حماية الطرف الضعيف بقواعد الاسناد في العلاقات الدولية الخاصة

م. إخلاص مخلص إبراهيم *
مدرس القانون الخاص
كلية القانون والعلوم السياسية – جامعة الأنبار/ العراق

Protection of The weak Party by The rules of Attribution in Private International Relations

Ekhlas Mokhles Ibrahem
Lecture
College of law & politic - Univercity of anbar/Iraq
E-mail: rtaaraw@uoanbar.edu.iq
Mobile: 009647740545010

تاريخ الاستلام: 15 / 05/ 2021 تاريخ القبول: 23 / 05/ 2022 تاريخ النشر: 06 / 06/ 2022

الملخص

أن تطبيق القانون وما اشتمل عليه من احكام يهدف ابتداءً لتحقيق العدالة وحماية اطراف العلاقة القانونية التي ينظمها القانون ويحدد اطرها القانونية، ولأجل تحقيق هذه الغاية يسعى القانون في العقود ذات الصفة الدولية لحماية أطرافها وبالتحديد الطرف الضعيف في تلك الحماية وهو في الغالب ما يكون مستهلك أو طرف في علاقة عمل دولية كالعامل، ولأجل حماية هذا الطرف يتم اعمال قواعد الاسناد التي ترتبط بالعلاقة برابطة وثيقة وفي المحل الذي ترتكز فيه عناصر العقد الأساسية أو عناصر تنفيذه الجوهرية، إلا إن تطبيق هذه القاعدة في بعض الأحيان يجعل الطرف الملتزم بها لا يحظى بالقدر الكافي من الحماية بموجب القانون الذي يحكم العلاقة، يلجأ القاضي لإعمال قواعد القانون الامرة أو القواعد الضرورية، سعياً منه في سبيل تحقيق قدراً من التوازن بين ما يكون للإرادة من حرية في اختيار القانون الواجب التطبيق، وبين التزامها ومراعاتها للقواعد الآمرة التي تحكم العلاقة العقدية في قانون دولتها، اوجد هذا التوازن نوعاً

* م. اخلاص مخلص إبراهيم، مدرس القانون الدولي الخاص، تدريسية في كلية القانون والعلوم السياسية جامعة الانبار، العراق.

من التوجه نحو اعمال قواعد استثنائية لتحديد القانون الواجب التطبيق أو اعمال قواعد النظام العام بما لها من اثر في اعمال القانون المختص في مثل هذه الحالات، وقد تتجلى تلك القواعد بتطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري.

الكلمات المفتاحية: تنازع القوانين، قواعد الاسناد، القانون الواجب التطبيق، التوازن العقدي، حماية الطرف الضعيف

Abstract

The application of the law and the provisions of law, justice and justice and the legal party that regulates it and defines its legal frameworks, and in order to achieve this goal, the law goal in contracts of an international character is its parties, specifically the weak party in that legal protection, an international work relationship with the worker, except that the application These elements make the obligated party some protection from some protection. The law that governs the law, the law, the law, the law, the law, the law, the law, the law. In order to achieve a degree of balance between the freedom of the will to choose the applicable law, and its commitment to and compliance with the peremptory rules governing the contractual relationship in the law of its state, this balance created a kind of orientation towards the actions of exceptional rules to determine the applicable law or the actions of rules Public order, with its effect on the work of the relevant law in such cases, and these rules may be evidenced by the application of the rules of necessary application.

Key words: conflict of laws, rules of attribution, applicable law, contractual balance, protection of the weak party.

المقدمة:

تمثل قاعدة الاسناد وتطبيقاتها من اهم القواعد التي تحقق التوازن العقدي في نطاق العلاقات الدولية الخاصة، عند اعمالها بالقدر الذي يحقق حماية العاقد الضعيف، ومع ذلك يمكن تحقيق تلك الغاية من خلال استبعاد تلك القواعد من خلال تطبيق القواعد الآمرة أو القواعد ذات التطبيق الضروري.

أولاً: موضوع البحث:

وإذا كان التطور القانون قد اعطى لأطراف العلاقة العقدية حرية اختيار التنازع بين القوانين التي تحكم العلاقة بينهم، وهو ما يعنى اخضاع الرابطة العقدية بينهم لأحكام القواعد الآمرة في القانون الذي تم اختياره ليحكم تلك العلاقة بموجب منهج التنازع، إلا ان اعمال التوازن في هذه الحالة يؤدي لإخضاع العقد الدولي لأحكام النصوص الأمرة في القانون المختار تطبيقاً لمنهج التنازع الدولي للقوانين، فضلاً عن خضوعه في ذات الوقت للقواعد ذات التطبيق الضروري والمباشر في قانون اخر غير ذلك القانون الذي تم اختياره، دون النظر فيما لو كان ذلك القانون هو القانون الذي تنتني إليه تلك القواعد هو قانون القاضي الذي ينظر النزاع، أو انه قانون دولة، وكل ما يهم هنا هو توافر صلة عقلانية ومؤكدة بين هذه القواعد وبين الرابطة العقدية، طالما كانت تهدف لحماية الطرف الضعيف بحسب ما قرر مشرعها وادراكاً منه بتحقيق المصلحة المرجوة من اعمال هذه القواعد.

وبهذا الخصوص اتسع نطاق القواعد الموضوعية المتصلة بالنزاع في العلاقات الدولية الخاصة، إذ اصبحت من اكثر القواعد التي تهدف لتكريس الحماية للعاقد الضعيف، فحماية الاخير تؤثر في اعمال قاعدة الاسناد، أما بشكل مباشر أو غير مباشر، فالأثر المباشر يتجلى بما يثيره هدف الحماية من صعوبات اثناء تطبيق واعمال تلك القواعد، بينما يتجلى الأثر غير المباشر للحماية بالعمل على تعطيل اعمال قاعدة الاسناد ذاتها ولا يقتصر اثرها على مجرد بعض الصعوبات عند اعمال تلك القواعد، ونظراً لأهميتها وارتباطها بالنظام العام اقتصاديا أو اجتماعياً في دولة ما، وهو ما يفرض تطبيقها مباشرة على العلاقة ذات الطابع الدولي، بغض عن كون تلك القواعد تشكل جزءً من القانون المختص بحل النزاع طبقاً لقواعد الاسناد.

ثانياً: إشكالية البحث:

إن هدف حماية العاقد الضعيف بموجب اعمال قواعد الاسناد حيناً، أو استبعادها حيناً آخر من خلال تطبيق قواعد النظام العام أو اعمال القواعد ذات التطبيق الضروري لا يخلو من بعض الإشكالات التي دعت الباحث لتحديدها ومحاولة إيجاد الحلول لها أو مناقشتها، وهذه الإشكالات نجملها بالاتي: -

1- تندرج الإشكالية في سياق منح القاضي السلطة التقديرية في تصحيح قاعدة الاسناد من خلال اعمال شرط التصحيح أو الشرط الاستثنائي، ومثل هذا الاعمال قد يجعل من القاضي هو صاحب القرار الأول والأخير في فرض مسار قاعدة الاسناد وتطبيقها على موضوع النزاع ما دام ذلك يهدف لتحقيق حماية الطرف الضعيف، لكن هذا التطبيق قد يحمل في طياته حرمان الطرف الاخر من الحماية التي تفرضها القاعدة التي تم استثناؤها أو تصحيح مسارها التنازعي.
2- تثور الإشكالية ايضاً في نطاق اعمال قواعد النظام العام أو القواعد ذات التطبيق الضروري في أمرين: أولهما كيفية تطبيق واعمال هذه القواعد امام القاضي الوطني الذي ينظر النزاع، خصوصاً إذا ما تعلق النزاع بتطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري بمدلولها الأجنبي والذي لا ينتمي للقانون المختص بمقتضى منهج قاعدة التنازع. وثانيهما يتجلى في سياق تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري إذا ما كانت تختص بالنظام القانوني في الدولة التي ستطبق فيها تلك القواعد.
3- ان تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري أو المباشر تثير ارباكاً لدى القاضي المختص في نظر النزاع خصوصاً في التشريعات التي لا يوجد فيها نص صريح يعطي للقاضي تطبيق تلك القواعد أو استبعاد تطبيقها، وهو ما يحمل القاضي أعباء البحث والمقارنة بين نصوص القانون المختص بالعلاقة سواء كان قانونه الوطني أم قانون اخر، وبين تلك القواعد التي يختارها أطراف النزاع بأسنادهم حل النزاع لقانون يحتم العمل بتلك القواعد صريحا كان ذلك الاختيار أم ضمنياً، عن العناصر الموضوعية التي تحقق التوازن والحماية المثلى للطرف الضعيف.

ثالثاً: أهمية البحث:

تندرج أهمية البحث على تحقيق مجموعة من الأهداف نجملها بالآتي: -

1- إيجاد إطار قانوني لحماية العاقد الضعيف في العلاقات الخاصة الدولية عبر اعمال قواعد الاسناد وتصحيح مسارها من خلال إعطاء السلطة التقديرية للقاضي بذلك من خلال شرط التصحيح، أو العمل بمقتضى الإحالة للقواعد الموضوعية التي تحيل إليها قواعد الاسناد سواء في قانون القاضي أو قانون أجنبي اخر، فضلاً عن اعمال القواعد ذات التطبيق الضروري والمباشر بما يحقق حماية مثلى للطرف الضعيف.

2- وضع حلول واقعية تحفظ التوازن العقدي بين مصالح طرفيه من خلال تحقيق حماية الطرف الضعيف من دون تفريط أو اجحاف بحقوق الطرف الآخر الذي يوصف بالقوي في نطاق العلاقات العقدية الدولية.

3- تعزيز دور النصوص القانونية في التشريعات التي لم تنص مباشرة على اعمال الحلول الواقعية من اعمال قواعد الاسناد أو استبعادها أو تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري والمباشر، من خلال العمل على تطويع النصوص الخاصة بالعلاقات الخاصة الدولية والتوسع في تفسيرها بالقدر الذي يمنح للقاضي السلطة اللازمة لتحقيق الحماية المطلوبة للعاقد الضعيف عند عرض النزاع عليه.

4- إيجاد جانب من الحلول بشأن الإشكالات التي تقف حائلاً في سبيل حماية الطرف الضعيف في العلاقات الخاصة الدولية ورفد المكتبة العربية بالقدر المتيقن من تلك الحلول والمعالجات التي نراها تخدم حماية الطرف الضعيف في ميدان العلاقات الخاصة الدولية.

رابعاً: نطاق البحث وفرضياته:

ينصب البحث في عمومه وتخصيصه في البحث في ميدان العلاقات الخاصة الدولية عن توفير الحماية الفعالة للعاقد الضعيف سواء في نطاق عقد العمل كمثال بارز على هذا النمط من الحماية أم في نطاق المستهلك بوصفه المثل العام لانطباق تلك الحماية في نطاق العقود الدولية، ومدى انطباق القواعد التي يحددها منهج التنازع في ذلك ومدى إمكانية اعمال القيود الواردة على هذا المنهج سواء تمثلت تلك القيود بالنظام العام والاحالة أم تمثلت بالقواعد ذات التطبيق الضروري والمباشر، وهذا التحديد يفرض

علينا تحديد الفرضيات والتساؤلات التي سنتولى الإجابة عنها، وعلى النحو الآتي: -

1- ما مدى إمكانية القاضي من تحديد وصف القواعد القانونية بقصد اعمال منهج التنازع؟
2- ما دور النظام العام في تحقيق الحماية الضرورية للعاقد الضعيف.
3- ما مدى فاعلية القواعد ذات التطبيق الضروري والمباشر لتحقيق حماية الطرف الضعيف؟
4- ما مدى اعتداد القاضي بإعمال قواعد الاسناد الأجنبية واستبعادها في سبيل تحقيق حماية العاقد الضعيف؟

رابعاً: منهج البحث:

من اجل ترسيخ مهمة البحث والحصول على النتائج والحلول المرجوة منه تم اتباع المنهج التحليلي المقارن مع اعتماد جانب التأصيل للموضوعات المرتبة بالبحث، فالمنهج التحليلي المقارن يعتمد على جمع وتقصي المواقف التشريعية والفقهية والقضائية المرتبطة بمشكلة البحث والعمل على تحليلها بهدف التوصل لحلول ونتائج منطقية ومتوازنة، من ثم مقارنتها مع تلك الحلول والمعطيات التي اعتمدتها التشريعات القانونية تجاه ذات الإشكالية المثارة في البحث وتوحيدها بما يحقق الحل الأمثل والاكمل لها، أما المنهج التأصيلي فتم الرجوع إليه في سبيل تأصيل جزئيات الموضوع التي تثيرها إشكاليات البحث بهدف ردها إلى أصولها في القواعد العامة المعمول بها تشريعيا ودوليا وصولاً لأفضل الحلول في هذا السياق، دون التقييد بقانون معين والاكتفاء بالاعتماد على المبادئ العامة المعمول بها في اتفاقية روما لعام 2008 بشأن القانون الواجب المطبق على الالتزامات التعاقدية ونسختها الأولى لعام 1980، بالإضافة لموقف القانون الدولي الخاص السويسري والعراقي كلما تطلب المنهج التحليلي والمقارن ذلك.

خامساً: خطة البحث:

لغرض الإحاطة بتفاصيل البحث وتحديد اشكالياته وصولاً للهدف منه، فقد اعتمدنا تقسيم البحث إلى مطلبين الأول منهما جاء تحت عنوان حماية العاقد الضعيف بإعمال قاعدة الاسناد، وانطوى على فرعين أولهما بحثنا فيه حماية الطرف الضعيف بقواعد الاسناد ذات المدلول العام، بينما خصصنا الثاني لحماية الطرف الضعيف بتخصيص قواعد الاسناد، وجاء

المطلب الثاني تحت عنوان حماية العاقد الضعيف بإهدار قاعدة الاسناد، واندرج على فرعين خصصنا الأول منهما للبحث في حماية الطرف الضعيف بإعمال القواعد ذات التطبيق الضروري في قانون القاضي والقانون المختص، بينما جاء الثاني ليبحث حماية الطرف الضعيف بالقواعد المباشرة ذات الصفة الآمرة. وهذه الموضوعات نبحثها تباعاً على النحو الآتي: -

المطلب الأول
حماية العاقد الضعيف بإعمال قاعدة الاسناد

إن ما يثيره الهدف من حماية الطرف الضعيف من صعوبات عند تطبيق قواعد الاسناد في العلاقات الخاصة الدولية، يجعل من تلك الصعوبات تأخذ طابعا عاماً في بعض الأحيان عندما يرتبط تطبيقها بعموم قواعد الاسناد، في حين أن الجانب الاخر من تلك الصعوبات يدور مع تطبيق قواعد الاسناد ذات الطابع الخاص بالعقود دون غيرها بالقدر الذي تحمي من خلالها الطرف الضعيف، وهذه الأحوال نبحثها تباعاً:

الفرع الأول: حماية الطرف الضعيف بقواعد الاسناد ذات المدلول العام

تندرج المشكلات ذات المدلول العام التي يثيرها الهدف من حماية العاقد الضعيف بموجب اعمال وتطبيق قواعد الاسناد إلى تحليل النظم القانونية التي يمكن تطبيقها في هذا السياق بما يتلاءم وقواعد الاسناد التي وجت حديثاً ان هناك هدف ينبغي اخذه بنظر الاعتبار إلا وهو مصلحة الطرف الضعيف في العلاقة ذات الطابع الخاص الدولي، وهذه المشكلات تتمحور بحسب تحليل قواعد الأسناد الموضوعية التي يشكل تطبيقها مدار الحماية ومداها، وهذه المشكلات نبحثها تباعاً:

أولاً: اعمال الحماية بتصحيح قاعدة الاسناد

للقاضي سلطة استبعاد القانون الذي تشير إليه قاعدة الاسناد عند النظر في حل مشكلة من مشكلات تنازع القوانين بصورة استثنائية، إذا ما رسخ في ذهنه ومن ظروف النزاع المعروض امامه ان العلاقة التي تربط القانون بالنزاع ما هي إلا علاقة ضعيفة لا ترقى للاستناد إليها في حل النزاع، وبالمقابل هناك قواعد قانونية أكثر صلة ووثوقاً بالنزاع يمكن بتطبيقها تحقيق الحماية المثلى للعاقد الضعيف.

وسلطة القاضي في هذا الفرض تستند على فكرة شروط تقويم الاسناد أو الشروط الاستثنائية التي يمكن من خلالها للقاضي استبعاد القانون الأضعف صلة بالنزاع من غيره وتجنب تطبيقه [1].

وغاية هذا التقويم هو رفع الجمود الذي تتسم به قاعدة الاسناد وتخليصها من الشوائب التي قد تعتريها، وهو ما يحقق في النهاية العدالة المنشودة من تطبيق القانون الدولي في ميدان العلاقات الخاصة، ومن هنا يكون من الواجب اسناد العلاقة إلى القانون الأقرب والأكثر صلة بها، وهي بهذا المعنى تبتعد عن تلك الوسائل التي يهدف من خلالها القاضي لتصحيح النتائج الموضوعية التي تنتج عن اعمال قاعدة الاسناد كما في تطبيق مبدأ إقليمه القواعد أو الدفع بالنظام العام في دولته [2].

فإذا كان القانون الذي يرتبط بالعلاقة العقدية برابطة اكثر وثوقاً من الرابطة التي تربط الطرف الضعيف بقانونه في العلاقة العقدية، فلا تثور اية صعوبة من اعمال القاضي للقاعدة الاستثنائية من خلال شرط الاستثناء، فيستبعد القانون الأضعف ارتباطاً ولو كان هو قانون الطرف الضعيف ويطبق بدلاً منه القانون الأكثر وثوقاً بالعلاقة، وهو ما يكفل الحماية اللازمة للمتعاقد بشكل افضل من تلك التي عينتها قاعدة الاسناد ابتداءً في القانون الذي استبعد لضعف صلته بالعلاقة محل النزاع، وهذا الشرط أو فكرة التصحيح ما هو إلا تطبيقاً لنص المادة (4/8) من اتفاقية روما لعام 2008 بشأن القانون الواجب المطبق على الالتزامات التعاقدية والتي اجازت للجوء لشرط تقويم الاسناد في علاقات العمل الفردية ذات الطابع الدولي تحقيقاً لمصلحة الطرف الضعيف، وهو هنا العامل بلا شك [3].

فالعامل الذي يبرم عقدا في دولة ما مع مقاول من دولة أخرى لتنفيذ العمل في الدولة الأولى، فأن القانون المطبق على هذه العلاقة هو قانون دولة أداء العمل، إلا أن الظروف المحيطة بتنفيذ العمل واداءه تستدعي من القاضي استبعاد قانون دولة أداء العمل لضعف الرابطة بين قاعدة الاسناد وبين الهدف الحمائي منها واللجوء لقانون الدولة الأقرب صلة بالعقد، وهي هنا دولة المقاول أو رب العمل، وهذا ما هو إلا تطبيقاً لعجز المادة (4/8) من اتفاقية روما سابقة الذكر [4].

فتصحيح القاضي للإسناد لا يشكل أي مساس أو خرق لقاعدة الاسناد التي بينتها اتفاقية روما لعام 2008، لأن قانون دولة المقاول هنا يفضل على قانون دولة أداء العمل في حماية العامل، وتحقق الحماية لا يسبب

تعارضاً بين غاية الحماية وبين تقويم الاسناد، وتتجلى الصعوبة في هذا الفرض عندما يكون القانون المستبعد لضعف صلته بالعقد يحقق قدرا من الحماية للعامل أكثر من تلك التي يحققها القانون المطبق بموجب تصحيح قواعد الاسناد اعمالاً للشرط الاستثنائي، وينبغي أن ينصب اهتمام القاضي هنا على مدى تحقق الحماية من اعمال التصحيح دون النظر لمضمون القانون الموضوعي المستبعد من التطبيق لعدم وجود صلة لهذا القانون بالنزاع المثار بشأن العلاقة العقدية، ويتوجب على القاضي الاخذ بفكرة تصحيح الاسناد اعمالا لعمومية الاستثناء الذي جاءت به اتفاقية روما على الرغم من ان هذا التصحيح قد يتعارض مع روح قاعدة الاسناد الضامنة للحماية.

وتتأتى الصعوبة من اعمال شرط تصحيح قاعدة الاسناد إذا ما وجد تعارض يفيد بأن القانون المطبق نتيجة لتصحيح الاسناد لا يحقق الحماية المرجوة للعاقد على خلاف تلك الحماية التي يحققها القانون المستبعد لعدم وجود الصلة والارتباط الكافي له بالعلاقة العقدية، فإذا كان القانون المستبعد هو قانون محل ابرام العقد -على سبيل المثال- يرتبط بالعلاقة بروابط اكثر صلة من القانون الذي تم الاسناد إليه بموجب شرط تصحيح الاسناد وهو قانون مركز إدارة المشروع، فلا صعوبة إذا كان القانون الأول يحقق الحماية المثلى للعامل فيعتمد القانون الذي اعتمده القاضي بموجب شرط تصحيح الاسناد، إلا أن الصعوبة تثور في حالة كون القانون الثاني الذي تم استبعاده هو من يحقق درجة مثلى من الحماية اكثر من تلك التي يمنحها القانون الذي تم اعتماده بموجب تصحيح الاسناد، وهنا لابد من رجوع القاضي عن اعمال شرط تصحيح الاسناد واعمال المبدأ العام بدلاً من الاستثناء، لأن من شأن اعمال شرط التصحيح اهدار وضياع للغاية والهدف المادي الذي تسعى لتحقيقه قاعدة الاسناد [5].

ونجد ان المشرع العراقي وان لم يضع قاعدة تجيز للقاضي اعمال التصحيح او شرط الاستثناء، إلا ان طبيعة عمل القضاء وبما ينسجم مع تطبيق القانون وتحقيق العدالة المرجوة من تطبيقه فضلاً عن تحقيق التوازن العقدي، فيمكن القول ان ما تقتضيه المادة (25) من القانون المدني والتي بينت في عجز الفقرة الأولى منها انه اذا تبين من الظروف ان هناك قانونا اخر يراد تطبيقه تعطي للقاضي فسحة للبحث عن القانون الأوثق صلة بالعقد وبما يحقق مصلحة طرفيه، كما ان المادة (30) من ذات القانون

اجازت لجوء القاضي لتطبيق مبادئ القانون الأكثر شيوعاً في حال خلو القانون من قاعدة تحكم التنازع، وعطفاً على المادة (2/1) منه والتي اجازت اللجوء لتطبيق مبادئ العدالة، ومن هنا يمكن القول ان اعمال تلك النصوص بمفهومها العام والعمل بروح النص القانوني محل النزاع من خلال اعمال القاضي لسلطته التقديرية في تصحيح قاعدة التنازع بما يتوافق ومبادئ العدالة التي تقتضي أولاً تحقيق التوازن العقدي من ثم حماية الطرف الضعيف في العلاقة القانونية محل النزاع، وهذا المبدأ تقضي به مبادئ العدالة واتفاقية روما سالفة الذكر.

ثانياً: اعمال الحماية بتطبيق فكرة الإحالة وقواعد النظام العام

قد يكون اعمال قاعدة الاسناد من خلال اللجوء لفكرة الإحالة وتفسير الهدف من قاعدة الاسناد بما يحقق حماية الطرف الضعيف، كما يمكن اللجوء لفكرة قواعد النظام العام ودورها في تفسير قاعدة الاسناد بما يحقق تلك الحماية، وهذه الأفكار نبحثها تباعاً على النحو التالي: -

1- اعمال الهدف الحماية بالإحالة

منذ مدة ليست بالقصيرة اتجه الفقه لإيجاد بعض الحلول لمشكلة الإحالة والتي يجب في جوهرها ومضمونها ان تستند إلى تفسير الهدف من قاعدة الاسناد، وهذا الهدف أو الغاية من وجود قاعدة الاسناد هو حماية العاقد الضعيف، وهذا التوجه وجد له صدى في الفقه المعاصر عندما أشار إلى أن حلول مشكلة الإحالة لا بد ان تستند في مضمونها لغايات توجب تبني اسناد معين لتحقيق الحماية المرجوة منها، وهو ما يطبع تلك الحلول بطابع وظيفي أكثر تماشيا مع هدف الحماية المنشود [6].

فتحقيق هدف الحماية يستوجب اتخاذ موقف يتسم بالمرونة من حيث امكانية الأخذ بالإحالة أو رفضها، فإذا ما وفر القانون الأجنبي المختص وفقًا لقاعدة إسناد القاضي حماية للعاقد الضعيف ينبغي رفض الإحالة، وحيث يوفر القانون الذى تتم الإحالة إليه حماية أفضل ينبغي قبولها، وهذا يسري أيضا في الأحوال التي يكون للأطراف في العلاقة القانونية حرية اختيار القانون الذي يحكم العقد فقبول الإحالة يكون ممكنا إذا كان من شأنها تحقيق هدف الحماية وغايته وصولاً لحل ملاءم للمسائلة ذات الطابع الدولي بالمقارنة للحل الذي كانت تقدمه القواعد الموضوعية في القانون الذي تنتمي إليه قواعد التنازع [7]، إلا أن هناك من يرى خلاف ذلك، إذ إن الاسناد لقانون الإرادة يتعارض من حيث الأصل مع الاخذ بالإحالة،

فالأطراف إذا ما اختاروا بإرادتهم قانون معين ليطبق على العلاقة التعاقدية الناشئة بينهم، فان تلك الإرادة تتجه لتطبيق القواعد الموضوعية في ذلك القانون دون قواعد الاسناد المتبعة فيه، فإعمال قاعدة الاسناد الأجنبية في هذه الحالة يشكل اهدار القاضي للقواعد التي تضمنها قانونه وتجنب بذلك تطبيق ما فرضه مشرعه الوطني [8].

ومن الواجب القول هنا إن الاخذ بالإحالة إذا كان من شأنه تحقيق الحماية الفضلى للطرف الضعيف، حتى في حالة اختيار الأطراف لقانون العقد، وكان الأخذ بالإحالة يستند إلى تحقيق الهدف من منح طرفي العلاقة حرية اختيار هذا القانون، فيبقى من الواجب التعرف على مدى نطاق هذه الحرية في اختيار ذلك القانون، فمتى ما كانت قاعدة الاسناد تعطي للأطراف حرية اختيار قانون العقد بشرط عدم المساس بالنصوص ذات الطابع الآمر في القانون المختص موضوعيا بحكم العلاقة، فلا مجال للقول في هنا إن الهدف من منح الأطراف حرية الاختيار، هو اختيارهم افضل القوانين التي تحقق مصالحهم، لذا يكون الاخذ بالإحالة في هذه الحالة من شانه أن يؤدي إلى الاخلال بتوقعات الأطراف[9].

ومن حيث الواقع فأن الهدف يتمثل في عدم حرمان العاقد الضعيف من الحماية الواجبة له متى كان القانون صاحب الاختصاص الموضوعي لا يوفر تلك الحماية له، أو حتى في تحقيق قدر من الحماية الإضافية التي يمكن ان يوفرها له هذا القانون. وهذه الاعتبارات ذاتها تفرض الاعتداد بقواعد الإسناد في القانون المختار والتي تعقد الاختصاص لقانون آخر يحقق للعاقد الضعيف درجة أكبر من الحماية وبالقدر الذي يحقق العدالة في تطبيق القانون[10].

وينعقد الأمر ذاته في حالة ما إذا جعل المشرع قيداً على إرادة الأطراف بضرورة اختيار قانون العقد من بين عدة قوانين حددها سلفًا، إلا أن الأطراف اختاروا قانوناً آخر، تشير قواعد الاسناد فيه لعقد الاختصاص لقانون آخر، ليس من ضمنها أي القوانين التي حددها المشرع، يمنح الحماية للعاقد الضعيف بشكل أفضل، ففي هذه الحالة لابد من الأخذ بالإحالة تحقيقاً لغاية النص واحتراماً للهدف الذي دفع المشرع إلى أن يقيد بسببه إرادة الأطراف في اختيار القانون المطبق على العقد.

ولم يأخذ المشرع العراقي بالإحالة فاذا تقرر ان قانوناً اجنبياً هو الواجب التطبيق بموجب قاعدة التنازع فان التطبيق هنا يكون للقواعد

الموضوعية في القانون الذي احيلت إليه قاعدة التنازع دون القواعد التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص، وهذا ما يعني ان المشرع لم يأخذ بالإحالة في نطاق القانون الدولي الخاص او المسائل التي تخص التنازع بشأنها وقصرها في القواعد الموضوعية، واستثنى المشرع من هذه القاعدة ما يتعلق بالأوراق التجارية حيث أجاز الاخذ بالإحالة إذ ما تعلق الامر بتطبيق قاعدة التنازع على الأوراق التجارية بنص المادة (2/48) من قانون التجارة العراقي [11]، حين أشار إلى ان الرجوع في الحوالة بالنسبة لأهلية الملتزم فيها يكون لقانون الدولة التي ينتمي إليها الشخص بجنسيته أو أي قانون اخر يحيل إليه هذا القانون.

2- اعمال الحماية بتطبيق قواعد النظام العام

قد يستخدم القاضي من اجل استبعاد القانون الأجنبي اللجوء للدفع بالنظام العام سواء كان الاختصاص معقودا على اسناد شخصي أم موضوعي، فهو بهذا الوصف مبدأ يتجلى مضمونه بالمبادئ العليا للدولة سياسياً واجتماعياً وروحياً، فأي تطبيق لقانون أخر إذا ما شكل تعارضاً كلياً أو جزئياً مع مبدأ النظام العام في دولة القاضي، فالاستبعاد يعد هنا من الأسس الجوهرية التي يحمي من خلالها القاضي الطرف الضعيف باستبعاد القواعد التي لا تحقق تلك الحماية المرجوة من الاسناد للقانون الأجنبي [12]، وبذلك يكون من غير المقبول تطبيقها في دولة القاضي، وهو ما يبرر ذلك الاستبعاد بالقدر الذي يعمل به القاضي على تصويب النتائج غير المقبولة المترتبة على تطبيق قوانين اجنبية لا يجد القاضي في انها جديرة بهذا التطبيق بما يحقق مصلحة المتعاقد الضعيف [13].

ولاستبعاد القانون الأجنبي بحجة الدفع بالنظام العام لابد ان ترقى تلك القواعد لتعد أسس جوهرية في تحقيق الحماية منها لأطراف العقد، فإذا لم ترق لتلك المرتبة فلا يمكن العمل باستبعادها بإعمال قواعد النظام العام، فالقواعد التي تكون لازمة في بعض الدول عند ابرام العقد باتباع شكل معين في التعبير عن إرادة اطرافه لحمايتهم، وكذلك قواعد الضمان التي تفرض واجبات على البائع لمصلحة المشتري في البيع فيلزم الأول من خلالها بضمان التعرض والعيوب الخفية فالقصد منها حماية المشتري، فتعلق هذه القواعد الخاصة في شكل العقد والتزاماته تعد من قواعد النظام العام في المفهوم الوطني لتلك العلاقات، إلا أنها لا يمكن ان توصف بانها

تندرج تحت النظام العام على مستوى العلاقات الدولية الخاصة، وبالنتيجة لا تؤثر مخالفتها في استبعاد القانون الأجنبي [14].

وقد طبقت محكمة النقض الإيطالية مثل هذا المبدأ في نزاع على عقد عمل بين رب عمل وعامل يحملان الجنسية الألمانية لتنفيذ العمل في إيطاليا، وبالرغم من خضوع العقد للقانون الألماني بوصفة قانون كلا الطرفين وفقاً لما تنص عليه المادة (25) من القانون المدني الألماني، إلا أن المحكمة استبعدت القانون الألماني وطبقت بدلاً عنه القانون الإيطالي اعمالاً بمبدأ النظام العام لان هذا القانون يوفر قدرا أكبر من الحماية للعامل من القانون الألماني [15].

والملاحظ من هذا الحكم أن المحكمة اعتمدت في حكمها على وجود قدر من الحماية التي يوفرها القانون الإيطالي لم يكن القانون الألماني ليوفرها للعامل، ومثل هذا المبدأ العام لم يكن مقرر في قاعدة مستمدة من قانون العمل بل مستمد من مجموعة من القواعد القانونية على مستوى الدستور والقوانين العادية التي تنظم علاقات العمل سواء في قانون العمل أو القانون المدني أو أي قاعدة قانونية مدار حكمها علاقة عمل فردية أو جماعية.

وقد اقر المشرع العراقي صراحة باستبعاد تطبيق احكام القانون الأجنبي الذي تقرره قواعد التنازع متى كان تطبيق تلك الاحكام مخالف للنظام العام المطبق في الدولة يتعارض مع النظام الاجتماعي والسياسي والاقتصادي [16].

فمن الممكن والمتصور قانوناً حماية أطراف العقد بإعمال الدفع بالنظام العام، وتتحقق هذا النتيجة في حدود العلاقات التعاقدية التي تتسم بالحاجة لحماية أطرافها من الضعف الذي قد يصيبها، على شرط أن تشكل تلك الحماية احدى مرتكزات النظام العام ومن اهم مقتضيات تطبيقه في دولة القاضي، وبذلك يحقق مبدأ الدفع بالنظام العام الهدف المرجو منه بتقويم النتيجة المادية. وبذلك يعمل هذا الدفع على تقويم النتيجة المادية المتحققة من اعمال اسناد الذي تشير إليه القاعدة الموضوعية التي تبنتها قاعدة التنازع.

الفرع الثاني: حماية الطرف الضعيف بتخصيص قواعد الاسناد

يعتري موضوع تحديد القانون الاصلح لحماية العاقد الضعيف مجموعة من الإشكالات منها من يقوم بتحديد هذا القانون وكيف، أن اختيار

قاعدة الاسناد الاصلح للعاقد يفترض عند تطبيقها ابتداءً عدم المساس بالحماية التي يوفرها قانون محل تنفيذ الالتزام، فاذا كان الأصل في تحديد القانون الاصلح يتم من خلال المقارنة بين تطبيق ذلك القانون الذي يحرم العاقد الضعيف من الحماية، وبين قاعدة الاسناد الموضوعية التي تقرر قدراً اكبر من الحماية التي يقررها القانون المختص، فما هي عناصر تلك المقارنة ومعايير اللجوء إليها ومنهجها المعتمد في ذلك، وهذه الأمور وما تثيره نبحثها تباعاً: -

أولاً: صفة القانون الاصلح لإعمال حماية الطرف الضعيف

يندرج البحث هنا عما إذا كان القاضي هو من يختص بتحديد القانون الذي يحكم العقد بموجب ماله من سلطات في هذا المجال، أو ان يترك تحديد القانون لأطراف العقد.

للإجابة عن ذلك لابد من معرفة ما إذا كانت قاعدة الاسناد تعطي لأطراف العقد سلطة اختيار القانون الذي يحكم العلاقة بينهم بعد ان تم اختياره مسبقاً من بين عدة قوانين، وينعقد دور القاضي في هذا الفرض على التأكد من كون اختيار الأطراف جاء موافقاً لما تعتد به قاعدة الاسناد في هذا الصدد.

وعلى خلاف ذلك الفرض قد تضع قاعدة الاسناد قيداً مادياً أو ضابطاً يلزم إرادة الأطراف التقيد به، ومثل هذا القيد نصت عليه المادة (2/5) من اتفاقية روما والتي تشير صراحة إلى اختيار الأطراف لقانون العقد يجب ان لا يؤدي لحرمان المستهلك من تلك الحماية التي تقررها القواعد الآمرة في الدولة التي لديه فيها محل إقامة، فالاختيار في مثل هذا القول يعتمد على المضمون الموضوعي للقانون الذي اعتد به الأطراف [17].

والواقع يقرر ان هذا المنهج في تحديد القانون الاوثق صلة بالعلاقة من وجهة نظر المشرع يحقق قدراً من الأمان لقانوني للمتعاقدين، فبيان وتحديد عناصر القانون من خلال العلم المسبق بالقانون الواجب التطبيق عند عدم تحديد الأطراف له يساعد القاضي في اتخاذ الحكم القواعد القانونية الأكثر صلة بالنزاع والتي تحقق في مضمونها القدر المتيقن من الحماية لأطراف العقد [18].

وهنا يكون للقاضي دون أدني شك ان يقدر ما إذا كان ذلك القانون هو الذي يحقق مصلحة المستهلك في الحماية ام أن قانون اقامته هو من يحقق تلك الحماية، فمن غير المعقول ان يترك للطرف الضعيف والذي يحتاج

لحماية القانون لمصالحه العقدية اختيار القانون الاصلح له بعد ان اعترف القانون بضعفه وعدم قدرته على ذلك الاختيار وحاجته لتلك الحماية، ومسألة الضعف هنا قد لا تقتصر على عدم القدرة الاقتصادية أو النفسية بل قد تشمل أيضاً ضعفاً ثقافياً وقلة خبرة وعدم إلمام بالمسائل القانونية في هذه المجال.

ثانياً: معايير تحديد قانون العقد الاصلح لحماية الطرف الضعيف

لا صعوبة تثار بشأن تحديد القانون الذي يحكم العقد إذا ما كان الاختصاص ينعقد وفقاً لإسناد موضوعي، إلا أن الصعوبة تثار عندما يستند اختصاص تحديد ذلك القانون لإرادة اطرافه المقيدة من حيث الأصل بقواعد موضوعية، وهذه الصعوبة متأتية من صعوبة البحث عند ذلك القانون الذي يحقق مصلحة الطرف الضعيف في العقد.

وإذا ما وجد شرط اختيار القانون المختص في قاعدة الاسناد تعين على القاضي ان يحدد أولاً: نطاق المقارنة من خلال بيان العناصر في القوانين التي تتم المقارنة بينها، من ثم يقرر اجراء المقارنة وفق منهج يراه الأقرب لتحقيق الحماية المطلوبة للطرف الضعيف.

1- معيار المقارنة –عناصر القانون المقارن-

يتسم هذا المعيار بان القاضي يقوم من خلاله بالمقارنة بين القوانين التي تكون على صلة بالرابطة العقدية محل النزاع والوقوف عند عناصرها ومضمونها، إذا استبعدنا ابتداءً من نطاق المقارنة تلك القوانين التي تتسم بتوافر ظروف خاصة لتحقق الحماية الموضوعية الاصلح للطرف الضعيف، فأننا نكون بذلك قد وضعنا عن كاهل القاضي الصعوبة المتمثلة بضرورة البحث في جميع القوانين التي ترتبط بالعقد من بعيد أو قريب والعمل على مقارنتها مع بعضها للوصول للقانون الاصلح لتحقيق حماية الطرف الضعيف ، فيتبقى من القوانين ذلك القانون المختص وفقاً للإسناد الموضوعي والقانون الذي تحدده إرادة الأطراف أو القانون الأقرب صلة بالعقد وتعد تلك القوانين هي المرشحة لتحكم العلاقة محل النزاع من غيرها من القوانين [19].

إلا ان تحديد نطاق المقارنة وعناصرها ليس بالأمر السهل دائما فقد يعتريها جانب من الصعوبة عند تحديد القانون المختار في حالة عدم تصريح الأطراف صراحة عن ذلك القانون، أو إن ارادتهم الضمنية في هذا الصدد يشوبها الغموض وعدم الدقة في استخلاصها، لذا تطلبت اتفاقية

روما من اجل تجنب هذا الامر صراحة ودقة اختيار القانون سواء كان الاختيار في نطاق قواعد الاسناد العامة أو بتلك القواعد الخاصة بالحماية الاصلح للعاقد الضعيف[20]، وقد تطلب المشروع التمهيدي للاتفاقية الخاصة بعقود بيوع المستهلين والمعد من قبل مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص التعبير الصريح والتحريري عن إرادة الأطراف في اختيار القانون المطبق على العقد، ويرفض اللجوء للإرادة الضمنية في مجال اعمال قواعد الاسناد ولو كانت تلك الإرادة مؤكدة [21].

ولا تقتصر المقارنة في نطاقها الموضوعي على المفهوم الضيق للقانون فحسب، بل تمتد لتشمل بمفهومها الواسع النظام القانوني المطبق في الدولة، فتطبق بهذا الأساس جميع القواعد القانونية المرتبطة بالعقد أياً كان مصدرها ما دامت منظمة للعقد أو لجزء من احكامه، فهي بهذا الوصف تكون موضوعاً للمقارنة ويدخل في نطاقها، تلك القواعد الآمرة التي تجسد الحماية في نطاق القانون الدولي الخاص التي توصف بانها ذات تطبيق ضروري أو مباشر، وأي قواعد في القانون العام الأجنبي عدا تلك التي يتم استبعادها بموجب النظام القانوني الأجنبي نفسه لارتباطها بالتنظيم الذاتي لتلك الدولة الأجنبية [22]، وهو ما أكده مشروع الاتفاقية الاوربية لعام 1972 عندما اقرت بتطبيق جميع القوانين والقواعد التنظيمية أو الإدارية التي تنبسط على علاقات العمل الجماعية بما فيها الاتفاقيات المختصة بذلك على شرط ان تكون مطبقة على العمال الخاضعين لقواعد الاسناد بما فيها اعراف العمل الخاصة [23]، فضلاً عن الاخذ بأحكام القضاء في هذا الصدد متى اتسمت بقوتها الملزمة [24]، إلا أن هناك اتفاقيات على العكس من ذلك تحدد من نطاق المقارنة بحدود ما هو ضيق لمفهوم القانون دون التوسع به ليشمل كل النظام القانوني والاتفاقي والأعراف المطبقة في مجال العلاقة العقدية ليقصره فقط على القانون المباشر الذي ينظم تلك العلاقة العقدية محل النزاع دون التوسع في نطاق مضمونه، لان هذا النوع من القواعد تتميز عن سواها من القواعد بصلتها العقلانية بين مضمونها ونطاق تطبيقها بالقدر الذي يحقق حماية العاقد الضعيف [25].

فإذا انتهى القاضي من تحديد عناصر المقارنة شرع في إجرائها مستعينا ببعض المبادئ التي تمثل في مجملها ما يمكن أن نسميه منهج المقارنة بين عناصر القوانين ذات الاختصاص في موضوع النزاع.

2- معيار المنهج الأقرب لإعمال المقارنة

لم تكن مشكلة القانون الاصلح لحماية الطرف الضعيف حديثة النشأة، بل وجدت تلك المشكلة من وقت ليس بالقريب، فعلى سبيل المثال طبق القضاء الفرنسي موضوع المقارنة بين القانون الاصلح في نطاق قانون العمل الفرنسي اثناء تطبيقه على موضوع نزاع نشب عند اعمال قواعد الاسناد الخاصة بحماية الطرف الضعيف في عقد العمل، ومثل هذا التزاع اوجد الزاماً للقضاء بضرورة تحديد عناصر القانون الاصلح للعامل للاستعانة بها في تحديد عناصر القانون الذي يحكم العلاقة ويحقق حماية العاقد الضعيف [26].

وهذا التشابه بين عناصر الاسناد دفع بالفقه الفرنسي في حينه إلى الاخذ بالاستعانة بمبدأ المقارنة بين القانون الذي اختاره الأطراف وبين ذلك القانون المختص موضوعياً بحكم العلاقة لتحديد ايأ منهما يعد الاصلح لتحقيق الحماية للعامل أو المستهلك بعده طرفا ضعيفاً في العلاقة العقدية [27].

وتندرج المقارنة بين تلك القوانين على ما تحققه من مزايا نتيجة تطبيق عناصر المقارنة في نفس النزاع المعروض، على أن تأخذ بنظر الاعتبار مصلحة جميع المستفيدين من وجود وتحقق الحماية، وهذا التطبيق قد يؤدي إلى عدم الجمع بين تطبيق القواعد الأمثل في القوانين المختلفة التي تنظم ذات المسألة.

وهذا ما يعني أن المقارنة لا تكون شاملة لجميع النصوص في القوانين محل المقارنة، إنما تقتصر فحسب على مجمل المزايا التي تحققت في نفس النزاع عند تطبيق أي من القوانين محل المقارنة، لذا فأن المقارنة الاجمالية تفترض علم اطراف العلاقة وكذلك القاضي بجميع عناصر القوانين محل المقارنة وهو ما يسبب لهم المشقة [28]، فضلاً على أن اجراء مثل هذه المقارنة قد تجعل المقارنة مستحيلة لان كل قانون مع تضمنه على قواعد تحقق ما هو اصلح للعامل في مواضيع معينة، فأنه يحتوي بذات الوقت على قواعد تتسبب للعامل بما هو اسوء في مواضيع أخرى إذا ما قورنت مع تلك القواعد التي يتضمنها قانون اخر.

وهذه المقارنة تفرض على القاضي إيجاد نوع من التدرج والتوازن بين مجموعة القيم المعترف بها دولياً والتي تحقق قدراً من الحماية للطرف الضعيف [29]، ومثل هذا التدرج قد يمتنع على القاضي في حالة عدم وجود ما يبرر اخذه لقيمة على حساب أخرى، كما ان المقارنة في اصلها قد تكون

استثناءً من مجمل القواعد القانونية ليؤكد القاضي بذلك خلو احد القوانين المقارنة من اي نصوص تحقق الحماية بصفة عامة أو خاصة يمكن القول بتطبيقها على النزاع، وهذا ما يجعل من القانون الآخر الواجب التطبيق لشموله على نصوص تحقق تلك الحماية، في مضمونها ونطاقها النسبي بالقدر الذي يحقق الهدف من المشترك من اعمالها دون تمييز بين قواعد تمنح مميزات للعاقد أو تلك التي تسيء لمركزه [30].

فما تتسم به القواعد القانونية من موضوعية وتجانس تتيح للقاضي قابلية المقارنة وبشكل مجرد بتحديد القانون الاصلح لتحقيق الحماية للعاقد الضعيف، مع ضرورة مراعاة القاضي عند المقارنة الاهتمام بالاثار الفعلية لتطبيق القانون، لان القانون الاصلح للطرف الضعيف المحدد بتجرد قد لا يحقق القدر الكافي من الحماية من الناحية الواقعية [31].

وان الاختلاف في المسائل التي يتم تنظيمها بقصد تحقيق اهداف مختلفة من خلال الجمع بينها لتحقيق الهدف من حماية العاقد الضعيف عند تطبيقها والذي يعد جوهر الدعامة في تحقيق تلك الحماية المرجوة بالنسبة للعاقد الضعيف، ومع ذلك يمكن أن يؤدي لترجيح مصلحة العاقد الضعيف على حساب مصلحة الطرف القوي مما يتسبب في انهيار التوازن بين طرفي العلاقة القانونية من ثم انهيار العقد، وهذا التوازن هو ما يسعى القانون الموضوعي للحفاظ عليه وحمايته، ويتجسد الاجحاف باعطاء الطرف الضعيف حق الاختيار بينما يمنع الطرف الاخر من ذلك الاختيار [32].

فقيام القاضي بالمقارنة على وفق المنهج التحليلي والذي يهدف من خلاله لحماية مصلحة العاقد الضعيف من خلال تطبيق احد القوانين التي يمكن ان تحكم العلاقة العقدية بالقدر الذي يحقق معه التوازن المنشود بين مصلحة كل من طرفي العلاقة القانونية دون اجحاف بمصلحة احدهما على حساب الأخرى وبالقدر الذي يحقق التوازن العقدي في العلاقة بين طرفي العقد.

المطلب الثانى
حماية العاقد الضعيف باهدار قاعدة الاسناد

قد تتأتى حماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية باهدار أو استبعاد تطبيق قواعد الاسناد واللجوء لاعمال القواعد ذات التطبيق الضروري أو ما يعرف بالقواعد ذات التطبيق المباشر.

ومثل هذه القواعد وكغيرها من القواعد القانونية التي تحكم العلاقات الدولية الخاصة قد توجد في القانون المختص بحكم العلاقة التعاقدية كما انها توجد في قانون القاضي، وقد توجد في قانون اخر غير ما ذكر يرتبط بالعلاقة العقدية بالرغم من عدم اختصاصه بحكمها بشكل مباشر.

الفرع الأول: حماية الطرف الضعيف بالقواعد ذات التطبيق الضروي

تندرج تطبيق القواعد ذات التطبيق المباشر والتي تحكم العلاقة التعاقدية على تلك القواعد التي تحكمها والتي تكون مستمدة أما من قانون القاضي أو في القواعد الموضوعية في القانون المختص اصلاً بحكمها، وهذه المسائل نبحثها تباعاً على النحو الآتي: -

أولاً: اعمال القواعد ذات التطبيق الضروري في قانون القاضي

إن اعمال القواعد الآمرة في قانون القاضي والتي توفر درجة من الحماية للعاقد الضعيف عند اعمالها تتصف بانها قواعد ذات تطبيق مباشر وضروري، ويجب اعمالها دائما واستبعاد أي قاعدة قانونية اجنبية تقابلها ربما ينعقد الاختصاص لها وفقاً لما تقره قاعدة الاسناد، وان القاضي لا يملك مطلق السلطة في تقدير اعامل هذه القواعد من عدمها التي يشير إليها قانونه، فهو ملزم بالاخذ بها واعمالها التزاماً واذعانا لارادة مشرعه الوطني دون النظر عن مدى عقلانية تلك القواعد من عدمها [33]، إلا ان اطلاق هذا القول بشكل عام فيه نوع من المغالاة بدور تلك القواعد، فهذا النوع من القواعد يتسم بالندرة نوعاً ما كونها في اصلها لا توفر إلا القدر المتيقين والحد الأدنى من الحماية التي لا يمكن للمشرع بأي حال من الأحوال النزول عنها في إطار حماية اطراف العلاقة العقدية، والتي قد تقل كثيراً عن تلك الحماية المقررة وفقاً لمثيلاتها من قواعد الاسناد في القانون الأجنبي المختص [34].

فاطلاق وصف القواعد ذات التطبيق المباشر على كل القواعد الآمرة التي تهدف لحماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية امر فيه الكثير من التعارض مع الهدف من الحماية، إذ أنه يحرم العاقد في بعض الأحيان من حماية اكثر شمولاً ونطاقاً من تلك التي توفرها قواعد القانون الأجنبي المختص.

وفي هذا السياق قد يصعب وصف القواعد التي تقرر حقوقاً للعمال على سبيل المثال بانها من قبيل القواعد ذات التطبيق الضروري، فمجرد وجود تلك القواعد في قانون القاضي لايستبعد بالضرورة تطبيق ما يوجد

من قواعد مقابلة في القانون الأجنبي المختص متى كانت تنمح قدراً اكبر من الحقوق للعمال [35]. فالقواعد الموصوفة بالتطبيق الضروري أو المباشر تتسجد فيما تراه الدولة التي سنت تلك القواعد ضرورة تطبيقها في نطاق العلاقات الخاصة لتحقيق التماسك في البنيان الاقتصادي والاجتماعي بالقدر الذي يحقق التوازن المنشود في تلك العلاقات [36].

وبالمقابل قد يتم استبعاد قواعد القانون الأجنبي المختص إذا ما كانت توفر قدراً ادنى من الحماية التي تقررها القواعد الآمرة في قانون القاضي عند تطبيقها على النزاع، بوصفها قيد على اعمال قاعدة الاسناد، وليس بوصفها قاعدة ذات تطبيق ضروري، لان تطبيقها إنما تم في مرحلة لاحقة على تطبيق قاعدة الاسناد ومعرفة مضمون القانون المختص، فهي تعد بمثابة القيد اللاحق على تطبيق القانون الأجنبي، بمعنى اكثر دقة وحيادية فان استبعادها ما هو إلا تطبيقاً لاستبعاد أي قاعدة لا تحقق قدراً من الحماية المعمول بها في قانون القاضي، وما هذا التطبيق ،إلا اعمالاً لمبدأ من مبادئ النظام العام في دولة القاضي، ويعد ذلك تجسيدا للاثر الرجعي الإيجابي للدفع بالنظام العام والذي يحتم استبعاد كل ما يتعارض في تطبيقه مع النظام العام المطبق في دولة القاضي [37].

فإذا ما عرض نزاع امام القاضي العراقي بين مدعي عليه عراقي الجنسية مع شخص اخر أجنبي، وكانت هناك قواعد موضوعية آمرة صدرت بالعراق بخصوص حل ما يعترض العقد من اختلال في التوازن، ولم تكن هذه القاعدة موجودة في القانون المختص (أياً كان مختاراً أم محدد بقواعد الاسناد) أو ان قانون القاضي يبطل ما يكون من شروط تعسفية في العقود الدولية التي تعطي للطرف المسيطر أو القوي حقوقا أكثر من تلك التي تكون للمستهلك، فهل يكون القاضي العراقي هنا قادراً على اعمال تلك القواعد؟

فموقف المشرع العراقي في هذا الفرض كما يراه رأي في الفقه يتسم بعدم الوضوح فالقواعد التي تبناها المشرع العراقي في التنازع لم ترفض أو تؤيد إمكانية تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري، لذا يكون امام القاضي العراقي في هذه الفرضية اعتماد منهج التنازع وتحديد القانون الذي تحدده قاعدة الاسناد التقليدية، وعندئذ يستبعد تطبيق القانون المختص إذا ما وجد انها تتعارض مع القواعد الموضوعية الآمرة في النظام العام والمتمثلة هنا بانها قواعد ذات تطبيق ضروري بالنسبة له، ويمكن من

ناحية أخرى اعمال القواعد ذات التطبيق الضروري دون الحاجة لإعمال قواعد التنازع في حال ما إذا تدخل المشرع العراقي وازال الخلط الحاصل بين المنهجين وذلك بالاعتراف بمنهج القواعد ذات التطبيق الضروري باعتباره منهج وأسلوب متبع في تسوية منازعات العقود ذات الصفة الدولية الخاصة إلى جانب منهج تنازع القوانين المعمول به في قواعد الاسناد المنصوص عليها في القانون [38].

وإذا كنا نميل لفكرة تدخل المشرع في إزالة الخلط بين المنهجين، إلا انه من الممكن القاضي العراقي اعمال القواعد ذات التطبيق الضروري ولو بشكل محدود ينسجم مع رؤية المشرع العراقي والغاية من اعتماد منهج التنازع أو اعمال القواعد الموضوعية الآمرة من خلال اللجوء لاعمال فكرة العدالة والتي توجب على القاضي في حالة عدم وجود نص يحكم النزاع ويحقق تلك العدالة اعمالها ومن مبررات العدالة هو الاخذ بتطبيق فكرة القواعد ذات التطبيق الضروري في العلاقات الدولية الخاصة، فضلاً عن ان المشرع اعطى الأولوية للقانون العراقي لتحديد وتكييف العلاقة محل النزاع عندما يتطلب الامر معرفة القولنين واجبة التطبيق عليها، فاعمال قاعدة التنزاع مع عطف القاضي نظره على مضمون القاعدة وما يمكن ان يهتدي إليه من تحليلها ومقارنتها مع باقي القوانين التي ترتبط بالنزاع واعمالا لمبادئ العدالة يحقق القاضي هدف القواعد ذات التطبيق الضروري والتي يكون تطبيقها ضرورياً لحماية الطرف الضعيف في العلاقة محل النزاع خصوصاً متى كانت تلك القواعد تحقق قدرا من الصلة العقلانية بالنزاع.

وبالنتيجة فأن عدم تطبيق القانون الأجنبي لهذا الهدف توجب استبعاده وتطبيق القانون الاخر بدلاً منه، وبذلك فهو يمثل قيداً سلبياً على اعمال القانون الأجنبي يماثل ما يفرضة النظام العام من قيود بهذا الخصوص، لذا فان التطبيق غير المتبصر وغير العقلاني قد يمثل خطورة لاهدار حماية كان من الواجب اعمالها، فلا يمكن اعتبار أي قاعدة آمرة لمجرد هذا الوصف قاعدة ذات تطبيق ضروري، إلا تلك القواعد التي يكون اعمالها ضروري لتحقيق الحماية المطلوبة للتضامن الاجتماعي والاقتصادي في مجتمع القاضي متى كانت تهدف لتحقيق غاية المشرع وأهدافه التشريعية، ويجب لصحة ذلك الاعمال اقتران تطبيق تلك القواعد بتوافر صلة تربط

النزاع المعروض امام القاضي بتلك القاعدة بالقدر الذي يبرر تطبيقها وحمايتها للطرف الضعيف [39].

ومن هذا العرض يتبين أن تلك القواعد الرامية لحماية العاقد الضعيف ذات الصفة الآمرة في قانون القاضي لا تمثل قيداً على تطبيق قواعد الاسناد، لأن هذه القواعد وما تجسده بالنسبة لدولة القاضي تعد من مقتضيات النظام العام بمفهومه المطبق على العلاقات الخاصة بنطاقها الدولي، ولاجل اعمال تلك القواعد في نطاقها الضيق يستدعي ضمناً ثبوت الاختصاص لمحاكم الدولة التي تطبق فيها تلك القواعد.

ثانياً: تطبيق القواعد الضروية في القانون المختص بالعلاقة العقدية

لا يثير موضوع حماية العاقد الضعيف اية مشكلة فيما لو طبقت القواعد الآمرة في النظام القانوني بعده هو المختص في فض النزاع، إذ أنها تعد هنا قواعد ذات تطبيق ضروري ومباشر متى طبقت تلك القواعد بمجملها الامرة منها وغير الآمرة، لأن القانون هنا هو المختص بحكم العلاقة محل النزاع.

إلا أن الأمر قد لا يبدو كذلك دائما، فلربما لا تدخل العلاقة العقدية محل النزاع في نطاق تطبيق القواعد الآمرة في ذلك القانون، ويقتصر سريان تلك القواعد على العلاقات الوطنية دون الدولية منها، وسيجد العاقد الضعيف نفسه في هذه الحالة دون حماية توفرها له تلك القواعد. ولتلافي مثل هذه الفرضية ينبغي عند تحديد نطاق سريان تلك القواعد اتباع الجدية والحذر عند تطبيقها، وأن لا يرتكز تحديد نطاقها على المضمون الحرفي لها مع ضرورة الإحاطة وبوجه الخصوص من عدم استبعاد تلك القواعد الموصوفة بأنها آمرة للمراكز القانونية التي لا تدخل ضمن نطاق تطبيقها وتحرمها من الحماية التي تقررها [40]، أو ان هذا الاستبعاد لا تقضيه الطبيعة الآمرة لتلك القواعد بالضرورة، فجور الطبيعة الآمرة لتلك القواعد ما هو إلا تعبير عن رغبة المشرع في مراعاة تطبيق تلك القواعد على جميع المراكز العقدية الوطنية إلى جانب بعض المراكز الدولية دون ان يستبعد من نطاق تطبيقها بعض المراكز الدولية [41].

فإذا ما تبين من تطبيق تلك القواعد انها حققت الهدف الذي يرغب المشرع بحمايته من خلال تشريعها، وأن اعمالها انسجم مع تفعيل الحماية لجميع المراكز التي تتضمنها تلك القواعد، فلا حاجة للقول باستبعاد مراكز

أخرى تتمتع بحماية هذه القواعد، وهذا القول هو الغالب والمعمول به عند البحث عن معيار عادل ومنصف في تحديد القواعد الآمرة التي تطبق بقصد اعمال حماية العاقد الضعيف بالقدر الذي لا يهدر الحماية عن غيره من المراكز القانونية الأخرى.

فوجود مثل هذه القواعد ذات الصبغة الآمرة والتي يتم من خلالها استبعاد تطبيق قواعد الاسناد التي قد ارتضاها المتعاقدين لتحكم ما ينشأ عن تلك العلاقة، بعد تلك القواعد الامرة قواعد ذات تطبيق مباشر وضروري في نطاق اعمال الحماية الاصلح للطرف الضعيف، وعلى الرغم من ندرة هذه القواعد كما سبق وبينا فأن القاضي يستطيع من خلالها استبعاد قاعدة الاسناد والعمل بما تقضي به القواعد الأمرة في قانونه الوطني باعتبارها من النظام العام والواجب تطبيقها في نطاق العلاقات الوطنية والدولية على حد سواء لتحقيق الحماية المقصودة منها.

الفرع الثاني: حماية الطرف الضعيف بالقواعد المباشرة ذات الصفة الآمرة

ربما تكون هناك قواعد أمرة في قانون دولة لها علاقة بالروابط الناشئة عن العقد دون ان تكون لقواعد قانون القاضي أو قانون العقد اثر في تطبيقها، فهل من الممكن منح تلك القواعد قابلية التطبيق على العلاقة محل النزاع، وكيف يمكن تعيينها؟ وما الموقف القانوني منها في مجال العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي؟

أولاً: اعمال القواعد الآمرة التي لا ترتبط بقانون القاضي أو القانون المختص

أثار موضوع مدى تطبيق تلك القواعد جدلاً فقهيا بين من رفض تطبيقها والاعتداد بها زاعماً إن مجرد تطبيقها يرتب اثاراً تضر بالامن القانوني، فضلاً تجزئة العقد واخضاعه لاكثر من نظام قانوني [42].

وفي المقابل من ذلك ذهب رأي آخر إلى القول بتطبيقها مع انها لا تشكل جزءً من القانون الواجب التطبيق من حيث الأصل، إذ ان القواعد الموجودة في قانون القاضي تطبق وبصورة انية على كل النزاعات والعلاقات التي تمس النظام القانوني بصفته العامة في دولة القاضي، ما دامت تتصل به بشكل جدي، بغض النظر عما تشير إليه قواعد الاسناد الوطنية ولو كانت تلك القواعد الواجبة التطبيق اجنبية، إذ يتم اعمال هذه القواعد استنادا للقواعد التي تحكم القاضي والذي اعطى نوعاً من الاعتداد

بتلك القواعد تطبيقا لارادة المشرع الأجنبي والتي يمكن استخلاصها من مضمون القاعدة وهدفها مع ضرورة والتأكد من وجود صلة ورابطة عقلانية بين اهداف القاعدة ونطاق سريانها كما بينها المشرع الاجنبي على وفق ما تقضي به مبادئ القانون الدولي الخاص في دولته [43].

وبهذا فأن ذات القول يسري على القواعد الأجنبية المماثلة، إذ يجب تطبيقها على النزاع ما دامت على صلة قوية به، حتى لو لم تكن مختصة من حيث الأصل وفقاً لما تشير إليه قاعدة الاسناد، فالهدف من هذا التطبيق يحقق مبدأ التعاون الدولي في مجال القانون الواجب التطبيق، وكان لتطبيق هذا المبدأ صدا تشريعاً في بعض النصوص الحاكمة للعلاقات ذات الطابع الدولي على الرغم من ان القواعد الآمرة كاصل لا تشكل جزءً من القانون الواجب التطبيق في تلك التشريعات، كما ان الاحكام القضائية سارت بذات المنحى، ومن بين الأمثلة على ذلك ما قضت به محكمة النقض الهولندية حين أوجبت على القاضي الهولندي لن يأخذ بعين الاعتبار مراعاة بعض احكام القانونية لدولة اجنبية متى كانت في تطبيقها افضلية على قانون دولة أخرى تم اختياره من قبل اطراف العقد [44].

ثانياً: تحديد القواعد الآمرة التي لا ترتبط بالقانون المختص

ان تطبيق القواعد الآمرة على النحو السالف الذكر يطرح تساؤلاً مفادة ما هي الكيفية التي يتم من خلالها تعيين تلك القواعد امام القاضي المختص، مع انها لا تمثل جزءً من القانون المختص بالنزاع، للإجابة عن ذلك لابد من بيان منهجين في هذا الصدد نقف عندهما تواليا على النحو الآتي: -

1- منهج قاعدة الاسناد الخاصة المزدوجة

ينصب هذا المنهج على فكرة اقتراح قاعدة اسناد ذات صفة خاصة تستخدم في تعيين القواعد ذات التطبيق المباشر بالنسبة لقانون القاضي، وتتندرج هذه القاعدة من حيث الأصل على ذات المرتكزات والاسس التي ترتكز عليها قواعد الاسناد التقليدية عند تطبيقها على علاقة تعاقدية ما [45].

وهذه المبادئ والمرتكزات في اصلها تتسم بانها ذات طابع شخصي كجنسية المتعاقدين، أو ذات طابع أقليمي مثل محل ابرام العقد أو محل تنفيذه أو محل تحقق الفعل الضار في نطاق المسؤولية. فبمجرد توافر واحد أو اكثر من هذه الأسس لمصلحة قانون القاضي وجب عليه تطبيق القواعد الآمرة ذات التطبيق الضروري ولو لم تكن تلك القواعد مختصة بحكم النزاع على وفق ما تقضي به قاعدة الاسناد، وبهذا المعنى يطبع عليها

وصف الازدواج لان من شأن اعمالها انها تحدد القواعد الآمرة التي لا تعد جزءً من القانون المختص بحكم النزاع [46].

فعلى سبيل المثال لو كان تطبيق قاعدة الاسناد يقضي تحديد القواعد الآمرة في قانون القاضي بخصوص المسؤولية الناشئة عن الفعل الضار الذي يقع في مصر بوصفه إقليم لتحقق الفعل الموجب للمسؤولية أو على أي التزام عقدي تم تنفيذه فيه أيضاً، فالقواعد الأجنبية المطبقه هنا هي القواعد المقابلة التي يكون من شأن القاضي المختص ليفصل في النزاع المرتبط بالمسؤولية المترتبة عن العمل الضار الذي تحقق في إقليم دولة اجنبية أو أي فعل وقع في إقليم دولة اجنبية أو على كل وفاء بالتزام تم بين مقيم وشخص اخر من دولة اجنبية غير مقيم إذا ما تعلق الأمر بالقواعد المطبقة على رقابة النقد الأجنبي وتداوله داخل إقليم الدولة.

وهذا التطبيق يجعل لقاعدة الاسناد كما يراه انصار هذا المنهج وعلى الغالب الاعم مضمونا يماثل مضمون القواعد الموجودة في قانون القاضي، وهذا ما يفرض أن يكون لتلك القواعد نفس نطاق التطبيق في مسائل القانون الواجب التطبيق، إذ إن تماثل المضمون يوجب بالضرورة تماثل نطاق التطبيق أيضاً [47].

فهذا المعنى المزدوج والخاص لقاعدة الاسناد الذي يمكن الاستعانة به في تحديد نطاق تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري والمباشر تسهم في جعل تلك القواعد تماثل القواعد المقابلة في قانون القاضي رغم كونها ذات صفة اجنبية لانها تماثلها من حيث المضمون وبما انهما متماثلتان مضمون من الاحرى والضروري ان تكون متماثله لها من حيث نطاق التطبيق، بذلك تكون قابلة للتطبيق في دولة القاضي بخصوص نزاع معروض امامه.

2- المنهج المنفرد الجانب لقاعدة الإسناد:

على العكس من المنهج المزدوج لقاعدة الاسناد هناك من يأخذ بفكرة المنهج الأحادي أو المنفرد لتعيين قواعد الاسناد لأجل الاعتداد بالقواعد الامرة في غير قانون القاضي أو القانون المختص بالنزاع، إذ يتم تعيين تلك القاعدة باللجوء لفكرة الاسناد الخاص الذي يرتكز على تطبيق حصري لهذه القواعد [48].

ونميل إلى مجراة هذا المنهج من حيث إن استخدام قاعدة الاسناد مفردة الجانب هو الأقرب للحل المتبع في تعيين القواعد الامرة التي تعد جزءً من القانون المختص في فض النزاع، فمن غير المحبذ القيام بهذا

التحديد عن طريق قواعد اسناد خاصة ذات طبيعة مزدوجة، لأن القواعد الآمرة الأجنبية وضعت أساسا لتحقق هدفاً لازما وعاماً يتجسد في حماية المجمتع في دولة اجنبية وحماية الأسس والمبادئ الاقتصادية والاجتماعية التى يستند إليها [49].

ويستخلص من العرض السابق إن على القاضي عند تقديره للقاعدة الآمرة في القانون غير المختص، والتي تحقق حماية مثلى للعاقد الضعيف، أن يأخذ بالحسبان أثر الحماية الذي توفره هذه القاعدة بالنسبة لمركز الطرف في النزاع المعروض امامه، وبالنتيجة لا يكون بإمكان منح هذه القواعد اثراً ما لم تكن تلك القواعد في اصلها تحمي الطرف الضعيف بدرجة تفوق الحماية الممنوحة له في القانون المختص بموجب قاعدة الاسناد. وتستبعد هذه القواعد إذا كانت الحماية التي توفرها اقل من حماية للعاقد الضعيف في قانون العقد.

الخاتمة:

في خاتمة هذا البحث ندرج جملة من النتائج والمقترحات التي توصلنا إليها من خلال تحليل ما وقع بين أيدينا من تشريعات واراء فقهية واحكام قضائية، أملين ان تشكل جزء من حل في تحقيق الحماية المثلى للعاقد الضعيف في ميدان العلاقة الدولية الخاصة متى ما طبقت قواعد الاسناد أو استبعدت تلك القواعد بسبب قوة وحصانة قواعد النظام العام المطبقة في دولة القاضي المعروض امامه النزاع، ونعرض تباعاً لاهم النتائج والمقترحات: -

أولا: النتائج:

1- اوضحنا أن هناك سلطة تقديرية للقاضي تطبيق واستبعاد قاعدة الاسناد، فيجوز له عدم استبعاد قاعدة الاسناد ابتداءً، بل يكون له سلطة في تصحيح هذه القاعدة اعمالاً لشرط تصحيح قاعدة الاسناد، واستثناءً على مبدأ اعمال وتطبيق قاعدة الاسناد بالقدر الذي يؤدي هذا التصيحيح لتحقيق قدر من الحماية يفوق تلك الحماية التي تضمنتها قاعدة الاسناد قبل التصحيح.

2- تبين لنا ان مجرد القول بتطبيق قواعد النظام العام أو الاخذ بالاحالة لاستبعاد قواعد الاسناد يلزم لتطبيقيه أولاً البحث في طبيعت تلك القواعد المطبقة في دولة القاضي من حيت انها ذات صفه موضوعية في حال الاخذ بالاحالة، وذات صفة أمرة ومطبقة في

دولة القاضي بهذا الوصف، كما يلزم ان تكون بمطبقة بصفتها الآمرة على العلاقات ذات الصفة الوطنية أو الأجنبية على حد سواء، من ثم البحث عن جوهر تلك القواعد فيما تحققه من حماية للعاقد الضعيف تمثل حماية مثلى بالنسبة لتلك الحماية التي توفرها قواعد الاسناد في دولة أخرى.

3- إن تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري والمباشر ليس هو الحل الامث دائماً لحماية الطرف الضعيف وهذا متأتي من ان تلك القواعد وان كانت ذات تاثير في ميدان العلاقات الدولية الخاصة إلا انها تتسم بندرتها وقلة وجودها في النظام القانوني العام والآمر في دولة القاضي، كما انها تكون مقيدة بمدى قدرتها على منح المتعاقد الضعيف حماية اكبر من تلك التي توفرها قواعد الاسناد الأجنبية.

4- ثبتنا أن حماية التوازن العقدي المقصود من تطبيق قواعد الاسناد ينبغي الاخذ به كاساس لتحقيق الحماية المثلى للطرف الضعيف، فلا يمكن حماية طرف يوصف بالضعف على حساب اجحاف حق الطرف الاخر الذي يوصف بالقوة، وإلا لكنا امام اخلال بالتوازن المنشود في العقد، فمن غير المبرر السماح للطرف الضعيف بالاختيار بين القوانين ما يحقق له الحماية وترك باقي القوانين وحرمان الطرف القوي من ذلك الاختيار الزامه بتطبيق قانونه فقط.

5- ثبتنا الأثر البارز للقواعد ذات التطبيق الضروري والمباشر في تحقيق التوازن الأمثل للعلاقات العقدية وإيجاد نوع من الحماية المثلى للعاقد الضعيف، وكان من نتيجة اتباع الدول المعاصرة لمنهج القواعد الضرورة السماح لتك القواعد في التدخل في مجال النشاط الاجتماعي والاقتصادي بالقدر الذي يحقق المصلحة العامة في حماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية، وهو ما يكشف عن ضرورة التخلي عن المنهج الاسنادي في تحديد القانون الواجب التطبيق في بعض العلاقات القانونية التي تحتاج تظيماً خاصاً وقواعد آمرة في العلاقات الوطنية الداخلية، نتيجة لأهمية تلك العلاقات وما تفرزه من مراكز قانونية تؤثر في السياسة التشريعية والاقتصادية والاجتماعية.

6- تلمسنا موقف المشرع العراقي من اعمال القواعد ذات التطبيق الضروري ولم نجد موقفاً له لا مع تطبيقها أو مع عدم تطبيقها، وإذا

كان من مبرر نراه هنا فهو ان المشرع العراقي اعطى للقاضي دور في تحليل وتطبيق القانون بحسب ما تشير إليه قاعدة التنازع في القانون الوطني أو القانون المختص، من ثم البحث في ما لم تشر إليه تلك القواعد في القانون الأقرب لتلك العلاقة وبحسب ما تقضي به مبادئ العدالة متى ما كان لتطبيقها ذات الغاية والهدف الذي يرمي المشرع العراقي لتحقيقه إلا وهو تحقيق التوزازن في العلاقات ذات الطابع الدولي وحماية الطرف الضعيف فيها، سواء تحقق هذا الهدف باعمال قاعدة الاسناد أو القواعد الموصفة بانها ذات تطبيق ضروري وآمر.

ثانياً: المقترحات:

1- ضرورة تدخل المشرع العراقي بالنص على اعمال القواعد ذات التطبيق الضروري والقواعد الآمرة بما لا يخل بالنظام العام وبالقدر الذي يحقق التوازن العقدي وحماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية ذات الصفة الدولية، متى ارتبطت تلك القواعد بموضوع النزاع برابطة عقلانية.

2- تعديل المادة (25) من القانون المدني العراقي بإضافة فقرة ثالثة إليها لتكون بالصيغة الآتية (في حالة الاختيار الصريح أو الضمني يجب ان لا يؤدي هذا الاختيار إلى التفريط بالقواعد الآمرة في الدولة أو في اهدارها إذا ما تبين ان هذا الاختيار يمنح الاختصاص لقانون دولة أخرى ترتكز فيها جميع عناصر العقد لحظة الاختيار أو لها صلة وثيقة بعناصر العقد بما يحقق التوازن العقدي فيه).

3- إعادة النظر بنص المادة (31) من القانون المدني العراقي والعمل على تعديلها بإضافة فقرة ثالثا لها تتبنى فكرة اعمال القواعد الآمرة والقواعد ذات التطبيق الضرري ومنح القاضي السلطة في اعمالها وعلى النحو الآتي (يكون للقاضي العراقي إذا ما تقرر ان قانون دولة اجنبية هو القانون الواجب التطبيق ان يأخذ بنظر الاعتبار اثر تلك القواعد عند تطبيقها في بلد اخر ترتبط به العلاقة العقدية أو احد عناصرها برابطة وثيقة، ويكون للقاضي في سبيل تقرير اثر تلك القواعد سلطة النظر في طبيعتها وموضوعها والنتائج المترتبة على تطبيقها بالقدر الذي يحقق التوازن المنشود في العلاقة العقدية محل النزاع).

الهوامش:

()1 CESAR DUBLER “Les clauses d’ exception en droit international privé” (Genève. 1983), p.152.

2() ينظر د. هشام صادق، عقود التجارة الدولية، (الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية 2007)، ص 811-813.

3() الصادرة بلائحة المفوضية الاوربية رقم (593/2008) عن البرلمان الأوربي والمجلس الأوربي بتاريخ 17/يونيو/2008، والتي اشارت بنص يجيز اللجوء لذلك بفقرتها الرابعة والتي تنص على أنه: (واذا تبين من الظروف بمجموعها ان العقد اكثر ارتباطاً ببلد آخر، فيحكم العقد في هذه الحالة بقانون بلد آخر) بينما كان نص المادة (2/6) من اتفاقية روما بنسختها الأولى لام 1980تنص على:

“nonobstant la disposition. De l’article 4 et à défaut de choix exerce conformément à l’article 3. le contrat de travail est régi.

(a par la loi du pays où le travailleur. en. exécution du contrat. accomplit habituellement son travail, même s’ il est détaché à titre temporaire dans un autre pays, Ou:

(b Si le travailleur n’accomplit pas habituellement son travail dans un même pays, par la loi du pays où se trouve l’établissement qui a embauché le travailleur à moins qu’il ne resulte de l’ensemble des circonstance que le contrat de travail présente des liens plus étroits avec un autre pays auquel cas la loi de cet autre pays est applicable.

وينظر بالمقابل نص المادة (15) من القانون السويسري والتي بينت مثالاً لاحد شروط الاسناد ذات المضمون العام، عندما منحت القاضي جواز الامتناع عن تطبيق القانون الذي تشير إليه قاعدة الاسناد إذا تبين من ظروف القانون المحدد بقاعدة الاسناد عدم وجود رابطة تربطه بالنزاع المعروض سوى رابطة ضعيفة وان هناك قانون اخر أكثر صلة ووثوقاً بالنزاع، ينظر عوني محمد الفخري، اتفاقية روما لسنة 1980 بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، (بغداد، مكتبة صباح 2007)، ص 42. كما مبين في النص السويسري:

((Le droit désigné par La présente loi n’est exceptionnellement pas applicable si au regard de l’ensenble des circonstances il est manifeste que la cause n’a qu’un lien très lâche avec ce droit et qu’elle se trouve dans une relation beaucoup plus étroite avec un autre droit))

4() وهذا النص مطابق تماما لنص المادة (2/6) من اتفاقية روما لعام 1980، وبهذا الاتجاه قضت محكمة النقض الفرنسية بأن الأجير الفرنسي المتعاقد مع شركة أجنبية وان كان يخضع لصلاحية قضاء هذه الدولة و لو كان متعاقدا مع فرع في فرنسا فان ذلك لا يعني تنازله عن صلاحية القضاء الوطني المختص، لأنه يقتضي ان لا تكون من نتائج هذا الإختيار حرّمان الطرف الضعيف في العقد من الحماية التي تؤمنها له النصوص الآمرة في الدولة التي يكون فيها سكنه الاعتيادي وذلك كي لا يستغل الطرف الأقوى في العقد وهو صاحب العمل الطرف الأضعف اي الأجير ليفرض على هذا الأخير من ضمن بنود عقد العمل القانون الذي يناسبه، Cass.soc, 2 juin 1983, bull.civ, n 301، مشار إليه لدى د. ربى الحيدري، تنازع القوانين في عقد العمل الدولي، بحث منشور على الرابط:
http://77.42.251.205/researchesView.aspx?opt&RullD=24&TYPE=PRIN T. تمت الزيارة بتاريخ 2021/2/28، س 18:25م، مكة المكرمة.

5() فعلى سبيل المثال اتفاق طرفان على اخضاع عقد العمل المبرم بينهما للقانون "أ" وهو قانون مركز الإدارة القانوني للمشروع الذى تعاقد مع العامل، عندما ثار النزاع تبين أن القانون "ب" وهو قانون محل إبرام العقد يرتبط بالعقد بأكثر الروابط وثوقًا (لأنه أيضا قانون محل إقامة العامل وقانون مركز الإدارة الفعلي للمشروع)، في حين أن قانون محل تنفيذ العمل لا يرتبط بالعقد إلا برابطة ضعيفة. ولما كانت اتفاقية روما – بخصوص القانون الواجب التطبيق على الالتزامات العقدية – تعلق صحة اختيار الأطراف لقانون العقد على عدم المساس بالنصوص الآمرة في قانون محل تنفيذ عقد العمل "أ". ولما كان هذا القانون قد استبعد إعمالا لشرط تصحيح الإسناد الوارد في عجز المادة السادسة وحل محله القانون "ب" قانون محل إبرام العقد، فإن القانون الذى تتقيد إرادة الأطراف بعدم المساس بقواعده الآمرة يصبح هو القانون "ب"، ينظر: CESAR DUBLER “Les clauses d’ exception en droit. Op. cit. p. 156.

6() ينظر: BERNARD AUDIT :” Le caractère fonctionel de la règle de conflit” Rec. des Cours. T 180 (1984), p.326.

7() ينظر د. احمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع –اصولاً ومنهجاً-، (المنصورة: مكتبة الجلاء 1996) ط1، ، ص 452-454.

8() ينظر: د. حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول المبادئ العام في تنازع القوانين، (بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية 2013، ص 155-157.

9() ينظر: د. هشام خالد، القانون الدولي الخاص، (الإسكندرية: دار الفكر الجامعي 2014)، ص 578. وكذلك د. حفيظة الحداد، المرجع السابق. ص 158.
وايضاً: BERNARD AUDIT: op. cit, p.327.

10() ينظر: عمر صدقي محمود، تحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع في المنازعات الناشئة عن تلويث البيئة وفق منهج القواعد ذات التطبيق الضروري، مجلة الدراسات القانونية 2018، كلية الحقوق جامعة أسيوط، العدد (42) الجزء (3)، ص 340-342.

11() ينظر المادة (2/48) من قانون التجارة العراقي رقم 30-لسنة 1984 والتي نصت على أنه: "يرجع في تحديد أهلية الالتزام بمقتضى الحوالة التجارية إلى قانون الدولة التي ينتمي إليها الملتزم بجنسيته، فإذا أحال هذا القانون إلى قانون دولة أخرى كانت القواعد الموضوعية في قانون تلك الدولة واجبة التطبيق".

12() ينظر في هذا المعنى: ينظر: د. هشام خالد، المرجع السابق، ص 708. ود. احمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع، المرجع السابق، ص 594 -197.

13() ينظر: استاذنا د. عصام الدين القصبي، القانون الدولي الخاص، (المنصورة: مطبعة جامعة المنصورة 2008-2009)، ص 178.

14() ينظر: د. حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 292-295.

15() ينظر: حكم محكمة النقض الإيطالية رقم 5156، الصادر في 6 سبتمبر سنة 1980م في قضية:Grunig Marmorindustrie Sudtirolc. Kroh. منشور في مجلة القانون الدولي الخاص وقانون المرافعات RDIPP سنة 1981م، ص 923، ومنشور أيضا في المجلة الايطالية لقانون العمل، سنة 1983م، ص 42.

16() ينظر المادة (32) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 منشور بالوقائع العراقية عدد (3015) بتاريخ 1951/9/8، والتي نصت على انه: "لا يجوز تطبيق احكام قانون اجنبي قررته النصوص السابقة إذا كانت هذه الاحكام مخالفة للنظام العام والآداب في العراق".

17() ينظر د. هشام خالد، المرجع السابق، ص 710. وكذلك عوني محمد الفخري، اتفاقية روما لسنة 1980، المرجع السابق، ص56.

18() ينظر: استاذنا د. عبد المنعم زمزم، عقود الفرنشيز بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، (القاهرة: دار النهضة العربية 2001)، ص 204.

19() د. بدران شكيب، عقود المستهلك في القانون الدولي الخاص –دراسة مقارنة-، (القاهرة: دار الكتب القانونية 2011)، ص325 وما بعدها.

20() ينظر: عوني الفخري، المرجع السابق، ص 30 وما بعدها.

21() ينظر المشروع التمهيدي للاتفاقية الخاصة بعقود البيع للمستهلكين، التي أعدها مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص في فصل انعقاده الرابع عشر، ويكفل هذا المشروع أيضًا حماية المستهلك عن طريق عقد الاختصاص لقانون محل إقامة المستهلك وقت الطلب – وهو القانون الذى يفترض إلمامه به – لحكم المسائل الخاصة بوجود وصحة وشكل رضاء الأطراف بالنسبة لاختيار قانون العقد ينظر المادة (3/6) منه، وعلى نفس المنوال سار مشروع الاتفاقية الأوربية لسنة 1972 بخصوص القانون الواجب التطبيق على عقود العمل التي يجرى تنفيذها داخل دول الجماعة الاقتصادية الأوربية، وكذلك المشروع المعدل لسنة 1976.

22() ينظر في هذا المعنى:

JACQUET: “principe d’autonomie et contrats internationaux” (paris. Economica. 1983), no, 428. p 281.

23() ينظر المادة (1/2) من مشروع الاتفاقية المشار إليها أعلاه.

24() حيث قضت محكمة التمييز الفرنسية: "بأنه عند غياب القانون الواجب التطبيق من قبل فريقي العقد يعود للقاضي الناظر بالنزاع ان يحدد القانون الواجب التطبيق على علاقة العمل من خلال مجموعة صلات واسعة مع قانون دولة النزاع. ومن العناصر ذات الاتصال المباشر مع القانون الواجب التطبيق والدالة عليه في عقد العمل يؤخذ مثلا بنوع العملة التي تحدد بها الأجر" (cass.soc, 14 mars 2006, JCP, E 2006, P 2081, Note Del.Sol : « En l'absence d'élection de loi par les parties au contrat de travail il appartient au juge de designer la législation applicable à la résultat de travail en raison de l'existence de liens étroits avec un pays en l'espèce ». او وفقا لأي نظام قانوني انتسب الأجير الى الضمان الاجتماعي cass.soc, 28 oct 1997, bull.civ, V, n 337, Dr soc 1998, P186, note Moreau، او نظام البطالة والتقديمات الاجتماعية او مكان ابرام العقد cass.soc, 31 mars 1978, bull.civ, V, n 259، ينظر: د. ربى الحيدري، المرجع السابق.

25() ينظر: د. هشام صادق، المرجع السابق، ص825. وكذلك استاذنا د. عبد المنعم زمزم، المرجع السابق، ص 205.

26() وبهذا الاتجاه قضت محكمة التمييز الفرنسية بأن محكمة الاستئناف لم تخالف قانون البوليس او القانون الذات التطبيق الفوري (قانون العمل) عندما قررت ان القانون السويدي هو الواجب التطبيق وفقا لما اتجهت اليه نية الفريقين، ينظر: cass.soc, 29 mai 1991, bull.civ, n 270، وكذلك الاتجاه الذي تبناه احدى القرارات الصادرة عن مجلس العمل التحكيمي في جبل لبنان (الذي أخذ بتطبيق القانون اللبناني الأفضل لمصلحة الأجير بدلا من قانون مكان ابرام وتنفيذ العقد حيث قضى بأنه وان صح في الدعوى ان المحاكم السعودية صالحة للبت بالنزاع لأنها محكمة محل ابرام وتنفيذ العقد الا ان هذه الصلاحية لا تحجب صلاحية المحاكم اللبنانيّة طالما ان الفريقين لبنانيان ومقيمان في لبنان ولا يعقل ان يطلب من عامل لبناني مقيم في لبنان اقامة دعوى في السعودية بوجه لبناني آخر مقيم في لبنان بتاريخ اقامة هذه الدعوى والا ادى ذلك نظرا لإمكانيات المدعي المادية ووضعه الاجتماعي الى استحالة في التنفيذ وتمنع عن احقاق الحق ينظر: قرار رقم 176 تاريخ 1998/7/14، مشار إليه لدى د. ربى الحيدري، المرجع السابق.

27() ينظر:

MOREAL-BOURLES: "l'évolution recente de la jurisprudence dans le domaine de l'expatriation des salaries" (Dr soc. 1986), pp. 23 ss. Sp 30.

28() ينظر في ذلك: G. Lyon Caen: "j pelissier Grands arrets du droit du travail" (Sirey. 1980), no, 33 et 5. وكذلك: ينظر MOREAU-BOURLES: "l'évolution…" op cit p 30. وكذلك: COTTEREAU: "rapport de travail et le droit international privé" (D.P.C.I, 1988), no 18, et s. p. 27.

29() ينظر: BUCHERI: "sur les règles de rattachement à caractère substantiel" in libre Nmicorun A F Schnitzer (Genève, 1979), p. 45.

لأنه في غياب مثل هذا التدرج للقيم سيؤدى تحديد القانون الأصلح بطريقة احتمالية إلى عقد الاختصاص غالبا لقانون القاضي بحكم تأثر القاضي بمفهوم الدالة في قانونه.

30() ينظر في هذا المعنى: د. حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 125-130. وكذلك BUCHERI: Op. cit, p. 50.

31() ينظر: د. هشام صادق، المرجع السابق، ص929.

32() ينظر: استاذنا د. عصاد الدين القصبي، المرجع السابق، ص 80. وكذلك: COTTEREAU: Op. cit, no 18, et s. p. 30.

33() ينظر: Heuze (V.): "La réglementation française des contrats internationaux. Etude critique des methods". (Joly editions, Parution, 1990), P.178.

34() ينظر أستاذنا د. عصام الدين القصبي، المرجع السابق، ص 84-85.

35() نتجنب البحث هنا موضوعات التأمينات الاجتماعية الخاصة بالعمال والحقوق المترتبة عليها لأن القواعد المقررة لهذه الحقوق تندرج في ميدان القانون العام لحد كبير. ينظر في ذلك بوجه عام: د. أحمد عبد الكريم سلامة "التأمينات الاجتماعية عبر الحدود – القاهرة – دار النهضة العربية 1989م.

36() ينظر أستاذنا د. عصام الدين القصبي، المرجع السابق، ص 83.

37() ينظر في هذا المعنى:

POCAR, "Norne di applieazione necessaria e contlittti de leggi in tema di rappotti di larvoro," (R.D.I.P.P. 1967), pp 740 ss.

38() ينظر د. بدران شكيب، المرجع السابق، ص 312.

39() ينظر د. أحمد عبد الكريم سلامه، القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام في القانون الدولي الخاص - دراسة تحليلية تطبيقية -، (القاهرة: دار النهضة العربية 1985)، ص 201.

40() ما يدعم هذا الموقف هو ما نصت عليه المادة (L-132-1) من قانون الاستهلاك الفرنسي رقم (95 -96) الصادر في الأول من شباط 1995 والمعدل لعام 2004 والتي جاء فيها "دون مراعاة كل اشتراط مخالف فإن نصوص المادة (L-132-1) تكون واجبة التطبيق عندما يكون القانون الذي يحكم العقد هو قانون دولة لا تنتمي إلى المجموعة الأوربية، ويكون للمستهلك أو غير المهني موطن على إقليم إحدى الدول الأعضاء في المجموعة الأوربية وكان العقد قد عرض، أو قُبل أو نفذ على هذا الاقليم" ينظر د. بدران شكيب، المرجع السابق، ص 312-314.

41() ينظر هذا المعنى:

LAGARDE: "le dépeçage dans le droit international privé des contrats". (RDIPP. 1975), p. 676.

42() ينظر: عمر صدقي محمود، المرجع السابق، ص 345.

43() ينظر: د. هشام صادق، المرجع السابق، ص 972. Heuze (V.): Op. cit, P.179.

44() ينظر: د. بدران شكيب، المرجع السابق، ص 330 وما بعدها. وكذلك ينظر:
GOTHOT: "Le renouveau de la tendance unilateraliste en droit international privé" (Rev Crit 1971). pp 1 ss. 209. 417.
وبالتحديد الإشارة لحكم محكمة النقض الهولندية الصادر في 13 مايو 1966 والذي قضى بأنه "قد يحدث بالنسبة لدولة أجنبية، أن يكون مراعاة بعض قواعدها، حتى خارج إقليمها، ذا أهمية، بحيث يجب على القاضي الهولندي أن يأخذها في الاعتبار، بل ويطبقها بالأفضلية على قانون دول أخرى يكون قد اختاره الأطراف ليحكم عقدهم"
45() ينظر: د. هشام صادق، المرجع السابق، ص962.
46() ينظر:
DEBY-GERARD: "Le role de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux" (Paris Dalloz. 1973) no 64, p.48.
47() ينظر: د. احمد عبد الكريم سلامه، القواعد ذات التطبيق الضروري، المرجع السابق، ص 95 - 96. وكذلك عوني الفخري، المرجع السابق، ص 77-79.
48() ينظر: GOTHOT: Op. cit. pp 1 ss. 210 ss. 419 ss.
49() ينظر: عمر صدقي محمود، المرجع السابق، ص 347. وكذلك
DEBY-GERARD: Op. cit. no 64, p.48.

المراجع

أولاً: الكتب باللغة الغربية:

1- د. احمد عبد الكريم سلامة، (1996)، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع –اصولاً ومنهجاً-، المنصورة، مكتبة الجلاء ط1، مصر.
2- -----، (1989)، "التأمينات الاجتماعية عبر الحدود، دار النهضة العربية، القاهرة.
3- ------، (1985) القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام في القانون الدولي الخاص - دراسة تحليلية تطبيقية-، دار النهضة العربية، القاهرة.
4- د. بدران شكيب، (2011)، عقود المستهلك في القانون الدولي الخاص –دراسة مقارنة-، دار الكتب القانونية، القاهرة.
5- د. حفيظة السيد الحداد، (2013)، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول المبادئ العام في تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت.

6- د. عبد المنعم زمزم، (2001)، عقود الفرنشيز بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة.
7- د. عصام الدين القصبي، (2009-2008)، القانون الدولي الخاص، مطبعة جامعة المنصورة.
8- عوني محمد الفخري، (2007) اتفاقية روما لسنة 1980 بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، مكتبة صباح، بغداد.
9- د. هشام خالد، (2014) القانون الدولي الخاص، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية.
10- د. هشام صادق، (2007) عقود التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية.

ثانياً: الأبحاث المنشورة

1- عمر صدقي محمود، تحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع في المنازعات الناشئة عن تلويث البيئة وفق منهج القواعد ذات التطبيق الضروري، مجلة الدراسات القانونية لعام 2018، كلية الحقوق جامعة أسيوط، العدد (42) الجزء (3).
2- د. ربى الحيدري، تنازع القوانين في عقد العمل الدولي، بحث منشور على الرابط الالكتروني:
http://77.42.251.205/researchesView.aspx?opt&RulID=24&TYPE=PRINT

ثالثاً: الكتب الأجنبية:

1- BERNARD AUDIT :" Le caractère fonctionel de la règle de conflit" Rec. des Cours. T 180 (1984).
2- BUCHERI: "sur les règles de rattachement à caractère substantiel" in libre Nmicorun A F Schnitzer, (Genève, 1979).
3- CESAR DUBLER "Les clauses d' exception en droit international privé" Genève. 1983.
4- COTTEREAU: "rapport de travail et le droit international privé" (D.P.C.I, 1988).

DEBY-GERARD: “Le role de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux” (Paris Dalloz. 1973). -5

G. Lyon Caen: “j pelissier Grands arrets du droit du travail” (Sirey. 1980). -6

GOTHOT: “Le renouveau de la tendance unilateraliste en droit international privé” Rev Crit 1971. -7

Heuze (V.): “La réglementation française des contrats internationaux. Etude critique des methods”. Joly editions, (Parution, 1990). -8

JACQUET: “principe d’autonomie et contrats internationaux” (paris. Economica. 1983). -9

LAGARDE: “le dépeçage dans le droit international privé des contrats”. (RDIPP. 1975). -10

MOREAL-BOURLES: “l’évolution recente de la jurisprudence dans le domaine de l’expatriation des salaries” (Dr soc. 1986). -11

POCAR, “Norne di applieazione necessaria e contlittti de leggi in tema di rappotti di larvoro,” (R.D.I.P.P. 1967). -12

رابعاً: الاحكام القضائية:

Cass.soc, 14 mars 2006, JCP, E 2006, P 2081, Note Del. -13

Cass.soc, 28 oct 1997, bull.civ, V, n 337, Dr soc 1998, P186, note Moreau. -14

Cass.soc, 31 mars 1978, bull.civ, V, n 259. -15