوهرية (الرئيسة بموجب المعيار الموضوعي فقط) في العقد والتي يندرج من ضمنها الأداء المميز وهي التزامات متعددة بطبيعتها، ولا بد من تحديد التزام واحد يكون مميزاً للعقد والمعول عليه في تحديد المحكمة المختصة به، لذا فأن الفقهاء في تحديدهم للأداء المميز يركزون على الدور الذي يقوم به أحد الالتزامات الجوهرية في الحياة الاقتصادية والاجتماعية للرابطة العقدية[2]؛ بحيث يكون الأداء المميز الأداء الذي تتجمع حوله الأداءات الأخرى.

وبهذا الصدد نذكر قراراً لمحكمة استئناف باريس الصادر في٢٧ يناير عام ١٩٥٥الذي أشارت فيه إلى أنه يجب الكشف عن الأداء المميز بالنظر إلى العقد من حيث مضمونه وواقعه الاقتصادي المركز في مكان معين لدولة معينة، ولعل المكان الذي ينبغي القيام فيه بالأداء المميز في العقد تنفيذاً لهذا الالتزام الرئيس هو بحسب طبيعته أكثر الأماكن اتصالاً بالرابطة العقدية[3].

فالالتزام الذي يحقق به الغرض الاقتصادي فهو الذي يكون مميزاً للعقد عن سواه، والسؤال الذي يطرح هنا كيف يتم التركيز الاقتصادي للعقد للوصول إلى الأداء المميز فيه؟، يطرح الفقه عدة معايير للأداء المميز لتحديده كل ينظر إليه من زاوية مختلفة، فالأداء المميز كما يرى الأستاذ لاكارد (Lagarde) بأنه "الالتزام الأساس الذي يتم الدفع مقابله " ويعرفه الأستاذ ماير (Mayer) بأنه "الالتزام الذي يميز العقد من غيره من العقود حينما يكون الالتزام بالدفع مشتركا بين عدة عقود"[4].

تتميز هذه المعايير بسهولتها المتناهية في تحديد الأداء المميز في العقد، لكون الالتزامات الرئيسة لعقد ما على الأغلب أنها التزامان طبقاً للمعيار الموضوعي لتحديدها، مثلاً الالتزامات الرئيسة في عقد العمل تتمثل بالتزام العامل بأداء العمل، والتزام رب العمل بدفع الأجر، فالأداء المميز يعد أداء العمل لأنه يمثل أداءً مقابلاً للالتزام بدفع الأجر(لأداء النقدي).

لكن رغم هذه السهولة الا أنها تعجز عن انطباقها على جميع العقود، إذ من الممكن أن نلاحظ بشأنها ملاحظتين اما الملاحظة الأولى تتمثل بأن ليس كل عقد ينطوي على أداء نقدي لكي يكون المقابل له

---

[1] ودور الإرادة هذا (خصوصاً الإرادة الضمنية) لا يتعارض مع فكرة الأداء المميز فقط، إنما مع فكرة العقد ذاتها، إذ ان من شأن ذلك ان يجعل القضاء ينجم في آثار العقد بحجة الإرادة الضمنية.

[2] د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٥، ص٤٦٠؛

Marie-Elodie ANCE, Laprestion caractère stiaue du contat, ECONOMiCA, 2002, n° 139.

[3] مشار إليه لدى د. عكاشة محمد عبد العال، قانون العمليات المصرفية، دراسة مقارنة في القانون الواجب التطبيق على عمليات البنوك ذات الطبيعة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩٦، ص١٤٣.

[4] نقلا عن أحمد مهدي صالح، القواعد المادية في العقود الدولية (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون- جامعة بغداد، ٢٠٠٤، ص١٤٥.

أداء مميز، فهناك عقود معينة لا تتضمن أداءً نقدياً كعقد الاعارة وعقد القرض بدون فائدة، فالإعارة عقد تبرع لا يأخذ المعير مقابلا لما يعطيه من منفعة المعار[١]، وكذلك عقد القرض بدون فائدة رغم فرضه الالتزامات متقابلة على أطرافه الا أنه لا يتضمن أداء نقدياً مقابل التزام أحد الطرفين[٢].

اما الملاحظة الثانية فهي ان المعايير التي وردت في الآراء السابقة في تحديد الأداء المميز تفترض ان هناك التزامات متقابلة مفروضة على طرفي العقد، لكي يكون التزام أحد الأطراف مقابلا لالتزام الآخر، مما يعني قصور هذه المعايير في تحديد الأداء المميز بالنسبة للعقود الملزمة لجانب واحد كعقد الهبة بدون شرط، والكفالة، والوديعة غير المأجورة. بينما يتجه الرأي الراجح من الفقه[٣]، إلى وضع معيار لتحديد الأداء المميز بالنظر إليه إلى أنه هو الذي يميز العقد من سواه، وهذا الرأي نعتقد بأنه أفضل وأدق من سابقه فكل عقد له أداء يميزه من غيره من العقود الأخرى فيكون أداء مميزاً له.

تذهب في ذلك محكمة الفيدرالية السويسرية في حكم لها صادر عام ١٩٥٣ "ان كل عقد من العقود له أداء يضفي عليه طابعه، فإذا تعلق الأمر بعقد ملزم للجانبين فان القضاء وهو بصدد بحثه عن ضابط الاسناد يكون عليه عن يعول على الالتزام الجوهري في الرابطة العقدية محل البحث بوصف القائم به هو صاحب الأداء المميز " [٤]. فمثلا التزام المعير بتمكين المستعير من الانتفاع بالعين المعارة هو الذي يميز العقد من عقد الاجارة، وكذلك هو الذي يميزه من عقد القرض لأن التزام المعير هو تسليم عين غير قابلة للاستهلاك. وفي هذا الاتجاه أيضاً تذهب محكمة العدل الأوربية[٥] في حكمها الصادر في ٢٥ عام ٢٠١٠ في قضية المعروفة بقضية (Trim)[٦]، عندما طلب المشتري بعض المواصفات على السلعة(قطع غيار السيارات) قيد الانتاج، مما جعل العقد يختلط بين عقد بيع البضائع وعقد خدمات، ذهبت المحكمة المذكورة أنه يجب الاعتماد على الأداء المميز لتحديد طبيعة العقد المعني، فإذا كان الأداء المميز لهذا العقد هو تسليم بضائع فهو عقد لبيع بضائع، وإذا كان الأداء المميز للعقد أداء خدمة فهو عقد خدمات. نخلص مما سبق ان الأداء المميز للعقد وهو الالتزام الذي يعطي للعقد خصائصه، ويميزه من غيره من العقود.

لكن رغم تحديد الأداء المميز بالاستناد إلى ما يميزه من غيره الا ان عمليه تركيز الأداء المميز تواجهه صعوبة حقيقية بالنسبة للعقود التي تضم أداءين مميزين أو أكثر، كما هو الحال في عقد المقايضة، حيث يكون كلا الطرفين مديناً بأداء ذي طبيعة واحدة، أو عقد الصرف حيث يتم تبادل عملتين نقديتين كذلك بالنسبة لعقد الامتياز، حيث يقوم المستثمر بالإتجار بالمنتجات والخدمات التي تحمل علامة مسجلة باسم شركة معنية (صاحبة العلامة) مانحة الترخيص، وهذه الأخيرة تقوم بتزويد المستثمر بالمعرفة الفنية. هناك أداءان مميزان، من أجل تحديدهما ما زال الفقه والاجتهاد القضائي يحاول الوصول إلى حلول عملية لهذا النوع أو ذاك من العقود التي تضم أكثر من أداء مميز واحد[٧].

وعموماً فان العقود الدولية واسعة جداً، واختلاف طبيعتها، يجعل من الصعوبة ان تغطيها بفكرة واحدة في تحديد الاختصاص القضائي الدولي فيها، لذلك نرى ان تكون فكرة ثانية(احتياطية) تحدد هذا الاختصاص في منازعات العقود التي يستحيل فيها تحديد الأداء المميز، لذلك نرى ان الحل الأمثل هو العودة إلى فكرة الأداء الذي حصل الأخلال به لمواجهة هذه الحالات.

المبحث الثاني

---

[١] ينظر نصوص المواد ٤٤٨- ٤٦٠ من القانون المدني العراقي.

[٢] ينظر نصوص المواد ٦٨٤- ٦٩٣ من القانون المدني العراقي.

[٣] راجع عوني محمد فخري، اتفاقية روما لسنة ١٩٨٠ بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، مكتبة صباح، بغداد، ٢٠٠٧، ص ٤٤.

[٤] أشار الى هذا الحكم د. عكاشة محمد عبد العال، مصدر سابق، ص١٤٢.

[٥] للتوضيح: محكمة العدل الأوربية محكمة مختصة بتفسير المعاهدات أو الأنظمة الخاصة بين دول الاتحاد الأوربي.

[6] CJCE, 4ème Ch, 25 février 2010, *Car Trim GmbH c. KeySafety Systems Srl*, aff. C-381/08, n°31-32.

[٧] د. نافع بحر سلطان، مفاهيم القانون الدولي الخاص ومصطلحاته، ط١، مكتب الهاشمي الجامعي، بغداد، ٢٠١٦، ص٩٧. ص٩٧.

تحديد مكان تنفيذ الأداء المميز

إن تحديد الأداء المميز مسألة أولية لتحديد الاختصاص القضائي الدولي حيث لابد من بيان مكان تنفيذ هذا الأداء، اذ ينصرف أثر فكرة الأداء المميز إلى مكان تنفيذ ذلك الأداء، لذا يجب أن يتم تحديده بالشكل الذي يحقق أهداف الفكرة، وعليه للإحاطة بجميع الجوانب التي تتطلبها عملية تحديد مكان تنفيذ الأداء المميز نقسم هذا المبحث إلى مطلبين نبين في المطلب الأول تحديد مكان تنفيذ الأداء المميز بصورة عامة، ونكرس المطلب الثاني لبيان حالة خاصة تتعلق بتعدد أماكن تنفيذ الأداء المميز في أقاليم دول مختلفة وكما يأتي:

المطلب الأول

تحديد مكان تنفيذ الأداء المميز بصورة عامة

إن الغاية الأساسية من نشوء الالتزام المميز وكل التزام تعاقدي هو أن يحصل كل متعاقد على حقه من خلال تنفيذ المتعاقد الآخر لالتزامه، وهذا الأمر بطبيعة الحال يحتاج الى تحديد مكان للتنفيذ حتى يستطيع المتعاقد القيام بما عليه من واجبات، ومادام تحديد مكان تنفيذ الالتزام هو لمصلحة أطراف العقد فهم معنيون بتحديده، لكن قد يحصل إنهم ربما أغفلوا تحديد هذا المكان، مما يتطلب تدخل القانون لحسم هذا الأمر، لذا نقسم هذا المطلب إلى فرعين نتناول في الفرع الأول التحديد الإرادي لمكان تنفيذ الأداء المميز، اما الفرع الثاني فنخصصه لتحديد القانوني لمكان تنفيذ الأداء المميز وكما يأتي :

الفرع الأول

التحديد الإرادي لمكان تنفيذ الأداء المميز

الغالب في العقود الدولية وخاصة التجارية أنها تتضمن شروطا تتعلق بتعيين مكان تنفيذ الأداء المميز في العقد، نظراً لما يتمتع هذا الأمر من أهمية عملية في التجارة الدولية[١]، والسؤال هنا هل يعد هذا الاتفاق معترفاً به في قانون القاضي بوصفه المرجع في تحديد مكان تنفيذ الأداء المميز؟.

طبقاً للقاعدة العامة المنصوص عليها في المادة (٣٩٦) من القانون المدني العراقي على أنه الأصل في تحديد محل وفاء الالتزام هو الرجوع إلى اتفاق الطرفين في ذلك ان وجد[٢]؛ وعلى الطرفين التقيد به، فلا يجوز للمدين بالأداء المميز ان يوفي بالدين الا في هذا المكان، كما لا يجوز للدائن به ان يطلب من المدين الوفاء بغير المكان المتفق عليه، وقد يكون هذا الاتفاق وقت نشوء الالتزام كما هو الغالب، وقد يكون اتفاقًا خاصاً لاحقًا لنشوء الالتزام[٣].

وفي جميع الأحوال قد يكون الاتفاق صريحاً ولا يشترط في الاتفاق الصريح الفاظاً خاصة، وقد يكون ضمنياً، ومثل الاتفاق الضمني ان يكون هناك التزامات متقابلة ناشئة عن عقد ملزم للجانبين ويتفق الطرفان على ان يتم الوفاء في وقت واحد، وتم تحديد مكان تنفيذ أحد الالتزامات المتقابلة، فيستخلص من ذلك اتفاق ضمني على ان يكون مكان الوفاء هو أيضاً مكان واحد[٤].

---

[١] التي ربما هذه الأهمية لا تأتي فقط لتحديد المحكمة المختصة، وإنما أهمية تحديد ذلك المكان أمر ضروري لمعرفة أطراف العقد المكان الذي ينفذ كل واحد منهم التزامه في المكان المحدد.

[٢] حيث نصت هذه المادة على انه(١- إذا كان الشي الملتزم بتسليمه محله مما له حمل ومؤونة كالمكيلات والموزونات والعروض ونحوها وكان العقد مطلقا لم يعين فيه مكان التسليم يسلم الشيء في المكان الذي كان موجوداً فيه وقت العقد ٢- وفي الالتزامات الأخرى يكون الوفاء في موطن المدين وقت وجوب الوفاء أو في المكان الذي يوجد فيه محل اعماله إذا كان الالتزام متعلقاً بهذه الأعمال ما لم يتفق على غير ذلك " ؛ تقابلها نص المادة ٣٤٧ من القانون المدني المصري؛ وكذلك المادة ١٢٤٧ من القانون المدني الفرنسي بالعربية، طبعة دالوز ٢٠٠٩ الثامنة بعد المائة، جامعة القديس يوسف، L.E.G.OS.P.A، ايطاليا، ٢٠١٢.

[٣] ينظر بهذا المعنى د. منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني، ط١، دار ئاراس للطباعة والنشر، أربيل، ٢٠٠٦، ص٦٥٣.

[٤] د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج٣، نظرية الالتزام بوجه عام، الأوصاف – الحوالة – الانقضاء، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٩٥٨، ص٧٨٩.

وقد يتفق الطرفان على ان يكون مكان تنفيذ الأداء المميز هو موطن الدائن، والأصل الا يكون موطن الدائن مكاناً للتنفيذ الا باتفاق صريح أو ضمني، فإذا ما تم الاتفاق على ذلك فان موطن الدائن وقت الاتفاق أو موطنه وقت الوفاء، إذا تغير هذا الموطن، يكون مكان التنفيذ أو الوفاء تبعاً للاتفاق الذي تم[١].

وفضلا عن القواعد العامة المحددة لمكان تنفيذ الالتزام التعاقدي بصورة عامة التي نصت على ان الأصل في تحديده يعود لاتفاق أطراف الالتزام، فأنه توجد قواعد خاصة أيضاً جعلت من اتفاق المتعاقدين المرجع في تحديد الأداء المميز، كالقاعدة الموجودة في المادة (٥٤١) من القانون المدني العراقي التي أشارت إلى ان مكان تنفيذ الأداء المميز في عقد البيع (تسليم المبيع) يتحدد في المكان الذي اشترط على البائع تسليمه فيه[٢].

الفرع الثاني
التحديد القانوني لمكان تنفيذ الأداء المميز

إذا لم يوجد اتفاق بين الطرفين يحدد مكان تنفيذ الأداء المميز على النحو السابق، فان القانون تكفل بتحديد ذلك المكان[٣]، فحسب الأحكام العامة في القانون المدني فأنها تضع قاعدتين لتحديد مكان التنفيذ، القاعدة الأولى تحدد محل التنفيذ بمحل وجود العين وقت نشوء الالتزام، أما القاعدة الثانية تحدد محل التنفيذ بموطن المدين أو مركز أعماله، ولتفصيل هاتين القاعدتين نتناول كل واحدة منها في نقطة مستقلة وكما يأتي :

أولاً : مكان تنفيذ الأداء المميز محل وجود العين وقت نشوء الالتزام.

إذا كان محل الأداء المميز من الأشياء التي لها حمل ومؤونة ولم يحدد أطراف العقد مكاناً لتنفيذه، فان القانون قد نص على تحديده في هذه الحالة بالمكان الذي يوجد فيه الشي الذي له حمل ومؤونة وقت إبرام العقد، حيث جاء في المادة (٣٩٦ ف١)[٤] أنه (إذا كان الشي الملتزم بتسليمه مما له حمل ومؤونة كالمكيلات والموزونات والعروض ونحوها وكان العقد مطلقاً لم يعين فيه مكان التسليم يسلم الشي في المكان الذي كان موجوداً فيه وقت العقد).

ويجدر بنا التنويه إن المقصود بالشيء الذي له حمل ومؤونة هو الشي الذي لا يمكن نقله بسهوله ويسر[٥]، ويغلب ان هذا الشيء لم ينتقل من مكانه من وقت نشوء الالتزام إلى وقت الوفاء، فإذا انتقل فالعبرة كما قدمنا بالمكان الذي توجد فيه العين وقت نشوء الالتزام، وهو المكان الذي كان معروفاً من الطرفين على ان المفروض في كل ذلك ان محل الأداء مستقر في مكانه لا يمكن نقله بسهولة، فإذا كان الشي بطبيعته سهل الانتقال من مكان إلى آخر كالسيارة مثلا، فالغالب ان يكون الطرفان قد ارادا ضمناً ان يكون الوفاء ليس هو المكان العارض الذي يوجد فيه الشي وقت نشوء الالتزام، بل هو موطن المدين، وهو المكان الذي يوجد فيه الشي عادةً، وذلك لأن تحديد مكان تنفيذ الالتزام بمكان وجود الشيء هو اتفاق ضمني بين الطرفين على ذلك، فان وجد اتفاق ضمني أكثر وضوحاً ينسخ الاتفاق الأول[٦].

ثانياً : مكان تنفيذ الأداء المميز موطن المدين أو مركز أعماله

إذا لم يكن محل الأداء المميز من الأشياء التي لها حمل ومؤونة، ولم يوجد اتفاق صريح أو ضمني بين الطرفين يقضي بتحديد مكان تنفيذ الأداء المميز، فأنه يتم الاستناد في هذه الحالة إلى موطن المدين به

---

[١] انظر بهذا المعنى، المصدر نفسه، ص٧٩٠.

[٢] حيث تنص في فقرتها الثانية "اما إذا اشترط في العقد على البائع تسليم المبيع في محل معين، لزمه تسليمه في المحل المذكور".

[٣] الحقيقة وان كانت الغاية من هذه القواعد هي لغرض تنفيذ الالتزام وليس لغرض تحديد الاختصاص القضائي الدولي، الا إنها تحمل في طياتها قواعد ذات أهمية في تحقيق الغرض الأخير لأنها كما نرى تباعاً، انها تعتمد في تحديد مكان تنفيذ الالتزام على أساس وجود المال في هذا المكان، وهذا ما يحقق أبرز مزايا فكرة الأداء المميز بتحقيق مبدأ القرب بين النزاع والمحكمة، فضلا عن كفالة تنفيذ الحكم بشكل مباشر.

[٤] مدني عراقي.

[٥] د. عبد المجيد عبد الحكيم ، د. عبد الباقي البكري ود. محد طه البشير، القانون المدني وأحكام الالتزام، ج٢، العاتك، القاهرة، بدون سنة طبع، ص٢٧٤.

[٦] انظر بهذا المعنى د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، ج٣، مصدر سابق، ص ٧٩١.

أو مركز اعماله إذا كان الأداء المميز متعلقاً بهذه الأعمال، حيث جاء في المادة (٣٩٦ ف٢)[١] أنه "في الالتزامات الأخرى يكون الوفاء في موطن المدين وقت وجوب الوفاء أوفي المكان الذي يوجد فيه محل إعماله إذا كان الالتزام متعلقاً بهذه الأعمال مالم يتفق على غير ذلك".

وأكثر ما يسري هذا الحكم على الالتزام المميز الذي يكون محله مبلغاً من النقود كالقرض والكفالة وخطاب الاعتماد، وكذلك يسري على الأداء المميز الذي محله القيام بعمل أو الامتناع عن عمل[٢].

ونريد الوقوف قليلاً عند تحديد مكان تنفيذ الأداء المميز عندما يكون محله امتناعاً عن عمل، فمن المعلوم أنه التزام غير مادي، فكيف يمكن تحديد مكان تنفيذه؟، كالالتزام بعدم المنافسة عندما يكون هو الأداء المميز، مثال ذلك العقد المبرم بين المنتجين لسلعة واحدة على تحديد سعر موحد لهما لبيع السلعة.

من السابق لأوانه ان نستنتج عدم امكانية تحديد مكان التنفيذ في هذه الحالة، فالأداء المميز عندما يتضمن امتناعاً عن عمل فأنه يمكن حصر هذا الأداء بحدود جغرافية معينة تكون قابلة لتحديد مكان التنفيذ، وفي المثال أعلاه تكون الدولة أو الدول التي حدد فيها تقييد المنافسة هي مكان التنفيذ في حالة الاخلال بالالتزام، ومن ثم تكون محاكمها هي المختصة بمثل هذه الحالة.

والملاحظ ان أساس عد موطن المدين أو محل إعماله، المكان المفترض لتنفيذ الأداء المميز يعد إعمالا للقاعدة العامة التي تقضي ان الدين مطلوب لا محمول، أي ان الدائن بالأداء المميز هو الذي يسعى إلى موطن المدين به، وليس المدين هو الذي يسعى للدائن حاملاً له الدين، وإذا غير المدين موطنه بعد انعقاد العقد فالعبرة بموطنه وقت الوفاء، وهذا ما يفسر لمصلة المدين وعدم تحميله أي تكلفة إضافية عند التنفيذ[٣].

لكن القاعدة العامة مقررة لمصلحة المدين وباستطاعته التنازل عنها، وقد يفهم هذا التنازل من خلال تصرف المدين، كأن يقوم بدفع أغلب أقساط الدين في موطن الدائن فهذا يدل على تنازله عن قيام الدائن بالذهاب إليه لاستيفاء حقه[٤].

المطلب الثاني
تعدد أماكن تنفيذ الأداء المميز

هناك صورتان لتعدد أماكن تنفيذ الأداء المميز، أولهما ان الأداء المميز متشعب تنفيذه في أكثر من إقليم دول معينة، ما نطلق على هذه الصورة تسمية التعدد الحقيقي لأماكن التنفيذ، اما الصورة الثانية وهي التي يختلف فيها مكان التنفيذ المحدد بإرادة أطراف العقد(الصريحة أو الضمنية) عن مكان التنفيذ الفعلي للأداء، ما نطلق عليها تسمية التعدد الصوري لأماكن التنفيذ، فكيف يمكن حل مشكلة تعدد التنفيذ في هاتين الصورتين؟ وما هي الركائز أو الأهداف الأساسية التي تتحكم في حل هذه المشكلة؟، هذا ما يتم الاجابة عنه من خلال تقسيم هذا المطلب إلى فرعين نخصص فرعاً مستقلاً لكل صورة وكما يأتي:

الفرع الأول
التعدد الحقيقي لأماكن التنفيذ

قد يتبين ان تنفيذ الأداء المميز قد يتم أو قد تم على أراضي دول عديدة، ما يثير مسألة تعدد حقيقي لأماكن تنفيذ الأداء المميز، فما هو المكان المعول عليه في تحديد الاختصاص القضائي؟ هل يعد أي من تلك الأماكن مكاناً لتنفيذ الأداء المميز؟ أو يكون لأحدها الغلبة في تحديد هذا المكان ومن ثم عقد الاختصاص على أساسه؟.

---

[١] مدني عراقي.

[٢] ينظر د. عبد القادر الفار، أحكام الالتزام(آثار الحق في القانون المدني)، ط١، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٧، ص٧١ ؛ د. منذر الفضل، مصدر سابق، ص٦٥٥.

[٣] ينظر بهذا المعنى د. حسن علي الذنون، محمد سعيد الرحو، الوجيز في نظرية الالتزام (أحكام الالتزام)، ط١، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٤، ص٣٠ ؛ د. موريس نخلة، الكامل في شرح القانون المدني (دراسة مقارنة)، ج٤، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٧ ، ص٢٢٠.

[٤] د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، ج٣، مصدر سابق، ٧٩٣.

يمكننا تقدير أي محكمة قد تم أو قد يتم في دائرتها تنفيذ لأداء المميز ان تكونه المحكمة المختصة، حيث ورد هذا الحل في قرار لمحكمة النقض الفرنسية الصادر في ١٩ اكتوبر عام ١٩٩٦ في قضية في النطاق الداخلي، تتعلق بعقد مبرم بين مرشح لانتخابات وحزب سياسي، أكدت في ذلك المحكمة المذكورة ان المحكمة المختصة لا يمكن ان تفصل الا في الأداءات المتحققة في دائرتها[١].

لكن يبدو هذا الحل غير مقبول في إطار تحديد الاختصاص القضائي الدولي لسببين: الأول لأنه يؤدي إلى تجزئة الأداء المميز وإخضاع كل جزء منه إلى محكمة مختلفة، وهذا يتناقض مع هدف فكرة الأداء المميز من تحديد جهة قضائية واحدة للفصل بالنزاع، والسبب الثاني يجعل هذا الخيار المدعى عليه تحت رحمة المدعي إذ يمكنه من رفع الدعوى أمام محكمة غير متوقعة لهذا الأخير.

بينما يذهب رأي ثان أنه يمكن حل مشكلة تعدد مكان تنفيذ الأداء المميز بتبني حكم مشابه لحكم محكمة العدل الأوربية في قضية (فيوناشوفيل)التي تتعلق بالمسؤولية التقصيرية، من خلال السماح للمدعي بالاختيار بين محكمة موطن المدعى عليه أو اختيار أي من أماكن تنفيذ الأداء المميز، عندما قررت المحكمة بأنه(في حالة القذف عن طريق مقالة صحفية منشورة في عدة دول متعاقدة، فأن عبارة "المكان الذي فيه وقع الضر" يجب تفسيرها في هذا المعنى، حيث يمكن للمضرور رفع دعوى إصلاح الضرر ضد الناشر سواءً أمام محاكم الدولة المتعاقدة التي تقع فيها دار النشر(ناشر الإعلان) أو أمام محاكم كل دولة متعاقدة قد تم فيها الإعلان المنشور، وحيث يزعم المضرور ان التعدي على سمعته وقع فيها، وهي مختصة للفصل في الأضرار الوحيدة المتسببة في دولة المحكمة التي تم اللجوء إليها)[٢].

الحقيقية ان هذا الرأي محل نظر ويمكن توجيه الانتقادات نفسها التي وجهت إلى الرأي الذي سبقه، فضلاً انه لا ينسجم مع تبني فكرة الأداء المميز في القانون العراقي، لأنه لو تحقق ضابط موطن المدعى عليه لما لجئنا إلى هذه الفكرة.

بينما يذهب الرأي الراجح من الفقه[٣] وتسانده في ذلك أحكام محكمة العدل الأوربية نحو تركيز الاختصاص، مهما تعدد مكان تنفيذ الأداء المميز أمام محكمة واحدة، تكون المحكمة الأكثر صلةً بالنزاع، من خلال اعطاء الاختصاص لمحكمة مكان التنفيذ الرئيس للأداء.

لكن الحل بهذه الصيغة مازال غامضاً إذ كيف يمكن تحديد مكان التنفيذ الرئيس؟ أو ما هي معايير هذا التحديد؟.

تذهب محكمة العدل الأوربية في قرار لها صادر ١١ آذار عام ٢٠١٠[٤] في قضية تتلخص وقائعها في أن هناك عقد وكالة تجارية سبب قيامها إنهاء لهذا العقد، حيث دفع هذا الأمر الوكيل إلى رفع الدعوى على الموكل أمام المحاكم النمساوية، دفعت الشركة الموكلة ان أداء الخدمة (الأداء المميز) قد نفذ ثلاثة أرباعه في دول مختلفة غير النمسا، قدمت المحكمة النمساوية استفساراً إلى محكمة العدل الأوربية حول تحديد مكان تنفيذ الأداء في هذه الحالة، ردت المحكمة أنه يجب البحث عن أهم مكان لتقديم الخدمة، بالاستناد إلى نصوص العقد أو على الأقل التنفيذ الفعلي، في الأخذ بعين الاعتبار الظروف الواقعية للتنفيذ، كممارسة الوكيل لأغلب أنشطته، أهمية هذه الأنشطة، الوقت الذي مضى على تلك الأماكن.

---

(1) Marie-Eiodie ANCEL, Laprestion caracte'r stiaue du contat, op, cit, n°463.

(٢) للمزيد حول هذا الرأي راجع

Marie-Eiodie ANCEL, op, cit, n°463.

(3) CJUE, 3ème Ch, 11 mars 2010, *Wood Floor Solutions Andreas Domberger GmbH c. Silva Trade SA*, aff. C-19/09. Note: Édouard TREPPOZ, c) L'article 5, point 1, sous b), du règlement n° 44/2001/CE du 22 décembre 2000 face à une pluralité de lieux de livraison dans plusieurs États membres, Revue des contrats, 1 Octobre 2010, n°4, p.1395. David Sindres, Lok. Cit., n°76.

(4) CJUE, 3ème Ch, 11 mars 2010, Wood Floor Solutions Andreas Domberger GmbH c. Silva Trade SA, aff. C-19/09. Note : Laurence IDOT, Matière contractuelle (2), Europe n° 4, Avril 2010, comm. 149.

والحل نفسه يمكن نقله في بيع البضائع، إذ يمكن للقاضي الاعتماد على المكان الأساسي للتنفيذ، الذي يحدد من خلال معايير اقتصادية على الأرجح من حيث قيمة البضائع المسلمة[١].

يتضح مما سبق إن حل مشكلة التعدد الحقيقي لأماكن تنفيذ الأداء المميز يتم من خلال المكان الرئيس من بين تلك الأماكن حسب أهميتها، من خلال الأخذ بمجمل الظروف الواقعية التي تمكن القاضي من استكشافه.

الفرع الثاني
التعدد الصوري لأماكن التنفيذ

من المعلوم ان تطبيق فكرة الأداء المميز في تحديد المحكمة المختصة في المجال العقدي ينصرف إلى الحالة التي تم فيها التنفيذ، أو الحالة التي لم يتم بعد.

فإذا جاء تنفيذ الأداء المميز مطابقاً للشروط المنصوص عليها في العقد أو المشار إليها ضمناً فان هذه الشروط قد عكست واقع التنفيذ، ولا تثير أي مسألة لتعدد التنفيذ، كذلك الحال بالنسبة للفرضية التي لم ينفذ فيها الأداء المميز، فهنا لابد من الاعتماد على المكان المحدد في العقد وفي حالة عدم وجودها يرجع إلى القواعد العامة في تحديد مكان الالتزام(التحديد القانوني)[٢].

اما الفرضية التي تثير اشكالاً في تعدد أماكن التنفيذ هي التي يوجد فيها تنفيذ فعلي للأداء المميز، يختلف عن المكان المحدد بموجب العقد، فما هو المكان المعول عليه من هذه الأماكن لتحديد المحكمة المختصة بالفصل بالنزاع؟.

ان الحل في هذه الفرضية يكون سهلاً في حالة التنفيذ الفعلي للأداء المميز والذي اختلف عن المكان المحدد في العقد (بصورة صريحة أو ضمنية)، قد تم برغبة من الطرفين إذ يعد هذا الأمر تعديلاً ضمنياً لاتفاق أطراف العقد، ومن ثم تكون المحكمة التي وقع في إقليمها التنفيذ الفعلي للأداء المميز هي المحكمة المختصة، وبذلك قد اعطينا الاختصاص لمحكمة الأكثر فاعليةً، ولا خشية من هذا الحل على فقدان اليقين القانوني للمتعاقدين في معرفة المحكمة المختصة بنظر النزاع، لأن التنفيذ الفعلي كما قلنا تم بإرادتهما المعدلة للمكان المحدد بموجب العقد.

لكن المسألة الأكثر تعقيداً هي ان مكان التنفيذ الفعلي لم يحظ بموافقة جميع أطراف العقد، فما هو الحل في هذه الحالة؟.

تتعدد الحلول المطروحة في هذا الأمر، حيث تذهب محكمة العدل الأوربية من خلال التعليل الذي ورد في حكم (Trim)[٣]، وحكم (wood floor)[٤]، حيث تفضل مكان التنفيذ المنصوص علية في العقد(أو على نطاق أوسع المشار إليه)، لأنه في الواقع المحكمة في القضيتين المذكورتين استندت الى أحكام العقد لتحديد مكان التنفيذ المعول عليه في تحديد المحكمة المختصة، وفي حالة العجز التام لأحكام العقد رأت من المناسب اللجوء إلى مكان التنفيذ الفعلي، ومن هنا يمكننا القول من باب أولى في حال الاختلاف بين مكان التنفيذ الناشئ عن العقد ومكان التنفيذ الفعلي بالتأكيد يرجح المكان المستخلص (بصورة صريحة أو ضمنية) من العقد على مكان التنفيذ الفعلي للأداء المميز.

وهناك حجة أخرى لتأكيد موقف محكمة العدل الأوربية المتجه نحو تفضيل مكان التنفيذ المنصوص عليه في العقد على مكان التنفيذ الفعلي، حيث ذهبت المحكمة المذكورة في حكم (wood

---

(1) David Sindres, Fasc. 584-130 : COMPÉTENCE JUDICIAIRE, RECONNAISSANCE ET COMMERCIALE . - Compétence . - Règles ordinaires de compétence . - Option de compétence en matière contractuelle . - Article 7, § 1, du règlement (UE) EXÉCUTION DES DÉCISIONS EN MATIÈRE CIVILE ET n° 1215/2012, JurisClasseur Droit international, 5 Mars 2014, n°77.

(٢) انظر ما تم بحثه ص١٣ وما بعدها.

(1)CJCE, 4ème Ch, 25 février 2010, Car Trim GmbH c. KeySafety Systems Srl, aff. C-381/08.

(4) CJUE, 3ème Ch, 11 mars 2010, Wood Floor Solutions Andreas Domberger GmbH c. Silva Trade SA, aff. C-19/09. Note : Laurence IDOT, Matière contractuelle (2), Europe n° 4, Avril 2010, comm. 149.

floor) أنه إذا كانت أحكام العقد لا تمكن من تحديد مكان تقديم أهم الخدمات في الوقت الذي قدمت فيه هذه الخدمات فعلياً، ينبغي النظر إلى المكان الذي فيه بالغالب تم فيه الأداء المميز، شرط ان لا يكون متعارضاً مع رغبة الطرفين المنصوص عليها في العقد.

لكن توجه المحكمة هذا نرى أنه قد أوقعها في تناقض، حيث تشير إلى ان هناك حاجة إلى اختيار مكان التنفيذ الفعلي شرط ان أحكام العقد لا تسمح بتحديد ذلك المكان، في الوقت نفسه ترى ان المكان الفعلي يجب في هذه الحالة لا يتعارض مع أحكام العقد، التي من المفترض ان الأحكام الأخيرة قد انعدمت ما دفع اللجوء إلى التنفيذ الفعلي.

بينما يذهب بعض الفقهاء إلى السماح للمدعي في الاختيار بين محكمة محل التنفيذ الفعلي للأداء المميز أو محكمة المحل المنصوص عليه في العقد، لكن هذا الحل منتقد كونه يتعارض مع فكرة الأداء المميز التي تهدف إلى إيقاف ظاهرة تعدد اختصاص المحاكم في العقد نفسه[١].

فضلاً عن ذلك ان هذا الحل يتقاطع تماماً مع طبيعة قواعد الاختصاص القضائي الدولي في القانون العراقي، كونها توصف بأنها احادية الجانب التي تحدد محكمة واحدة بحل النزاع، وهي المحكمة العراقية ولا تترك الخيار للمدعي(بشكل مباشر).

ويرى البعض الآخر التخلي عن تطبيق فكرة الأداء المميز في هذه الحالة، والعودة إلى ضابط مكان الالتزام المتنازع عليه، الا ان هذا الحل جوبه بالرفض، لأن العودة إلى الضابط المذكور يجب ان يكون في حالات الضرورة القصوى[٢].

وإذا كانت هذا المواقف غير موفقه في حل مشكلة التعدد الصوري للتنفيذ فأنه لابد من السعي لإيجاد حل لها، وفي رأينا إن البحث عن الحل يقضي إجراء موازنة بين مزايا وانتقادات الاختصاص القضائي المحدد على أساس المكان المنصوص عليه وبين مكان التنفيذ الفعلي، فإذا تم عقد الاختصاص للمحكمة الواقع في نطاقها مكان التنفيذ الفعلي فأنه يعطى قدرة عالية للمحكمة بالفصل بالنزاع من خلال قربها معه، لكنه يهدر قدرة المدعى عليه في معرفة الاختصاص، في حين ان محكمة مكان التنفيذ المنصوص عليه في العقد على العكس من ذلك، يحقق الأمن القانوني، لكنه يهدر فاعلية المحكمة.

لكن لابد لنا ان نرجح أحد المكانين، لذلك نرى ان تحقيق فعالية الاختصاص لها من الأهمية ما تفوق تحقيق الأمن القانوني للمتعاقدين، لهذا نفضل محكمة التنفيذ الفعلي على التنفيذ المنصوص علية في العقد، خاصةً إذا ما علمنا ان إهدار ميزة تحقيق الأمن القانوني تخف حدته إذا كان الطرف المدعي هو الذي حصل التنفيذ الفعلي مخالفةً لرغبته، لأنه هو من يبادر بإقامة الدعوى، ولا خشية على المدعى عليه لأنه هو من قام بالتنفيذ الفعلي المخالف لذاك يكون غير جدير في أن نوفر له الأمن القانوني[٣].

الخاتمة

بعد ان انتهينا من دراسة هذا البحث نعرض أهم النتائج التي توصلنا اليها من خلال هذه الدراسة فضلا عن المقترحات التي نأمل الأخذ بها في النقطتين الاتيتين :

أولاً- النتائج :

١- اتضح لنا التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية التي أخذت بفكرة الأداء المميز سواءً في ميدان تنازع القوانين أو في ميدان الاختصاص القضائي الدولي لم تضع معياراً معيناً لتحديد الأداء المميز، لكن الفقه والقضاء الأوربيين تصديا لذلك بمعايير مختلفة أدقها معيار الأداء الذي يميز العقد من غيره من العقود.

---

[١] راجع في عرض هذا الرأي

David Sindres, Lok. Cit., n°61.

[٢] ينظر

Ibid.

[٣] الا ان هذا الحل يتناقض مع توجه محكمة العدل الأوربية، الذي سبق وان تبين لنا انها ترجح المكان المنصوص عليه في العقد ان وجد، وفي كل الأحوال حتى وان اختلف مع التنفيذ الفعلي، وهذا التوجه معيب، لأنها وان حققت العلم اليقيني للاختصاص، الا إنها أهدرت فعالية المحكمة المختصة.

٢- توصلنا ان دور ارادة المتعاقدين في تحقيق أثر فكرة الأداء المميز وان كنا نرى استبعاده في عملية تحديد الأداء المميز للعقد، الا انه يبقى لها دور في عملية تحديد مكان تنفيذه، لكنه يبقى مقيداً بالشكل الذي يحقق أهداف الفكرة في تحديد المحكمة الأنسب في الفصل بالنزاع، وفي حال عدم وجود ارادة للمتعاقدين في تحديد مكان التنفيذ فان القانون المدني العراقي قد تكفل بتحديده بوصفه القانون الذي يستند اليه القاضي الوطني في اعمال فكرة الأداء المميز.

٣- استنتجنا ان محل التنفيذ(الفعلي) للأداء المميز هو المكان المرجح في تحديد المحكمة المختصة، في حال اختلافه عن المكان المحدد بإرادة المتعاقدين أو بنصوص القانون، وذلك تحقيقاً للأهداف الرئيسية للفكرة في تحديد المحكمة الأكثر قربًا بالنزاع.

٤- توصلنا ان الأداء المميز للعقد قد يراد تنفيذه أو قد نفذ على إقليم أكثر من دولة معينة، فحسم هذه المشكلة يتم من خلال اختيار المكان الرئيسي لتنفيذ هذا الأداء، وفقا لمعايير واقعية تضمن فعالية اختصاص المحاكم الوطنية.

ثانياً- المقترحات :

١- نأمل من القضاء العراقي بان يعقد اختصاصه في المنازعات العقدية استناداً إلى المادة(١٥-ج) من القانون المدني عندما يكون الأداء المميز كان قد نفذ أو كان واجب التنفيذ في الإقليم العراقي، وفي حال تعدد مكان تنفيذه في إقليم دول متعددة من ضمنها العراق فيكون اختصاصه عندما يكون التنفيذ الرئيسي لهذا الأداء في الإقليم العراقي، وذلك لضمان فعالية اختصاص المحاكم الوطنية في هذه المنازعات بناءً على ضابط مكان تنفيذ العقد.

٢- نقترح على القضاء العراقي في الفروض المحتملة لتطبيق فكرة الأداء المميز ان يوازن بين اعتبارات الأمن القانوني للمتعاقدين وفعالية القاضي في ادارة الدعوى وكفالة الحكم الصادر منه، وعند تعارضهما يرجح المبدأ الثاني على الأول لأهميته في تحديد الاختصاص.

٣- نقترح على المشرع العراقي تعديل المادة (١٥-ج) من القانون المدني التي تنص على انه(يقاضى الأجنبي أمام محاكم العراق في الأحوال الاتية: ج- إذا كان موضوع التقاضي عقداً تم إبرامه في العراق أو كان واجب التنفيذ أو كان التقاضي عن حادثة وقعت في العراق)، ليكون بالشكل الاتي(يقاضى الأجنبي أمام محاكم العراق في الأحوال الاتية: ج- إذا كان موضوع التقاضي عقداً تم إبرامه في العراق أو كان واجب التنفيذ الأساسي للأداء المميز له أو كان التقاضي عن حادثة وقعت في العراق)، تلافياً لاختلاف الذي قد ينشأ بين القضاة في تفسير هذا النص فيما يتعلق بضابط مكان تنفيذ العقد الذي فيه من العمومية في الصياغة ما يمكن ان يولد مثل هذا الخلاف.

قائمة المصادر

أولاً- المصادر باللغة العربية :

أ- الكتب :

١- د. حسن علي الذنون، محمد سعيد الرحو، الوجيز في نظرية الالتزام (أحكام الالتزام)، ط١، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٤.

٢- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج٣، نظرية الالتزام بوجه عام، الأوصاف – الحوالة – الانقضاء، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٩٥٨.

٣- د. عبد القادر الفار، أحكام الالتزام(آثار الحق في القانون المدني)، ط١، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٧.

٤- د. عبد المجيد الحكيم، د. عبد الباقي البكري ود محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون العراقي، ج١، العاتك، القاهرة، بدون سنة طبع.

٥- د. عبد المجيد عبد الحكيم ، د. عبد الباقي البكري ود. محد طه البشير، القانون المدني وأحكام الالتزام، ج٢، العاتك، القاهرة، بدون سنة طبع.
٦- د. عكاشة محمد عبد العال، قانون العمليات المصرفية، دراسة مقارنة في القانون الواجب التطبيق على عمليات البنوك ذات الطبيعة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩٦.
٧- د. محمد إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الجوانب القانونية في ادارة المفاوضات وابرام العقود، مطبوعات الادارة العامة للبحوث، الرياض، ١٩٩٥.
٨- د. منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني، ط١، دار ئاراس للطباعة والنشر، أربيل، ٢٠٠٦.
٩- د. موريس نخلة، الكامل في شرح القانون المدني (دراسة مقارنة)، ج٤، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٧.
١٠- د. نافع بحر سلطان، مفاهيم القانون الدولي الخاص ومصطلحاته، ط١، مكتب الهاشمي الجامعي، بغداد، ٢٠١٦.
١١- د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٥.
١٢- عوني محمد فخري، اتفاقية روما لسنة ١٩٨٠ بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، مكتبة صباح، بغداد، ٢٠٠٧.

ب- الرسائل والأطاريح العلمية :

١٣- د اسراء جاسم محمد العمران، أثر التمييز بين المسائل الجوهرية والثانوية في العقد(دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق – جامعة النهرين، ٢٠٠٦.
١٤- أحمد مهدي صالح، القواعد المادية في العقود الدولية (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون- جامعة بغداد، ٢٠٠٤.
١٥- د. صالح ناص العتيبي، فكرة الجوهرية في العلاقة العقدية، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق -جامعة عين الشمس، ٢٠٠١.
١٦- د. وسن قاسم غني الخفاجي، ايقاف التنفيذ المؤقت في العقود، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون - جامعة بغداد، ٢٠٠٦.

ج- القوانين :

١٧- القانون المدني العراقي رقم(٤٠) لسنة ١٩٥١.
١٨-القانون المدني المصري رقم(١٣١) لسنه ١٩٤٨.
١٩- القانون المدني الفرنسي بالعربية، طبعة دالوز ٢٠٠٩ الثامنة بعد المائة، جامعة القديس يوسف، L.E.G.OS.P.A، ايطاليا، ٢٠١٢.

ثانياً- المصادر باللغة الفرنسية :

20- Marie-Elodie ANCE, Laprestion caractère stiaue du contat, ECONOMiCA, 2002.
21- David Sindres, Fasc. 584-130 : COMPÉTENCE JUDICIAIRE, RECONNAISSANCE ET COMMERCIALE . - Compétence . - Règles ordinaires de compétence . - Option de compétence en matière contractuelle . - Article 7, § 1, du règlement (UE) EXÉCUTION DES DÉCISIONS EN MATIÈRE CIVILE ET n° 1215/2012, JurisClasseur Droit international, 5 Mars 2014.
22- CJCE, 4ème Ch, 25 février 2010, Car Trim GmbH c. KeySafety Systems Srl, aff. C-381/08.

23- CJUE, 3ème Ch, 11 mars 2010, Wood Floor Solutions Andreas Domberger GmbH c. Silva Trade SA, aff. C-19/09. Note : Laurence IDOT, Matière contractuelle (2), Europe n° 4, Avril 2010, comm. 149.
24- CJUE, 3ème Ch, 11 mars 2010, Wood Floor Solutions Andreas Domberger GmbH c. Silva Trade SA, aff. C-19/09. Note: Édouard TREPPOZ, c) L'article 5, point 1, sous b), du règlement n° 44/2001/CE du 22 décembre 2000 face à une pluralité de lieux de livraison dans plusieurs États membres, Revue des contrats, 1 Octobre 2010, n°4, p.1395.
25- RÈGLEMENT (UE) No 1215/2012 DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (refonte), L 351/1, 20.12.2012.
26- Loi fédérale sur le droit international privé 18 décembre 1987 (LDIP) (Etat le 1er juillet 2014).