

تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الخدمات الحديثة

Determining the applicable law on service contracts modern

الكلمات الافتتاحية : القانون الواجب التطبيق، عقود الخدمات الحديثة.

Key words: the applicable law , service contracts modern

Abstract

International service contracts are of great importance in the field of modern international contracts and constitute a large proportion of the world trade. Therefore, determining the law applicable to them is an important and vital subject required by the practical side, and since the service contracts are international contracts, it offers more than one officer to determine the applicable law, Like other international contracts, service contracts are subject to fundamental controls in determining the applicable law of the law of will, which is the choice of the will of the parties. This choice may be explicit if the parties expressly express their will in the contract or through circumstances. It is possible to derive the implicit will through which, in the absence of an explicit or implicit agreement, we are in the process of determining the applicable law in accordance with the rules of rigid attribution, which is the law of the common domicile of contractors or the law of the country of conclusion or country of execution, and goes another direction to the non-introduction of rigid attribution controls on the contractual relationship International services, where it sees in the rules of flexible attribution is not achieved through which is the application of the most appropriate law rule of the contract, and we have what is known as the rules of flexible attribution, which is taken into account the circumstances of each contract individually and the application of the most appropriate law according Zerah featured performance.

أ.د. أحمد حسين الفتلاوي



نبذة عن الباحث :
استاذ القانون الدولي
تدريسي في كلية
القانون جامعة الكوفة.

كرار عبود محمد



نبذة عن الباحث :
طالب ماجستير.

تاريخ استلام البحث :
٢٠١٩/٠٨/٢٨
تاريخ قبول النشر :
٢٠١٩/٠٩/١٦

الملخص

تمثل عقود الخدمات الدولية أهمية بارزة في مجال العقود الدولية الحديثة وتشكل نسبة كبيرة من التجارة العالمية وعليه يعتبر تحديد القانون الواجب التطبيق عليها من الموضوعات المهمة والحيوية التي تقتضيها الجانب العملي. ولما كانت عقود الخدمات هي عقود دولية فعليه يعرض أكثر من ضابط لتحديد القانون الواجب التطبيق. وكسائر العقود الدولية تخضع عقود الخدمات لضوابط أساسية في تحديد القانون الواجب التطبيق والتمثل في قانون الإرادة وهو القانون التي تتجه لاختياره إرادة الأطراف وهذا الاختيار قد يكون صريحاً بان يبين الأطراف ارادتهم صراحة في العقد او من خلال ظروف يمكن استخلاص الإرادة الضمنية من خلالها. وفي حالة عدم الاتفاق الصريح او الضمني نكون بصدد تحديد القانون الواجب التطبيق وفق قواعد الاسناد الجامدة والتمثلة في قانون الموطن المشترك للمتعاقدين او قانون بلد الابرام او بلد التنفيذ. ويذهب اتجاه اخر الى عدم الاخذ بضوابط الاسناد الجامدة على العلاقة التعاقدية الدولية للخدمات اذ يرى في قواعد الاسناد المرن عدم تحقق المطلوب من خلالها وهو تطبيق القانون الأنسب الحكم العقد. وتظهر لدينا ما تعرف بضوابط الاسناد المرنة والتي يتم فيها الاخذ بعين الاعتبار ظروف كل عقد على منفردا عن غيره وتطبيق القانون الأنسب وفق نظرية الأداء المميز.

مقدمة

أولاً: - اصل الدراسة: ان التشريعات لا تلزم بالضرورة بتطبيق القانون الوطني في جميع الاحوال إذ صبح من المبادئ القانونية المستقرة جواز تطبيق القانون الأجنبي على العلاقات القانونية المشوبة بعنصر اجنبي. ضمن الأطر القانونية التي توجب الاخذ بهذا القانون. وعليه فان العلاقات القانونية التعاقدية التي تكون احد عناصرها اجنبي تدخل ضمن نطاق تنازع القوانين للبحث عن القانون الأنسب لحكم العلاقة التعاقدية. ومن العلاقات التعاقدية التي تغلب عليها الصفة الدولية هي عقود الخدمات هذا النوع من العلاقات التعاقدية الذي ظهر في ضل تطور الحياة المعاصرة وتنوع احتياجات المجتمع الذي يسعى الى اشباع هذه الحاجات من خلال الحصول على الخدمات المتنوعة في شتى المجالات من خدمات مادية ومعنوية وشخصية التي يقدمها مزود الخدمة مقابل أداء مادي يلتزم به متلقي الخدمة. ولتنوع الاحتياجات المجتمعية والتطور في مجال النقل والاتصال بين العالم فان تقديم الخدمات بات اليوم نطاق عالمي لا يمكن ان يحدد في إقليم دولة معينه الامر الذي تزداد معه الحاجة الى تحديد القانون الواجب التطبيق على هذا النوع من العلاقات القانونية.

إن الأهمية التي يشغلها قطاع الخدمات في الحياة الاقتصادية للدول جعلها تنظم هذا النوع من العلاقات من خلال تشريعاتها الداخلية او من خلال المعاهدات والمواثيق الدولية.

ثانياً: - مشكلة البحث: تتمحور مشكلة البحث في تحديد الاختصاص التشريعي من خلال بيان القانون الواجب التطبيق على عقود الخدمات الدولية. حيث ان شيوع التعامل في قطاع الخدمات وابرام العلاقات التعاقدية المختلفة على النطاق الدولي يكون

مصحوبا بمشاكل قانونية قد تعجز القواعد التقليدية من إيجاد حل لها ويتعذر الوصول الى القانون الأكثر ملائمة لحكم العلاقة التعاقدية. وتبرز هذه المشاكل في حال غياب الاتفاق الصريح من قبل اطراف العقد على تحديد القانون الواجب التطبيق فنكون بصدد مشكلة اختيار القانون الأنسب لحكم العقد. اضافة الى ذلك تحديد مدى حرية اطراف العقد في اختيار القانون الواجب التطبيق. وما يعتبر من ظروف التعاقد التي يمكن ان يلتمس منها القضاء الإرادة الضمنية لأطراف العقد. وفي حالة تعذر الوصول الى الإرادة الضمنية مع غياب الاتفاق الصريح فهل يكون قانون الموطن المشترك الأطراف هو الأنسب لحكم العلاقة التعاقدية. وفي حالة اختلاف الموطن للمتعاقدين والضرورة الى قانون بلد الإبرام تواجهه مشكلة أخرى عندما يكون التعاقد بين غائبين. وعليه سنبين في هذا البحث وفق ما سبق مدى ملائمة القواعد القانونية التقليدية في حل مشكلة تنازع القوانين لتحديد الاختصاص التشريعي في عقود الخدمات.

ثالثاً: - الأسئلة البحثية

- ١- ما هو القانون الواجب التطبيق على عقود الخدمات؟
 - ٢- ما هي القواعد القانونية التي تحكم تنازع القوانين؟
 - ٣- ما هي القواعد الأنسب لحل مشكلة تنازع القوانين في عقود الخدمات؟
- رابعاً: - الأهداف البحثية

- ١- الوصول الى القانون الأنسب لحكم العلاقة التعاقدية في عقود الخدمات
- ٢- بيان ضوابط الاسناد واياها الأنسب لحل تنازع القوانين في عقود الخدمات .

خامساً: - نطاق البحث : يتضمن البحث مشكلة تنازع القوانين في نطاق العلاقات التعاقدية الموصوفة بالصفة الدولة الخاصة وعليه سنتطرق الى الحلول التشريعية في القانون العراقي والقوانين المقارنة وما جرى عليه العرف الدولي في حل هذا النوع من المشاكل. كما سنتناول آراء الفقهاء في هذا الشأن. بحيث يكون طرح مشكلة تنازع القوانين في عقود الخدمات والسبل التي يمكن من خلالها تحديد القانون الواجب التطبيق في التشريع العراقي ثم نبين مدى ملائمة القواعد التشريعية لحل مشكلة تنازع القوانين في عقود الخدمات.

سادساً: - منهجية البحث: لغرض دراسة الموضوع وبيان الحلول المناسبة لتنازع القوانين في عقود الخدمات سنتبع في دراستنا المنهج الاستقرائي والمنهج التحليلي. حيث سنقوم باستقراء اهم الحلول التشريعية في هذا الجانب سواء ما تعلق منها بالتشريع العراقي او التشريعات المقارنة والمعاهدات . والنظريات والآراء الفقهية. ثم تحليل هذه النصوص للوصول الى ما نراه الأنسب لحكم العلاقة التعاقدية في عقود الخدمات.

سابعاً: - هيكلية البحث: لغرض الامام بالموضوع سنقسم البحث في الى مبحثين نتناول في الأول للتحديد الاتفاقي للقانون الواجب التطبيق على عقود الخدمات ونكشف في الثاني التحديد لقضائي للقانون الواجب التطبيق على عقود الخدمات.

تمهيد وتقسيم: -

إنَّ تحديد المحكمة المختصة بالنظر في الدعوى بالنسبة للعلاقات القانونية المتصفة بالصفة الدولية تثير إلى مسألة أكثر عمقاً ودقةً وهي تحديد النظام القانوني الذي يحكم هذه العلاقة أو ما يسمى بالقانون الواجب التطبيق من يوم رفع الدعوى مروراً بجميع مراحل التقاضي وصولاً إلى إصدار الحكم النهائي البات في هذه الدعوى^(١) ومن المعلوم بهذا الصدد إنَّ كل دولة ترغب بتطبيق قانونها حرصاً منها على حفظ مصالح رعاياها. ولما كانت العلاقة الدولية الخاصة مشوبة بعنصر أجنبي لذلك لابد من وجود حل توفيقي بين المصالح المتعارضة ويكمن الحل في الاعتماد على ضوابط معينة يمكن من خلالها تحديد القانون الواجب التطبيق. وبذلك وجد منهج تنازع القوانين. والذي يعتمد في تحديده للقانون الواجب التطبيق على أسس موضوعية تعمل على إسناد العلاقات القانونية إلى القانون الأنسب لحكم العلاقة وتعتمد هذه الأسس في قيامها على عدة اعتبارات أهمها تركيز الأشخاص والمنشآت في إقليم الدولة. والملاحظ هنا إنَّ هذه الأسس قد لا تقود في جميع الأحوال إلى تحديد القانون الأنسب لحكم العلاقات الدولية الخاصة وعليه لا تكون ملائمة للانطباق عليه دائماً ومن بين هذه العلاقات هي عقود الخدمات التي يثار فيها مشكلة تحديد القانون الأنسب لحكم العلاقة التعاقدية أو قد تتعارض قاعدة الإسناد أو القواعد الموضوعية لحل النزاع مع طبيعة هذه العقود خصوصاً فيما يتعلق بمجال عقود خدمات المعلومات. وفي هذا المقام نتساءل: هل تصلح مناهج القانون الدولي الخاص التقليدية لتحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الخدمات؟

وللإجابة عن هذا السؤال سوف يقسم بحثنا على مبحثين وكما يلي: -
نتعرض في أولهما للتحديد الإتفاقي للقانون الواجب التطبيق على عقود الخدمات ونكشف في الثاني عن التحديد القضائي للقانون الواجب التطبيق على عقود الخدمات.
المبحث الأول: التحديد الإتفاقي للقانون الواجب التطبيق على عقود الخدمات
إنَّ غالبية التشريعات الحديثة اليوم إلى الاعتراف بإرادة الإختيار كضابط إسناد بالدرجة الأساس في العقود المتصفة بالصفة الدولية الخاصة^(٢).

ويقودنا هذا التوجه إلى التساؤل هل إنَّ العمل بقاعدة الإختيار الإتفاقي يسري على جميع العقود ومن بينها عقود الخدمات أم إنَّ هناك أحول يستثنى فيها تطبيق هذا المبدأ لأسباب راجعة لطبيعة العقد الخاصة أو إلى ظروف التعاقد؟
ويهدف الإجابة عن هذا التساؤل سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين نناقش في الأول نشأة قانون الإرادة وتطوره وعلاقته بعقود الخدمات ثم نتناول في المطلب الثاني كيفية إختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق.

المطلب الأول: مبدأ قانون الإرادة في عقود الخدمات

إنَّ هذا المطلب يتناول المقصود بمبدأ قانون الإرادة بشكل عام من خلال البحث في نشأة قانون الإرادة والاساس الفقهي الذي يستند إليه ثم نعقب الكلام في موقف التشريعات

المختلفة والإتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية من هذا المبدأ في الفرع الأول وخصص الفرع الثاني للحديث عن تطبيق قانون الإرادة على عقود الخدمات .

الفرع الأول: مبدأ قانون الإرادة بشكل عام

إنّ مسألة تحديد أصل تاريخي معين لنشوء قاعدة خضوع الجوانب الموضوعية في العقد لقانون الإرادة بشكل محدد ودقيق أو محصور في فترة زمنية معينة، وذلك لأنّ هذه القاعدة لم تصل إلى ما هي عليه الآن إلا بعد المرور بعدة مراحل، ويرجع تاريخ تطور هذه القاعدة إلى عدة قرون منذ فقه المدرسة الإيطالية^(٣).

فقد كانت مشكلة تنازع القوانين في نطاق التصرفات القانونية ذات أهمية بالغة إنّ لم تكن أهم مشكلة في مجال تنازع القوانين وذلك لإزدهار التجارة بين مدن الشمال الإيطالي، إلا إنّ الفكر آنذاك كان ينظر إلى التصرفات القانونية على أنها من المسائل الداخلية وبالتالي استبعاد تطبيق قانون اجنبي على هذه التصرفات ويبرر هذا الاستبعاد فيما يوفره القانون الداخلي أو قانون بلد الإبرام من مزايا نظراً لقربه من المتعاقدين وإمكانية اللام بأحكامه، وعليه فقد اتجه الفقه في هذه المرحلة إلى إعتبار قانون بلد الإبرام هو القانون الأنسب لحكم التصرفات القانونية ويساند هذا الرأي الاتجاه التشريعي إنّ ذلك دون التمييز بين شكل العقد أو موضوعه فكان يتم إخضاع العقد لقانون محل الإبرام بشكله وموضوعه^(٤).

وفي نهاية القرن السادس عشر قام الفقيه الإيطالي كورتبوس (curtius) بتفسير قاعدة خضوع العقد لقانون مكان انعقاده على أساس إنّ إختيار محل الإبرام بمثابة تعبير ضمنى عن إرادة الأطراف في إختيار قانون هذا المكان ليحكم العقد، وتعتبر هذه النظرية وفق ما نرى البادرة الأولى لإعطاء أهمية لإرادة الأطراف في إختيار القانون الذي يحكم التعاقد، وإنّ لم تأت هذه النظرية بتصور آخر لإرادة ضمنية مختلفة أو حتى إرادة صريحة حيث كان القانون يمنع ذلك إلا إنّ هذا الفقيه استشعر أهمية الإرادة في إختيار قانون العقد مع رواج فكرة إقليمية القانون حينها^(٥).

ويرى رأي إنّ هذه النظرية لا تعدو كونها جاءت تبرير لاحق لإسناد سابق يتسم بالجمود ولا مجال فيه للتأويل^(٦).

وفي مطلع القرن الخامس عشر وضع الفقيه الفرنسي ديمولنّ نظرية متكاملة حول إخضاع العقود لقانون الإرادة ويعتبر هذا الفقيه الفرنسي صاحب الفضل في ابتداء هذه النظرية، فقد ميز ديمولنّ بين شكل التصرف وموضوع العقد واخضع شكل التصرف لقانون بلد الإبرام في حين اتجه إلى إنّ الأنسب لحكم موضوع العقد هو قانون الإرادة انطلاقاً من كون العقد وموضوعه مصدره إرادة الأطراف فإنّ هذه الإرادة هي الأقرب إلى موضوع العقد والقادرة على إختيار القانون الذي تكون أحكامه مناسبة لحكم العلاقة^(٧).

وبهذه النظرية فإنّ ديمولنّ قد أخرج العقد من نطاق الإقليمية وسيادة القانون الداخلي منطلقاً من كون الإرادة لها الدور البارز في العقد، فهي التي توجد العقد فالإرادة هي مصدر العقد لا القانون، وعليه تكون هي الأقدر على تحديد القانون الأنسب لحكم العقد.

أي إن يطبق القانون الذي يتفق عليه الطرفان. وبالتالي فإن العقد ينتج أثره حتى خارج محل إبرامه مادام العقد وليد الإرادة فإنه لا يبقى حبيس في نطاق الإقليم الداخلي بل يتعداه ويسري إلى أبعد مما يسري إليها القانون الذي يحدد في الإقليم الداخلي^(٨) وفي فترة من الزمن لم تعد نظرية ديمولان كما كانت عليه من شهرة واسعة في مجال تنازع القوانين. إلا إن الفكر الخلاق في هذه النظرية عاد للبروز من جديد من خلال بعض الفقهاء المحدثين في نهاية القرن التاسع عشر ومع مطلع القرن العشرين. أبرز هؤلاء الفقهاء الفقيهان سافيني ومانشيني. وقد ساعدهم في إحياء هذه النظرية واعادتها إلى أهميتها السابقة الوضع الإقتصادي من خلال ازدهار النظرية الرأسمالية والليبرالية، وشيوع نظرية الحرية الفردية، وترسيخ قانون الإرادة. على اعتبار إن هذه النظرية تمثل جاح النظام سواء على المستوى الداخلي أو العابر للحدود^(٩).

ومنذ ذلك الحين وإلى وقتنا الحاضر فإن الفقه والتشريعات المختلفة استقرت على الأخذ بقانون الإرادة على إعتباره الأنسب لحكم العلاقات التعاقدية في جانبها الموضوعي فأصبح الأفراد أحرار في إختيار القانون الذي يحكم العلاقة التعاقدية^(١٠) وعلى الرغم من كون الفقه قد استقر على كون قانون الإرادة هو الذي يحكم الجانب الموضوعي في العقد إلا أنه قد اختلف حول الأساس القانوني الذي يقوم عليه هذا الإختيار.

فقد ذهب اتجاه إلى إعتبار الإرادة كياناً مستقلاً قائماً بذاته^(١١) حيث إن الإرادة وفقاً لهذا التوجه تكون سلطة جُذ ذاتها ولا يمكن للقضاء فرض رقابته عليها و ذلك لأن إرادة الأطراف تكون كبنء في التعاقد يجب على القاضي احترامه. وبهذا الوصف يكون قانون الإرادة قد اندمج في الكيان القانوني للعقد وأصبحت قواعد كبنوء فيه وليس على أساس كونها نظاماً قانونياً يحكم جميع مسائل العقد^(١٢). وإن هذا الاتجاه تعرض لانتقاد شديد من جانب الفقه نوجزها بما يلي: -

إن كان أطراف العلاقة التعاقدية يحددون القانون الذي يحكم العقد و ارادتهما هي التي تكسبه القوة الملزمة تجاه بعضهم البعض وتجاه الغير فما هو القانون الذي يحكم إرادة الأطراف في إختيارهم للقانون الواجب التطبيق؟

إن من غير الملائم إن يعطى الأطراف الحرية الكاملة في إختيار قانون العقد. وذلك لأن القانون هو الذي يحكم تصرفات الأشخاص شخصية كانت أو عينية ولا يكون الأطراف من يحدد القانون الذي يحكم تصرفاتهم وعلاقاتهم القانونية^(١٣).

إن الأخذ بقانون الإرادة بإعتبار إن الإرادة هي التي تحكم وتنظم العقد يؤدي إلى نتائج غير مقبولة. ففي حالة عدم الإختيار الصريح من قبل أطراف العقد للقانون الذي يحكم العقد يؤدي إلى إعطاء مساحة واسعة للقاضي في استخلاص الإرادة الضمنية التي قد لا تتناسب مع طبيعة العقد. كما إن من غير المقبول إن يبطل العقد بفعل القانون في حالة اتجاه الأطراف إلى إختيار ذلك القانون فهنا كيف يذهب الأطراف إلى إختيار قانون يبطل عقدهم^(١٤).

إنّ الانتقادات الموجهة إلى التفسير القانوني على أنّ الإرادة مستقلة بذاتها دعت إلى الاتجاه نحو تفسير مختلف، تمت تسميته بـ (بنظرية تركيز العقد) ومجمل هذه النظرية هو أنّ الأفراد حين يذهبون إلى إختيار قانون معين لا يكون سوى إختيار للقانون الذي تتركز فيه العلاقة التعاقدية مع الأخذ بعين الإعتبار عناصر العلاقة والظروف الملائسة لها، وهو ذات الأمر الذي يرجع إليه القاضي في استخلاص قانون الإرادة الضمنية، وعلى هذا فإنّ الأطراف بإختيارهم لقانون معين يكونوا قد اختاروا القانون الأنسب لحكم العلاقة التعاقدية وهو القانون الذي تتركز فيه العلاقة التعاقدية^(١٥).

وفي إطار موقف الإتفاقيات الدولية والتشريعات المختلفة من مبدأ الإرادة فالملاحظ إنّ أهمية قانون الإرادة وتعلقه بمصالح البلدان المختلفة لكونه من موضوعات تنازع القوانين التي ترتبط بأكثر من دولة أدى إلى حرص العديد من الدول على تنظيمه في إطار دولي وذلك من خلال الإتفاقيات الدولية التي تناولت في طياتها قانون الإرادة وبينت موقفها منه ومن هذه التشريعات، إتفاقية روما لعام ١٩٨٠ والتي دخلت حيز التنفيذ في عام ١٩٩٠ تناولت في المادة الثالثة منها في مجال تنازع القوانين بانه (يخضع العقد للقانون الذي يختاره الأطراف وهذا الإختيار يتعين إنّ يكون صحيحاً، ويجوز إنّ يستخلص الإتفاق بصورة مؤكدة من شروط العقد أو من الظروف المحيطة به ويمكن للأطراف إختيار القانون الواجب التطبيق على العقد كله أو على جزء منه)^(١٦).

وكذلك إتفاقية لاهاي لسنة ١٩٨٥ والخاصة بالقانون الواجب التطبيق على البيع الدولي للبضائع في المادة السابعة في شطرها الأول حيث جاءت بنفس المعنى السابق بأنّ يخضع العقد للقانون الذي اختاره الأطراف على أنّ يكون هذا الإختيار قد صدر بصورة صريحة أو يستنتج من عبارات العقد^(١٧). وبهذا نجد إنّ العديد من الإتفاقيات قد أخذت بمبدأ قانون الإرادة واقترته.

وعلى صعيد التشريعات المختلفة فالملاحظ إنّ الاهتمام بمبدأ قانون الإرادة في إختيار القانون الواجب التطبيق لم يقتصر على نظام معين دون الآخر أو على دولة دون غيرها فقد شغل اهتمام واسع وتناولته في تشريعاتها مختلف الدول أي كان نظامها سواء كانت قائمة على النظام الرأسمالي أو الاشتراكي، وسواء كانت هذه البلدان من البلدان المتقدمة اقتصادياً أم كانت من البلدان النامية، وأي كان نظامها القانوني حديث النشأة أم من التشريعات العريقة^(١٨).

ولما لهذا المبدأ من أهمية في تحديد القانون الواجب التطبيق فقد تناولته المشرّع العراقي في قانوننا المدني^(١٩) في المادة (٢٥) والتي نصت (يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك المتعاقدين اذا اتحدا موطناً، فاذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف إنّ قانوناً آخرأ يراد تطبيقه).

ويتبين من خلال نص المادة ٢٥ إنّ المشرّع العراقي قد أخذ بمبدأ قانون الإرادة وجعله هو القانون الواجب التطبيق، فقد اعطى الأولوية لقانون الإرادة الصريحة لأطراف العقد فإنّ لم توجد الإرادة الصريحة يتم الرجوع إلى الإرادة الضمنية، اذ عبّر المشرّع عن الإرادة

الضمنية ب(يتبين من ظروف) وسيمر بنا لاحقاً بالتفصيل ما يتعلق بالإختيار الصريح والضماني.

والملاحظ هنا إنّ نص المادة (٢٥) قد أخذت بشكل حرفي من نص المادة (١٩) من القانون المدني المصري^(٢٠) وإنّ الاختلاف الوحيد بين النصين هو وجود عبارة (أو يتبين من ظروف التعاقد إنّ قانوناً آخرأ يراد تطبيقه) إشارة إلى الإختيار الضمني. مع كون نص المادة هنا متكلف وفيه عيب في الصياغة التشريعية^(٢١).

إذ انه يقدم الاستثناء على الأصل فقد استهلت المادة بعبارة يطبق على الالتزامات التعاقدية قانون الموطن المشترك... ثم أعقبت بقانون البلد الذي تم فيه العقد. حيث تم تقديم ضوابط الإسناد الثانوية على الأصل وهو قانون الإرادة وإن كان قد علق تطبيق هذه الضوابط على حالة غياب الإختيار الصريح أو الضمني في قوله (هذا ما لم يتفق المتعاقدان....) كما إنّ نص المادة قد ذكر قانون البلد الذي تم فيه العقد. وهي عبارة مبهمّة فهل المراد منا هو بلد الإبرام أم بلد التنفيذ؟

وما يتعلق بالتشريعات الغربية فقد اكد القضاء الفرنسي قاعدة خضوع العقد للقانون الذي يختاره الأطراف واكدته محكمة النقض الفرنسية بصورة قاطعة وتبنى المشرّع الفرنسي هذا المبدأ في مشروع القانون الدولي الخاص الفرنسي لسنة ١٩٦٧ والذي يقضي بخضوع العقد والالتزامات الناشئة عنه للقانون الذي يختاره الأطراف^(٢٢) وبنفس هذا التوجه ذهب الكثير من التشريعات الغربية^(٢٣).

وما يتعلق بالتشريعات العربية إضافة لإقرار مبدأ قانون الإرادة في القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري الذي سبق ذكرهما. نجد إنّ المشرّع الأردني قد سار بنفس الاتجاه وذلك من خلال ما تضمنته المادة (٢٠) من القانون المدني الأردني. وبنفس الاتجاه سار المشرّع الجزائري في نص المادة ١٨ من القانون المدني الجزائري. كما نص عليه المشرّع التونسي في المادة (٢١) من القانون الدولي الخاص التونسي الصادر في ٢٧ نوفمبر لسنة ١٩٩٨.

الفرع الثاني: مدى اعمال مبدأ قانون الإرادة في تحديد القانون واجب التطبيق على عقود الخدمات

إنّ مبدأ سلطان الإرادة هو المبدأ الأساس. وضابط الإسناد الرئيسي في العقود الدولية. وقد اقرته مختلف التشريعات سواء على الصعيد الدولي أو المحلي كما عمل به القضاء في مختلف البلدان ونصت عليه العديد من الإتفاقيات كما مر بنا سابقاً. كما إنّ عقود الخدمات بمختلف أنواعها سواء ما يتعلق منها بمجال عقود المعلومات الإلكترونية أو الخدمات المادية أو الشخصية يسري عليها مبدأ قانون الإرادة باعتبارها من العقود الدولية. إنّ هذا المبدأ قد بات مبدأ أساس مهما كانت خصوصية العقد ومهما كان ما يثيره من جدل واسع^(٢٤).

الا إنّ عقود الخدمات لكون صفة الإذعان هي الصفة الغالبة على هذه العقود فيصبح هذا المبدأ الذي بموجبه يختار الأطراف القانون الواجب التطبيق على عقدهم يشكل قدراً كبيراً من الخطورة لكون الطرف الضعيف غالباً ما يكون هو متلقي الخدمة. وفي حالة منح الأطراف الحرية المطلقة في إختيار قانون العقد فإنّ الطرف القوي في الوضع الغلب

هو من يقوم بتحديد القانون الذي يحكم العقد الأمر الذي يحتمل معه تعسف الطرف القوي في استخدام هذه الحرية ويتجه إلى إختيار القانون الذي يخدم مصلحته في معزل عن الطرف الآخر. في حين تقتصر إرادة الطرف الآخر وهو متلقي الخدمة على الموافقة أو الرفض. أي رفض العقد بأكمله دون إن يكون لإرادته دور في إختيار القانون الذي يحكم العقد^(٢٥).

وبناء على ما تقدم يتجه رأي إلى إعتبار عقود الخدمات لكونها من عقود اذعان ولا يمكن إن توصف بانها عقود إختيارية. وبالتالي لا يمكن تطبيق مبدأ حرية إختيار القانون الواجب التطبيق في هذه الحالة. حيث إن إختيار القانون الواجب التطبيق يجب إن يكون ناتج عن مفاوضات منطقية ومتوازنة بين أطراف العقد. وهذا ما لا يحدث في عقود الخدمات التي يكون فيها مزود الخدمة هو المسيطر على عملية إختيار القانون الواجب التطبيق. وبطبيعة الحال لا يكون هذا القانون المختار من قبل مزود الخدمة هو القانون الأنسب لحكم العقد^(٢٦).

الأمر الذي يقتضي البحث في كل حالة عن القانون الأنسب ليحكم العقد بحيث يكون الأكثر ملائمة لحفظ مصلحة الطرف الضعيف.

الا اننا لا نميل إلى هذا الاتجاه في إعتبار عقود الخدمات من العقود التي يغلب عليها وصف عقود الإذعان واستبعاد حرية الإختيار مراعاة للطرف الضعيف. بل إن عقود الخدمات اذا ما اتصفت بالصفة الدولية الخالص يحق لأطرافها إختيار القانون الواجب التطبيق عليها. وإن كان القانون الذي تم إختياره بإرادة الطرف القوي في العقد. وهو مقدم الخدمة. لأن القوة التي يتمتع بها مقدم الخدمة في هذه الحالة هي قوة اقتصادية لا قوة قانونية^(٢٧).

اذ ليس من المبرر إن يفقد الأطراف حقهم في إختيار القانون الذي يكون انسب لتنظيم العقد بسبب كون أحد أطراف العقد يمتلك قوق اقتصادية تسمح له بإن يضع اغلب شروط التعاقد ومن ضمنهم القانون الذي يحكم العقد. اذ إن هذا التوجه يؤدي إلى ابطال العمل بمبدأ قانون الإرادة الذي وجد أساسا لحفظ مصالح المتعاقدين في العقود الدولية من خلال اعطائهم الحرية في إختيار القانون الذي يكون انسب لتنظيم العقد^(٢٨). ومن جانب آخر نجد إن اغلب العقود التجارية لا يكون فيها أطراف العقد على قدم المساواة. كما إن صفة الإذعان في العقود لا يمكن الاحتجاج بها في ابطال مبدأ قانون الإرادة واذا ما أراد القانون تنظيم عقد معين يتصف بصفة الإذعان يجب إن تنطبق عليه كافة الشروط التي تجعل من العقد من الضرورة تدخل المشرع حماية للعقاد الضعيف. كما إن القواعد المقررة لحماية الطرف الضعيف هي اقل حماية من القواعد المقررة لحماية الطرف الضعيف في طائفة أخرى من العقود مثل عقود المستهلكين^(٢٩).

كما إن عقود الخدمات مع ما تبلغ من أهمية في حياة الناس. إلا إن متلقي الخدمة يسعى إليها بكامل ارادته دون أي قيد على حريته. وإن تعدد الشركات التي تقدم مختلف الخدمات يجعل من المنافسة تصب في مصلحة الطرف الضعيف وهو متلقي الخدمة حيث يسعى مزودو الخدمات إلى إرضاء العميل من خلال إختيار القانون الذي يحفظ

مصالحه. كما لو إنّ مزود الخدمة عمد إلى إختيار قانون معين يكون أكثر تحقيقاً لمصالحه ومن شأنه إلحاق الخسائر بالطرف الآخر عندها يمكن للطرف الضعيف وهو متلقي الخدمة الدفع بالإخلال من خلال الرجوع إلى نظرية الغش أو القانون^(٣٠). وبناء على ما سبق بيانه يمكن القول إنّ عقود الخدمات المتصفة بتصف بالصفة الدولية يمكن أن ينطبق عليه مبدأ قانون الإرادة. من خلال إتاحة الحرية للأطراف في إختيار القانون الأنسب لتنظيم عقدهم.

المطلب الثاني: طرق إختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق

إنّ للأطراف الحرية في إختيار القانون الذي يحكم العقد. وقد يكون هذا الإختيار صريحاً وذلك بأن يحدد الطرفان القانون المختار بالنص عليه في العقد أو بأي طريقة أخرى تجعل من هذا الإختيار قاطع وغير قابل للشك بأنّ قانون دولة أخرى هو المراد تطبيقه. أو قد يكون الإختيار ضمنى يستدل من خلال ظروف التعاقد بأنّ قانون دولة ما هو القانون الذي إجهت إليه إرادة أطراف العقد.

ولإحاطة بذلك نقسم هذا المطلب فرعين تخصص الفرع الأول للكلام عن الإختيار الصريح في عقود الخدمات وماهي المشاكل التي تعيق إختيار أطراف العقد للقانون الواجب التطبيق أو المشاكل التي قد تظهر بعد الإختيار الصريح ثم تخصص الفرع الثاني للكلام عن الإختيار الضمني في عقود وما هي القرائن التي تدلّ على إختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق ضمناً.

الفرع الأول: الإختيار الصريح

إنّ إقرار معظم الأنظمة القانونية حول العالم مبدأ حرية الأطراف في إختيار القانون الذي ينظم الجوانب الموضوعية للعقد كما مر بنا سابقاً. فإذا ما اتضح إنّ أطراف قود الخدمات قد وقع إتفاقهما الأولي على إختيار قانون دولة معينة بشكل واضح وصريح فإنّ هذا القانون هو الذي يكون القانون الواجب التطبيق على العقد^(٣١).

وبالإضافة إلى حق المتعاقدين في إختيار القانون الواجب التطبيق على العقد. فإنّ لهم الحق كذلك في تعديل إتفاقهما على إختيار القانون الواجب التطبيق في أي مرحلة من مراحل التعاقد. وحينها يمكن لهم العدول إلى تطبيق قانون آخر كما لو كان القانون المتفق عليه عديم الصلة بين أطراف العقد أو الموضوع حينها لا يكون هو القانون الأنسب لتنظيم العقد^(٣٢).

وقد بات من المتعارف عليه في نطاق التجارة الدولية بشكل عام وفي عقود الخدمات الدولية بشكل خاص إنّ تتضمن إحدى فقرات العقد مادة مختصة بتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد منصوص عليها كتابة فيما يتعلق بعقود الخدمات التي تتم بالطرق التقليدية^(٣٣). وهناك العديد من عقود البيع النموذجية التي تضم فقرة مخصصة تتناول القانون الذي يحكم العقد. من الأمثلة على هذه العقود التي نضمها اتحاد المطاط وجمعية تجار الحبوب في لندن^(٣٤).

أمّا عقود الخدمات الإلكترونية والتي تكون مبرمة عبر الانترنت فيشترط فيها إنّ تكون واضحة ومتلقي الخدمة وذلك بأن يتم التأكيد عليها من خلال انبثاق نافذة مخصصة

لهذا الغرض لاطلاع المتعاقد عبر النت على الاحكام القانونية الخاصة بالتعاقد وقد جرت العادة في هذه الحالة على إن التأكيد على هذه الإتفاقية من خلال تحديد علامة خاصة في المؤشر لكي يتسنى للمتعاقد بعدها النقر على الموافقة على هذا البند. وتكتب عبارة (لقد اطلعت على نصوص الإتفاقية) أو ما يقابلها^(٣٥).

وفي هذه الحالة ولكون الفقرة التي تتضمن القانون الواجب التطبيق تكون غير مدونة ولا يتم التوقيع عليها من قبل الأطراف فإن الطرف الذي يتمسك بوجودها يكون هو الطرف الواجب عليه اثبات وجودها امام القضاء وفقا للمبادئ العامة وهذا الأمر قد يثير نوع من الصعوبة في محله لأن بنود العقد الذي يتم بهذا الشكل تكون غير مادية وحتى في حالة كونها مطبوعة فأنها تكون عرضة للتحريف^(٣٦).

وبناء على ما تقدم نجد إن الإختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق بالغ الأهمية في العقود الدولية بشكل عام وفي عقود الخدمات بشكل خاص سواء اكان الإختيار الصريح يتم عن طريق الكتابة أو الكترونياً في عقود الخدمات الإلكترونية تحقيقاً لمصلحة أطراف العقد وضماناً لتطبيق القانون الأنسب لحكم العلاقة التعاقدية. وبالرغم من أهمية الإختيار وإرادة الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق إلا إن إرادة الأطراف في إختيار القانون الواجب التطبيق لا يمكن إن تشمل جمي جوانب العقد وفيما يلي سنتناول في البحث الجوانب الداخلة من العقد في قانون الإرادة.

ويثار تساؤل بهذا الصدد حول مدى حرية الأطراف في إختيار القانون الواجب التطبيق ؟ إن موضوع إطلاق أو تقييد حرية إختيار أطراف العقد للقانون الواجب التطبيق يثير جدلاً فقهيًا واسعاً وظهرت عدة اتجاهات بين النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية^(٣٧). ويقدر ما لها من أهمية يلاحظ إن مسألة إطلاق وتقييد الأطراف في إختيار القانون الذي يحكم العقد بالنسبة لعقود الخدمات الدولية أيضاً من المسائل التي أثار الخلاف الفقهي ويعزى هذا الخلاف إلى الدور الذي تقوم بها الإرادة عند إختيارها للقانون الواجب التطبيق وإن الخلاف بين النظرية الشخصية والموضوعية متعلق بمدى الصلة بين القانون المختار والعقد. فحين تذهب النظرية الشخصية إلى إن إختيار الأطراف للقانون الذي يحكم العقد يكون مطلقاً دون التقييد بتوافر صلة بين القانون المختار والعقد لإن هذا التقييد يجعل الإختيار في بعض الأحيان متقيد بقانون معين وقد يكون هذا القانون لا يقر صحة الإختيار نفسه. وهذا الأمر يتعارض مع مبدأ سلطان الإرادة في العقود وحرية الإختيار^(٣٨).

والى عكس ذلك تتجه النظرية الموضوعية التي تشترط توافر صلة حقيقية بين العقد الدولي والقانون المختار مبررة هذا التوجه إلى الدور الذي تقوم به قاعدة الإسناد إذ إن الإختيار يتم من خلال قاعدة من قواعد التنازع في قانون المحكمة التي تنظر النزاع وتكون الإرادة هنا ضابط للإسناد تتضمنه هذه القاعدة والتي بدورها تسنده إلى القانون المختار. وعليه يفترض تقييد حرية المتعاقدين في إختيار قانون تتوفر فيه صلة حقيقية وجادة. بين القانون المختار والعقد. وبخلاف توافر هذه الصلة تكون الإرادة قد خُطت دائرة التنازع التي تعمل هذه القاعدة في إطارها الأمر الذي يمثل خروجاً عن الهدف الذي تسعى

إليه قاعدة التنازع والتي يتوجب على الإرادة احترامها حين أوكلت إليها قاعدة التنازع حق الاختيار^(٣٩).

ويذهب رأي من الفقه إلى اشتراط توافر صلة معقولة بين القانون المختار والعقد وإن كانت هذه الصلة اقل ارتباطاً بالعقد من غيرها. حيث يصح الاختيار هنا إذا تم وفق صلة معقولة وإن وجود هذه الصلة يبرر إجهاد الأطراف إلى اختيار القانون الواجب التطبيق وإن كان قانون دولة أخرى اقرب صلة من الرابطة التعاقدية بحيث تتوفر فيه رابطة حقيقية ومباشرة بالعقد^(٤٠).

ومن الروابط الشخصية والموضوعية التي تعد متصلة أو مرتبطة بعقود الخدمات ما يلي^(٤١):

١- مكان عمل أحد أطراف عقود الخدمات في حالة كون مكان طرفي عقد الخدمات في بلدين مختلفين. وقد نصت على هذا المعيار نص المادة (١١) من إتفاقية روما لسنة ١٩٨٠. حيث لم تشترط إن يكون مكان العمل الرئيسي بل يكفي إن يكون مكان عمل أحد طرفي العقد الدولي وكان انعقاد العقد في بلد واحد ويراد تنفيذه فيه.

٢- في حالة اختلاف جنسية أطراف عقود الخدمات. حيث يمكن الأخذ بقانون بلد جنسية أحد أطراف عقد الخدمات.

٣- الموطن أو محل الإقامة المعتاد لأحد أطراف عقود الخدمات. إذ إن موطن أطراف العقد أو محل اقامتهما سواء اختلف من طرف واحد أو كلاهما فإن له أهمية في مجال تنازع القوانين وإعتبار العقد دولي فعليه يمكن إختيار الأطراف للقانون استناداً إلى الموطن أو محل الإقامة المعتاد.

٤- مكان إبرام عقود الخدمات. يُعتبر مكان إبرام العقد من أهم الروابط بين العقد والقانون الذي يختاره الأطراف لحكم العلاقة التعاقدية. ولأهمية هذا الرابط فقد أولاه المشرع أهمية كبيرة في إسناد العلاقات التعاقدية إلى قانون بلد الإبرام عند عدم الإختيار وغياب الموطن المشترك. وعليه يتفق الفقه على إعتبار محل إبرام العقد من الروابط التي ترتبط بشكل حقيقي وجاد في العقد.

٥- مكان تنفيذ العقد. يُعتبر مكان تنفيذ العقد عنصراً مهماً في قانون العقد سواء كان مكان التنفيذ كلي أم جزئي.

٦- عملة الوفاء في العقد. إذا كان عملة بلد معين هي العملة المتفق عليها للوفاء بالالتزام يمكن إعتبار البلد الذي يصدر تلك العملة من البلدان المرتبطة بالعقد.

٧- مكان وجود المعقود عليه في المنقولات. فوجود الشيء محل العقد في بلد أجنبي يمكن إعتبار هذا البلد ذا صلة بالعقد. والملاحظ هنا أن هذا النوع من الروابط بين العقد والقانون الواجب التطبيق لا يمكن أن نتصوره في مجال عقود الخدمات ويرجع هذا الأمر إلى طبيعة الخدمات التي تكون محلاً للعقد فهي ذات طبيعة غير ملموسة وبالتالي لا يتصور وجودها عينياً في مكان معين للاعتماد عليه كرابطة بين العقد والقانون المختار^(٤٢).

ويمكن إنَّ نخلص إلى القول في مدى حرية أطراف عقود الخدمات في إختيار القانون الواجب التطبيق على العقد إنَّ هناك اتجاهان يذهب أحدهما إلى تقييد الأطراف بالإختيار وفق وجود علاقة حقيقية وجادة بين عقود الخدمات والقانون المختار. واتجاه آخر يعطي للأطراف عقود الخدمات الحرية المطلقة في إختيار القانون الذي يحكم العقد وبهذا الاتجاه الأخير قد سار المشرع العراقي في نص المادة (٢٥) من القانون المدني العراقي اذ لم يقيد الإختيار بوجود صلة معينة أو رابطة بين القانون المختار والعقد.

ويبدو إنَّ اتجاه المشرع العراقي في اطلاق حرية الإختيار هو الأرجح من تقيدها. اذ انه يعطي للأطراف الحرية في إختيار القانون الانسب لحكم عقدهم مادام هذا الإختيار قانونياً. ولا يخالف النظام العام. وغير مشوب بالغش نحو القانون. أي يكون العقد قائم على مبدأ حسن النية. ولا يجابي أحد الأطراف والذي يكون غالباً الطرف القوي في العقد تحقيق مصلحته الشخصية على حساب الطرف الآخر من خلال إختيار قانون بلد ما يكفل له هذه الأفضلية. وبخلافه يمكن الطرف المتضرر من هذا الإختيار الدفع بالغش نحو القانون (٤٣).

وبحق لنا التساؤل بعد ذلك عن مدى حرية أطراف العقد في إختيار أكثر من قانون واحد؟ وهو ما يعرف بتجزئة العقد وبشكل ادق التجزئة الإتفاقية لأنَّ هناك أكثر من صوة لتجزئة العقد وتحديد أكثر من قانون واحد ليحكم العقد فهناك التجزئة التشريعية. والتجزئة القضائية ولسنا بصدد بيان النوعين الأخيرين من التجزئة لأنها لا تدخل في نطاق حرية أطراف العقد بل يتم تحديدها أما بموجب القانون أو القضاء وسنقتصر بحثنا في هنا على التجزئة العقدية الإختيارية لبيان مدى حرية أطراف العقد في إختيار أكثر من قانون لحكم العقد.

يذهب إتحاء من الفقه إلى ضرورة وحدة القانون الذي يحكم العقد الدولي في جميع جوانبه سواء ما يتعلق بتكوينه أو الآثار التي ينتجها العقد. على إعتبار إنَّ العقد وحدة قانونية واقتصادية واحدة وإنَّ التجزئة تخل بهذه الوحدة. كما إنَّ إخضاع العقد الدولي إلى قانون أكثر من دولة واحدة يجعل العقد أكثر عرضة للبطلان. كما إنَّ إختيار أكثر من قانون واحد يكون أكثر ارباكاً لعمل القضاء. الأمر الذي حدى بالقضاء في عديد من البلدان إلى تفضيل إخضاع العقد الدولي إلى قانون واحد. وتبينته الكثير من التشريعات الدولية حيث إعتبرت العقد وحدة واحدة (٤٤).

وعلى خلاف هذا الرأي يتجه رأي آخر إلى جواز تجزئة العقد عقود الخدمات وإخضاع كل جانب منه إلى قانون مختلف انطلاقاً من كون العقد رابطة متعددة الجوانب فبالتالي يمكن إخضاع عناصر الرابطة التعاقدية المختلفة إلى قوانين مختلفة. بحيث تتعدد القوانين التي تحكم العقد بالنظر إلى كل عنصر من عناصره وآثاره على حدة طالما كانت هنالك صلة بين هذه العناصر والقانون الواجب التطبيق (٤٥).

وبذلك نجد إنَّ الآراء الفقهية قد تعددت حول مدى إمكانية تجزئة العقد ونطاقها. ويذهب رأي إلى إمكانية تجزئة العقد ولكن في أجزاء محددة من الرابطة التعاقدية. فيقتصر تجزئة

العقد إلى إختيار أكثر من قانون على جانب انقضاء العقد جزء منه وعلى آثاره في الجزء الآخر^(٤٦).

وإذا كانت فكرة تجزئة العقد وإطلاق حرية الأطراف في إختيار القانون الواجب التطبيق على العقد سواء اكان هذا الإختيار لقانون واحد أو إن الإختيار يذهب إلى تقسيم العقد وإخضاع كل جانب فيه إلى قانون معين هو الاتجاه العام في النظرية الشخصية^(٤٧).
ونخلص إلى القول بأنه على الرغم من الاختلاف الفقهي الحاصل حول مدى حرية الأطراف في تجزئة العقد، واتجاه الكثيرين نحو الحد من إطلاق حرية الأطراف في هذا المجال إلا إن تجزئة العقد في العقود الدولية بشكل عام في عقود الخدمات بشكل خاص تفرضها نفسها ويقتضيها الواقع العملي لأنه من الصعب تفادي توزيع العملية المتعاقدين بين أكثر من دولة وهو ما يحدث غالباً. هذا من جانب أهمية تجزئة العقد في عقود الخدمات الدولية، ويقسم الفقهاء نوع التجزئة بأنها قد تكون أفقية أو رأسية وكما يلي:-

التجزئة الأفقية: - وهي التجزئة التي تتفق فيها غالبية الأنظمة القانونية إن لم تكن جميعها^(٤٨). وتنصرف إلى إن المسائل المتعلقة بأهلية الأطراف يطبق عليها قانون الشخصي للمتعاقدين، أي القانون الذي ينتمي إليها أفراد بجنسياتهم. وتخضع الجوانب الشكلية للعقد لقانون بلد الإبرام، وتخضع الأثر العيني ونقل الملكية إلى قانون موقع المال. أما ما يتعلق بإجراءات التنفيذ فتخضع لقانون محل التنفيذ أو قانون القاضي حسب الأحوال^(٤٩).

التجزئة الرأسية: - وهذا النوع من التجزئة تختمه القواعد الأمرة أو ما يعرف بقواعد التطبيق الضروري^(٥٠) التي تطبق بالإضافة إلى القانون الذي أجهت إرادة الأطراف إلى إختياره والتي تعرف بقواعد البوليس أيضاً، والتي لا تسمح لأطراف العقد باستبعادها إلى الإتفاق على خلافها لأنها تعتبر من النظام العام. وتسري هذه القواعد على جميع مسائل العقد وفي جميع مراحلها سواء اكان في مرحلة إبرامه أو ما يتعلق في آثاره ونطاق الحقوق والالتزامات الناشئة عنه أو عند التنفيذ. وقواعد التطبيق الضروري لا تقتصر على القواعد التي يضمها قانون القاضي بل يشمل كذلك القواعد المقررة في القانون الأجنبي الواجب التطبيق أو الذي يكون ذا صلة بالعقد^(٥١).

وما يؤكد اتجاه الفقهاء بتجزئة العقد إن عدد من الإتفاقيات الدولية اقرت حرية الأطراف بتجزئة العقد، مثل إتفاقية روما لعام ١٩٨٠ حيث اوردت ما مضمونه إن للأطراف الحرية في إختيار القانون الذي يحكم العقد أو جزء منه، كما تضمنت إتفاقية مكسيكو التي نصت في المادة (٧) منها على حرية الطرف في إختيار القانون الذي يحكم العقد سواء اكان هذا الإختيار لقانون واحد أو لأكثر من قانون^(٥٢).

ونخلص إلى القول إن تجزئة العقد لما لها من أهمية فقد اهتم بها الفقهاء والقضاء واقرتها التشريعات المختلفة، وإن تجزئة العقد في مجال عقود الخدمات تبرز تارة حين يتعلق الأمر بالعقود التقليدية والتي تقل فيها القوة الإقتصادية لمقدم الخدمة بحيث تتاح الفرصة لكلا الطرفين للتفاوض حول القانون الواجب التطبيق بحيث يتم إخضاعه لقانون أكثر من دولة واحدة، بما يتناسب مع جوانب العقد المختلفة.

بينما تضعف أهمية هذا المبدأ في مجال عقود الخدمات التي يكون مورد الخدمة فيها يتمتع بقوة اقتصادية. وتغلب هذه الحالة في عقود خدمات المعلومات الإلكترونية. إذ إنّ مقدم الخدمة في هذه الحالة يضع القانون الواجب التطبيق ضمن فقرات العقد ولا يتسنى للطرف الآخر المفاوضة حول القانون الذي يحكم هذا العقد وبالتالي يضعف احتمالية إخضاع العقد في أكثر من جانب لأكثر من قانون واحد^(٥٣).

الفرع الثاني: الاختيار الضمني

إنّ أهمية الإرادة الصريحة في تحديد القانون الواجب التطبيق، التي أشار إليها الفقه والتشريعات المختلفة والاتفاقيات الدولية والحث على الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق إلا إنّ أطراف العقد في كثير من الأحوال لا يختارون صراحة القانون الواجب التطبيق على عقدهم وادراجه ضمن نصوص العقد. وقد يرجع ذلك إلى طبيعة عمل أطراف العقد التي تختم عليهم إبرام الكثير من العقود مع مراعات السرعة اللازمة وبذلك لا يتسنى لهم المفاوضة والتركيز على جانب القانون الواجب التطبيق على العقد.

ويثار السؤال هنا ما هو القانون الواجب التطبيق على عقود الخدمات الدولية في حال غياب الاختيار الصريح لقانون العقد؟ هل يعتد القاضي بإرادة الأطراف الضمنية إذا تمكن من التوصل إليها من خلال ظروف التعاقد. أم انه يذهب إلى تطبيق قواعد الإسناد الاحتياطية التي نص عليها المشرع؟

لقد أورد فقهاء القانون الدولي الخاص ظروف معينة يمكن الرجوع إليها لاستخلاص الإرادة الضمنية لأطراف عقود الخدمات في تحديد قانون دولة معينة. ومن بين هذه الظروف هو إخضاع عقود الخدمات لاختصاص محكمة ما. أو كتابة عقود الخدمات في لغة معينة^(٥٤). أو من خلال النظر إلى مكان الإبرام أو غيره من الظروف^(٥٥).

حيث إنّ القاضي يلعب دور مهم وحساس في استخلاص الإرادة الضمنية لأطراف عقود الخدمات. الأمر الذي يختم عليه البحث في جميع الظروف المحيطة بعقود الخدمات من أجل الوصول إلى تحديد القانون الذي انصرفت إرادة أطراف عقود الخدمات إليه. لكون الإرادة الضمنية ليست مجرد إرادة مفترضة بل هي إرادة حقيقية وموجودة ولكن لم يتم الإعلان عنها بشكل واضح وصريح^(٥٦).

تعتبر من القرائن على اتجاه الإرادة الضمنية إلى قانون دولة ما القرائن المستمدة من شكل عقود الخدمات وتدخل موظف عام من خلا تحريره أو الامضاء عليه. كما يُعتبر من القرائن كتابة العقد باللغة معينة. فعليه يكون قانون الدولة التي اختار الأطراف تحرير عقود الخدمات بتدخل موظف عام انه قد اختاروا قانونها ضمناً. واللغة التي يجر بها العقد كذلك تعتبر اختيار ضمني لاتجاه إرادة الأطراف إلى اختيار القانون الذي يحكم العقد^(٥٧).

كما تعتبر من القرائن الداخلية للرابطة التعاقدية الرابطة المستمدة شرط الاختصاص القضائي في النزاع الذي قد يحدث في شأن الرابطة العقدية. وعلى هذا النحو يشير الفقه

إلى إعتبار الأخذ الأطراف لقضاء دولة معين للنظر في المنازعات التي تنشأ عن عقود الخدمات، يُعتبر دلالة ضمنية على اتجاه إرادتهم إلى إختيار قانون بلد القاضي^(٥٨). وبالإضافة إلى القرائن الداخلية يمكن أن يستدل على الإرادة الضمنية من خلال الظروف الخارجية والتي لا ترتبط بعناصر الرابطة العقدية، ومن الأمثلة على القرائن الخارجية، القرائن المستمدة من القوانين المتنازعة حيث إذا كان هناك تنازع بين قانونيين وكان أحد هذين القانونين يحكم بطلان عقد الخدمات، والآخر يحيزه، فهنا تكون الإرادة الضمنية قد اختارت القانون الذي يحيز العقد دون الذي يبطله، إذ إن ليس من المعقول أن تتجه إرادة الأطراف إلى إختيار قانون يبطل العقد^(٥٩).

والملاحظ هنا إن القرائن الداخلية والخارجية هي قرائن خاصة تقوم مع بعض القرائن العامة لاستخلاص الإرادة الضمنية ومن بين القرائن العامة تلك التي تتعلق بمكان إبرام عقود الخدمات، وأماكن تنفيذها المتفق عليه مسبقاً وإن كان التنفيذ قد تم فيه جزئياً أو أنه لم يتم بل كان هناك مجرد إتفاق عليه دون الشروع في تنفيذه.

وبهذا الوصف طبقت بعض الأحكام القضائية التي جعلت من مكان الإبرام قرينة على إن الأطراف قد أجهت إرادتهم الضمنية إلى إختيار القانون الواجب التطبيق. وسبب هذا التوجه على إعتبار إن القانون الذي تم فيه إبرام العقد هو القانون الذي يكون من الغالب إن أطراف التعاقد على درجة من الإلمام بأحكامه أكثر من غيره^(٦٠).

وإن القرينة التي تستند إلى محل إبرام العقد لاستخلاص الإرادة الضمنية تختلف عن إسناد العقد إلى محل إبرامه قديماً، حيث كان القضاء سابقاً يسند العقد إلى قانون محل الإبرام استناداً إلى كون ملزماً لا بإعتباره كاشف عن الإرادة الضمنية، وكما يختلف هذا المعيار عن بعض التوجهات التشريعية الحديثة التي ذهبت إلى إسناد الرابطة التعاقدية إلى قانون بلد الإبرام عند غياب الإرادة الصريحة والضمنية إذ يُعتبر الإسناد هنا إسناداً احتياطياً جامداً منصوباً عليه في القانون^(٦١).

وبالنسبة للتوجه القضائي بشأن الاستناد إلى الإرادة الضمنية فإن التوجه الغالب للقضاء^{١٢}.

الفرنسي في هذا الصدد هو المساواة بين الإرادة الصريحة والضمنية لأطراف العقد في تحديد القانون الذي يحكم العقد. الأمر الذي يتطلب البحث عن هذا الإرادة الضمنية وتطبيقها عند غياب الإختيار الصريح^(٦٣).

ويتوصل القضاء إلى الإرادة الضمنية من خلال القرائن التي تكون داخلية يتم الكشف عنها من خلال الرابطة العقدية ذاتها، أو خارجية يتم التوصل إليها من خلال ما يظهر من ظروف وملابسات الحال. ويُعتبر من القرائن الذاتية، ما يتم استخلاصه من خلا أطراف العلاقة التعاقدية كالموطن المشترك للمتعاقدين، أو قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين، ويحذر الذكر هنا إلى إن هذا المعيار الأخير لم يعد يعتد به من قبل القضاء الفرنسي الحديث إذ يشترط إضافة إلى الجنسية المشتركة للمتعاقدين وجود عنصر آخر من عناصر الكشف عن الإرادة، وهو على خلاف ما كان عليه توجه القضاء سابقاً في فرنسا إذ قضى بأكثر من حكم بتطبيق قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين عند

غياب الاختيار الصريح ويذهب الاتجاه الحديث للقضاء الفرنسي إلى تطبيق قانون الموطن المشترك للمتعاقدين. عند سكوت الأطراف عن الاختيار الصريح للعقد^(١٤) وإن هذه القرائن يمكن الرجوع إليها في تحديد القانون الواجب التطبيق في عقود الخدمات وهو القانون لذا أجهت إليه الإرادة الضمنية لكن في بعض الاحوال لا يمكن الاعتماد على هذه القرائن خصوصا في حالة تعدد أماكن تنفيذ العقد أو إن العقد لا يحتاج إلى مكان تنفيذ أصلاً. خصوصا إذا ما كنا بصدد تقديم خدمة معنوية غير ملموسة . كما إن القرينة التي تذهب إلى القول بمكان الانعقاد قد تصبح بدون جدوى إذا ما كان العقد عبر شبكة الانترنت. كما إن الأخذ بقرينة اللغة بالنسبة لعقود الخدمات الالكترونية من غير جدوى إذ إن هذا النوع من العقود يجر غالباً بلغة الإنجليزية وإن تم تحريره بلغة أخرى فإنه يترجم بواسطة برنامج مخصص لغرض اطلاع الأطراف عليه وفهم بنود العقد وإن الأخذ بقرينة اللغة في هذه الحالة لا تحقق الإرادة الضمنية المتجهة إلى اختيار ذلك القانون بل قد يكون العكس وإن قانون دولة أخرى غير التي حرر بها العقد هو الأكثر صلة بالعقد والانسب لتنظيمه^(١٥).

ويذهب رأي من الفقه إلى أن القضاء عند الأخذ بهذه القرائن لاستخلاص الإرادة الضمنية لأطراف العقد فانه لا يبحث عن إرادة أطراف العقد الحقيقية، إنما هو يقوم بالرجوع إلى هذه القرائن للوصول إلى الإرادة المفترضة دون الامعان من أجل التوصل إلى إرادة الأطراف الحقيقية. إذ إن الإرادة الحقيقية قد تكون مغايرة للإرادة المفترضة كما إن إرادة الأطراف الحقيقية في اختيار القانون قد تكون غائبة تماماً. وعليه عن استخلاص إرادة مفترضة فإن هذا الفرض يتنافى مع مبدأ إرادة الاختيار^(١٦).

المبحث الثاني: التحديد القضائي للقانون الواجب التطبيق على عقود الخدمات

إن القاضي في حالة عدم وصوله إلى قانون الإرادة في عقود الخدمات في حالة عدم تصريح أطراف عقد الخدمات عن القانون الذي يحكم عقدهم ولم يتم التوصل إلى الإرادة الضمنية من خلال ظروف التعاقد . يجب عيه هنا إن يجتهد للوصول إلى القانون الأكثر ارتباطاً بالعقد. ويتم الوصول إلى القانون الأكثر ارتباطاً بالعقد من خلال معايير الإسناد التقليدية (القواعد الجامدة). أو وفقاً لمعايير مرنة قد تختلف من حالة إلى أخرى حسب ظروف عقود الخدمات وتنوع عناصرها. وعليه سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين تخصص الأول لبيان تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الخدمات وفق المعايير الجامدة والمطلب الثاني لبيان معايير الإسناد المرنة (نظرية الأداء المميز).

المطلب الأول: مدى اعمال ضوابط الإسناد التقليدية في تحديد القانون

الواجب التطبيق على عقود الخدمات

إن وصف ضوابط الإسناد بالجمود هنا يرجع إلى كون هذه الضوابط تعتمد على اعتبار مركز الثقل القانوني للعلاقة التعاقدية يكون ثابت مهما اختلف العقد وتباينت عناصره. والملاحظ انه وإن كان الرجوع إلى الإسناد الجامد يتم عند غياب الإرادة الصريحة أو الضمنية في تحديد القانون الواجب التطبيق^(١٧). لكن هذا النوع من الإسناد لا يعني تطبيق قانون غير متصل بالعقد بشكل من الاشكال بل إن الإسناد هنا قد يقدم على

بدليل عن الإرادة أي إن المشرع عندما وضع هذه القواعد قد راعى إن القانون الواجب التطبيق هو الانسب لحكم العقد من غيره وإن كان هذا التحديد قد جاء بشكل عام دون الأخذ بظروف العقد التي قد تختلف من رابطة عقدية إلى أخرى. وتتمثل معايير الإسناد الجامة بقانون الموطن المشترك للمتعاقدین.^(١٨) وعند اختلاف الموطن بالنسبة لأطراف العقد يتم الرجوع إلى قانون بلد الإبرام. أو قد يتم الرجوع إلى قانون بلد التنفيذ. وسنتناول في هذا المطلب المعايير الجامة في إسناد عقود الخدمات وذلك من خلال تقسيم هذا المطلب إلى فرعين تخصص الأول لمعيار الإسناد في حالة اتحاد موطن أطراف عقود الخدمات. ونتناول في الفرع الثاني معيار الإسناد في حالة اختلاف موطن أطراف عقود الخدمات.

الفرع الأول: معيار الإسناد في حالة تطابق موطن أطراف عقود الخدمات
إن لكل شخص موطن دولي معين وقد يكون هذا الموطن واحد أو أكثر في ذات الوقت وعليه يثور سؤال هنا ما هو المقصود بموطن الشخص؟ وما مدى إمكانية اعتبار موطن الشخص ضابط إسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق في عقود الخدمات؟
إن الموطن هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة. ويتخذ منه موقراً لمزاولة نشاطاته هذا بمفهومه العام. وفي مفهومه الخاص وفقاً للقانون الدولي الخاص بانه رابطة تقوم بين الشخص وإقليم دولة معينة.^(١٩)

هذا ويُعتبر الموطن من اقدم الروابط التي تقوم بين الأفراد وإقليم الدولة. فمنذ القدم وقبل إن تعرف البشرية الروابط المختلفة التي تربط الأنسان بمجتمع ما كالجنسية. أو العصبية القبلية أو الديانة. كان الأشخاص ينسبون إلى الأماكن التي يقيمون بها. ويختلف مفهوم الموطن في نطاق القانون المدني عنه في مجال القانون الدولي الخاص. إذ ينصرف معنى الموطن في القانون المدني إلى توطن في إقليم أي دولة. بينما يكون معناه الاصطلاحي في القانون الدول الخاص إلى توطن الشخص في إقليم دولة محددة دون غيرها.^(٢٠)

ويغلب العنصر المادي أي الإقامة الفعلية على عنصر الرابطة المعنوية في لموطن المتمثلة بنية الإقامة. وهذا التصور واقعي. وهو ما يتناسب مع الواقع العملي ويستخدم مصطلح محل السكن المعتاد في كثير من الأحيان للدلالة على الموطن.^(٢١)
وقد اختلفت الاتجاهات التشريعية في بيان معنى الموطن فيذهب اتجاه إلى اعتبار الموطن يتمثل بمقر الأعمال حيث يربط الشخص بالمكان الذي يزاول الشخص فيه نشاطاته. وقد أخذ هذا المسلك القانون الفرنسي لعام ١٨٠٤ المادة (١٠٢) والتي تضمنت الإشارة إلى إن موطن كل فرنسي يتمثل بالمكان الذي يكون موقراً رئيسياً لأعماله.^(٢٢)

أما الاتجاه الآخر إعتبر الموطن هو محل الإقامة المعتاد ومن التشريعات التي أخذت بهذا المسلك القانون المدني العراقي في المادة (٤٢) والتي تنص على أن(الموطن هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة بصفة دائمة أو مؤقتة. ويجوز إن يكون للشخص أكثر من موطن وأحد). وبنفس المضمون ما جاءت به المادة (١/٤٠) من القانون المدني المصري رقم ٣١ لسنة ١٩٤٨.

ومن الجدير بالذكر إنّ تحديد الموطن المشترك للمتعاقدين وبيان مفهومه يدخل ضمن مسائل التكييف اللازمة لأعمال قاعدة التنازع، وبالتالي فإنّ هذا التكييف يخضع لقانون القاضي وفق المبادئ العامة في التنازع^(٧٣).

إنّ قاعدة اعمال قانون الموطن المشترك للمتعاقدين تعد القاعدة الغالبة في جميع الحالات التي يغيب فيها إختيار الارادة للقانون الواجب التطبيق. حيث يُعتبر إنّ إرادة الأطراف قد اتّجهت إليهبإعتباره معلوماً ومعروفاً عند المتعاقدين.^(٧٤)

فلو تعاقد مقدم خدمة عراقي الجنسية مع متلقي خدمة فلسطيني الجنسية يقيمان عادة في الأردن على توريد الخدمات إلى مصر. وكان عقدهم لا يحدد القانون الواجب التطبيق فعندما تنظر المحكمة المصرية للتنازع فإنها تقرر تطبيق القانون الأردني على إعتباره قانون الموطن المشترك للمتعاقدين، ولما كان تحديد مفهوم الموطن وثبوته وكون الموطن مشتركاً من المسائل الداخلة في التكييف فانه يتقرر تطبيق قانون القاضي أي قانون المحكمة التي تنظر النزاع والمتمثلة بالقضاء المصري في مثالنا السابق^(٧٥).

وحسن فعل المشرّع العراقي، حين أخذ بضابط الإسناد وفق القانون المشترك للمتعاقدين، فبالإضافة إلى كونه القانون الأقرب إلى الأطراف الأكثر المأماً بقواعده، فانه يضمن للأطراف وحدة قانون العقد بتطبيق قانون الموطن المشترك وهو على خلاف ما هو عليه الأمر بالنسبة لضابط بلد التنفيذ في حالة كون التنفيذ يتم في أكثر من بلد وهو أمر كثير الحدوث في مجال عقود الخدمات، حيث يجب هنا إخضاع العقد لقانون أكثر من بلد وأحد^(٧٦).

كما إنّ المشرّع العراقي بتوجهه هذا يرفض ما سارت عليه النظرية الأجلو أمريكية المتعلقة بالقانون الأنسب لحكم العقد^(٧٧)، أو أي توجه يذهب إلى إعطاء القضاء المجال الواسع عند تحديد القانون الواجب التطبيق وفق الإرادة المفترضة. وبهذا فإنّ المشرّع قد جاء لحل قانوني يفترض على القاضي العمل به، موفراً على القضاء مهمة البحث عن الارادة المفترضة للأطراف أو إته حدّ منها بشكل ما^(٧٨).

بينما من زاوية أخرى يمكن إنّ يُعتبر هذا التوجه التشريعي محلاً للانتقاد، حيث إنّ الإسناد الجامد وفق قانون الموطن المشترك يعد عقبة في طريق تطور الحلول واتباع الحداثة في مجال الفن القانوني، التي تواءم بها مع ما تكشف عنه الحياة العصرية في عصر التكنولوجيا^(٧٩).

ويحق لنا السؤال عن مدى إمكانية تطبيق معيار قانون الموطن المشترك على عقود الخدمات الإلكترونية؟

يذهب رأي إلى إنّ من الصعب تطبيق قانون الموطن المشترك على العقود التي تبرم عبر الانترنت، لأنّ المورد يستطيع جعل موقعه على شبكة الانترنت على خلاف ما هو عليه الواقع فضلاً عن إمكانية تعدد المواقع، وعليه يكون من الصعب جداً اثبات الموطن عند التعاقد عبر النت بإعتبار إنّ فضاء النت هي مواقع افتراضية وإنّ المواقع الإلكترونية للمتعاقدين غالباً ما تكون مؤقتة^(٨٠).

زيادة على ذلك فإن أي موقع على الانترنت يمكن أن يقدم خدمات مركز رئيسي أو مجرد فرع المكان ملحق بمكان العمل. وربما لا يكون هناك موقع فعلي للشركة التي تمثل مقدمة الخدمة. حيث إن توريد الخدمات يتم إلكترونياً على الشبكة الدولية دون أن يكون هناك أي مكتب أو مقر للشركة مزودة الخدمة^(٨١). وتجدر الإشارة هنا إلى أهمية وجود مكان فعلي للمتعاقدين وأكدت على هذا المعنى المادة (٢/٤) من إتفاقية روما لسنة ١٩٨٠ (إذا دخل العقد في مجال تجارة أو مهنة أحد الأطراف فسيكون هناك دائماً مكان عمل يمكن التحقق منه عند تفسير البند).

الفرع الثاني: معيار الإسناد في حالة عدم تطابق موطن أطراف عقود الخدمات إن الفقه يشير إلى حالة أعمال قانون محل إبرام العقود الدولية أو قانون محل التنفيذ في إطار عدم تطابق موطن أطراف العقد (عدم امكان اعمال ضابط الموطن المشترك للمتعاقدين)^(٨٢)

إن التشريعات اختلفت في الأخذ بضابط الإسناد وفق محل الإبرام من حيث المرتبة. فبعدما استقرت قاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة بشكل أساس (المرتبة الأولى). فعند عدم تصريح أطراف العقد بقانون الإرادة ولم يتم التوصل إليها عن طريق الإرادة الضمنية، تذهب بعض التشريعات^(٨٣) إلى الرجوع إلى قانون بلد الإبرام في المرتبة الثانية. عند عدم تصريح أطراف العقد بقانون الإرادة ولم يتم التوصل إليها عن طريق الإرادة الضمنية

في حين يذهب اتجاه تشريعي آخر إلى إحلال قانون بلد الإبرام في المرتبة الثالث بعد غياب الاختيار الصريح والضمني. وعند غياب الموطن المشترك للمتعاقدين^(٨٤) والملاحظ هنا إن الاتجاه التشريعي الأول الذي يذهب إلى إحلال قانون بلد الإبرام في المرتبة الثانية بعد قانون الإرادة. لا يعني انه أهمل ضابط الإسناد وفق قانون الموطن المشترك للمتعاقدين، بل انه يعتبر قانون الموطن المشترك للمتعاقدين أكثر صلة بالعقد. وعليه فانه يتم الرجوع إليها ضمن قانون الإرادة المفترضة بإعتبار إن الأفراد قد اتجهت ارادتهم إلى قانون الموطن المشترك. وعليه لا يحتاج المشرع هنا إلى ادراجه والنص عليه وفق ضابط إسناد جامد ما دام القضاء قادر إلى الرجوع إليها في تحديد القانون الواجب التطبيق وفق قانون الإرادة^(٨٥).

إن حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في ٥ ديسمبر ١٩١٠. قد عبر عن هذا الاتجاه حيث اقر بأن القانون الواجب التطبيق على العقود عند غياب الاختيار الصريح أو الضمني هو قانون بلد الإبرام في حالة كون طرفي العقد مختلفي الجنسية^(٨٦). إذ يلاحظ اتجاه المشرع الفرنسي في حكمه السابق إلى الأخذ بقانون بلد الإبرام عند غياب الاختيار الصريح أو الضمني. ولكنه في ذات الوقت وضع قيد على هذا الرجوع وهو كون طرفي العقد مختلفي الجنسية وهذا التوجه يعتبر محل نظر^(٨٧).

وإن من الحجج التي يسوقها المؤيدين لإسناد قانون بلد الإبرام بأن هذا الإسناد يعبر عن صلة قوية بين العقد ومحل ميلاده الأول^(٨٨) ومن جهة أخرى فإن قانون بلد الإبرام يسهل على الأطراف الرجوع إلى القانون الذي يحكم العقد للتأكد من السلامة القانونية

للشروط التي يرومون ادراجها في العقد. كما إنّ الإسناد وفق محل إبرام العقد يكفل لأطراف العقد وحدة القانون المطبق على عقدهم على خلاف ما هو عليه الأمر عند تطبيق قانون محل تنفيذ العقد الذي يتصل بقانون أكثر من بلد خصوصاً في عقود الخدمات المستمرة التي يكون تنفيذها مرتبطاً بقانون أكثر من بلد.

ومع ما يسوقه أصحاب هذا التوجه من حجج تؤيد الإسناد إلى قانون محل الإبرام إلا إنّ هذا التوجه لا يقوم على أساس صحيح وإنّ كان مكان الإبرام هو محل ولادة العقدة وهذا الأمر لا يجعل من قانون الإبرام هو القانون الأكثر ارتباطاً بالعقد. كما يصعب التسليم بالقول بوجود رابطة قوية بين العقد والقواعد القانونية في قانون محل الإبرام^(٨٩).

فعليه قد يكون تحديد مكان العقد قد تم بناء على ظروف عارضة لا علاقة لها بالعقد وعندها لا يوجد أي روابط بين العلاقة التعاقدية والقانون المطبق عليها إذ إنّ في عقود الخدمات قد يعتمد الأطراف إلى الالتقاء في مكان ما لغرض إبرام العقد دون إنّ تكون هناك علاقة تربط من بين العقد والقانون بلد الإبرام. كما إنّ اختيار الأطراف لمكان الانعقاد قد تفرضه ظروف عملية بحيث يتم إبرام العقد في منطقة محايدة للطرفين وعليه يكون قانون بلد الإبرام في هذه الأحوال قانون بعيد الصلة عن الرابطة التعاقدية بل وقم تم اختياره بمحض الصدفة وهذا الإسناد مرفوض تماماً في مجال التعاقدات الدولية التي تشترط إنّ يكون القانون المطبق على العقد هو القانون الأكثر اتصالاً بالعقد والأكثر حقيقياً لمصلحة أطراف التعاقد^(٩٠).

كما إنّ قانون محل الإبرام إنّ كان في السابق يتفق مع الظروف البدائية للتعاقد مع صعوبة حركة الأموال والأشخاص إلا إنّ الأمر على خلاف ذلك في الوقت الحاضر خصوصاً بما يتعلق بتجارة الخدمات نتيجة التطور الكبير الحاصل في هذا المجال. وظهور اساليب جديدة في التعاقد بين غائبين وهذا ما يحدث في عقود تجارة الخدمات الإلكترونية التي تتم عبر الشبكة العالمية للإنترنت^(٩١).

وإذا كانت هذه الانتقادات توجه إلى قانون محل الإبرام كضابط إسناد بشكل عام إلا إنّ الأمر يزداد صعوبة وتعقيداً بالنسبة لعقود الخدمات الإلكترونية. حيث من الصعب تحديد مكان إبرام العقد في هذا النوع من العقود وتكمن هذه الصعوبة في اختلاف أماكن الإيجاب والقبول. كما إنّ صعوبة تحديد علم الموجب بالقبول يجعل من هذا الإسناد فاقد لما يقدمه من مزايا وحدة القانون المطبق على العقد وسهولة تحديده التي يؤيدها انصار هذا الاتجاه^(٩٢).

كما إنّ الوصول إلى تحديد مكان إبرام العقد في عقود الخدمات الإلكترونية لا يعني إنّ هذا القانون هو الأنسب لحكم العلاقة التعاقدية. وذلك لأنّ مصالح الأطراف لا تتحقق في هذا القانون إذ إنّ مصلحة الأطراف غالباً ما ترتبط بمبالغ واجبة السداد. أو تقديم الخدمات المستحقة الأداء. أو إجراءات معينة واجبة الاتباع وكل هذه الأمور ليست ذات صلة بقانون محل الإبرام^(٩٣).

كما إنّ من الصعب التسليم في القول بأنّ تطبيق قانون محل الإبرام يكفل للأطراف السلامة القانونية للشروط العقدية. إذ إنّ الأطراف في الغالب لا يضعون في اعتبارهم

عند التعاقد بأنّ قانون بلد الإبرام يكفل السلامة القانونية للشروط التعاقدية لأنّ من الأسهل على المتعاقدين الحصول على الاستشارة القانونية والاتجاه إلى إختيار القانون الذي يكفل السلامة القانونية للشروط التعاقدية التي يرومان ادراجها في العقد^(٩٤). وبالتالي يمكننا القول إنّ الإسناد إلى قانون بلد الإبرام عند سكوت الإرادة الصريحة أو الضمنية عن تحديده يحقق فائدة للمتعاقدين. تتمثل في العلم المسبق بالقانون الواجب التطبيق على عقدهم الأمر الذي يجنبهم تطبيق قانون آخر لا يوفر لهم الأمان القانوني المنشود وفق توقعاتهم المشروعة مع بقاء كون ضابط الإسناد وفق محل الإبرام لا يُعتبر الأكثر ارتباطاً بالرابطة التعاقدية لذلك يذهب اتجاه إلى اعمال قانون بلد التنفيذ بدلاً منه.

إنّ ضابط الإسناد وفق محل تنفيذ العقد مرتبط بموضوع العقد وليس بمكان إنشائه ولدى أهمية مكان تنفيذ العقد باعتباره المكان الذي تترتب العلاقة العقدية فيه فقد اهتم الفقه من وقت ليس بقصير بهذا المبدأ ويُعتبر الفقيه الألماني سافيني أول من ابرز أهمية هذا الضابط في إسناد العقود الدولية^(٩٥).

أخذت الكثير من التشريعات والاتجاهات القضائية^(٩٦) ضابط الإسناد وفق قانون بلد التنفيذ. في حالة غياب الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق.

وتتجلى أهمية ضابط بلد التنفيذ بأنّ الأخير هو المكان الذي تتجسد فيه الالتزامات التعاقدية. ويكون القانون الأكثر حفصاً لمصالح أطراف العقد كون إنّ الهدف من العقد أساساً هو تنفيذ المتعاقدين لالتزاماتهم ومن خلال هذا التنفيذ يصلان إلى الغاية التي يرومان الوصول إليها من خلال العقد. كما إنّ مكان التنفيذ لا يكون في معزل عن العقد بل يرتبط به ارتباطاً وثيقاً^(٩٧).

وعليه فإنّ الإسناد وفق هذا الضابط يقوم على أساس مصالح اشخاص عقود الخدمات. الأمر الذي يتماشى مع الاتجاه الحديث في إسناد العقد إلى القانون الأكثر رعاية لمصالح أطراف العقد من خلال التركيز المكاني للروابط القانونية بعناصرها المادية التي تظهر للعالم الخارجي. كما إنّ ظهور العناصر المادية للعقد إلى العالم الخارجي في دولة التنفيذ يكفل للغير حفظ مصالحهم من خلال العلم بوجود العلاقة التعاقدية^(٩٨).

كما إنّ في المنازعات التي تحدث في مرحلة لاحقة لتنفيذ عقود الخدمات عند عدم الإتيافاق على مكان محدد للتنفيذ من العسير إنّ يطبق على إجراءات تنفيذ العقد غير قانون البلد الذي يتم فيه تنفيذ العقد وهو الرأي الراجح. حيث إنّ تطبيق قانون دولة التنفيذ على الرابطة التعاقدية في مجموعها يوجب من التعارض في النصوص القانونية بالنسبة للقانون الواجب التطبيق. ويكفل بهذا الشكل وحدة القانون وانسجامه^(٩٩).

والى جانب ما يشكله إختيار قانون بلد التنفيذ من مزايا وبالأخص كونه يُعبّر عن التركيز الطبيعي وارتباط العقد بالقانون الواجب التطبيق وفق ضابط بلد التنفيذ. على إعتبار إنّ هذا القانون الأكثر تحقيقاً لمصالح أطراف العقد إلا أنّ هذا الضابط لا يخلو من الانتقادات ولعل ابرزها ما يتعلق بتعدد محال التنفيذ. ويكون الأمر اهون في حالة وجود مقر تنفيذ يمكن إعتباره رئيسياً. وبالتالي الرجوع إلى قانون بلد محل التنفيذ الرئيسي.

ولكن الأمر يزداد تعقيداً عند غياب محل التنفيذ الرئيسي الأمر الذي دفع البعض إلى القول بأهمية الركون إلى ضابط بلد الإبرام ضماناً لوحدة النظام القانوني المطبق على العقد^(١٠٠).

كما إنَّ تحديد مكان تنفيذ العقد قد لا يكون متيسراً، ففي عقود الخدمات التقليدية، قد يغفل أو لا يتفق الأطراف على مكان محدد للتنفيذ. كما لو أنهم لم يذكروا مكان الوفاء بالثمن. ففي هذه الحالة يتعذر الإسناد وفق هذا الضابط. ويذهب رأي إلى عدم امکان الرجوع إلى القواعد العامة في القانون من أجل تحديد مكان الوفاء في حالة غياب الإتفاق عليه. وذلك لأنَّ الرجوع إلى القواعد العامة يتوقف أصلاً على تحديد القانون الواجب التطبيق. الأمر الذي يتعذر معه الرجوع إلى قانون محل التنفيذ. لأنَّ الوصول إلى قانون بلد التنفيذ يقتضي بيان من هو الدائن ومن هو المدين من الأطراف لمعرفة المكان الذي يجب فيه الوفاء وهذا الأمر متوقف برمته على القانون الواجب التطبيق^(١٠١).

وكذلك ما الحكم اذا حدثت المنازعة قبل إتمام التنفيذ إذ في هذه الحالة لا يمكن الركون إلى الحل الذي يتجه إلى الانتظار إلى حين تنفيذ العقد بالقول انه يمكن حينها الرجوع إلى قانون بلد التنفيذ بات معروفاً. لأنَّ النزاع يحدث في المراحل الأولى من التعاقد أي قبل التنفيذ كما قلنا.

بقي إنَّ نشير إلى تطبيق ضابط الإسناد في عقود الخدمات الإلكترونية. حيث يشوب هذا النوع من العقود صعوبة راجعة إلى طبيعة الخدمات غير الملموسة إضافة إلى كون التعاقد والتنفيذ يتم غالباً عبر الفضاء الإلكتروني دون الحاجة إلى وجود مكان تنفيذ العقد.

ويذهب رأي في الفقه إلى إنَّ عقود الخدمات التي تبرم وتنفذ عبر شبكة الانترنت يُعتبر مكان التنفيذ فيها هو مكان متلقي (موطن متلقي الخدمة) وهو المكان الذي يرتبط فيه العميل بشبكة الانترنت^(١٠٢).

الخدمة غير إنَّ هذا الرأي لم يسلم من النقد. ففيل إنَّ تركيز التنفيذ في موطن المستخدم لا يكون فعالاً. إذ إنَّ عالم الفضاء الإلكتروني لا يمكن حده في موطن معين لذا فقد يكون المستخدم مرتبط بالشبكة عن طريق رمز مرور في حساب خارج موطنه الحقيقي. كما وإنَّ هذا الحكم إنَّ قبلنا به في العقود التي تنفذ بصورة فورية ولا تكون مرتبطة بالزمن. فإنَّ الأمر على خلاف ذلك في العقود التي تتصف بالإستمراية، وبالتالي لا يمكن الركون إلى هذا التوجه في اعتبار محل التنفيذ هو موطن المستخدم كقاعدة عامة^(١٠٣).

وخلص إلى القول إنَّ هذه الضوابط قامت على اعتبار كون العقود التي تبرم بين الأطراف عقود تتم بالطرق التقليدية فبالنظر إلى إمكان الرجوع إليها فيما يخص عقود الخدمات التقليدية. بيد إنَّ الأمر يختلف فيما يخص الخدمات الإلكترونية إذ إنَّ هذا النوع من العقود بالإضافة إلى صعوبة تحديد مكان إبرامه لأنه يتم عبر الفضاء الإلكتروني فإنَّ الأمر كذلك بالنسبة لمكان الموطن المشترك ومحل التنفيذ لأنَّ هذا النوع من التعاقد يكون عن طريق حسابات وكلمات مرور يصعب معها بيان موطن أو محل التنفيذ. الأمر الذي يتطلب إبعاد معايير الإسناد التقليدية لأنها وإنَّ تم من خلالها التوصل إلى القانون الواجب

التطبيق على العقد فإنّ هذا القانون لا يكون القانون الاصلح لحكم العقد وإنّ تم الوصول إلى هذا القانون عن طريق الحلول المطروحة لمعالجة إشكالية افتراضية تلازم هذا النوع من العقود.

المطلب الثاني: مدى اعمال ضوابط الإسناد المرنة في تحديد

القانون الواجب التطبيق على عقود الخدمات

إنّ الفقه طرح معايير الإسناد المرنة تأثراً بالانتقادات التي وجهت إلى معايير الإسناد الجامدة، إذ إنّ معايير الإسناد التقليدية قد لا تنسجم من توقعات أطراف عقد الخدمات، وتتمثل معايير الإسناد المرنة محل وسط لتطبيق القانون الأنسب لحكم العقد دون أن يؤثر ذلك على توقعات أطراف العقد، حيث إنّ معايير الإسناد المرنة تنظر إلى موضوع العقد وتحديد القانون الواجب التطبيق وفق طبيعة العقد لا وفق ضوابط ثابتة كما في المعايير الجامدة، وعليه يتم إستناد العقود وفق ضابط الإسناد المرن بأنّ تخضع كل مجموعة من العقود إلى القانون الذي يتناسب مع طبيعتها، وبهذا يكون العقد خاضع للقانون الاوثق صلة به، ويصطلح الفقه على هذا المعيار في الإسناد بالإسناد وفق الأداء المميز في العقد^(١٠٤)، وعليه سنبحث في هذا المطلب الإسناد المرن للرابطة التعاقدية في عقود الخدمات وفق نظرية الأداء المميز بإعتباره معيار الإسناد الحديث، وسنقسم هذا المطلب إلى فرعين نتناول في الأول منه مفهوم نظرية الأداء المميز، ونناقش في الثاني فعالية هذا المعيار بالنسبة لموضوع الدراسة.

الفرع الأول: مفهوم معيار الأداء المميز

إنّ معيار الأداء المميز للعقد يتمثل بتركيز العقد من خلال البحث عن روابط العقد بالقانون الواجب التطبيق من خلال وظيفته في الحياة الإقتصادية^(١٠٥)، إذ إنّ العقود ينظر إليها من خلال عناصرها الداخلية الأمر الذي يسمح بالإسناد المستقل لكل طائفة من طوائف العقود ذات الطبيعة الواحدة بالنظر إلى مكان الأداء المميز في هذه الطائفة من العقود، وعليه إذا كان العقد يعبر عن عدة التزامات فإنّ أحدها يعبر عن هذا العقد ويميزه، وبالتالي يتم الإسناد إليها تحديد القانون الواجب التطبيق في جميع جوانب العقد^(١٠٦).

وإنّ الإسناد وفقاً لهذا الضابط يمتاز بالمرونة مقارنة بأي ضابط إسناد آخر، كما انه يجنب الأطراف الكثير من إشكاليات ضوابط الإسناد الأخرى، فهو يكفل للأطراف وحدة النظام القانوني المطبق على عقدهم وغالباً ما يكون الالتزام بالأداء المميز إليها التزاماً واحداً، وبالتالي تجنب التعارض الذي قد يحصل في حالة تعدد القوانين المسند إليها^(١٠٧)، كما إنّ هذا النوع من الإسناد يتم من خلاله الوصول إلى القانون الأكثر صلة بالعقد وبالنسبة لكل نوع من أنواع العقود لأنه ينظر إلى كل طائفة من طوائف العقود بشكل مستقل، وإنّ فكرة الأداء المميز توفر للمتعاقدین الأمان القانوني دون أن يؤثر ذلك على مرونة الإسناد التي من خلالها يتم الوصول إلى القانون الواجب التطبيق حسب طبيعة العقد المتنازع فيه^(١٠٨).

كما إنَّ هناك فائدة اقتصادية واجتماعية من الأخذ بهذا الضابط في الإسناد إذ إنَّ في الأنظمة الحالية القائمة على التعامل بالنقد يكون دائماً التزام أحد أطراف العقد أداء مالي متمثل بدفع مبلغ من النقود. وعلى العكس من ذلك فإنَّ التزام الطرف الآخر يختلف حسب نوع العقد وبالتالي ما يوفر ميزة لتصنيف العقود وتميزها حسب كل نوع فيكون معبراً عن الوظيفة الاقتصادية للعقد^(١٠٩).

إنَّ الفقه والقضاء السويسري يُعتبر أول من اوجد مفهوم نظرية الأداء المميز. اذا كان أول حكم تضمن هذا المبدأ هو حكم المحكمة الفيدرالية السويسرية الصادر عام ١٩٥٢م^(١١٠). كما تبناها القضاء الفرنسي في حكم محكمة باريس الصادر في عام ١٩٥٥م في قضية تتعلق بنزاع عرض امام القضاء الفرنسي بشأن عقد دولي يتضمن توريد أجهزة صناعية. حيث إنَّ أطراف العقد لم يُعبَروا عن ارادتهم في إختيار القانون الواجب التطبيق على العقد. فحين عرض النزاع امام محكمة باريس. ذهبت المحكمة إلى إنَّ تطبيق قاعدة التنازع الفرنسية التي يتم بمقتضاها تحديد القانون الواجب التطبيق يجب إنَّ يكون موضوعيا بحيث يتم التوصل إلى القانون الأكثر ملائمة لحكم العقد وذلك من خلال البحث عن العناصر الأكثر صلة بالعقد. حيث اقرت المحكمة إنَّ المكان الذي يتم فيه الأداء المميز للعقد يُعتبر أكثر العناصر إرتباطاً بالعقد. وعليه فإنَّ القانون الواجب التطبيق وفق هذا المعيار هو قانون موطن البائع الذي يلتزم بتوريد الأجهزة الصناعية^(١١١). نظرا لما تقوم عليه نظرية الأداء المميز من إعتبارات في تحديد القانون الأنسب لحكم العقد فد تنبته العديد من التشريعات المختلفة كما نصت عليها الإتفاقيات الدولية. فقد أخذ بها التشريع السويسري في نص المادة ١١٧ من القانون الدولي الخاص السويسري لسنة ١٩٨٧م حيث نصت على انه عند سكوت المتعاقدين عن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد. يطبق القانون الدولة الأكثر إرتباطاً بالعقد. ويفترض وجود قانون الدولة الأكثر إرتباطاً بالعقد في محل الإقامة المعتاد للطرف الذي يلتزم بالقيام بالأداء المميز^(١١٢).

على إنَّ المشرع السويسري لم يكتف بالنص على العمل بمعيار الأداء المميز بل نص على تعداد من العقود على سبيل المثل وحدد أصحاب الأداء المميز فيها. ومن بين تلك العقود فنص على إنَّ المودع وصاحب الأداء المميز في عقد الوديعة . والكفيل في عقد الكفالة. وأضاف إنَّ صاحب الأداء المميز في عقود الخدمات هو مقدم الخدمة^(١١٣). أمَّا ما يتعلق بالإتفاقيات الدولية. فمن الإتفاقيات التي أخذت بنظرية الأداء المميز. إتفاقية لاهاي المبرمة في ١٥ يونيو ١٩٥٥ والخاصة بالقانون الواجب التطبيق على عقد البيع الدولي للمنقولات المادية. حيث أوردت المادة (٣) من هذه الإتفاقية عند غياب تحديد القانون الواجب التطبيق يتم الرجوع إلى قانون محل الإقامة المعتاد للبائع. بإعتبار إنَّ البائع هو الطرف الملزم بالأداء المميز في عقود بيع المنقولات المادية.

كما إنَّ إتفاقية روما لعام ١٩٨٠ قد تبنت الإلجاء ذاته في المادة الرابعة بفقرتها الثانية حيث وضعت قرينة على إعتبار قانون محل إقامة الطرف المدين بالأداء المميز هو القانون الأكثر إرتباطاً بالعقد. من خلال ما نصت عليه (بانه عند انعدام الإختيار الصريح. يسري

قانون الدولة التي يرتبط بها العقد أكثر وثوقاً، وتعتبر تلك الرابطة موجودة في قانون الدولة التي يوجد فيها محل الإقامة الاعتيادي وقت الانعقاد للطرف المدين بالأداء المميز في العقد).

كما إن من الإتفاقيات التي أخذت بالأداء المميز إتفاقية مكسيكو المبرمة في ١٧ مارس ١٩٩٤م، حيث نصت المادة (٩) من هذه الإتفاقية في حال غياب الإتفاق على القانون الواجب التطبيق أو كان الإتفاق غير فعال يطبق قانون الدولة التي يتصل بها العقد اتصالاً وثيقاً، ويجب على المحكمة التحقق من العناصر الموضوعية و الشخصية للعقد للوصول إلى القانون الأكثر ارتباطاً بالعقد.

الفرع الثاني: مدى اعمال ضابط الأداء المميز

إن لمعيار الأداء المميز مزايا كثيرة أدت إلى الأخذ به في التشريعات المختلفة وتطبيقه في الكثير من الاحكام القضائية، كما مر بنا سابقاً، إلا إن هذا لا يجعل هذا المعيار بمعزل عن الانتقادات حيث وجه لها بعض أوجه للنقد.

فيذهب رأي من الفقه إلى انه قد توجد ظروف استثنائية تجعل من تطبيق فكرة الأداء المميز غير ممكنة، ففي بعض العلاقات القانونية قد يصعب معها تحديد الطرف صاحب الأداء المميز، كما هو الأمر في عقد الوكالة بالعمولة مثلاً، أو الوكلاء التجاريين والسماسرة، في علاقاتهم مع المشروعات التي يمثلونها ومع عملائهم، فهنا يجب إن تكون وفق نظرية الأداء المميز خاضعة لقانون مكان الأداء المميز في حين إن هذا النوع من العقود يجب إن يخضع لقانون المكان الرئيسي الذي يزاولون فيه نشاطاتهم التجارية^(١١٤). كما إن القول بالأهمية الإقتصادية للأداء المميز تجعل من قانون محل صاحب الأداء المميز أكثر ارتباطاً بالعقد هو إسناد قائم على أساس اقتصادي واجتماعي يتصف بالغموض، ويمكن الاحتجاج عليه بكون الأداء النقدي غير خالي من الأهمية الإقتصادية، حيث يكون الأداء النقدي هو المقابل للأداء المميز واللازم لإتمام العقد، وإن الأداء النقدي بالغ الأهمية في جميع العمليات التعاقدية، في حين إن نظرية أداء المميز تطرحه جانباً ولا تعول عليه في إختيار القانون الواجب التطبيق كانه أداء هامشي لا أهمية له^(١١٥).

ومن جانب آخر فإن معيار الأداء المميز الذي أخذت به التشريعات المختلفة والإتفاقيات الدولية التي سبقت الإشارة إليها قائمة على الرجوع إلى القانون الأكثر ارتباطاً بالعقد مع فرض كون الأداء المميز من القرائن التي تفيد بذلك، فعليه لم تأتي نظرية الأداء المميز محل مباشر بل أعطت قرينة مفترضة على كون العقد يرتبط بقانون بلد الأداء المميز برابطة وثيقة.

يضاف إلى ذلك إن المزايا التي يحققها الإسناد وفق ضابط الأداء المميز من المحافظة على الأمان القانوني تؤمن للأطراف معرفة القانون الواجب التطبيق على عقدهم سلفاً، وحماية توقعاتهم المشروعة، قد يؤدي إلى نتائج عكسية، إذ إنه يؤدي إلى الإخلال بالأمان القانوني ولا يحقق للأطراف توقعاتهم المشروعة، في حالة كون العقود ذات طبيعة مركبة يصعب معها تعيين الأداء المميز للعقد^(١١٦)

كما إنّ الأخذ بضابط الأداء المميز يضرّ بمصلحة الطرف الضعيف المتمثل بمتلقي الخدمات لأنّ التزام متلقي الخدمة يتمثل دائماً بتقديم مبلغ من النقود خلافاً لمقدم الخدمة الذي يُعتبر التزامه هو الأداء المميز في عقود الخدمات، وبالتالي فإنّ الإسناد وفق هذا الضابط سيؤدي في اغلب الأحوال إلى تطبيق قانون الطرف القوي في العقد، وبالتالي فإنّ الإسناد وفق هذا المبدأ قد لا يحقق حماية للعاقدين الضعيف^(١١٧).

يمكننا القول إنّ تطبيق نظرية الأداء المميز على عقود الخدمات، ملائمة إلى حد كبير على الرغم من أنها تعطي معيار مرناً للقاضي بالرجوع إلى قانون القانون الأنسب لحكم العقد، كما هذا الضابط احتياطي يتم الرجوع إليها عند غياب الإرادة الصريحة أو الضمنية في تحديد القانون الواجب التطبيق، كما إنّ القول بأنّ هذا الضابط يؤدي إلى الأضرار بمصلحة العاقد الضعيف في مجال عقود المستهلكين في المقابل الإسناد الجامد للعقد لا يحقق حماية للطرف الضعيف بل إنّ الحماية للطرف الضعيف تتم من خلال التشريع بالنص على أصناف معينة من العقود وإخضاعها إلى قانون محدد أو قواعد خاصة بها لا تقبل معها تطبيق القانون الأجنبي.

الخاتمة: -

في نهاية بحثنا عن القانون الواجب التطبيق لا يسعنا إلا أن نوجز أهم ما توصلنا إليه من النتائج ونقترح بعض التوصيات المتواضعة التي نعتقد أن من شأنها المساهمة في حل مشكلة تنازع الاختصاص التشريعي في عقود الخدمات

أولاً: - النتائج

١- يعتبر مبدأ قانون الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق بالغ الأهمية في نطاق عقود الخدمات الدولية إذ أنه يتيح لأطراف العقد اختيار القانون الأنسب لحكم علاقتهم التعاقدية

٢- تغلب صفة الإذعان على عقود الخدمات مما يجعل حرية الاختيار المطلقة قد تلحق الضرر بالطرف الضعيف المتمثل بمتلقي الخدمة لذا يجب مراعاة قواعد حماية المستهلكين أثناء تطبيق مبدأ حرية الاختيار

٣- أن اتفاق أطراف عقد الخدمات قد يكون صريحاً بأن يحدد القانون الواجب التطبيق بشكل صريح أو قد لا يكون كذلك وفي هذه الحالة يتعين على القاضي الرجوع إلى ظروف التعاقد والاستدلال بالقرائن الداخلية والخارجية للوصول إلى الإرادة الضمنية

٤- أن تطبيق قواعد الإسناد الاحتياطية الجامدة على عقود الخدمات لا تؤدي في الغالب إلى تطبيق القانون الأنسب لحكم العلاقة التعاقدية على اعتبار أن هذه المعايير تطبق بشكل عام على جميع العقود متى ما غاب الاتفاق الصريح دون النظر إلى ملائمة هذه المعايير لطبيعة العقد وإسناده إلى القانون الأنسب لحكمه

٥- أن الأخذ بالإسناد المرن في عقود الخدمات من خلال النظر إلى موضوع العقد وتركيز الرابطة التعاقدية وفق طبيعة العقد يؤدي غالباً إلى تطبيق قانون أنسب لحكم العلاقة التعاقدية ما عليه الأمر في الإسناد الجامد.

ثانياً: - التوصيات

١- نامل من المشرع العراقي تعديل المادة (١/٢٥) من القانون المدني العراقي لما لها من أهمية في تحديد القانون الواجب التطبيق بحيث تتضمن الأخذ بضوابط الاسناد الحديثة كضابط اسناد احتياطي عند غياب الاختيار الصريح او الضمني. ويقترح ان يكون نص المادة (يطبق على الالتزامات التعاقدية القانون الذي تتجه اليه إرادة اطراف العقد صراحة أو ضمناً. وفي حال سكوت الإرادة عن الاختيار يطبق قانون الدولة التي يتم فيها الأداء المميز)

٢- التأكيد على أهمية إبرام اتفاقيات دولية يتم من خلالها يتم من خلالها تنظيم عملية تجارة الخدمات عبر الحدود. مع مراعات المصلحة العامة للأفراد من خلال التأكيد على تضمين قواعد حماية المستهلك.

الهوامش:

- ١- د. هشام علي صادق، تنازع القوانين، دار المعارف، مصر- الاسكندرية، ط٢، ١٩٧٢، ص٤
- ٢- د. ممدوح عبد الكريم، تنازع القوانين، ط١، دار الثقافة، عمان الأردن، ٢٠٠٥، ص١٦١
- ٣- إن المقصود بالمرسة الإيطالية مجموعة الفقهاء الإيطاليين الذين وضعوا أول الحلول في معالجة مشاكل تنازع القوانين في مدن شكال إيطاليا ويطلق عليها الشراح المدرسة الإيطالية القديمة تمييزاً لها عن مدرسة مانشيبي والمعروفة بالمدرسة الإيطالية الحديثة (الفنلرية الشخصية). د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص ج٢، تنازع القوانين وتتنازع الاختصاص القضائي، الدوليين، ط١، ١٩٦٩، ص٦٠. د. محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، ط٢، دار الثقافة الجامعية، الإسكندرية- مصر، ١٩٩٢، ص٣٦. و د. هشام صادق تنازع القوانين، ط٢ منشأة المعارف، الإسكندرية- مصر، ١٩٧٤، ص١٨٢
- ٤- د. هشام صادق، مصدر سابق، ص ٢١٨
- ٥- د. منير عبد المجيد، تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة الإسكندرية، منشأة المعارف، ١٩٩٢، ص ٢٢
- ٦- د. محمد محمود ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، ط١، دار المعارف، الإسكندرية- مصر، ٢٠٠٠، ص ٢٧.
- ٧- د. عبد الرسول عبد الرضا الاسدي، احكام التنازع الدولي للقوانين، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان، ٢٠١٢، ص ٣٢
- ٨- د. عز الدين عبد الله، مصدر سابق، ص ١٣٢
- ٩- د. احمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع اصولاً ومنهجاً، ط١، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة- مصر، ١٩٩٦، ص ١٠٦٠
- ١٠- د. طارق عبد الله، تمازج القوانين في عقود التجارة الدولية، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠١، ص ٣٥.
- ١١- د. عوني محمد الفخري، إرادة الاختيار في العقود الدولية التجارية والمالية، ط١، منشورات زين الحقوقية، بيروت لبنان، ٢٠١٢، ص ٤٢
- ١٢- د. احمد عبد الكريم، مصدر سابق، ص ٢٩٥
- ١٣- د. هشام صادق، مصدر سابق، ص ٦٤٩
- ١٤- د. حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، ج١، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان، ٢٠٠٢، ص ٤١٦
- ١٥- د. إبراهيم بن احمد سعيد، القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود التجارة الإلكترونية، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة- مصر، ٢٠٠٩، ص ١١٥

16- 1980 Rome Convention on the law applicable to contractual obligations, Article 3 Freedom of choice

(A contract shall be governed by the law chosen by the parties. The choice must be expressed or demonstrated with reasonable certainty by the terms of the contract or the circumstances of the case. By their choice the parties can select the law applicable to the whole or a part only of the contract)

١٧- إتفاقية لاهاي لسنة ١٩٨٥ الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على البيع الدولي للبضائع (٧م)

- ١٨ - د. محمد محمود ياقوت، مصدر سابق، ص ٢٢
- ١٩ - القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل.
- ٢٠ - القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ المعدل.
- ٢١ - قد رأت لجنة تعديل القانون المدني المصري تعديل نص المادة ١/١٩ مالاتي (يسري على الشروط الموضوعية للتصرف القانوني وما يترتب عليه من التزامات القانون الذي اتجهت إليها الإرادة الصريحة أو الضمنية. فإن لم توجد سري قانون الدولة التي تم فيها التصرف وفقاً لما يقرره القانون المصري) راجع د. حسن الهذواي، تنازع القوانين واحكامه في القانون الدولي الخاص الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٧٤، ص ١٩٤
- ٢٣ - المادة ٢٧ من القانون المدني الألماني لسنة ١٩٨٦، والمادة ٣٥ من القانون الدولي الخاص النمساوي لسنة ١٩٧٩. والمادة ٢٤ من القانون الدولي الخاص المجري لسنة ١٩٧٩. المادة ٢٤ من القانون الدولي الخاص التركي لسنة ١٩٨٢. أشار إليها د. ممدوح عبد الكريم، مصدر سابق، ص ١٦٥
- 24- M.Fallonet J.Meeusen, op.cit, p455. Jerome Huct, ledroit applicable dans lesreseaux numeriques, J.DI, P.746
- ٢٥ - د. احمد محمد الهواري، حماية التعاقد الضعيف في القانون الدولي الخاص، ط٢، دار النهضة، القاهرة-مصر، ٢٠٠٠م، ص ٨٧-٩٤
- ٢٦ - د. احمد عبد الكريم سلامة، مصدر سابق ص ٤٦٥
- ٢٧ - د. احمد محمد الهواري، مصدر سابق، ص ٩٢
- ٢٨ - د. خالد عبد الفتاح محمد خليل، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار الجامعة الجديد، الإسكندرية، ٢٠٠٩، ص ١٠٣-١١٠
- ٢٩ - د. بدر شكيب الرفاعي، عقود المستهلك في القانون الدولي الخاص، ط١، دار الكتب القانونية، القاهرة-مصر، ٢٠١١، ص ١٥٣
- ٣٠ - هشام علي صادق، مصدر سابق، ص ١٢٩
- ٣١ - د. احمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع، مصدر سابق، ص ١٠٥٩
- ٣٢ - د. ممدوح عبد الكريم، مصدر سابق، ص ١٦٧
- ٣٣ - المراد هنا بالطرق التقليدية للتعاقد هي أسلوب التعاقد بين حاضرين أو بشكل ادق هي التعاقد عن طريق الكتابة أو ما يقابلها غير التعاقد عبر شبكة الانترنت الذي يكون في كثير من الأحيان يحتاج إلى قواعد أخص من القواعد العامة في التعاقد.
- ٣٤ - د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص ٣٦٤.
- ٣٥ - د. عادل أبو هشيم، عقود خدمات المعلومات الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة-مصر، ٢٠٠٥، ص ٧٧-٧٥
- ٣٦ - المصدر نفسه، ص ٧٨
- ٣٧ - للاستزادة حول الموضوع يراجع د. محمود محمد ياقوت، حرية اختيار قانون العقد الدولي، ط١، منشأة المعارف، الإسكندرية-مصر، ٢٠٠٤م، ص ٦٦ وما بعدها
- ٣٨ - د. هاشم صادق، مصدر سابق، ص ١١٣
- ٣٩ - د. عوني محمد الفخري، مصدر سابق، ص ١٣٢
- ٤٠ - د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص ٦٦٤
- ٤١ - د. عوني محمد الفخري، مصدر سابق، ص ٥٩-٦١
- ٤٢ - د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص ٦٧١
- ٤٣ - د. احمد عبد الكريم، علم قاعدة التنازع، مصدر سابق، ١٠١٨
- ٤٤ - د. هشام علي صادق، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص ١٨٧. ود. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، ج٢، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، ط١، ١٩٦٩، ص ١٣٥. ود. فؤاد رياض-د. سامية راشد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، ج٢، تنازع القوانين، ١٩٧٤، ص ٣٦٧. د. منصور مصطفى منصور، مذكرات في القانون الدولي الخاص، الإسكندرية ١٩٥٦، ص ٣١٥. ود. جابر عبد الرحمن، ص ١٦٦

٤٥- يذهب إلى هذا الاتجاه من فقه المدرسة الإيطالية القديمة الفقيه بارنول حيث أخذ بفكرة تجزئة العقد، فقد فرق بين الآثار المباشرة وأخضعها لقانون محل الإبرام، وبين الآثار غير المباشرة مثل أضرار المدين والتقدم وأخضعها لقانون محل التنفيذ، فإذا كان هذا القانون غير محدد فتخضع حينها الآثار غير المباشرة لقانون البلد الذي ينظر في الدعوى أو ما يعرف بقانون القاضي. راجع د.

محمود أحمد ياقوت، مصدر سابق، ص ٢٧٤

٤٦- د. عز الدين عبد الله، مصدر سابق، ص ٤٥٦

47- P.Louis Lucas, La liberte contractuelle et le droit int. prive francais, Melanges Dabin, Tome II, 1963, 763

٤٨- يستثنى من هذا التعميم النظم القانونية الانجلوسكسونية، راجع د. هشام علي صادق، مصدر سابق، ص ٦٧-٦٨

٤٩- د. هشام علي صادق، مصدر سابق، ص ٥٢٨

٥٠- القواعد ذات التطبيق الضروري هي القواعد التي لا تقبل بطبيعتها استبعادها وتطبيق القانون الأجنبي لارتباطها بمخلف مصالح الأفراد وبالتالي فالقاضي يطبق القانون الوطني حصراً إذا ما كان في مواجهة هذا النوع من القواعد، راجع د. أحمد عبد الكريم سلامة، القواعد ذات التطبيق الضروري، بحث منشور، المجلة المصرية للقانون الدولي، عدد ١٩٨، ص ٤٠، ص ١٣٣

٥١- د. أحمد عبد الكريم، علم قاعدة التنازع، مصدر سابق ص ١٠٩٢

٥٢- أشار إليه د. عادل أبو هشيمة، مصدر سابق، ص ١٠٥

٥٣- د. عادل أبو هشيمة، المصدر السابق، ص ١١٣

٥٤- تغلب اليوم على عقود الخدمات الدولية تحريرها باللغة الإنجليزية والتي تعتبر لغة التجارة والأعمال في كل أنحاء العالم فضاء من كونا اللغة الرسمية لأكثر من دولة الأمر الذي يجعل الركون إليها للدلالة على الإرادة الضمنية لاختيار قانون يحكم عقود الخدمات أمر مستبعد في كثير من الأحيان.

٥٥- د. هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، ص ٢٠٠٣، ص ٢٦٣.

٥٦- إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨، ص ٣٤٤

٥٧- د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص ٤١٨

٥٨- المصدر السابق، ص ٤١٩.

٥٩- د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة-مصر، ١٩٨٩، ص ٢٤٣

٦٠- د. عادل أبو هشيمة، مصدر سابق، ص ٦٤

٦١- أخذ بهذا التوجه القانون المدني العراقي في المادة (٢٥) من القانون المدني عند غياب الاختيار الصريح أو الضمني، ولم يوجد موطن مشترك للمتعاقدين، يخضع العقد لقانون بلد الإبرام وهذا الاتجاه سار المشرع المصري والأردني.

64 - Batiffol et Lagarde Droit international prive economica , 11, paris , 1983,P.584.

٦٥- د. أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع، مصدر سابق، ص ١٠٥٢

٦٦- هشام علي صادة، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق ص ٤٢١

٦٧- د. إيناس محمد الهيجي ود. يوسف المصري، تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص، ط ١، المركز القومي للإصدارات القانونية، ٢٠١٣، ص ٦٧

٦٨- د. غالب علي الدواوي، حسن الهداوي، مصدر سابق، ص ٢٢٣

٦٩- د. هشام خالد، التنازع الانتقالي في تنازع القوانين، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية - مصر، ٢٠٠١، ص ٧٥.

٧٠- د. إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، الموطن ومركز الأجانب، ط ١، دار النهضة العربية، القاهرة-مصر، ٢٠٠١، ص ٨.

٧١- د. إبراهيم أحمد سعيد، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية الإلكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة-مصر، ٢٠٠٩، ص ١٥١

72- Article (102) (Le domicile de tout Français, quant à l'exercice de ses droits civils, est au lieu où il a son principal Établissement)

٧٣- د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في تنازع القوانين، ط ١، دار النهضة العربية، القاهرة-مصر، ٢٠٠٨، ص ١١٠٣

٧٤- د. إبراهيم أحمد سعيد، مصدر سابق، ص ١٥٣.

- ٧٥- د. برد الدين عبد المنعم، العلاقات الدولية الخاصة احكام الجنسية والموطن ومركز الأجانب، مطبعة العشري، القاهرة- مصر، ٢٠٠٥، ص ٣٢٦
- ٧٦- د. يونس صلاح الدين علي القانون الدولي الخاص دراسة تحليلية في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الاحكام الأجنبية، ط١، منشورات زين الحقوقية، بيروت لبنان، ٢٠١٦، ص ٣٨٧.
- ٧٧- محمد خالد عبد الفتاح، حماية المستهلك في القانون الخاص، دار النهضة، الإسكندرية، ٢٠٠٢، ص ١٥٤
- ٧٨- هذا ما تضمنه حكم المادة (٢٥) حيث قضت بتطبيق قانون الموطن المشترك في حالة غياب الاختيار الصريح والضمني، ولم تتناول حكم بالبحث عن القانون الأنسب أو الأكثر صلة بالعقد حيث نصت (يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك ...)
- ٧٩- د. احمد عبد الكريم سلامة، مصدر سابق، ص ١١٠٣
- ٨٠- د. إبراهيم احمد سعيد، مصدر سابق، ص ١٦٨.
- ٨١- عادل أبو هشيمة، مصدر سابق، ص ٧٧.
- ٨٢- د. هشام خالد، مصدر سابق، ص ٧٥ و. د. ابراهيم احمد ابراهيم، القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، ٢٠٠١، ص ٦٧.
- و.د. عادل أبو هشيمة، مصدر سابق، ص ٩٨
- ٨٣- كالتقانون الدولي الخاص الألماني، والقانون الدولي الخاص السويسري، أشار اليه. احمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع مصدر سابق، ص ١١٠٢
- ٨٤- ومن هذه التشريعات، المادة (٢٥) من القانون المدني العراقي رقم: المادة (١٩) من القانون المدني المصري والمادة، وبتنقس الاتجاه أخذ المشرع الأردني
- ٨٥- هشام علي صادق، مصدر سابق، ص ٥٥٢
- ٨٦- أشار اليه. هشام علي صادق، مصدر سابق، ص ٥٤٩
- ٨٧- إن الإسناد إلى قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين اتجاه منتقد، في مجال العقود الدولية، وذلك لضعف الصلة بين قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين والرابطة التعاقدية، حيث يعتبر الفقه أن رابطة الجنسية تعد عنصر محايدي في عقود المعاملات الدولية ولا تصلح وحدها لتقرير دولة العقد، وعلى خلاف ذلك فإن الإسناد إلى رابطة الجنسية المشتركة قد يجد ما يبرره اذا اقترنت بطروفي أخرى تكشف عن إرادة أطراف العقد الضمنية راجع د. هشام علي صادق المصدر السابق ٥٥١.
- ٨٨- Adolf F. Schnitzer, Le droit. Privet Suisse n matière d obligations المنشور في مجلة دراسات لاهاي ١٩٦٨، ج ١، ص ٥٤٨
- ٨٩- د. هشام علي صادق، مصدر سابق، ص ٥٥٤
- ٩٠- د. احمد اشرف الدين، عقود التجارة الإلكترونية، دروس الدكتوراه لدبلوم القانون الخاص وقانون التجارة الدولية، ٢٠٠١، ص ١٥٦
- ٩١- عادل أبو هشيمة حوته، مصدر سابق، ص ٩٣
- ٩٢- د. إبراهيم احمد سعيد، مصدر سابق، ص ١٥٦
- ٩٣- د. احمد عبد الكريم، علم قاعدة التنازع، مصدر سابق، ص ١١٠٥
- ٩٤- د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق ص ٤٤٦.
- ٩٥- أشار إلى ذلك، د. هشام علي صادق، عقود التجارة الدولية، ص ٤٢١ د
- ٩٦- أخذ هذا المسلك القضاء الألماني عند غياب الإرادة الصريحة أو الضمنية، وأخذ بذات المبدأ القضاء الفرنسي فيما يتعلق بأثار العقد، وبذات المسلك سار القضاء الإنجليزي تاركاً ضابط الإسناد وفق قانون بلد الإبرام. أشار إلى ذلك د. عز الدين عبد الله، مصدر سابق، ص ٤٣٥
- ٩٧- د. عصام الدين القصبي، النظام القانوني للعمليات المصرفية الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة- مصر، ١٩٩٣، ص ٥٠
- ٩٨- د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق ص ٥٥٩
- ٩٩- د. عنایت عبد الحسين ثابت، أساليب فض تنازع القوانين ذي الطابع الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة- مصر، ١٩٩٨، ص ١٣٠ وما بعدها

- ١٠١- د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق ص ٥٦١
- ١٠٢- د. عادل أبو هشيمة، مصدر سابق، ص ٩٧
- ١٠٣- د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق ص ٥٥٧
- ١٠٤- د. ايناس محمد الهيجي، ود. يوسف المصري، تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠٠٩، ص ٧١
- ١٠٥- د. هشام علي صاد، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، ص ٥٥٤
- ١٠٦- د. احمد محمد الهواري، حماية العاقد الضعيف في القانون الدولي الخاص، ط ٢، دار النهضة العربية، القاهرة-مصر، ٢٠٠٠م، ص ١٤٦
- 107- LAGRDE, Lenouveau droit international prive des contrats, 1991, p320
- ١٠٨- د. احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي مصدر سابق، ص ١٩٩
- ١٠٩- د. احمد محمد الهواري، مصدر سابق، ص ١٤٥
- ١١٠- صدر هذا الحكم في الغرفة المدنية الأولى للمحكمة في ١٢ فبراير ١٩٥٢ والمشار إليه. عادل أبو هشيمة، مصدر سابق، ص ٩٩
- ١١١- د. احمد محمد الهواري، المصدر السابق، ص ١٤٧
- 112 the - Article (117) Swiss Private International Law(1) In the absence of a choice of law, contract shall be governed by the law of the State with which it is most closely connected.
- ١١٣- المادة (١١٧) من القانون الدولي الخاص السويسري بقرئها الثالثة حددت يُعتبر من بين ما يلي صاحباً داء مميز في العقد وأورد عقود الخدمات في القطعة (c) والتي نصت على:
- 3- In particular, the following shall be considered the characteristic obligation:
c. The service provided, in the case of mandates, work and labor contracts, and similar service contracts.
- 114- O. LANDO, international contracts, Encyclopedia of comparative law, III, 24N 251, P170
- ١١٥- د. احمد الهواري، مصدر سابق، ص ١٥٠
- ١١٦- د. هشام علي صاد، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص ٥٦١
- ١١٧- د. خالد عبد الفتاح محمد، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، ط ١، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية-مصر، ٢٠٠٩، ص ١٧٢