مجلة رسالة الحقوق ISSN-2032-2075
الإصدار 15 مارس / أبريل 2023
العدد الثاني

الدور الحمائي الحديث لقواعد الاسناد في اطار قواعد تنازع القوانين "عقد الاستهلاك انموذجاً"

The modern protective role of the rules of attribution within the framework of the rules of conflict of laws "the consumption contract as a model".

بحث مشترك مقدم من قبل
المدرس الدكتور خضير مخيف فارس
كلية الطف الجامعة – قسم القانون
المدرس الدكتور فاطمة عبد مهدي دهش
كلية المستقبل الجامعة / قسم القانون

الخلاصة.
أضحت قواعد الاسناد اليوم تتضمن قيمة اجتماعية، تتمثل بحماية الطرف الضعيف سواءٍ في العلاقات التعاقدية أو في المسائل الأخرى(مثالها حماية مصلحة الطفل)، ويتحقق ذلك من خلال وضع القواعد الامرة والتي لا يمكن مخالفتها، والتي تشكل بدورها ما يعرف بالنظام العام.
ولأن قواعد الاسناد لا يمكن أن تكون بمعزل عن بقية القواعد القانونية الأخرى، والتي تتسم بالصفة الحمائية، لذا بدأ هذا التأثر من خلال تعدي قواعد الاسناد في اطار تنازع القوانين من تحقيق الوظيفة التقليدية، التي تتمثل برغبة الدول أول الأمر بتركيز العلاقات الدولية الخاصة والمتضمنة للعنصر الأجنبي في نظام قانوني معين، وذلك عن طريق ما يسمى بقواعد الاسناد، التي تدل على الرغبة بالتخفيف من وطأة تطبيق مبدأ اقليمية القوانين، ومحاولة الوصول إلى القانون الواجب التطبيق، من خلال تركيز العلاقة محل النزاع بالقانون الاكثر صلة بالعلاقة، ومحاولة ايجاد اكثر الحلول ملائمة وعدالة بنظر قاض النزاع لهذه العلاقات، إلى التحول نحو تحقيق الدور الحديث.
الكلمات المفتاحية: الدور الحمائي – المتعاقد الضعيف – قانون الارادة - قانون محل الاقامة .

Abstract.
Today, the rules of attribution now include a social value, which is represented in the protection of the weak party, whether in contractual relations or in other matters (for example, protecting the interest of the child).
And because the rules of attribution cannot be isolated from the rest of the other legal rules, which are characterized by a protective character, so this influence began through the infringement of the rules of attribution in the context of the conflict of laws from achieving the traditional function, which is represented by the desire of states in the first place to focus the private international relations that include the foreign element In a particular legal system, through the so-called rules of attribution, which indicate the desire to mitigate the burden of applying the principle of territoriality of laws, and try to reach the applicable law, by focusing the relationship in dispute with the law most relevant to the relationship, and trying to find the most appropriate and fair solutions in the view of The conflict judge for these relations, to shift towards achieving the modern role.
Keywords: *the protective role - the weak contractor - the law of the will - the law of the place of residence.*

المقدمة.

بدأت قواعد القانون الدولي الخاص تأخذ دوراً مهماً وحيوياً، وذلك من خلال وضع القيم الاجتماعية وحماية الطرف الضعيف في العلاقة محل النزاع بعين الاعتبار، فبعد أن تبين عدم ملائمة قواعد تنازع القوانين التقليدية ومسايرتها للتطورات الحديثة في مجال حماية الطرف الضعيف، قامت العديد من التشريعات بتبني منهجية جديدة من خلال ايجاد قواعد إسناد تتلائم وهذا الغرض، تتمثل مهمتها في توفير الحماية اللازمة للطرف المستحق لهذه الاخيرة، من هنا شرعت القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية بتقنين ضابط محل الاقامة، واولته مهمة تحقيق هذه المهمة.

1. أهمية الموضوع.

أصبح العمل بموجب قانون الارادة، المتأتي نتيجة ارادة الأطراف يستوجب أن يتفق مع القيم الاجتماعية والتضامن الاجتماعي، فلا يكون واجب التطبيق ما لم يتفق مع هذه المقتضيات، مما يؤدي أحياناً إلى اقصائه فيما لو تعارض مع القيم الاجتماعية، ونتيجة لذلك أصبحت العلاقات التعاقدية اداة لتحقيق سياسات اجتماعية وسياسية، حتى أصبح القانون في خدمة الارادة، هذا الأمر ادى إلى تطور وظيفة قواعد الاسناد وتحولها من الدور التقليدي المتمثل بحل نزاعات الأطراف حصراً إلى الدور الحديث المتمثل بتحقيق القيم الاجتماعية. ونتيجة لذلك ظهرت الحاجة إلى وجود قواعد من شأنها أن تحمي الطرف الضعيف، وذلك من خلال وضع قاعدة اسناد حمائية الصفة لبعض العلاقات الدولية الخاصة ذات الطرف الضعيف، والسبيل إلى تحقيق ذلك يتمثل بتقييد أو استبعاد دور الارادة وحسب ظروف العلاقة محل النزاع، أو المجيء بضوابط اسناد اخرى تلائم هذا الغرض.

2. مشكلة البحث.

تكمن مشكلة البحث في الواقع التشريعي العراقي، إذ أن المشرع العراقي وضع ضابط اسناد عام تخضع له كافة العقود الدولية الخاصة، والذي نصت عليه المادة (1/25) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951، وعند أمعان النظر في موقف المشرع هذا، فنحن أمام اشكالية تتمثل بأن المشرع العراقي لم يتخذ موقفاً حيال حماية الطرف الضعيف في عقود الاستهلاك الدولية الخاصة، سواء بأقصاء دور الإرادة أو الحد منها، تاركاً الأمر إلى القواعد العامة، ومن ثم خلت نصوصه من أية اشارة بهذا الشأن، وعليه فعند إثارة نزاع معين بصدد هذه العقود يطبق قانون الارادة في حال وجد، وسواء كان هذا القانون هو الأصلح للطرف الضعيف من حيث الحماية أم لا، وفي فرض ضرورة توفر الحماية اللازمة للمستهلك فالسؤال المطروح، هو هل أن قواعد الاسناد التقليدية بإمكانها أن تحقق الحماية الكافية للطرف الضعيف.

3. منهجية البحث.

اتبعنا في هذا البحث المنهجية التحليلية والمقارنة معاً، إذ قارنا بين التشريعات الوطنية في الية تعاملها مع حماية المستهلك ومدى توفير تلك الحماية، من خلال ضوابط الاسناد التقليدية وتلك الحديثة، المتمثلة بمحل الاقامة، كونه القانون الأكثر ملائمة لذلك.

4. خطة البحث.

قسمنا البحث موضوع الدراسة إلى مطلبين، تناولنا في المطلب الأول مظاهر الصفة الحمائية لقواعد الاسناد، وذلك من خلال فرعين، خصصنا الفرع الأول لدراسة تحديد نطاق قانون الارادة، في حين تناولنا في الفرع الثاني الدور الحديث لقواعد الاسناد، في حين تناولنا في المطلب الثاني السياسة التشريعية في اطار حماية المتعاقد الضعيف، وذلك من خلال فرعين، تناولنا في الفرع الأول اليات حماية المتعاقد الضعيف في اطار قواعد الاسناد، في حين خصصنا الفرع الثاني إلى دراسة الضابط الحمائي في اطار تعاقدات المستهلك.

المطلب الأول/ مظاهر الصفة الحمائية لقواعد الاسناد.

كما هو معروف أن القاعدة القانونية التي تعد اللبنة الأولى في النظام القانوني تتكون من ركنين، الأول ركن الفرض المتمثل بواقعة عامة مجردة يضعها المشرع الوطني بحيث تنطبق على جميع الحالات، وهي تمثل المحل في القاعدة القانونية بنفس الوقت، والذي يتخذ صورة مركز قانوني أو واقعة مادية، أما الركن الثاني فيتمثل بالحكم، والذي يتمتع بنفس خصائص الركن الأول من حيث العمومية والتجريد، ويتمثل

بالأثر القانوني المترتب على تحقق ركن الفرض[1]، في هذا الأمر ينطبق على قواعد القانون الدولي الخاص(مع الفارق فيها، والذي يتمثل بعدم استقرار ركني الفرض والحكم في قاعدة التنازع)[2]، بعّدها قواعد قانونية بعيداً عن كونها قاعدة إسناد، اذ تتكون الأخيرة للوهلة الأولى وقبل تحليلها بما ينسجم مع طبيعتها بأنها قاعدة إسناد من ركنين، الأول ركن الفرض ويتمثل بفكرة الأسناد من حيث كونها واقعة قانونية أو مركز قانوني، على الرغم من أن هذه المسألة محل خلاف[3]، وتتمثل فكرة الاسناد بالأهلية أو الطلاق أو الزواج أو المسؤولية أو تحديد طبيعة المال وغيرها من المسائل، وكما نعلم فأن هذه الأخيرة لا تثبت الا بعد اجراء عملية التكييف الأولي من قبل قاض النزاع لأجل اعطائها الوصف القانوني الدقيق[4]، من هنا يتبين عدم استقرار ركن الفرض في قاعدة الاسناد، أذ قد يختلف التكييف القانوني من نظام لأخر.

أما فيما يتعلق بالركن الثاني في قاعدة الاسناد وهو الحكم، فنلاحظ أنه غير مستقر ايضاً، على اعتبار أن القانون الواجب التطبيق غير ثابت ويختلف باختلاف محل قاعدة الاسناد وحسب قانون كل دولة، حيث أن قواعد الاسناد تعد قواعد وطنية يضعها المشرع الوطني في كل دولة، ومن ثم ستختلف المعايير التي وضعت عليها تلك القواعد من دولة إلى اخرى، هذا الاختلاف يترتب عليه اختلاف بالمحل القانوني والذي يمثل ركن الحكم، وهذا ما يزيد من امكانية ظهور عامل عدم اليقين القانوني، خاصة اذا ما تعزز عدم الاستقرار هذا بعوامل اخرى، كالإحالة مثلاً لأنها تتضمن قدراً من المرونة. فكما نعلم أن قاعدة الاسناد قاعدة وظيفتها إرشادية من حيث المضمون، تتمثل بإسناد العلاقة القانونية محل النزاع إلى القانون الأكثر ملائمة، ودون تقديم الحلول، ليأتي بعد ذلك دور القانون الواجب التطبيق في تقديم الحلول[5]، وهي بذلك تختلف عن القواعد الموضوعية من حيث وظيفتها في حل النزاعات مباشرة. وبالاستناد إلى وصف قاعدة الإسناد بأنها قاعدة غير مباشرة، تقتصر مهمتها على الارشاد إلى القانون الواجب التطبيق، مما يعني تجزء العلم بالقانون الواجب التطبيق، وبالتالي يتحقق لدينا علم شكلي فقط بمضمون ذلك القانون[6]، أما العلم الموضوعي بحقيقة مضمون قواعد ذلك القانون فلا يتحقق إلا بعد الخوض في مسألة التكييف الثانوي، هذا التجزؤ بالعلم بحقيقة القانون الواجب التطبيق يجعل من عامل اليقين القانوني أمراً وارداً في قواعد القانون الدولي الخاص. وإن كانت هذه المشاكل الناتجة عن حقيقة وصف قاعدة الاسناد بأنها قواعد غير مباشرة لا يمكن معالجتها، على اعتبار أن القواعد الأخيرة تأتي استجابة لطبيعة العلاقات التي تحكمها، فإن المشكلة قد تزداد أحياناً في أننا نصل إلى مرحلة العلم الشكلي والموضوعي بالقانون الواجب التطبيق، إلا أن اعتبارات النظام العام[7]، أو ظهور مسألة الاحالة والاخذ بها من قبل بعض التشريعات الوطنية تعود من جديد لتقدح بمبدأ اليقين القانوني، وللوقوف على ذلك سنتناول المطلب في فرعين، نتناول في الفرع الأول تحديد نطاق قانون الارادة، ونتناول في الفرع الثاني الدور الحديث لقواعد الاسناد.

الفرع الأول/ تحديد نطاق قانون الارادة.

لابد من ضبط حدود قاعدة الاسناد التي تبيح للأطراف حرية اختيار القانون الواجب التطبيق، وذلك من خلال الحد من الحرية الواسعة للمتعاقدين على حساب الطرف الضعيف، وخاصة في عقود الاستهلاك، إذ لا يخفى أن العقود المُبرمة من قبل المستهلك مع متعاقد آخر قد يختلف محل اقامته ودولته عن دولة واقامة المستهلك، مما يؤدي بالمتعاقد مع المستهلك بأن يختار قانوناً آخر قد لا يكون المستهلك على علم به، أو على اطلاع بمضمونه، على اعتبار أن المستهلك هو الطرف الضعيف في هذه العقود. إضافة إلى ذلك أن عدم التناسب في مسألة القوة التفاوضية بين الطرفين واستناداً إلى مبدأ حرية الإرادة باختيار القانون الذي يحكم العقد، يستطيع المنتج أو المزود اختيار قانون دولة ما قد لا تتضمن نصوصه أية حماية تجاه المستهلك، أو اختيار أعراف أو مبادئ التجارة الدولية، بهدف التهرب من تطبيق القواعد الآمرة والمعنية بحماية المستهلك[8].لذلك لابد من تحقيق الحماية القانونية للطرف الضعيف في العلاقات الدولية الخاصة، ومن ثم لابد من معرفة هل أن قواعد الاسناد التقليدية بإمكانها أن تحقق الحماية الكافية للطرف الضعيف و للوقوف على ذلك لابد من أن نحلل الموضوع و نطرح الحلول الفقهية التي قيلت بهذا الشأن.

الفرع الثاني/الدور الحديث لقواعد الاسناد.

تحول صفة قواعد الاسناد من قواعد تتسم بالحياد[9]، وظهور قواعد قانونية تهدف إلى تحقيق القيم الاجتماعية والسياسية والاقتصادية، أدى بالمشرع الوضعي إلى تكريس القواعد الآمرة في فروع القانون

عامة، وتشريع القوانين، كقانون العمل والمنافسة غير المشروعة والتأمين، التي تتضمن طيات قواعدها على القيم الاجتماعية الموجهة لعلاقات الافراد[10].ومن أهم القيم الاجتماعية في نطاق علاقات القانون الدولي الخاص والمتضمنة للعنصر الاجنبي، هي حماية الطرف الضعيف سواءٍ في العلاقات التعاقدية أو في المسائل الأخرى[11]، وذلك من خلال وضع القواعد الامرة والتي لا يمكن مخالفتها، والتي تشكل بدورها ما يعرف بالنظام العام. ولأن القانون الدولي الخاص لا يمكن أن يكون بمعزل عن بقية القوانين، والتي تتسم قواعده بالصفة الحمائية، لذا بدأ هذا التأثر من خلال تعدي القانون الدولي الخاص مهمة تحقيق الوظيفة التقليدية لقواعده، التي تتمثل برغبة الدول أول الأمر بتركيز العلاقات الدولية الخاصة والمتضمنة للعنصر الأجنبي في نظام قانوني معين، وذلك عن طريق ما يسمى بقواعد الاسناد، التي تدل على الرغبة بالتخفيف من وطأة تطبيق مبدأ اقليمية القوانين[12]، ومحاولة الوصول إلى القانون الواجب التطبيق، من خلال تركيز العلاقة محل النزاع بالقانون الاكثر صلة بالعلاقة، ومحاولة ايجاد اكثر الحلول ملائمة وعدالة بنظر قاض النزاع لهذه العلاقات[13].والتحول نحو تحقيق الدور الحديث، إذ بدأت قواعد القانون الدولي الخاص تأخذ دوراً مهماً وحيوياً، وذلك من خلال وضع القيم الاجتماعية وحماية الطرف الضعيف في العلاقة محل النزاع بعين الاعتبار، فبعد أن تبين عدم ملائمة قواعد تنازع القوانين التقليدية ومسايرتها للتطورات الحديثة في مجال حماية الطرف الضعيف، قامت العديد من التشريعات بتبني منهجية جديدة من خلال ايجاد قواعد إسناد تتلائم وهذا الغرض[14].إذ لم يعد قانون الارادة مجرد ضابط اسناد فقط، ذلك أن اعمال هذا القانون المتأتي نتيجة ارادة الأطراف يستوجب أن يتفق مع القيم الاجتماعية والتضامن الاجتماعي، فلا يكون واجب التطبيق ما لم يتفق مع هذه المقتضيات، مما يؤدي أحياناً إلى اقصائه فيما لو تعارض مع القيم الاجتماعية، ونتيجة لذلك أصبحت العلاقات التعاقدية اداة لتحقيق سياسات اجتماعية وسياسية، حتى أصبح القانون في خدمة الارادة، هذا الأمر ادى إلى تطور وظيفة قواعد الاسناد وتحولها من الدور التقليدي المتمثل بحل المنازعات حصراً إلى الدور الحديث المتمثل بتحقيق القيم الاجتماعية.

استناداً إلى ذلك يبدو أن هنالك حاجة إلى وجود قواعد من شأنها أن تحمي الطرف الضعيف، وذلك من خلال وضع قاعدة اسناد حمائية الصفة لبعض العلاقات الدولية الخاصة ذات الطرف الضعيف، والسبيل إلى تحقيق ذلك يتمثل بتقييد أو استبعاد دور الارادة وحسب ظروف العلاقة محل النزاع. ذلك أن وظيفة القواعد القانونية لا تنحصر بحل النزاعات بين الدول ذات السيادة فقط، إذ أن فكرة السيادة واسعة وفضفاضة، لذا فإن وظيفة قواعد القانون في العلاقات الدولية الخاصة تنصب ايضاً على ضرورة المشاركة في تنظيم وحماية العلاقات الاجتماعية المختلفة[15].ورغم أن حماية الطرف الضعيف غاية تسعى إليها غالبية النظم القانونية، وما يدلل على ذلك وجود القواعد ذات الصفة الحمائية، كما في عقد العمل وعقود المستهلك، هذه القواعد التي لا يمكن مخالفتها تشكل بمجملها النظام العام الحمائي، إلا أنه و رغم ذلك فأن حماية الطرف الضعيف قد لا تعد أحدى غايات القاعدة القانونية وخاصة في ظل قواعد الاسناد[16]، والسبب في ذلك هو أن غاية قواعد الاسناد هي الربط الآلي المجرد بين جملة من المراكز القانونية أو العلاقات الدولية الخاصة، و أحد الأنظمة القانونية الملائمة، وعلى أساس الارتباط بالعلاقة من خلال مركز الثقل في أحد عناصرها الأساسية[17]. واستناداً إلى ذلك فإن قواعد القانون الدولي الخاص تتسم بالطابع الفني والحياد الموضوعي، الذي يجعلها بمعزل عن اعتبارات تحقيق العدالة الموضوعية، هذا الأمر يعطي انطباعاً بأن القانون الدولي الخاص قانون محيل، تقف قواعده عند حدود الارشاد، ودون أمكانية حل ما ينشأ عن علاقاته الخاصة من نزاعات، إلا في حالات احتياطية[18]، وهذا ما يجعل التمييز يقوم بين العدالة التي تحققها قاعدة الاسناد، والعدالة المتحققة نتيجة لتطبيق القواعد الوطنية، و أن كان هذا التمييز لا ينفي مهمة محاولة قواعد القانون الدولي الخاص في تحقيق العدالة، إلا أنها عدالة شكلية في أطار العلاقات الدولية الخاصة المشوبة بعنصر اجنبي، من هنا قد تبدو حماية الطرف الضعيف من خلال قاعدة الاسناد مهمة شاقة، وهي ليست بالهدف المعني لقاعدة الاسناد، وخاصة في ظل الوضع التقليدي والعام لهذه الاخيرة.

المطلب الثاني/ السياسة التشريعية في اطار حماية المتعاقد الضعيف.

سنتناول في هذا المطلب بيان التنظيم التشريعي لحماية المتعاقد الضعيف، وذلك من خلال الاشارة إلى آليات حماية المتعاقد الضعيف في اطار قواعد الاسناد ومحاولة ضبطها، من خلال ضبط حدود قانون الارادة، وذلك في الفرع الأول، كذلك ستتم الاشارة الى الضابط الحمائي في اطار تعاقدات المستهلك في الفرع الثاني.

الفرع الأول/ آليات حماية المتعاقد الضعيف في اطار قواعد الاسناد.

يتمتع الأطراف في عقود التجارة الدولية بحرية اختيار النظام القانوني الذي يحكم عقدهم، هذا الاختيار يعدً ضابط اسناد رئيسي وأصلي في تلك العقود، وهو الافضل بالنسبة للأطراف، وتكمن العلة في ركون المتعاقدين إلى هذه الآلية في أنها تتوافق وتوقعاتهم ويجنبهم انعدام اليقين القانوني، وهما عاملان مهمان على صعيد التجارة الدولية الفعالة، فارادة الأطراف عندما تشاطر النصوص القانونية في وظيفة الاسناد، فهي تسعى في ذلك إلى تحقيق العدالة الموضوعية[19] . حماية الطرف الضعيف والمتمثل بالمستهلك[20] كأنموذج في علاقات القانون الدولي الخاص لا تخرج عن فرضين، الأول هو إهدار مبدأ سلطان الارادة في تلك العقود، والثاني يتمثل بالتقييد من سلطة هذا المبدأ. لذا فقد تبدو الوسيلة الأولى لحماية المستهلك متمثلة بأقصاء دور الارادة باختيار القانون في العقود الدولية الخاصة التي يكون أحد اطرافها في مركز قانوني ضعيف، في حال عدت الية اختيار القانون وسيلة ضغط على العاقد الضعيف في العلاقة القانونية، كما في عقود المستهلك، وهذا الاستبعاد يتم من قبل المشرع، من خلال تحديده للقانون الواجب التطبيق في طائفة العقود هذه. ويجد إقصاء دور الإرادة في اختيار القانون في طائفة عقود المستهلك أساسه في إرادة المشرع الوضعي بتحقيق التوازن بين حقوق والتزامات أطراف العلاقة القانونية، ذلك إن اختيار القانون في عقود المستهلك قد يتيح للأطراف امكانية استبعاد النصوص القانونية الامرة واختيار قانون منقطع الصلة بالعلاقة التعاقدية، قد لا تتضمن نصوصه القانونية الحماية الكافية لمصلحة المستهلك، هذه المثلبة قد تدعو إلى استبعاد دور الإرادة باختيار القانون في نطاق عقود المستهلك، خشية أن تؤدي قاعدة الاسناد القائمة على عنصر نفسي إلى إضعاف دور قواعد القانون الدولي الخاص في توفير الحماية للطرف الضعيف[21]، فهذا الدور الاستبعادي ناتج عن رغبة المشرع الوطني بوجوب تحقيق الحماية و توفير الحماية اللازمة للطرف الضعيف في تلك العقود[22].في حين يتمثل الحل الثاني لحماية المستهلك بتقييد دور الارادة في مجال عقود المستهلك دون إهدار او حجر دورها باختيار القانون، وهذا التقييد يأخذ شكلين، أما أن يكون التقييد من خلال الزام الارادة بطريقة موجهة ومحددة، وذلك من خلال قيام المشرع الوطني بتعيين مجموعة من الأنظمة القانونية التي يمكن لأطراف العلاقة الاستهلاكية اختيار واحد من بينها فقط، أي أن قاعدة الاسناد الخاصة بعقود المستهلك تكون قاعدة اختيارية[23].والشكل الثاني لتقييد الإرادة يتمثل بتقييد حرية الإرادة عن طريق النصوص القانونية الآمرة في حال انعدام الاختيار الارادي للعقد، فالقواعد الموضوعية غالباً ما تتضمن قيود تفرض على ارادة المتعاقدين بقصد توفير الحماية، هذه القيود تتمثل بصورة القواعد الآمرة، والتي قد تفرض على جانب العلاقة الشكلي أو الموضوعي، ودرجة الالزامية هذه تختلف بحسب طبيعة العلاقة فيما اذا كانت وطنية أو دولية، إذ في العلاقات الاخيرة تفقد هذه القواعد شيئاً من الزاميتها[24].وبتقدير الرأيين أعلاه، نجد إن إهدار أو استبعاد دور الإرادة في حرية اختيار القانون في عقود المستهلك قد لا يكون حلاً مسعفاً لحماية المتعاقد الضعيف، خاصة وأن القانون المختار يعد ضابط اسناد عام في العقود الدولية الخاصة، إضافة إلى ذلك أن القانون المختار قد لا يكون ضاراً بالمستهلك في جميع الأحوال، بل بالعكس قد يكون ضابط الارادة أكثر نجاعة وتطوراً في مجال حماية الطرف الضعيف، ولاسيما مع وجود المبادئ القانونية العامة في العقود كحسن النية، الذي يتمثل مضمونه كما يرى أحد الفقهاء[25]، بالأسباب المقبولة والمعقولة لاختيار قانون الارادة، ايضاً أن ضابط الارادة يتوافق مع مبدأ اليقين القانوني، الذي يسعى الأطراف بالوصول إليه في علاقاتهم.

من هنا يتبين أن هناك ضرورة تلازمية بين تطبيق قانون الإرادة وتقييده وهذا ما يتم عن طريق التقنين، إذ أن توفير الحماية للعاقد الضعيف كما في عقود المستهلك، يتطلب ضرورة تقنين ضابط اسناد خاص بعقود المستهلك، أو تعديل الضابط العام من خلال إعادة تقنينه بطريقة واضحة بعيدة عن الغموض واللبس لتحقيق اليقين القانوني، مع ضرورة مراعاة المرونة المطلوبة في هذا الضابط، بالطريقة التي تتلائم

وحماية الطرف الضعيف في هذه العقود، وضبط حدود سلطة القاضي التقديرية. وفيما يتعلق بهذه الحماية على صعيد التشريعات الوضعية[26]، فقد قامت الكثير من التشريعات بتقنين ضابط أسناد خاص بعقود المستهلك، بهدف توفير الحماية اللازمة للطرف الضعيف في تلك العقود، وقد ذهبت بعض من هذه التشريعات صوب تقييد حرية الإرادة بأن جعلته مشروطاً بتوفير الحماية اللازمة للمستهلك، إذ أشار المشرع النمساوي في القانون الدولي الخاص لسنة 1978 في مادته (4)، إلى عدم جواز تطبيق القانون المختار من قبل الأطراف فيما إذا كان ضاراً بالمستهلك[27].وعلى صعيد التشريع العراقي، فنجد أن المشرع العراقي وضع ضابط اسناد عام تخضع له كافة العقود الدولية الخاصة، الذي نصت عليه المادة (1/25) من القانون المدني العراقي في ذيلها، وعند أمعان النظر في موقف المشرع هذا، فنحن أمام اشكالية تتمثل بأن المشرع العراقي لم يتخذ موقفاً حيال حماية الطرف الضعيف في عقود الاستهلاك الدولية الخاصة، سواء بأقصاء دور الإرادة أو الحد منها، تاركاً الأمر إلى القواعد العامة، ومن ثم خلت نصوصه من أية اشارة بهذا الشأن. وعليه فعند إثارة نزاع معين بصدد هذه العقود يطبق قانون الارادة في حال وجد، وسواء كان هذا القانون هو الأصلح للطرف الضعيف من حيث الحماية أم لا، وهذا ما قد يتعارض مع الحماية الواجب توفرها للطرف الضعيف في عقود الاستهلاك، في حين أن التشريعات المقارنة وضعت ضابط اسناد خاص، يوفر الحد الأدنى من الحماية للمستهلك في حال كان قانون الارادة لا يوفرها، فقانون محل الاقامة وفقاً للتشريعات المقارنة يعد الأولى بالتطبيق، ذلك أن الدولة غالباً ما تأخذ بنظر الاعتبار رعاية مصالح أفرادها، لذلك فهذا الأمر يستدعي تدخلاً تشريعياً، من خلاله توضح حدود هذه الإرادة باختيار القانون في طائفة العقود هذه، كذلك لابد من وضع ضابط اسناد احتياطي يراعي مصلحة الطرف الضعيف في حال ثبوت عدم صلاحية تطبيق قانون الارادة بمواجهة المستهلك.

أذ يذهب أحد الفقهاء[28]، إلى القول بعدم جواز تطبيق القانون المختار في طائفة العقود التي تتعلق بالمصالح الاجتماعية، ويذكر مثال على ذلك عقود العمل، وكل عقد من قبيل العقود التي لا يقف فيها الأطراف على قدم المساواة كعقود المستهلك، وفي حال السماح بتطبيق ضابط اسناد قانون الإرادة، فيجب أن يكون مطبق بطريقةٍ مرنة ومعقولة، ففي حال كانت مصلحة الطرف الضعيف تدور مع تطبيق قانون الإرادة، فيجب تطبيق ذلك القانون، ويعطي مصداقاً على ذلك، في حال قامت أحدى الشركات بأرسال عمالها للعمل في دولة أجنبية أخرى، فيكون من مصلحة هؤلاء العمال أن يطبق عليهم قانون دولة مقر الشركة، رغم أنه ليس قانوناً مقر العمل، على اعتبار أنهم أكثر دراية واتصالاً به.

من هنا يتضح عدم كفاية نص المادة (25) كضمان لحماية المستهلك في إطار العقود الدولية، عليه فلابد من تبني ضابط اسناد يتلائم وطبيعة هذه العقود، كما ولابد من الحد من دور قانون الارادة، عندما لا يكون الأخير قادراً على توفير الحماية للمستهلك.

الفرع الثاني/ الضابط الحمائي في اطار تعاقدات المستهلك .

أظهرت التقنينات أهمية محل الاقامة بوصفه ضابط اسناد اصلي، وخاصة في مجال عقود المستهلك وعلى صعيد العلاقات الخاصة الدولية، إذ شددت على ضرورة تطبيق قانون محل أقامة المستهلك بوصفة القانون الأكثر ملائمة الذي يوفر الحماية المطلوبة للمستهلك كونه يوصف بأنه الطرف الضعيف قبال المنتج، وعلى اعتبار أن المستهلك يعرف ذلك القانون جيداً ومن ثم يحقق له الهدف المنشود و هو حماية توقعاته المشروعة[29].أضافة إلى ذلك يؤدي تطبيق ضابط محل الاقامة إلى تحقيق العدالة مقارنة بضوابط الاسناد الجامدة، لاسيما في ظل التعاقد بين غائبين وما ينجم عنه من اشكالية تحديد مكان التعاقد، كما هو الحال في البيوع التي تتم عن طريق شبكة الانترنت[30]، ومن ثم يعد هذا الاسناد اسناداً عادلاً، لذلك كانت حماية المستهلك محل اهتمام المشرع الوطني عند وضع القواعد الحمائية، مقارنة بقانون الإرادة الذي سبقت الإشارة اليه في بداية البحث.ولذا شّرعت الاتفاقيات الدولية[31]، والقوانين الوطنية بتقنين محل الاقامة[32]، بوصفة ضابط اسناد أصلي في العلاقات التي يكون أحد اطرافها المستهلك، وذلك على اعتبار أن محل الاقامة هو القانون الأصلح لحماية الطرف الضعيف.وقد مثّل ضابط محل الإقامة القاعدة الآمرة التي هي الحد الادني لحماية المستهلك، وبالتالي استبعاد أي قانون أخر في حال تبين أنه يوفر حماية أقل من تلك التي يقدمها قانون محل الاقامة، ومن ثم فأن الدول التي عمدت إلى تقنين قواعد القانون الدولي

الخاص سواء من خلال التشريعات الدولية (الاتفاقيات و اللوائح)، أو التشريعات الداخلية سواء بأتباع منهج التقنين الشامل (كالقانون الدولي الخاص السويسري)، أو التقنين الجزئي المواكب للتطورات (كالقانون المدني الالماني)، أظهرت أهمية الوطن وبشكل واضح.فقد ذهبت غالبية التشريعات المقارنة إلى النص على قانون محل اقامة المستهلك بوصفة قاعدة قانونية حمائية، فعلى المستوى الوطني ذهب القانون الدولي الخاص السويسري لعام 1987، إلى استبعاد دور الارادة استبعاداً نسبياً باختيار القانون الواجب التطبيق في عقود المستهلك، وذلك في الفقرة الأولى من المادة (120) منه، أذ نصت على أنه (العقود المتعلقة بتوفير السلع والخدمات العادية المخصصة للأفراد، أو لاسرة المستهلك، الذي ليس له علاقة بالنشاط المهني أو التجاري، والأنشطة الاجتماعية للمستهلك، تخضع لقانون الولاية التي يقيم فيها بشكل معتاد :

أ. إذا كان المورد قد تلقى الطلب في هذه الدولة.

ب. إذا كان ابرام العقد في تلك الدولة قد تم بناءٍ على عرض أو دعاية وقام المستهلك بالأعمال الضرورية لإبرام العقد.

ج. إذا كان المورد قد استحث المستهلك على الذهاب إلى دولة أجنبية ليتم فيها طلبه).

فهذه المادة استهلت بدايتها في الإشارة إلى تعريف انشطة للمستهلك وبيان طبيعتها، من حيث أن تعامل المستهلك مع المنتج كان كفرد عادي بعيد عن مزاولة النشاط التجاري أو المهني، والا فأنه لا يخضع لتلك الحماية المتمثلة بتطبيق قانون محل الاقامة، على اعتبار أن المستهلك سيعد تاجراً عند مزاولته التصرفات في اطار تجاري أو مهني.

أيضاً نجد أن الفقرة الثانية من ذات المادة تنص على استبعاد كل اتفاق على اختيار القانون في مجال عقود المستهلك، إذ جاء في نصها(أن اختيار القانون من قبل الطرفين مستبعد)، ومن ثم اذا تعاقد المستهلك مع المنتج لحاجة شخصية ودون الظهور بمظهر التاجر أو كمزاول لمهنة ما، وكان التعاقد قد تم في دولة إقامة المستهلك نتيجة لإعلان أو عرض صادر من المنتج، كذلك لو تعاقد المستهلك في الخارج نتيجة لحثه على ذلك من قبل المنتج ايضاً، ففي كل هذه الأحوال لا يطبق أي اتفاق تعاقدي على القانون الواجب التطبيق وإذا وجد فلابد من استبعاده، ومن ثم ابقى القانون السويسري على ضابط محل القانون بوصفه ضابط اسناد اصلي، وكونه القانون الاصلح للتطبيق في علاقات المستهلك الخاصة الدولية، ولابد من الإشارة إلى أن موقف القانون السويسري هذا نجده نقلاً عن اتفاقية روما لسنة 1980.في حين يذهب المشرع الالماني في القانون المدني لسنة 1986 في المادة (46) منه إلى افتراض وجود صلة في الدولة التي يقيم فيها المستهلك، التي تكون أحدى الدول الأوربية، وذلك في حالات معينة، ذلك أن المشرع الألماني ذهب إلى النص على تطبيق لوائح وتوجيهات الأتحاد الأوربي في هذا الشأن[33]، اضافة إلى ذلك نص على تطبيق المادة (6) من لائحة روما الأولى لسنة 2008 بشأن الالتزامات التعاقدية، إذ أشارت المادة المذكورة منها على أن ضرورة تطبيق قانون محل اقامة المستهلك في حال تعاقد بوصفه فرد عادي مع شخص يزاول نشاطاً تجارياً أو مهنياً(منتج)، شريطة أن يمارس الاخير دوراً ايجابياً، ما يعني أن المستهلك يجب أن يكون هنا مستهلكاً سلبياً، وذلك اذا تابع زاول المنتج أنشطته في بلد إقامة المستهلك، أو في حال استحث المنتج المستهلك على التعاقد وبأية طريقة[34]، ومن ثم يعد المشرع الألماني مع تطبيق قانون محل الإقامة على صعيد عقود المستهلك، ولكن مع التمييز فيما اذا كان المستهلك سلبياً أو ايجابياً.

كذلك ذهب المشّرع في القانون النمساوي، إلى تطبيق قانون محل إقامة المستهلك بشكل جوازي، وذلك في المادة (41) من القانون الدولي الخاص لسنة 1978، إذ نصّت على ضرورة تطبيق قانون محل اقامة المستهلك في حال كان القانون الأخير يوفر له الحماية اللازمة، معنى ذلك أن تطبيق القانون المشار إليه من قبل القاضي يكون تطبيقاً نسبياً، بعبارة أخرى اذا رأى القاضي أن القانون المختارأو أي قانون أخر ذي صلة يوفر حماية أكثر من تلك التي يقدمها قانون محل إقامة المستهلك فله أن يطبقه[35].في حين أعطت الفقرة الثانية من المادة (2)، من القانون التجاري الأمريكي الموحد، الاختصاص لقانون محل إقامة مزود الخدمة كضابط أسناد، في حين كشف المشرع الأمريكي عن منهجه المرن في تحديد القانون الواجب التطبيق، وذلك في التقنين الأهلي الأمريكي لتنازع القوانين الثاني، إذ أعطى الاختصاص في

حال غياب اتفاق الاطراف لصالح القانون الأكثر ملائمة، كقانون محل أقامة المستهلك، وذلك في الفقرة (196) منه[36].ايضاً أعطت المادة (72) من القانون التونسي الحق للطرف المتضرر في عقود المستهلك بالخيار بين مجموعة من الأنظمة القانونية، من بينها قانون محل الإقامة المعتاد للطرف المتضرر، وذلك بموجب الفقرة الرابعة من المادة المذكورة.وفيما يتعلّق بالمشرع العراقي، فأن نصوصه قد خلت من أيراد قاعدة إسناد حمائية في نطاق عقود المستهلك في العلاقات الخاصة الدولية تضاهي القوانين المقارنة[37]، واكتفى بأيراد قاعدة عامة تنطبق على كافة العقود وهي نص المادة(1/25) مدني عراقي، التي سبقت الإشارة إلى مضمونها في صفحات البحث السابقة.أما على الصعيد الدولي وموقف الاتفاقيات الدولية من ضابط محل الاقامة، فقد نصّت الفقرة الثانية من المادة الثالثة من اتفاقية لاهاي ذات العلاقة بالبيوع الدولية للمنقولات المادية لسنة 1955، على (تطبيق قانون محل الاقامة العادية للمشتري، وذلك في حال تسليم الطلب في دولة محل الاقامة المعتادة للمشتري الى البائع، أو نائبه، أو غير المقيم في هذه الدولة)[38].

وفيما يتعلّق بأتفاقية روما، فقد تولت المادة (5) منها بفقراتها الخمس[39]، آلية تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود المستهلك، حيث حدد الفقرة الأولى من المادة المذكورة طبيعة العقد، الذي يكون محله توريد سلع أوخدمات لشخص المستهلك، حتى يمكن اعتباره خارج اطار مزاولة النشاط التجاري أو المهني، في حين استثنت الفقرة الثانية تطبيق قانون الإرادة في حال كان يوفر حماية أقل من تلك التي يقدمها قانون محل إقامة المستهلك، وذلك في حال كان المنتج هو من استحث المستهلك على التعاقد، وهنا تتضح مدى أهمية قانون الموطن بالنسبة لقانون الارادة، إذ أعطت الاتفاقية الأولوية لضابط محل الاقامة.

وكأمثلة على الفقرة الثانية والية حث المستهلك على التعاقد، من خلال أساليب الاغراء المختلفة والتي تحثه على التعاقد، كما لو أبرم فرنسي عقد بناءً على اعلان منشور في جريدة فرنسية بواسطة شركة يابانية فأنه يستفيد من الحماية، في حين نفس المتعاقد لا يستفيد من الحماية لو كان الاعلان منشوراً في جريدة يابانية، كذلك الحال لو توجه المستهلك بنفسه الى مركز الشركة التي أقامت معرضاً لها في دولة محل إقامة المستهلك[40]. في حين استثنت الفقرة الرابعة من المادة المذكورة بعض العقود من الحماية، وهي عقد النقل وعقد توريد الخدمات للمستهلك، فيما لو أبرمت في غير دولة محل اقامة المستهلك، في ذات الوقت عادت الفقرة الخامسة ونصت على انطباق نفس المادة على الفقرة الرابعة فيما لو تضمن عقد نقل المستهلك ثمناً كلياً عن النقل وخدمات الاقامة[41].في حين أخذت لائحة روما الأولى بمحل الاقامة بوصفه القانون الواجب التطبيق، في العديد من المناسبات، إذ أشارت المادة (4) في فقراتها الثمانية إلى تطبيق قانون محل الاقامة، وفي عدة أحوال[42]، كذلك أخضعت المادة (5) من اللائحة، والخاصة بعقود النقل، الاختصاص لقانون محل أقامة الناقل، أو قانون محل أقامة الراكب وحسب الاتفاق.

الخاتمة .

أولاً/ النتائج.

1. لابد من ضبط حدود قاعدة الاسناد التي تبيح للأطراف حرية اختيار القانون الواجب التطبيق، وذلك من خلال الحد من الحرية الواسعة للمتعاقدين على حساب الطرف الضعيف، وخاصة في عقود المستهلك.
2. تمثل حماية الطرف الضعيف أهم القيم الاجتماعية في نطاق علاقات القانون الدولي الخاص والمتضمنة للعنصر الاجنبي، و سواءٍ في العلاقات التعاقدية أو في المسائل الأخرى.
3. يجد إقصاء دور الإرادة في اختيار القانون في طائفة عقود المستهلك أساسه في إرادة المشرع الوضعي بتحقيق التوازن بين حقوق والتزامات أطراف العلاقة القانونية.
4. اختيار القانون في عقود المستهلك قد يتيح للأطراف امكانية استبعاد النصوص القانونية الامرة واختيار قانون منقطع الصلة بالعلاقة التعاقدية، قد لا تتضمن نصوصه القانونية الحماية الكافية لمصلحة المستهلك.
5. هنالك ضرورة تلازمية بين تطبيق قانون الإرادة وتقييده وهذا ما يتم عن طريق تقنين ضابط اسناد خاص بعقود المستهلك، أو تعديل الضابط العام من خلال إعادة تقنينه بطريقة واضحة بعيدة عن الغموض واللبس.

6. بدأت قواعد الاسناد تأخذ دوراً مهماً وحيوياً وهو التحول نحو تحقيق الدور الحديث، وذلك من خلال وضع القيم الاجتماعية وحماية الطرف الضعيف في العلاقة محل النزاع بعين الاعتبار.
7. يمثل ضابط محل الإقامة بموجب التشريعات الحديثة القاعدة الآمرة التي هي الحد الادنى لحماية المستهلك، وبالتالي فأن أي قانون أخر يستبعد في حال تبين أنه يوفر حماية أقل من تلك التي يقدمها قانون محل الاقامة.

ثانياً/ المقترحات.

1. على المشرع الوطني أن يراعى عند وضع القواعد القانونية المنظمة للعلاقات الخاصة الدولية المشوبة بعنصر أجنبي، مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً، كذلك ما أستقرت عليه التشريعات المقارنة، وما أستقر عليه العمل دولياً من أحكام المحاكم والنظريات الفقهية الحديثة بعد تنقيحها.
2. دعوة المشرع العراقي إلى تبني ضابط اسناد إلى جانب ضوابط الاسناد التي نصت عليها المادة (25) مدني عراقي، تتلائم والتعقيد الذي شهدته الكثير من العقود، خاصة بعد دخول العراق في مرحلة الاستثمار الدولي، مابعد عام 2003، إذ كان طرفاً في كثير من العقود الضخمة المختلفة الصياغة والمضمون، ومن ثم أصبحت هذه العقود بحاجة إلى ضوابط اسناد تتلائم وطبيعتها، خاصة وأن البعض من هذه العقود لايمكن اعتبارها عقوداً تقليدية او نوعاً خاصاً من العقود.
3. على المشرع العراقي تبني ضابط اسناد خاص بحماية الطرف الضعيف بشكل عام، سواء كان مستهلكاً أم لا، أسوة بالتشريعات المقارنة، إذ لم يعد نص المادة (25) يتلائم وطبيعة العقود المُبرمة على الصعيد الدولي، في حال كان أحد أطرافها في مركز قانوني ضعيف.
4. تفعيل نص المادة (30) من القانون المدني العراقي، من قبل القضاء العراقي، بحيث تتحقق الغاية منها، التي تتمثل بتطبيق المبادئ القانونية الشائعة والمتطورة المطبقة في المحيط الدولي، بهدف التخفيف من وطأة الحلول التقليدية لنصوص القواعد الحاكمة للعلاقات الخاصة الدولية.

الهوامش.

[1]. د. عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، مطبوعات جامعة الكويت، 1972، ص89.
2 . د. عبدالله فاضل، مبدأ اليقين القانوني في العلاقات الخاصة الدولية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2019، ص228.
[3]. د. عز الدين عبدالله، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، ج2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1977، ص166.
[4]. د. أبراهيم أحمد ابراهيم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص156.
[5]. د. حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2005، ص64.
[6]. د. عبدالله فاضل حامد، مصدر سابق، ص226.
[7]. وقد أخذت الكثر من التشريعات بفكرة النظام العام، إذ نص المشرع السويسري في المادة (17) من القانون الدولي الخاص لسنة 1987 منه على أنه (يمنع تطبيق أحكام القانون الأجنبي إذا كان سيؤدي إلى نتيجة تتعارض مع السياسة العامة في سويسرا)، في حين نصت المادة 36 في الفقرة الرابعة من القانون الدولي الخاص التونسي لسنة 1998 على أنه (ولا يستبعد من القانون الأجنبي عند العمل بالنظام العام سوى أحكامه المخالفة للنظام العام في مفهوم القانون الدولي الخاص)، في حين نصت المادة (28) من القانون المدني المصري على أنه (لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته النصوص السابقة، إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو الآداب في مصر)، وتقابلها المادة (23) من قانوننا المدني العراقي، و إلى ذات المعنى ذهب قانون تنظيم العلاقات الخاصة ذات العنصر رقم (5) لسنة 1961 الكويتي في المادة (73) منه.
8. وفاء يعقوب، دور قواعد القانون الدولي الخاص في حماية المستهلك في العلاقات التعاقدية ذات العنصر الأجنبي، مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية، المجلد 16، العدد الأول، 2009، ص446.
9. يتضح حياد قاعدة الاسناد من ناحيتي، الأولى حياد تجاه القيم الاجتماعية السائدة في الانظمة القانونية التي تنتمي إليها، والثاني حياد تجاه أي نظام قانوني أخر يحكم العلاقة القانونية، إذ أن قواعد الاسناد لا تولي أية أهمية للنتائج المتحصلة عن القانون الذي تشير إليه. د. هشام علي صادق، الموجز في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، الاسكندرية، 1993، ص240.
10. احمد محمود الهواري، خواطر حول حماية الطرف الضعيف في القانون الدولي الخاص، المجلة الاكاديمية للبحث القانوني، عدد خاص، 2015، ص496.
[11]. مثال ذلك حماية مصلحة الطفل، إذ أولت بعض التشريعات أهمية لذلك، حيث نصت على قاعدة اسناد خاصة بهذا الشأن أسمتها مصلحة الطفل الفضلى، مثال ذلك ما نصت عليه المادة(الفصل) (5) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية، إذ نصت على أن (.... ويطبق القاضي القانون الأفضل للطفل)، كما أصبح ضابط المصلحة الفضلى للطفل أمرا

واقعاً في تحديد القانون الواجب التطبيق وقد طبق ذلك في العديد من الاحكام القضائية، حيث أخذ القضاء الهولندي بهذا المعيار، إذ جاء في قرار المحكمة الهولندية الصادر بتأريخ 2004/1/13، نصت فيه (على رفض الاعتراف بالأبوة الطبيعية لطفل غير شرعي معتمدة على كون هذا الطفل لم يسعى إلى الاندماج في عائلة أبيه لتحقيق الحياة العائلية أو الأسرية، كما هي منصوص عليها في المواد 8 و14 من القانون الهولندي)، ويجد ضابط المصلحة الفضلى للطفل أساسه في الاتفاقيات الدولية منها اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989، إذ نصت في المادة الأولى منها على تطبيق ضابط المصلحة الفضلى للطفل وفي جميع الاجراءات التي تتخذ بحقه، أنظر في تفاصيل ذلك د. خضير مخيف فارس الغانمي ، ثأثير المصلحة الفضلى للطفل في العلاقات الخاصة الدولية (دراسة مقارنة) أطروحة دكتوراه، جامعة بابل ، كلية القانون، 2021 ، ص 103، هامش رقم 3.

12. محمود محمد ياقوت ، قانون الارادة وقواعد البوليس ضرورية التطبيق، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2003، ص8.
13. د. هشام علي صادق، مصدر سابق، ص3.
14. وفاء يعقوب، مصدر سابق، ص474.
15. د. أحمد عبدالكريم سلامة، التنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة نشر، ص36.
16. د. أحمد محمد الهواري، حماية العاقد الضعيف في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص16.
17. د. فؤاد عبدالمنعم رياض، د. سامية راشد، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي واثار الاحكام الاجنبية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص30.
18. د. أحمد محمد الهواري، حماية العاقد الضعيف، مصدر سابق، ص18.
19 . Renzo Cavalieri, Vincenzo Salvatore, AN Introduction To International Contract Law, Milan, April 2018, P7.
[20]. ولابد من الاشارة هنا إلى مظاهر حماية المستهلك في قانون حماية المستهلك العراقي رقم (1) لسنة 2010، والتي تتمثل بالمادة (3) والتي وسعت نطاق سريان القانون ليشمل جميع الاشخاص الذين يقومون بالتصنيع أو التجهيز أو البيع أو الشراء أو التسويق أو الاستيراد، وسواء كانوا طبيعيين أو معنويين، ايضا أشارت المادة (6) بفقراتها الثلاث من هذا القانون إلى ضرورة حصول المستهلك على جميع المعلومات التي تكفل حقوقه ومصالحه المشروعة، كذلك جميع المعلومات المتعلقة بالمنتج ومواصفاته، كذلك حقه بالحصول على الضمانات في حالة السلع التي تستوجب طبيعتها الضمان، وفي حال مخالفة ذلك أعطت الفقرة الرابعة من هذه المادة الحق للمستهلك رد السلعة والحق بالمطالبة بالتعويض، اخيراً تمثل المادة (9) من هذا القانون المظهر الواضح للحماية، وذلك من خلال نصها على حظر العديد من الممارسات، كالغش والتضليل والتدليس والقوة، والخ، للاطلاع على تفاصيل أكثر، الاطلاع على مواد القانون المشار إليها.
21. د. خالد عبدالفتاح محمد خليل، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، 97 و ما بعدها.
22. د. سلامة فارس عرب، وسائل معالجة اختلال توازن العلاقات التعاقدية في قانون التجارة الدولية' أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة 1998، ص247.
23. د. أحمد محمد الهواري، حماية العاقد الضعيف في القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص111.
24. د. خالد عبدالفتاح محمد خليل، مصدر سابق، ص110.
25. د. أحمد عبد الحميد عشوش، قانون العقد بين ثبات اليقين واعتبارات العدالة، بدون دار ومكان نشر، 1992، ص92.
[26]. ولابد من الاشارة إلى أن هنالك ثلاث مقترحات حالياً قيد المعالجة، بشأن حماية المستهلك والنهوض بواقع التجارة الدولية عبر خفض تكاليف المعاملات للمستهلكين، الأول مقدم من قبل البرازيل على شكل اتفاقية متعددة الأطراف، يعالج مشكلة اختيار القانون، في حين اقترح الثاني من قبل كندا على شكل مشروع قانون نموذجي بشأن الاختصاص القضائي والقانون الواجب التطبيق في عقود المستهلك، وقدم الثالث من قبل الولايات المتحدة على شكل مسودة مضمونها الية تسوية منازعات عقود المستهلك والتعويض عنها، تمثل هذه المقترحات الثلاث مناهج مختلفة لحل المشاكل التي يواجهها المستهلك، إذ أن المشروع البرازيلي يهدف إلى المصادقة على اختيار القانون في الالتزامات التعاقدية، عندما يكون القانون المختار أكثر ملائمة للمستهلك، في حين يهدف الاقتراح الكندي لأنشاء القانون النموذجي بشأن الاختصاص القضائي في انشاء ولاية قضائية موحدة بشأن اختيار القانون، فيما يتعلق بالمعاملات التجارية عبر الحدود، وتوحيد هذه القواعد فيما بين الدول، وهذا من شأنه أن يؤسس اطار قانوني يمكن التنبؤ به، وفي ذات الوقت منصف وفعال لحل منازعات عقود المستهلك، وبالتالي يسهل حركة السلع ويعزز ثقة المستهلك بالسوق، في حين يهدف المقترح الامريكي إلى انشاء ثلاثة قوانين نموذجية ذات اهداف محددة، وهي انشاء محاكم محلية كأجراء سريع ومنخفض التكلفة، وسهل الاستخدام لحل منازعات عقود المستهلك البسيطة، كبديل للتقاضي، والثاني هو وضع اليات للتعويض، من خلال تعاون سلطات حماية المستهلك الحكومية مع نظائرها في الدول الاخرى، والثالث هو التحكيم الالكتروني عبر الحدود، إذ أن مطالبات المستهلك عبر المحاكم التقليدية مكلفة بالنسبة للأخير من حيث النفقة والوقت، خاصة في ضوء القيمة الصغيرة

لمطالبات المستهلك، حيث أن الغاية هنا هي ليست اختيار القانون أو المحكمة بقدر ما هي ايجاد اليات بديلة لحل المنازعات من شأنها أن توفر السرعة والعدالة وخفض تكاليف التقاضي، للاطلاع على تفاصيل ذلك أنظر
David P. Stewart, New Directions in Private International Law, Agenda Internacional Año XVI, N° 27, 2009, pp. 255-268 ISSN 1027-6750, 2009, p261.

27. أشار إليه د. موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في عقود التجارة الالكترونية (دراسة مقارنة)، ط 1 منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2011، ص416.
28. د. أحمد عبدالحميد عشوش ، مصدر سابق، ص94.
29. د. أحمد محمد الهواري، حماية العاقد الضعيف ...، مصدر سابق، ص155.
30. د. خالد عبد الفتاح محمد خليل، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2009، ص182.
31. مثال ذلك اتفاقية روما لسنة 1980، بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، و لائحة روما الأولى 2008 بشأن الالتزامات التعاقدية ايضاً.
32. أن مفهوم الاقامة المعتادة ليس مفهوماً قانونياً فحسب، بل هو في المقام الأول تعبير عن علاقة واقعية بي الفرد ودولة اقامته.
33. إذ نصت الفقرة الثالثة من المادة (46) من القانون المدني الالماني على تطبيق توجيهات الاتحاد الأوربي بشأن حماية المستهلك، وهي 1. التوجيه الصادر عن المجلس الأوربي في 5 نيسان / أبريل 1993 بشأن الشروط الغير العادلة في عقود المستهلكين 2.التوجيه الصادر عن البرلمان الأوروبي والمجلس الأوروبي في 20 أيار / مايو 1997 بشأن حماية المستهلكين فيما يتعلق بالعقود عن بعد 3. التوجيه الصادر عن البرلمان الأوروبي والمجلس الأوروبي المؤرخ 25 أيار / مايو 1999 بشأن بعض جوانب بيع السلع الاستهلاكية والضمانات المرتبطة 4. توجيه البرلمان الأوروبي والمجلس الأوروبي المؤرخ 23 أيلول / سبتمبر 2002 بشأن التسويق عن بعد للخدمات المالية الاستهلاكية 5. التوجيه الصادر عن البرلمان الأوروبي والمجلس الأوروبي بتاريخ 23 نيسان / أبريل 2008 بشأن اتفاقيات الائتمان للمستهلكين.
34. أنظر في تفاصيل ذلك الفقرة الأولى (أ) و (ب) من المادة السادسة من لائحة روما الأولى.
35. أشار إليه د. خالد عبد الفتاح محمد خليل، مصدر سابق، ص188.
36. أشار إليه، د. أحمد الهواري، القانون الدولي الخاص والانترنت، نظرات في حلول مشاكل تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين بصدد الالتزامات الناشئة عبر الانترنت، مركز البحوث القانونية والقضائية، بيروت، 2017، ص52.
37. ورغم أن المشرع العراقي أصدر تشريع خاص لحماية المستهلك بالرقم (1) لسنة 2010، الا أنه خلا من قاعدة خاصة لحل نزاعات عقود المستهلك على صعيد العلاقات الخاصة الدولية.
38. أشار إليه د. خالد عبد الفتاح محمد خليل، مصدر سابق، ص196.
39 . نصوص الاتفاقية منشورة كاملة على الموقع الالكتروني الاتي: http://www.secola.org/db/1_01/dir_en.pd، تاريخ الزيارة 2021/4/26 الساعة 12:09 صباحاً.
40. د. خالد عبد الفتاح محمد خليل، مصدر سابق، ص192.
41. للاطلاع على ذلك أنظر نص المادة (5) من اتفاقية روما لسنة 1980.

Article 5:
Certain consumer contracts
1. (This Article applies to a contract the object of which is the supply of goods or services to a person ("the consumer") for a purpose which can be regarded as being outside histrade or profession, or a contract for the =provision of credit for that object. 2. Notwithstanding the provisions of Article 3, a choice of law made by the parties shall not have the result of depriving the consumer of the protection afforded to him by the mandatory rules of the law of the country in which he has his habitual residence: - if in that country the conclusion of the contract was preceded by a specific invitation addressed to him or by advertising, and hehad taken in that country all the steps necessary on his part for the conclusion of the contract, or- if the other party or his agent received the consumer's order in that country, or - if the contract is for the sale of goods and the consumer travelled from that country to another country and there gave his order, provided that the consumer's journey was arranged by the seller for the purpose of inducing the consumer to buy. 3. Notwithstanding the provisions of Article 4, a contract to which this Article applies shall, in the absence of choice in accordance with Article 3, be governed by the law of the country in which the consumer has his habitual residence if it is entered into in the circumstances described in paragraph 2 of this Article. 4. This Article shall not apply to: (a) a contract of carriage; (b) a contract for the supply of services where the services are to be supplied to the consumer

exclusively in a country other than that in which he has his habitual residence. 5. Notwithstanding the provisions of paragraph 4, this Article shall apply to a contract which, for an inclusive price, provides for a combination of travel and accommodation).

42. إذ نصت الفقرة الأولى من المادة (4) على أنه (إلى الحد الذي لا ينطبق القانون الذي اختاره الاطراف على العقد، فيجب أن يكون القانون الذي يحكم العقد هو أ. يخضع عقد البيع لقانون الاقامة المعتادة للبائع، ب. يخضع عقد تزويد الخدمات لقانون محل اقامة المورد، ج. تخضع عقود العقارات لقانون مكان وجود العقار، د. يخضع عقد الايجار للاستعمال الشخصي لقانون مكان اقامة مالك العقار، ه. يخضع عقد الامتياز لقانون محل اقامة المرخص، و. يخضع عقد التوزيع لقانون محل اقامة الموزع المعتادة، ز. يخضع عقد المزاد لقانون مكان اجراء المزاد، ج. عقود بيع وشراء العملة(المجال المالي) تخضع لقانون السوق.

المصادر.

أولًا/ الكتب القانونية.

1. د. أبراهيم أحمد ابراهيم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.
2. د. أحمد عبدالكريم سلامة، التنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة نشر.
3. أحمد محمد الهواري، حماية العاقد الضعيف في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
4. د. أحمد عبدالحميد عشوش،، قانون العقد بين ثبات اليقين واعتبارات العدالة، بدون دار ومكان نشر، 1992.
5. د. أحمد الهواري، القانون الدولي الخاص والانترنت، نظرات في حلول مشاكل تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين بصدد الالتزامات الناشئة عبر الانترنت، مركز البحوث القانونية والقضائية، بيروت، 2017.
6. د. حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2005.
7. د. خالد عبدالفتاح محمد خليل، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.
8. د. خالد عبد الفتاح محمد خليل، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2009.
9. د. عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، مطبوعات جامعة الكويت، 1972.
10. د. عبدالله فاضل، مبدأ اليقين القانوني في العلاقات الخاصة الدولية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2019.
11. د. عز الدين عبدالله، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، ج 2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1977.
12. د. فؤاد عبدالمنعم رياض، د. سامية راشد، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي واثار الاحكام الاجنبية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994.
13. د. موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في عقود التجارة الالكترونية (دراسة مقارنة)، ط 1ا منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2011.
14. د. هشام علي صادق، الموجز في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، الاسكندرية، 1993.
15. وفاء يعقوب، دور قواعد القانون الدولي الخاص في حماية المستهلك في العلاقات التعاقدية ذات العنصر الأجنبي، مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية، المجلد 16، العدد الأول، 2009.
16. محمود محمد ياقوت، قانون الارادة وقواعد البوليس ضرورية التطبيق، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2003.

ثانيًا/ البحوث والرسائل.

1. احمد محمود الهواري، خواطر حول حماية الطرف الضعيف في القانون الدولي الخاص، المجلة الاكاديمية للبحث القانوني، عدد خاص، 2015.
2. . سلامة فارس عرب، وسائل معالجة اختلال توازن العلاقات التعاقدية في قانون التجارة الدولية، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة 1998.
3. د. خضير مخيف فارس الغانمي ، تأثير المصلحة الفضلى للطفل في العلاقات الخاصة الدولية (دراسة مقارنة) أطروحة دكتوراه، جامعة بابل ، كلية القانون، 2021.

ثالثًا/ المصادر الأجنبية.

1. Renzo Cavalieri, Vincenzo Salvatore, AN Introduction To International Contract Law, Milan, April 2018.
2. David P. Stewart, New Directions in Private International Law, Agenda Internacional Año XVI, N° 27, 2009, pp. 255-268 ISSN 1027-6750, 2009.

رابعًا/ القوانين والاتفاقيات.

1. القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 المعدل .
2. قانون حماية المستهلك العراقي رقم (1) لسنة 2010.
3. القانون الدولي الخاص السويسري لعام 1987.
4. القانون المدني الالماني لسنة 1986.
5. القانون الدولي الخاص النمساوي لسنة 1978
6. اتفاقية روما لسنة 1980، بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية.
7. لائحة روما الأولى لسنة 2008 بشأن الالتزامات التعاقدية.