مجلة كامبريدج للبحوث العلمية

مجلة علمية محكمة تصدر عن مركز كامبريدج
للبحوث والمؤتمرات في مملكة البحرين

العدد ـ ٤١

كانون الثاني ـ ٢٠٢٥

CAMBRIDGE
RESEARCH AND CONFERENCES CENTER

CJSP
ISSN-2536-0027

مجلة كامبريدج للبحوث العلمية: مجلة علمية محكمة
تصدر عن مركز كامبريدج للبحوث والمؤتمرات–العدد الحادي الاربعون – كانون الثاني ٢٠٢٥– رجب ١٤٤٦
ISSN-2536-0027

تنازع القوانين في عقد انتاج مستحضرات التجميل

م. نسرين قحطان عبد الرزاق
كلية القانون – الجامعة المستنصرية
ا.م.د علي غصن
كلية القانون – الجامعة الاسلامية اللبنانية

الملخص :
ان الأضرار الناشئة عن استعمال المستحضرات التجميلية تزداد يوماً بعد الأخر نتيجة لسرعة تطورها ,وتنوع المواد الداخلة في تركيبها بالإضافة إلى تعقيد عملية تصنيعها وتركيبها ، إذ ان أي إخلال من أي طرف من أطراف الرابطة العقدية بالتزاماته يؤدي بالنتيجة إلى إصابة الطرف الآخر بضرر وبما ان العقود المبرمة بين المنتِج والمستهلك قد تكون عابرة للحدود فمن المؤكد ينشأ عنها تنازع قوانين اذ يحاول كل قانون ان يختص بنظر النزاعات الناجمة عن ابرام هذه العقود.
اذ يرتبط مُنتج مستحضرات التجميل سواء كان بوصفه شخص طبيعي او معنوي (شركات انتاج مستحضرات التجميل) بعقد مع وكلاء معتمدين او الافراد لتزويدهم بالمستحضرات التجميلية وكغيره من العقود يلتزم المنتج بوصفه احد اطراف العقد بجملة من الالتزامات لعل ابرزها هو الالتزام بالمعلوماتية وضمان السلامة وغيرها من الالتزامات وقد يشوب هذا العقد الصفة الاجنبية في احد عناصرها سواء كان من حيث الاشخاص او الموضوع او السبب ايهما تحقق يصبح العقد ذو صفة دولية مما يثير مشكلة تنازع القوانين ، فالسؤال الذي يثور في هذه الحالة ما هو القانون الواجب التطبيق على هذا العقد في حالة أصابة أحد الأطراف بضرر نتيجة أخلال الطرف الاخر بإلتزاماته العقدية ؟ مما يتطلب منا تطبيق القواعد الموضوعية للقانون الدولي الخاص لتحديد القانون الذي يحكم العقد والنزاع الذي يمكن ان ينشأ عنه ، سنبحث في تحديد القانون وفق ضابط الاسناد الذي يحكم العقد بموجب المادة ٢٥ من قانون المدني العراقي التي تخضع الالتزامات العقدية لقانون الارادة الصريحة وان لم تكن موجودة يصار الى الارادة الضمنية وفي حالة انعدامها يصار الى قانون الموطن المشترك للاطراف واذا اختلفا في الموطن يصار الى ضابط الاسناد الاخير الا وهو محل ابرام العقد .

Summary
The damages resulting from the use of cosmetic products are increasing day after day as a result of the speed of their development, the diversity of the materials involved in their composition, in addition to the complexity of the process of their manufacture and installation, as any violation... Any of the parties to the contractual association, in fulfilling its obligations, results in the other party being harmed, and since the contracts concluded Between the producer and the consumer, it may be cross-border, and it will certainly give rise to a conflict of

مجلة كامبريدج للبحوث العلمية: مجلة علمية محكمة
تصدر عن مركز كامبريدج للبحوث والمؤتمرات–العدد الحادي الاربعون – كانون الثاني ٢٠٢٥– رجب ١٤٤٦
ISSN–2536–0027

laws, as each law attempts to deal with the disputes resulting from the conclusion of these contracts.

The producer of cosmetics, whether as a natural or legal person (cosmetics production companies), is bound by a contract with accredited agents or individuals to provide them with cosmetics. Like other contracts, the producer, as one of the parties to the contract, is bound by a number of obligations, perhaps the most prominent of which is the obligation to informatics, ensuring safety, and other obligations. This contract has a foreign character in one of its elements, whether in terms of persons, subject matter, or reason. Whichever is achieved, the contract becomes an international character, which raises the problem of conflict of laws. The question that arises in this case is what is the law that must be applied to this contract in the event that one of the parties suffers damage. As a result of the other party's breach of its contractual obligations? Which requires us to apply the substantive rules of private international law to determine the law that governs the contract and the dispute that may arise from it. We will look to determine the law according to the attribution officer who governs the contract according to Article ٢٥ of the Iraqi Civil Code, which contractual obligations are subject to the law of explicit will, and if it does not exist, it becomes To the implicit will, and in the event of its absence, it becomes the law of the common domicile of the parties, and if they differ in the domicile, it goes to the final assigning officer, which is the place of concluding the contract.

المطلب الاول

القانون الواجب التطبيق على عقد انتاج مستحضرات التجميل

تلعب الإرادة دوراً مهماً في مجال الاعمال القانونية ، إذ هي التي تحدد الاثار المترتبة على التعاملات التعاقدية ، وبما ان العقود التي يتم أبرامها بين المنتِج والمستهلك قد تتصف بالصفة الدولية لذلك يثار التساؤل حول القانون الواجب التطبيق على المسؤولية الناشئة عن هذه العقود ، إذ ذهب الرأي الغالب في ان تحديد القانون الواجب التطبيق على هذه المسؤولية يتم بالرجوع الى إرادة طرفي العقد سواء كأنت هذه الإرادة صريحة أم ضمنية ، مع ضرورة مراعاة عدم مخالفة القانون والنظام العام والآداب العامة، وعليه سنخصص هذا المطلب لبيان دور الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق وذلك في الفرع الاول، ومن ثم سنخصص الفرع الثاني لبيان قانون الإرادة .

الفرع الأول

دور الارادة في تحديد القانون الواجب التطبيق

ان الصفة الدولية للعقود المبرمة بين المنتِج والمستهلك وكونها تتعلق بأكثر من دولة سواء كان من حيث جنسية الاطراف المتعاقدة او سبب ابرام العقد او موضوع العقد من شأنها ان تثير اشكالية تحديد القانون الذي يحكم النزاع المعروض امام القاضي ، ومنها الاضرار الناشئة عن إخلال أحد اطراف

مجلة كامبريدج للبحوث العلمية: مجلة علمية محكمة
تصدر عن مركز كامبريدج للبحوث والمؤتمرات–العدد الحادي الاربعون – كانون الثاني ٢٠٢٥– رجب ١٤٤٦
ISSN-2536-0027

العلاقة العقدية فيها والمؤدية الى قيام المسؤولية العقدية ، أذ من غير الممكن تصور وجود أي اتفاق او أي عقد له قوة الزام ذاتية، بل ان قوته الملزمة تنشأ من اختيار أطرافه للقانون الذي يحكمه فهم الذين يّكونون نظامه القانوني[١]، وهذا ما يعرف بمبدأ قانون الإرادة [٢]، ومع مرور الزمن اصبح مبدأ حرية الأطراف المتعاقدة (مبدأ قانون الإرادة او سلطان الإرادة)[٣] هو المبدأ الأساس في العقود الدولية فأعطى أصحاب الإرادة الحق في اختيار القانون الذي يحكم عقدهم[٤] ، إذ ان جوهر فكرة الإرادة في تنازع القوانين تتمثل بالاعتراف لأطراف العقد باختيارهم للقانون الواجب التطبيق على علاقتهم العقدية في حالة حدوث خلاف بينهم أو إخلال احد اطراف العقد بالتزامه مما يؤدي الى اثارة مسؤوليته العقدية، وعند اختيار القانون الواجب التطبيق من خلال الرجوع الى إرادة الأطراف المتعاقدة فهنا ينتهي دور هذه الارادة ويخضع العقد في هذه الحالة خضوعاً تاماً للقانون المختار من قبل الأطراف [٥]، الذين لا يمكن لهم بعد ذلك ان يتدخلوا للحد من هذا الخضوع ما لم يحتفظوا لأنفسهم بحق التغيير منذ بدء ابرامهم للعقد[٦]، ونعني بذلك بأن للمتعاقدين عند ابرامهم للعقد الدولي حق القيام بإضافة بنود في العقد تحديد القانون الواجب التطبيق عليه في حال نشوب أي نزاع ، وفي هذه الحالة يتم تطبيق هذا القانون على العقد باكمله ، وبما ان الاطراف المتعاقدة لهم الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم لذلك واستناداً لهذه الحرية يحق لهم أيضاً تجزئة العقد الدولي [٧] ، وذلك يتحقق من خلال اختيارهم لأكثر من قانون ليحكم أجزاء العقد المختلفة أو قد يقوموا بأختيار قانون معين ليحكم جزء معين من العقد في حين يتم الاتفاق بينهم على ان بقية أجزاء العقد يحكمها قانون آخر [٨] ، ولا بد من القول ان حرية الأطراف المتعاقدة في تجزئة العقد الدولي ليست مطلقة بل هي مقيدة بقيد النظام العام[٩] وقواعد البوليس[١٠] .

ويقصد بتجزئة العقد قيام المتعاقدين باختيار أكثر من قانون ليحكم الرابطة العقدية فيما بينهم ، والتجزئة قد تشمل الشروط الموضوعية فيتم تجزئة العناصر المكونة للعقد وذلك بإخضاع كل عنصر من تلك العناصر الى قانون معين ومختلف عن القوانين التي تحكم بقية العناصر الاخرى ، وقد ذهب الفقه في مدى صحة هذا التصرف إلى اتجاهين :

ذهب اصحاب الاتجاه الاول إلى رفض فكرة خضوع العقد بأكمله إلى قانون موحد ليطبق عليه ويحكمه وحسب وجهة نظرهم لا يمكن ان يخضع العقد وآثاره إلى قانون واحد ، بل لابد وان يخضع كل عنصر من عناصره إلى القانون الذي يناسبه و يتلائم معه ، ونظراً لان الرابطة العقدية متعددة الجوانب من حيث التكوين والشروط والأثار لذلك من الممكن تجزئة العقد من قبل اطرافه واخضاع كل جزء منه الى قانون معين [١١] .

فقد يختار الاطراف قانون معين ليكون هو الواجب التطبيق على العقد الدولي المبرم بينهم ، وهذا القانون يحتوي فقط على نصوص مكملة ولا يحتوي على نصوص آمرة ففي مثل هذه الحالة لا يوجد مانع من رجوع الأطراف المتعاقدة الى قانون دولة اخرى لإخضاع جانب من عقدهم له في بعض النصوص الآمرة التي تعد ضرورية ومهمة لحكم العقد، وفي حالات أخرى قد تكون الرابطة العقدية هي في ذاتها علاقة مركبة ، بمعنى انها تكون من حيث الاساس قابلة للتجزئة من دون ان يكون هناك أي تأثير لهذه التجزئة على تجانس العقد ، وفي جميع الاحوال اكد أصحاب هذا الأتجاه على انه لا يمكن السماح لأطراف الرابطة العقدية بتجزئة العقد الدولي

مجلة كامبريدج للبحوث العلمية: مجلة علمية محكمة
تصدر عن مركز كامبريدج للبحوث والمؤتمرات–العدد الحادي الاربعون – كانون الثاني ٢٠٢٥– رجب ١٤٤٦
ISSN-2536-0027

المبرم بينهم للتخلص من تطبيق الاحكام الموجودة في القانون المختص وذلك منعاً لحالات التهرب من تطبيق القواعد الآمرة الموجودة في مثل هذه القوانين[١٢].

وقد تعرض هذا الأتجاه إلى الأنتقاد وذلك بحجة ان اعطاء الحرية للأطراف المتعاقدة في تجزئة العقد الدولي المبرم بينهم أمر سيؤدي حتماً إلى التوسع في نطاق سلطان الإرادة ، إذ ان هذا المبدأ لابد وأن يكون محاط بضمانات بحيث لا يمكن معها ان تؤدي هذه الحرية في تجزئة العقد إلى عدم توازن العقد او عدم احترام القواعد الآمرة الضرورية في القانون الواجب التطبيق على العقد[١٣].

بينما ذهب أصحاب الاتجاه الثاني[١٤] إلى التأكيد على ضرورة النظر إلى العقد بانه عملية واحدة غير قابلة للتجزئة وتخضع في مجموعها لقانون واحد ، بمعنى لم يسمح أصحاب هذا الأتجاه لأطراف الرابطة العقدية بتجزئة العقد وأخضاع كل عنصر من عناصره إلى قانون معين [١٥] ، ويرجع السبب في ذلك حسب رأيهم إلى أن العقد يمثل عملاً قانونياً متجانساً في عناصره بمعنى انه يحقق الانسجام عند النظر إلى إرادة الاطراف فيه ، فهذه الإرادة إذا تجزأت قد تعطي للاطراف فرصة للتهرب من الاحكام الآمرة في قانون دولة معينة وذلك بإخضاع عقدهم لأكثر من قانون لذلك رفضوا تلك التجزئة [١٦] ، كما لو تم ابرم عقد بين عراقي وتونسي مقيم في مصر واتفق اطراف العقد على ان القانون العراقي هو الذي يحكم تنفيذ العقد بينما القانون الجزائري هو الذي يحكم ابرام العقد بينما يكون الاختصاص في تفسير شروط العقد للقانون المصري فهذا الاتفاق يمثل تجزئة للعقد لذلك يُعد وفقاً لأصحاب هذا الأتجاه لاغيا لأن القانون المختار من قبل الأطراف لابد وان يكون هو ذات القانون الذي يحكم العقد من حين إبرامه إلى حين انتهائه .

كما انهم رفضوا فكرة تجزئة العقد إذا كان أحد القوانين المختارة لحكم العقد من شأنه ان يؤدي إلى أبطال العقد بأكمله أو يؤدي إلى أبطال شرطاً يُعد أساسياً في الاتفاق المبرم بينهم ، فعلى الرغم من ضرورة أحترام إرادة الأطراف المتعاقدة في أختيار القانون الواجب التطبيق إلا ان الفقه والقضاء اتجها إلى عدم قبول مثل ذلك الاختيار أذا كان يؤدي إلى أبطال العقد ، وقد عللوا ذلك بان أساس وجود العقود وأبرامها ان تكون هذه العقود صحيحة ومنتجة لآثارها القانونية فكيف يمكن للعقد هنا ان ينتج آثاراً اذا كان معتمدا على تطبيق قانون يعد ذلك العقد باطلاً أو يعد شرطاً اساسياً فيه باطلاً [١٧].

وبرأينا نرجح وحدة العقد الدولي المبرم بين المنتِج والمستهلك كونه يمثل في حقيقته عملية واحدة وتخضع في مجموعها لقانون واحد ومن ثم فلا يوجد هناك مبرر لتجزئته لما في تلك التجزئة من تشتت وصعوبة قد تؤدي إلى تطبيق قوانين قد تكون متعارضة فيما بينها .

ولابد من الأشارة إلى أن المشرع العراقي لم يتطرق إلى هذه المسألة ولم يرد في التشريع العراقي أي ذكر لإمكانية رجوع الأطراف المتعاقدة إلى أكثر من قانون ، أي لم يشر إلى حق الأطراف المتعاقدة في اخضاع العلاقة العقدية الواحدة لأكثر من قانون ، على الرغم من انه اشار إلى امكانية تجزئة العقد فالشروط الشكلية مثلاً يختص بنظرها قانون معين أما الشروط الموضوعية فيختص بنظرها قانون آخر، وهذا ما نصت عليه المادة (٢٦) من القانون المدني العراقي والتي جاء فيها " تخضع العقود في شكلها لقانون الدولة التي تمت فيها " ، فمن خلال هذا النص يتضح لنا ان المشرع العراقي أشار إلى إمكانية تجزئة العقد وفصل الشروط الشكلية عن

مجلة كامبريدج للبحوث العلمية: مجلة علمية محكمة
تصدر عن مركز كامبريدج للبحوث والمؤتمرات–العدد الحادي الاربعون – كانون الثاني ٢٠٢٥– رجب ١٤٤٦
ISSN-2536-0027

الموضوعية ، فأخضع الشروط الشكلية كقاعدة عامة إلى قانون البلد الذي تم فيه إبرام العقد ، أما الشروط الموضوعية فتخضع للقانون المختار من قبل الاطراف المتعاقدة والذي قد يكون قانون مغاير لقانون الدولة التي تم فيها ابرام العقد ، بمعنى ان المشرع العراقي لم يتنص على إمكانية تعدد القوانين التي تحكم العقد .

مما سبق يتضح لنا ان إرادة الأطراف المتعاقدة لها دور كبير في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي المبرم بينهم ، وهذا ما نصت عليه المادة (٢٥ /١) من القانون المدني العراقي والتي جاء فيها " يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنا، فاذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان او يتبين من الظروف ان قانونا آخر يراد تطبيقه " ، من خلال هذا النص يتضح لنا بأن المشرع العراقي قد اعطى إرادة الأطراف الأولوية في أختيار القانون الواجب التطبيق او القانون الذي يحكم العقد الدولي المبرم بينهم.

الفرع الثاني

قانـــــــــون الارادة

ان من أهم المبادئ الأساسية في مجال العقود الدولية هو مبدأ حرية الأطراف المتعاقدة في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي المبرم بينهم ، ولأن أغلب العقود الدولية هي ذات صفة تجارية وتعقد بين أطراف مختلفين في الموطن أو في الجنسية ، ولأن الحرية هي من متطلبات استكمال شخصية الفرد لذلك لابد من الأعتراف بحرية الأختيار للأفراد ، إذ من غير المتصور ان يقدم الشخص على أبرام مثل هذه العقود دون إرادته أي تحت ضغط الأكراه ، فالرضا والاختيار هما أساس كل إلتزام ، فيتم هذا الاختيار اما بشكل صريح فيتم التعبير عن الارادة صراحة ام يفهم من ظروف العقد ان هذا القانون المختار .

و يعبر المتعاقدان عن إرادتهم في العقد المبرم بينهم بشكل واضح وصريح فيتفقان على قانون معين الذي يحكم العقد بشكل واضح ومثبت في العقد بصيغة شرط او بند ، وفي حال حدوث نزاع أو خلاف بين الاطراف المتعاقدة حول بنود العقد يتم العمل بذلك القانون المختار من قبلهم شرط ان يكون ذلك القانون على صلة بالرابطة العقدية التي تجمعهم ، الا يمنع تطبيقه ويصار الى تطبيق قانون قاضي النزاع الذي ينظر في النزاع المعروض.

وغالباً ما يعبر المتعاقدان في العقد المبرم بينهم عن ارادتهم الصريحة في أختيار القانون الواجب التطبيق وذلك من خلال الإشارة في نهاية فقرات العقد إلى القانون الذي يطبق عند حدوث نزاع أو خلاف بينهم فاذا أخل احد أطراف الرابطة العقدية بتنفيذ التزامه وأدى ذلك إلى أصابة الطرف الأخر بضرر، فعندئذ تنهض المسؤولية العقدية على الطرف الذي أخل بالتزامه ، وبما ان العقد المبرم بين الطرفين يتصف بالدولية فيتم الرجوع إلى الإرادة الصريحة في العقد لمعرفة القانون المختار من قبل الأطراف ليتم تطبيقه على النزاع الحاصل بينهم[١٨] ، وقد اخذ المشرع العراقي بصورة اساسية بالإرادة الصريحة في تحديد الأطراف المتعاقدة للقانون الواجب التطبيق على العقد الدولي المبرم بينهم وذلك وفقاً لما نصت عليه المادة (٢٥ / ١) من القانون المدني العراقي – والتي سبق ذكرها – والتي من الممكن تطبيقها على العقد الدولي المبرم بين المنتج والمستهلك ، اذ أكد المشرع العراقي من خلال هذه المادة على أهمية الاختيار الصريح ، وألزم القاضي المعروض أمامه النزاع بتطبيق الإرادة الصريحة للأطراف

مجلة كامبريدج للبحوث العلمية: مجلة علمية محكمة
تصدر عن مركز كامبريدج للبحوث والمؤتمرات–العدد الحادي الاربعون – كانون الثاني ٢٠٢٥– رجب ١٤٤٦
ISSN-2536-0027

وأن لا يمتنع عن تطبيقها إلا اذا كانت مخالفة للنظام العام في دولة القاضي او كانت تنطوي على غش نحو القانون[١٩].

ولكي يعتد بأختيار أطراف الرابطة العقدية الصريح للقانون الواجب التطبيق على العقد المبرم بينهم لابد وان يكون القانون المختار على صلة بالعقد ذاته أو بالمتعاقدين [٢٠] ، إذ أكد غالبية الفقه [٢١]على ضرورة وجود صلة بين القانون المختار صراحةً من قبل الأطراف وبين العقد ذاته أو المتعاقدين أنفسهم ، إذ أن عدم وجود تلك الصلة يجعل اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق عديم القيمة و الفاعلية [٢٢] ، وقد استند القائلون بهذا الشرط إلى الحكم الصادر عن المحكمة الفيدرالية السويسرية والتي جاء فيها أن (اختيار الأطراف للقانون المختص ليس متروكا تماما لتقديرهم، بل يجب ان يكون للعقد على الأقل روابط طبيعية ذات أهمية مع البلد التي اختاروا قانونها ليحكم روابطهم)[٢٣]

وقد يغفل الاطراف عن التعبير عن إرادتهم في اختيار القانون الواجب التطبيق فيصبح التعبير عن الارادة بشكل ضمني (الارادة الضمنية) ، بمعنى تكون هذه الإرادة موجودة لكن غير معلنة بشكل صريح في العقد المبرم ، فهنا لابد على القاضي الذي يعرض عليه النزاع بذل الجهد للتوصل إلى إرادة الأطراف ويسترشد في سبيل الوصول إلى ذلك بمحتوى العقد (عباراته والفاظه) فضلا عن ملابسات وظروف التعاقد.

ويستطيع القاضي استخلاص هذه الإرادة من خلال تفسيره للعقد المبرم ومعرفة القانون الذي اتجهت إليه إرادة الأطراف المتعاقدة إذ قد يضع هؤلاء بعض البنود في العقد الدولي المبرم بينهم تحدد أو تشير بطريقة غير مباشرة إلى القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي المبرم بينهم [٢٤] ، ولكي يتم الأخذ بالإرادة الضمنية لابد وان تكون هذه الإرادة مؤكدة حتى تعد بمستوى الإرادة الصريحة ، التي يتم أستخلاصها من خلال القرائن الموجودة او جملة من المؤشرات التي تدل بلا شك على انصراف إرادة الأطراف المتعاقدة نحو قانون معين لكي يكون هو الواجب التطبيق على العقد المبرم بينهم ، وهذه القرائن أما ان تكون مستمدة من الرابطة العقدية ذاتها وتسمى بالقرائن الذاتية مثل الجنسية المشتركة للأطراف المتعاقدة ، أو تكون مستخلصة من ظروف التعاقد وتسمى في هذه الحالة بالقرائن الخارجية كالقرائن المستمدة من المسلك اللاحق للمتعاقدين على ابرام العقد[٢٥] ، كأن يعرؤض النزاع على القاضي الوطني لاحد الاطراف ويقبل الطرف الثاني بهذا الاختصاص التشريعي دون رفض فيعد قبولاً ضمنياً .

وقد رفض جانب من الفقه فكرة الإرادة الضمنية وأوجب ان يكون أختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق بشكل صريح وواضح ، ذلك لان الكشف عن الإرادة الضمنية يستدعي منح القاضي المعروض أمامه النزاع سلطة تقديرية واسعة للبحث عن إرادة الأطراف الضمنية للوصول إلى القانون الواجب التطبيق ، ومنح القاضي مثل هذه السلطة قد يشكل نوعاً من الخطورة ، إذ ان الحرية التمطلقة التي تعطى للقاضي في سبيل بحثه عن قانون العقد تحت مسمى الإرادة الضمنية قد تؤدي إلى نتائج غير منطقية ، فقد يؤدي إلى تطبيق قانون لم يتوقع الأطراف المتعاقدة تطبيقه على العقد المبرم بينهم وذلك لأنه لا يعبر عن إرادتهم الحقيقية بل يعبرفي الغالب عن إرادة القاضي الشخصية [٢٦].

بينما ذهب الرأي الغالب إلى التسوية بين الإرادة الصريحة والإرادة الضمنية وهو ما اتجه إليه القانون المدني العراقي في المدة (٢٥ /١) والتي نصت على "..... أو يتبين من الظروف ان قانونا

مجلة كامبريدج للبحوث العلمية: مجلة علمية محكمة
تصدر عن مركز كامبريدج للبحوث والمؤتمرات–العدد الحادي الاربعون – كانون الثاني ٢٠٢٥– رجب ١٤٤٦
ISSN-2536-0027

آخر هو الذي يراد تطبيقه" ، من خلال هذا النص يتضح بأن المشرع العراقي قد ساوى بين الإرادة الصريحة والضمنية للأطراف المتعاقدة .

المطلب الثاني

ضوابط الاسناد الاحتياطية

ذكرنا فيما سبق ان إرادة الأطراف المتعاقدة لها دور رئيسي في اختيار القانون الواجب التطبيق في حال ان تم التعبير عنها بشكل صريح أو ضمني ، أما إذا لم يتم التعبير عنها ففي هذه الحالة يتم اللجوء إلى فكرة تركيز العقد أي أخضاع العقد لقانون بلد يعتمد في تحديده بالدرجة الاساسية إلى اسناد مسبق يتمثل بالموطن المشترك للاطراف المتعاقدة أو بقانون بلد أبرام العقد وفي بعض الأحيان بقانون بلد التنفيذ وهو ما يعرف بالأسناد الجامد والذي نصت عليه المادة (٢٥) من القانون المدني العراقي او الضوابط الاحتياطية ، أو قد يقوم القاضي المعروض عليه النزاع بتحديد قانون أخر وهذا ما يسمى بالأسناد المرن وعليه سنخصص هذا المطلب لبيان الأسناد الجامد وذلك في الفرع الأول ، ثم سنخصص الفرع الثاني لبيان الأسناد المرن .

الفرع الأول

الأسناد الجامد

يقصد بالاسناد الجامد ذلك الأسناد الذي يلجأ إليه القاضي عند سكوت إرادة الأطراف المتعاقدة عن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد المبرم بينهم ، فبموجب هذا الأسناد يتقيد القاضي بتطبيق قانون الموطن المشترك للأطراف المتعاقدة إذا اتحدا موطناً ، أما إذا أختلف ذلك أي إذا كان كل طرف ينتمي إلى موطن مغاير للطرف الأخر ففي هذه الحالة يلجأ القاضي إلى تطبيق قانون البلد الذي تم فيه إبرام العقد ، وهذا ما نصت عليه المادة (٢٥) من القانون المدني العراقي ، وعليه سنخصص هذا الفرع لبيان قانون الموطن المشترك للأطراف المتعاقدة وذلك في المقصد الاول ، ثم نخصص المقصد الثاني لبيان قانون بلد إبرام العقد

المقصد الاول - قانون الموطن المشترك للأطراف المتعاقدة :

يعبر الموطن في القانون الدولي الخاص عن مدى أرتباط الفرد بأقليم دولة معينة ، إذ أنه يحتل مكانة مهمة وذلك على اعتبار انه ضابط أسناد موازي في مكانته للجنسية ، بل وقد يأخذ مكانتها في بعض الأحيان كأساس لتنظيم العلاقات القانونية في مجال القانون الدولي الخاص وتنازع القوانين بين الدول [٢٧]، ، وقد عرف المشرع العراقي الموطن في المادة (٤٢) من القانون المدني العراقي الموطن بانه " المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة بصفة دائمة أو مؤقتة ويجوز ان يكون للشخص اكثر من موطن " فالموطن المشترك للمتعاقدين يعُد هو الأسناد الأول عند سكوت إرادتهم عن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد المبرم بينهم ، وذلك وفقاً لما نصت عليه المادة (٢٥) من القانون المدني العراقي والتي جاء فيها " يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين اذا اتحدا موطناً " [٢٨] ، من خلال هذه المادة يتضح لنا ان قانون الموطن المشترك للأطراف المتعاقدة هو الذي يطبق في حال عدم تحديدهم للقانون الواجب التطبيق على العقد المبرم بينهم .

وذهب بعض الفقهاء إلى مناصرة هذا الاسناد نظراً للأيجابيات التي يتصف بها والتي تؤكد على فاعلية تطبيق هذا الاسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق عند غياب الإرادة ، فعند غياب إرادة الطراف المتعاقدة سواء كانت الصريحة أو الضمنية عن تحديد القانون الواجب

مجلة كامبريدج للبحوث العلمية: مجلة علمية محكمة
تصدر عن مركز كامبريدج للبحوث والمؤتمرات–العدد الحادي الاربعون – كانون الثاني ٢٠٢٥– رجب ١٤٤٦
ISSN-2536-0027

التطبيق يكون غالباً قانون الموطن المشترك هو القانون الذي يتوقع الطرفان تطبيقه على العقد المبرم بينهم ، وبذلك فان تطبيق هذا القانون لا يخل بتوقعات الاطراف المتعاقدة ، إذ ان احكام الموطن المشترك تكون في الغالب معروفة بالنسبة لهم ، وبالتالي لن يتفاجأ الاطراف هنا بتطبيق احكام غير متوقعة أو مغايرة لتلك المعروفة من قبلهم على العقد المبرم بينهم ، فاختيار قانون الموطن المشترك للأطراف المتعاقدة يعد ضابط اسناد احتياطي يتم اللجوء إليه عندما تكون إرادة الأطراف الصريحة والضمنية غير موجودة ، إذ من البديهي توقع الاطراف المتعاقدة إخضاع عقدهم لقانون الموطن المشترك لهم [٢٩].

وفي الحقيقة فأن قانون الموطن المشترك لأطراف الرابطة العقدية يمثل القانون الذي توقع المشرع ان الأطراف المتعاقدة ستقوم بأختياروه ، ذلك لأنه يمثل بالعادة قانون محل إقامتهم المعتادة أو قانون مكان ممارستهم لأعمالهم ، وهذا ما نصت عليه المادة (٤٤) من القانون المدني العراقي والتي جاء فيها " يعتبر المكان الذي يباشر فيه الشخص تجارة أو حرفة موطناً بالنسبة إلى إدارة الاعمال المتعلقة بهذه التجارة أو الحرفة "، فقانون الموطن المشترك لأطراف العقد يُعد ممثلاً للمصالح المشتركة لهم

وفي مقابل هذه الايجابيات يرى البعض الأخر من الفقهاءأن اسناد العقد لقانون الموطن المشترك لأطراف الرابطة العقدية يمثل جانب سلبي وليس ايجابي ، إذ يرى عدم فاعلية هذا الاسناد خاصةً في مجال العقود الاستهلاكية إذ غالباً ما يكون هناك أختلاف في الموطن بين أطراف الرابطة العقدية (المنتج والمستهلك) وبناءاً على ذلك لا يكون من الممكن تطبيق قانون الموطن المشترك للأطراف على العقد المبرم بينهم ، إذ ان تطبيق هذا القانون يكون قاصراً على حالة أتحاد الموطن بالنسبة للأطراف[٣٠]، بالإضافة إلى ان وقتنا الحاضر آلية فقدان واكتساب الموطن من دولة إلى أخرى من الامور التي تمتاز بالسهولة مقارنة بضابط الجنسية، بمعنى ان تغيير الموطن بالنسبة للأشخاص لم يعد أمراً صعباً ، ولكن الصعوبة تكمن في تحديد الموطن أو إثباته من قبل القاضي الذي يعرض عليه النزاع ، فهذه الأسباب جعلت هذا الجانب من الفقهاء يرى بأن الأعتماد على ضابط الأسناد المتمثل بقانون الموطن المشترك يعد امراً سلبياً في تحديد القانون الواجب التطبيق [٣١]. ، ولكن بالنظر إلى الواقع يعد قانون الموطن المشترك ورغم ما ينطوي عليه من جوانب سلبية في عملية الأسناد إلا اننا نميل إلى تطبيق هذا الضابط في حال ان امكن اثباته لما له من دور في تحقيق الامان القانوني للأطراف المتعاقدة ، خصوصاً وان اطراف الرابطة العقدية في العقود الاستهلاكية من الممكن أن يكونوا منتمين إلى نفس الموطن ، لذلك من الممكن تطبيق هذا الضابط على العقود المبرمة بين المنتِج والمستهلك إذا كان كلاهما ينتمي إلى نفس الموطن .

المقصد الثاني : قانون بلد ابرام العقد

عند سكوت إرادة الأطراف المتعاقدة عن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي المبرم بينهم سواء كانت إرادة صريحة أو ضمنية ، وكذلك في حال عدم وجود موطن مشترك للاطراف المتعاقدة ، ففي هذه الحالة يتم الأسنادة إلى قانون البلد الذي تم فيه أبرام العقد باعتباره القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي المبرم بينهم ، فالمشرع وضع سلسلة من الخطوات وألزم القاضي المعروض عليه النزاع باتقيد بها وتطبيقها تباعاً ولا يجوز له مخالفتها ، فأول قانون يبحث عنه القاضي ليكون هو الواجب التطبيق على النزاع المعروض عليه هو القانون المختار

مجلة كامبريدج للبحوث العلمية: مجلة علمية محكمة
تصدر عن مركز كامبريدج للبحوث والمؤتمرات–العدد الحادي الاربعون – كانون الثاني ٢٠٢٥– رجب ١٤٤٦
ISSN-2536-0027

من قبل إرادة الأطراف الصريحة أو الضمنية ، وفي حال عدم وجود تلك الإرادة فيعتمد القاضي الاسناد إلى قانون الموطن المشترك للمتعاقدين ، وفي حال اختلاف موطن كل منهم عن الأخر فيتم اللجوء إلى قانون البلد الذي تم فيه أبرام العقد ليكون هو الوجب التطبيق على العقد الدولي المبرم [٣٢] ، ويعد هذا الضابط الاخير مؤكداً لان لكل عقد مكان لابرام وعليه لايمكن تصور عدم وجود محل لابرام العقد .

وقد ذهب جنب من الفقهاء إلى تأييد الأسناد إلى قانون بلد محل الابرام على اعتبار أنه أكثر القوانين صلة بالعقد الذي تم أبرامه ، كما أنه يشكل مكان الميلاد الأول لهذا العقد ، بالإضافة إلى أنه يمتاز بسهولة تحديده على أساس ان أبرام الأتفاق قد تم ضمن نطاق مجلس واحد الأمر الذي يؤدي بالنتيجة إلى عدم تطبيق أكثر من قانون على العقد وهذا بدوره يساعد في الحفاظ على وحدة القانون الذي سوف يحافظ على العقد ، ومن هنا جاءت فكرة فاعلية تطبيق قانون بلد أبرام العقد كقانون واجب التطبيق على العقد الدولي المبرم [٣٣] .

وقد تعرض هذا الرأي إلى انتقادات كثيرة [٣٤] منها لقاء الأطراف في البلد الذي تم فيه أبرام العقد قد يكون أمر عرضي حدث بمحض الصدفة وقد لا يمثل مصلحة المتعاقدين عندما يتم الأعتماد عليه كقانون واجب التطبيق على العقد الدولي المبرم بينهم ، بالإضافة إلى أن التطور التكنولوجي وانتشار شبكة المعلومات الدولية المعروفة بالأنترنت أتاحت الفرصة لأنتشار التعاقدات الألكترونية التي لا تتم في مجلس واحد ولا في بلد واحد ، فمن المحتمل ان يكون العقد قد تم أبرامه بين أطراف من بلدان مختلفة بصورة الكترونية ففي مثل هذه الحالة يكن من الصعب تحديد قانون بلد أبرام العقد وبالتالي القانون الواجب التطبيق وذلك نظرا لأختلاف مكان الأيجاب عن مكان القبول وكذلك اختلاف مكان علم الموجب بالقبول [٣٥] .

ولابد من الاشارة إلى أن هناك قانون أخر غير قانون بلد أبرام العقد اعتمد عليه فقهاء القانون الدولي الخاص كقانون واجب التطبيق على العقود الدولية المبرمة ، وهذا القانون هو قانون بلد التنفيذ ، إذ أنه يُعد من أهم المؤشرات التي تدل على إرادة الأطراف الضمنية في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي وعلى النزاعات الدولية التي تحدث بين الأطراف ، وهذا ما تبناه الفقه الفرنسي إذ أكده الفقيه (باتيفول) في نظرية التركيز الموضوعي على اعتبار انه يمثل مركز الثقل ، ولما كان الغرض الرئيسي من العقد هو تنفيذه ، لذلك وحسب وجهة نظر اصحاب هذا الاسناد فأن قانون بلد التنفيذ هو الغاية التي يبتغيها الأطراف المتعاقدة من ذلك التعاقد ، إذ أن مصالح جميع الأطراف المتعاقدة ترتبط بقانون البلد الذي تم فيه تنفيذ ذلك العقد ، وأيضاً فهو يعد بمثابة الوجهة الاخيرة للعقد الدولي المبرم وبناءً على ذلك ستخضع احكام العقد لقانون واحد يحفظ وحدته[٣٦] .

بالإضافة إلى ان قانون بلد التنفيذ غالباً ما يحتوي على أحكام متوقعة ومعروفة بالنسبة للأطراف المتعاقدة في حال أن تم تطبيقه على العقد الدولي المبرم ، لذا يُعد هذا القانون هو الأجدر لحكم العلاقة التعاقدية ، وعلى الرغم من المميزات الأيجابية التي يمتاز بها هذا الأسناد إلا أنه غير فعال في كثير من الأحيان ، إذ قد يكون تنفيذ العقد مرتبطاً بأكثر من مكان كما هو الحال في عقد البيع الألكتروني - إذ قد يكون المنتج هو ذاته البائع - فقد تتعدد شروط التسليم فيه فيكون على سبيل المثال تسليم البضاعة في موطن المشتري وتسليم الثمن في موطن البائع ففي هذه الحالة يخضع كل إلتزام لقانون بلد تنفيذه الأمر الذي يتعذر معه تطبيق قانون بلد التنفيذ

مجلة كامبريدج للبحوث العلمية: مجلة علمية محكمة
تصدر عن مركز كامبريدج للبحوث والمؤتمرات–العدد الحادي الاربعون – كانون الثاني ٢٠٢٥– رجب ١٤٤٦
ISSN-2536-0027

على العقد ككل ، وأيضاً بالنسبة للنزاعات فأنها لا تحدث في الغالب في مرحلة تنفيذ العقد وانما تحدث في المراحل السابقة لمرحلة التنفيذ

أما إذا أتحد مكان تنفيذ العقد أو تم تحديد مكان رئيسي للتنفيذ ففي هذه الحالة يكون قانون ذلك البلد هو الواجب التطبيق على العقد ، حيث أن وحدة القانون المطبق على العقد تضمن للأطراف المتعاقدة حقوقهم وإلتزاماتهم [٣٧] ، ومن الجدير بالذكر ان التشريعات محل المقارنة لم تأخذ بالأسناد إلى قانون بلد تنفيذ العقد المبرم .

الفرع الثاني

الأسناد المرن في تحديد القانون الواجب التطبيق

ذكرنا فيما سبق ان المشرع العراقي اسند العقود الدولية بصورة عامة إلى ضوابط معينة وألزم القاضي المعروض عليه النزاع بالتقيد بتلك الضوابط ، وهذه الضوابط حددتها المادة (٢٥) من القانون المدني العراقي والتي بموجبها الزم المشرع القاضي باعتماد القانون الذي تختاره إرادة الأطراف المتعاقدة سواء كانت صريحة أو ضمنية ، وفي حال سكوت الأطراف عن بيان القانون الواجب التطبيق فيعتمد القاضي الأسناد إلى قانون الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً ، وأن اختلف موطن كل منهما عن الأخر فيعتمد القاضي الأسناد إلى قانون البلد الذي تم فيه أبرام العقد ، إلا ان القاضي قد يتحرر في بعض الحالات من قيود الاسناد في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد خصوصاً في حال سكوت إرادة الأطراف عن بيأن القانون الواجب التطبيق وهذا ما يسمى بالأسناد المرن [٣٨].

وقد ظهر الأسناد المرن لأول مرة على يد الفقه الفرنسي إذ ان الفقيه الفرنسي (باتيفول) هو أول من نادى بجعل سلطة القاضي المعروض عليه النزاع سلطة تقديرية ، حيث جاء بنظرية التركيز الموضوعي للعقد والتي تعني ان يتم تطبيق القانون الذي يمثل مركز الثقل في العقد الدولي المبرم ، وذلك يتم استنتاجه من خلال ظروف وملابسات التعاقد بين الأطراف المتعاقدة ، ولما كان من الصعب تحديد مركز الثقل في بعض أنواع العقود ومن ثم تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود تم دحض هذه النظرية على يد الفقيه السويسري (شنايتزر) و الذي طرح نظرية أخرى إلا وهي نظرية الاداء المميز

ويقصد بالأداء المميز ذلك الأداء الذي يشكل الوظيفة الأساسية في العقد الدولي المبرم ، إذ أكد الفقيه السويسري (شنايتزر) بموجب هذه النظرية على ان أحد أطراف العلاقة العقدية له أداء مميز على الطرف الأخر والذي يبقى أداؤه ثابتاً دون تغيير مهما تغير نوع العقد المبرم ، وغالباً ما يتمثل هذا الأداء بالألتزامات المالية التي يلتزم بها تجاه الطرف الأول ، على سبيل المثال الأداء الصادر من المشتري في عقد البيع الدولي والذي يتمثل بدفع ثمن البضاعة إلى البائع فهذا الأداء يبقى ثابتاً ولا يتغير بتغير نوع العقد المبرم أي أنه يبقى أداءً مالياً ، أما الطرف الأخر في العقد وهو البائع في المثال السابق فأداؤه يتغير مع تغير نوع العقد المبرم ، فأداء البائع في عقد البيع يختلف عن أداء المؤمن في عقد التأمين ، لذلك يعتبر أداؤه هو الأداء المميز والجوهري في العقد ، وبناءً على ذلك فيطبق قانون الشخص صاحب الأداء المميز على العقد المبرم ، إذ ان العقد بالنسبة للمؤمن له أو المشتري وحسب وجهة نظر الفقيه (شنايتزر) فأنه يعتبر مجرد حدثاً عرضياً ، حيث ان أداء كل منهما لا يمثل الوظيفة الأساسية في العقد المبرم طالما أن إلتزامه كان قاصراً على دفع مبلغ مالي محدد ، أما بالنسبة للطرف الأخر في العقد

مجلة كامبريدج للبحوث العلمية: مجلة علمية محكمة
تصدر عن مركز كامبريدج للبحوث والمؤتمرات–العدد الحادي الاربعون – كانون الثاني ٢٠٢٥– رجب ١٤٤٦
ISSN-2536-0027

فأدؤه يمثل الوظيفة الأساسية والرئيسية في العقد ومن غير المتصور ان يتم اخضاع العقد الذي يجريه صاحب الأداء المميز إلى قانون مغاير لقانونه الشخصي بل لابد وان يتتم اخضاعه إلى قانونه الشخصي ، إذ انه يعد صاحب الاداء المميز ويطبق عليه ما يعرف بموطن المدين بالاداء المميز[٣٩].

و يقدم منهج الاداء المميز تطوراً جديداً في مجال تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي المبرم ، إذ يُعد من الحلول الجديدة التي يستند عليها القاضي في حال سكوت إرادة الأطراف المتعاقدة عن تحديد القانون الواجب التطبيق ، إذ أنه يحدد القانون الأكثر صلة بالعقد المبرم من خلال الطبيعة الذاتية لهذا العقد ، حيث يفترض بأن القانون الأكثر أرتباطاً بالعقد هو قانون موطن المدين بالأداء المميز وقت إبرام العقد ، بمعنى ان منهج الأداء المميز يقدم الحلول المرنة والتي من خلالها يراعي تنوع العقود الدولية وكذلك يراعي مبدأ الأمان القانوني للمعاملات العابرة للحدود التي يبرمها الأشخاص [٤٠].

ولابد من القول بأن تحديد الأداء المميز لا يكون بصورة عشوائية وأنما يكون خاضعاً لمؤشرات معينة يستند عليها القاضي المعروض عليه النزاع لتحديد الأداء المميز لذلك العقد ، وقد بينت الفقرة الأولى من المادة (٤)[٤١] من اتفاقية روما لسنة ١٩٨٠ هذه المؤشرات ، إذ انها تساعد القاضي المعروض عليه النزاع وتعتبر دليلاً له في تحديد الأداء المميز على مختلف العقود ، إذ من خلالها يتبين بأن تحديد الأداء المميز غير مقيد بنوع معين من العقود وأنما يتم على جميع أنواع العقود ، وهذا يسهل بالنتيجة على القاضي المعروض عليه النزاع تحديد القانون الواجب التطبيق مهما كأن نوع العقد ومهما كانت طبيعته حتى وان كأن من العقود المركبة ، حيث ان قانون موطن المدين بالأداء المميز يعد هو القانون الواجب التطبيق على ذلك النزاع ،

ولابد من القول بأن القاضي غير مقيد بهذه القرائن على أعتبار أنها أسناد جامد للتعاملات العقدية ، بل يجوز له ان يخرج عن مبدأ الأداء المميز وذلك في حال اكتشافه بأن مؤشرات العقد مرتبطة بشكل كبير بقانون بلد أخر مغاير لبلد الأداء المميز، وكذلك في حالة عدم استطاعة القاضي المعروض عليه النزاع اكتشاف الاداء المميز في العقد ففي هذه الحالات يمكن للقاضي ان يبحث عن القانون الواجب التطبيق من خلال ملابسات وظروف التعاقد [٤٢].

وهذا ما نصت عليه الفقرة (٤) من المادة (٤) من اتفاقية روما والتي جاء فيها " عندما لا يمكن تحديد القانون المنطبق على اساس الفقرة ١ او ٢ ، يخضع العقد لقانون البلد الذي يرتبط به على نحو اوثق " .

من خلال ما سبق يمكن القول ان الأسناد وفقاً لنظرية روما وبالصورة التي تبنتها الاتفاقية يتميز بالمرونة عند تحديده للقانون الواجب التطبيق ، ونظراً لأن المشرع العراقي لم يأخذ بنظرية الاداء المميز لذلك من الممكن الاستناد إلى المادة (٣٠) من القانون المدني العراقي والتي أعطت للقاضي الحق في الرجوع إلى مبادئ القانون الدولي الخاص الاكثر شيوعاً في كل ما لم يرد بشأنه نص ، فهذا مصدر احتياطي خص به المشرع قواعد تنازع القوانين ، لذا واستناداً لما تقدم فقد اصبح من الممكن استخلاص ضابط اسناد يقضي بأخضاع العقد لضابط وفق ما هو شائع بين مبادئ القانون الدولي الخاص .

مجلة كامبريدج للبحوث العلمية: مجلة علمية محكمة
تصدر عن مركز كامبريدج للبحوث والمؤتمرات–العدد الحادي الاربعون – كانون الثاني ٢٠٢٥– رجب ١٤٤٦
ISSN-2536-0027

الخاتمة :

وختاماً يمكن القول ان عقد انتاج مستحضرات التجميل ذو الصفة الدولية كغيره من العقود التي ترتب التزامات على عاتق كل من اطرافه وعلى وجه الخصوص التعاقد الالكتروني وما رافقه من زيادة حركة التجارة العالمية التي اثرت على العقود بشكل عام فأصبح العالم كله يتسوق عبر المواقع والتطبيقات الالكترونية التي اضفت عليها الصفة الدولية وبشكل عام حيث يسبغ على عناصره الصفة الاجنبية التي بدورها يثير اشكالية تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد انتاج مستحضرات التجميل ووفق قواعد القانون الدولي الخاص يخضع الى ضابط الاسناد التي تحكم الالتزامات العقدية وفق المادة ٢٥ من قانون المدني العراقي والتي تمنح للاطراف الحرية في اخضاع التزاماتهم للقانون الذي يختاروه (القانون المختار)، فتصبح ارادتهم مصدر القوة الملزمة للقانون الذي يحكم العقد وفي حالة عدم اتفاقهم بشكل صريح يصار الى الارداة الضمنية التي يمكن التوصل اليها من خلال الظروف الملابسة للعقد كلغة العقد وغيرها .

الاستنتاجات :

١- عقد انتاج مستحضرات التجميل هو عقد غير مسمى ويكييف انه عقد احد اطرافه من المستهلكين في اغلب الاحوال الذي بدوره يفسح المجال لتطبيق قانون حماية المستهلك العراقي .
٢- يشوب عقد انتاج مستحضرات التجميل الصفة الدولية في عناصر سواء كان من حيث الاشخاص او السبب او موضوع العقد .
٣- يخضع عقد انتاج مستحضرات التجميل لذات الضابط الذي يحكم الالتزامات العقدية وفق المادة ٢٥ من قانون المدني العراقي .
٤- يحق لاطراف العقد اختيار القانون الذي يحكم عقدهم او قد يترك الموضوع لضابط الاحتياطي المتمثل بقانون الارادة الضمنية .

التوصيات :

١- نوصي بتنظيم عقود انتاج مستحضرات التجميل ضمن قانون خاص على نحو يحمي الافراد لما ترافق هذه المواد من خطورة تمس المستهلك بسبب الاثار الجانبية للمستحضرات التي تستخدم من قبل المستهلكين ، وذلك بتحديد حقوق والتزامات الطرفين حفاظاً على سلامة المستهلك .
٢- سن تشريع قانوني خاص للقانون الدولي الخاص وتجميع ضوابط الاسناد ضمن قانون واحد مستقل على نحو يشمل كافة انواع العقود ذات الصفة الدولية وايجاد ضوابط اسناد تتلاءم مع كل زمان ومكان بشكل يؤدي الى تسوية المنازعات العقدية.
٣- ايراد نص قانوني يسمح للطرفين تسوية المنازعات من خلال التحكيم الذي يساعد على الفصل في النزاع بأقل تكلفة وضمان السرية والسرعة في تسوية النزاع .

المصادر:

اولاً : الكتب القانونية

- احمد إبراهيم إبراهيم ، القانون الدولي الخاص ، تنازع القوانين ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٢ .
- احمد عبد الحميد عشوش ، النظام القانوني لعقد القرض الدولي ، ط١، الاسكندرية ، مؤسسة شباب الجامعة ، ١٩٩٠ .

مجلة كامبريدج للبحوث العلمية: مجلة علمية محكمة
تصدر عن مركز كامبريدج للبحوث والمؤتمرات–العدد الحادي الاربعون – كانون الثاني ٢٠٢٥– رجب ١٤٤٦
ISSN-2536-0027

- احمد عبد الكريم سلامة ، قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق ، دار النهضة العربية ، بدون رقم طبعة ، القاهرة ، ٢٠٠٨.
- أشرف وفا محمد ، الوسيط في القانون الدولي الخاص ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٩.
- اشرف وفا محمد ، الوسيط في القانون الدولي الخاص ، ط١ ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٩ .
- حسام الدين فتحي ، حماية المستهلك من خلال قواعد تنازع القوانين ، مصر- القاهرة ، دار النهضة الجامعية ، ٢٠٠٤ .
- حفيظة السيد الحداد ، القانون الدولي الخاص - تنازع القوانين ، بيروت ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ٢٠٠٢ .
- خالد عبد الفتاح خليل ، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص ، مصر – القاهرة ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٢ .
- سامي بديع منصور، عكاشة عبد العال ، القانون الدولي الخاص ، بيروت ، الدار الجامعية للطباعة والنشر، ١٩٨٧ .
- صفوت احمد عبد الحفيظ ، دور الاستثمار في تطور احكام القانون الدولي الخاص ، دار المطبوعات الجامعية ، الطبعة بدون ، مصر ، الاسكندرية ، ٢٠٠٥.
- عامر محمد الكسواني ، موسوعة القانون الدولي الخاص – تنازع القوانين ، ط١ ، عمان ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ٢٠١٠.
- عبد العال ، عكاشة محمد ، تنازع القوانين ، ط١ ، لبنان ، منشورات الحلبي ، ٢٠٠٧ .
- عبد الله عبد الجليل الحديثي ، النظرية العاملة في القواعد الآمرة في القانون الدولي ، ط١ ، بدون مكان نشر ، ١٩٨٦ .
- عصام الدين القصبي ، القانون الدولي الخاص ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٢.
- عصام عبد الفتاح مطر ، التجارة الالكترونية في التشريعات العربية والاجنبية ، الاسكندرية ، دار الجامعة الجديدة ، ٢٠٠٨ .
- عكاشة عبد العال ، احكام القانون الدولي الخاص - تنازع القوانين ، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت ، ١٩٩٨ .
- عكاشة محمد عبد العال ، تنازع القوانين ، ط١ ، لبنان ، منشورات الحلبي ، ٢٠٠٧ .
- علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري ، الجزائر ، ديوان المطبوعات الجامعية ، ٢٠٠٠ .
- فؤاد عبد المنعم رياض ، سامية راشد ، تنازع القوانين وآثار الاحكام الاجنبية ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، دون ذكر تاريخ النشر.
- ممدوح حافظ عبد الكريم ، القانون الدولي الخاص وفق القانون العراقي والمقارن ، ط١ ، بغداد ، دار الحرية للطباعة ، ١٩٧٣ .
- هشام علي صادق ، تنازع القوانين دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري ، مصر – الاسكندرية ، منشأة المعارف ، ١٩٧٤ .

ISSN–2536–0027

- هشام علي صادق ، حفيظة السيد الحداد ، العقود المبرمة بين الدول والاشخاص الاجنبية ، ط١ ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٦ .
- هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، ط١ ، الاسكندرية ، منشأة المعارف ، ١٩٩٥ .

البحوث والمقالات والتقارير

- احمد ضاعن السمدان ، القانون الواجب التطبيق في التحكيم التجاري الدولي ، بحث منشور في مجلة الحقوق ، جامعة الكويت ، العدد١ ، ٢٠١٧.
- حاتم عبد الوهاب محمد بيومي ، الاطار القانوني للإعلانات الالكترونية وخصوصية معالجات القانون الدولي الخاص في شأنها ، بحث منشور في مجلة قطاع الشريعة والقانون ، كلية القانون ، جامعة الامارات العربية المتحدة ، متوفر عبر شبكة الانترنت على الموقع الاتي: https://jssl.journals.ekb.eg .
- عباس العبودي ، اثبات الموطن في القانون الدولي الخاص ، بحث منشور في مجلة العلوم العربية ، جامعة بغداد ، العراق ، العدد (٢٥) ، ٢٠١٠ .
- عبد المهدي كاظم ناصر ، الهام فاهم نغيش حسن ، تجزئة العقد الدولي ، بحث منشور في مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية ، العراق ، المجلد (٩) ، العدد (٢) ، ٢٠١٨ ، ص ٢٩٨.
- كريم مزعل شبي ، ثامر محمود داوود خضير الشافعي، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، العراق ، المجلد (٣٢)،العدد (٢)، ٢٠١٧

المصادر الاجنبية :

- Georry Lang : La Fraude a la loi en droit international prive suise , these de doctorat , d universite de Lausanne , p ١٩٣

القوانين :

- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٤١
- القانون المدني المصري
- القانون المدني الاماراتي
- قانون التوقيع الالكتروني العراقي
- قانون التوقيع الاماراتي رقم ١ لسنة ٢٠٠٦

الرسائل والاطاريح :

- بو خالفة عبد الكريم ، نطاق تطبيق قانون الإرادة في عقود التجارة الدولية ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة قاصدي مرباح بورقلة ، الجزائر ، ٢٠١٥ .
- رملة عياض ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح-ورقلة، الجزائر، ٢٠١٦.
- طارق عبد الله عيسى المجاهد ، تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية ، اطروحة دكتوراه ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، العراق ، ٢٠٠١ .

ISSN–2536–0027

- طلال ياسين العيسى ، العقود الدولية وتطبيقاتها في القانون العراقي ، اطروحة دكتوراه ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، العراق ، ١٩٩٠ .
- ميادة صباح حسن الربيعي ، القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار النفطي ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة البصرة ، العراق ، ٢٠١٤ .
- ناصيف امين و سعدي سامية ، تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة محمد شريف مساعدية ، الجزائر ، ٢٠١٩ .

المواقع الالكترونية :

- : قرار منشور عبر شبكة الانترنت على الموقع الرسمي لمحكمة النقض الفرنسية ،
- https://www.courdessation.fr/publication_٢٦/arrets_publies_٢٩٨٦/chambre_commreciale_finciere_economique_٣١٧٢/٣٣٢٤/octobre_٣٦٩٤/١٠١٧_١٩_١٧٩٥٩.html
- عبد السلام الفاضل ، منهج الاداء المميز في تحديد قانون العقد الدولي ، مقال منشور عبر شبكة الانترنت على الموقع الاتيview/article/journals.ju.edu.jo
- ماجد حسين ، المفهوم القانوني لمبدأ سلطان الإرادة والقيود الواردة عليه ، مقال منشور عبر شبكة المعلومات الدولية على الموقع الاتيhttps://pulpit.alwatanvoice.com :

---

[١] - احمد ضاعن السمدان ، القانون الواجب التطبيق في التحكيم التجاري الدولي ، بحث منشور في مجلة الحقوق ، جامعة الكويت ، العدد١ ، ٢٠١٧ ، ص ١٧٦.

[٢] - يقصد بمبدأ قانون الإرادة: حرية الأطراف المتعاقدين في اختيار القانون الذي يحكم عقدهم ،او القانون الذي يحكم الالتزامات التي تستند الى إرادة الأطراف المتعاقدة .ينظر: د. احمد عبد الكريم سلامة ، قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق ، دار النهضة العربية ، بدون رقم طبعة ، القاهرة ، ٢٠٠٨ ، ص ٩.

[٣]- ان فكرة سلطان الإرادة فكرة فلسفية نابعة من كون الناس أحرارا وهي من نتاج المذهب الفردي الذي يمجد حرية الافراد حيث انه يعتبر ان الهدف من تنظيم المجتمع هو حماية حرية الفرد وتحقيق مصالحه الخاصة وبنى على أساس مبدأ سلطان الإرادة الذي اقرته القوانين المدنية المعاصرة اطلاق الحرية في انشاء الافراد للتصرفات القانونية ،وتعود فكرة اسناد العقود الدولية لمبدأ سلطان الإرادة الى نهايات القرن التاسع عشر وبدايات القرن العشرين، واول من استخدم مصطلح (سلطان الإرادة) هو الأستاذ (بروشيه) السويسري. ينظر: ماجد حسين ، المفهوم القانوني لمبدأ سلطان الإرادة والقيود الواردة عليه ، مقال منشور عبر شبكة المعلومات الدولية على الموقع الاتي: https://pulpit.alwatanvoice.com ، تاريخ الزيارة: ٢٠٢٣/٥/١

[٤] - ويتمثل قانون الإرادة بصفة عامة في المجال القانوني، اعتبار الإرادة معيارا او مصدرا للحقوق الشخصية فهي تعتبر الأداة الخالقة للقانون وهي تمثل فلسفة القانون من خلال تاكيدها على الإرادة الحرة للفرد وبصفة مستقلة عن المجتمع الذي يعيش فيه. علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري ، الجزائر ، ديوان المطبوعات الجامعية ، ٢٠٠٠ ، ص ١٠٦

[٥]- حاتم عبد الوهاب محمد بيومي ، الاطار القانوني للإعلانات الالكترونية وخصوصية معالجات القانون الدولي الخاص في شأنها ، بحث منشور في مجلة قطاع الشريعة والقانون ، كلية القانون ، جامعة الامارات العربية المتحدة ، متوفر عبر شبكة الانترنت على الموقع الاتي: https://jssl.journals.ekb.eg ، تاريخ الزيارة : ٢٠٢٣/٥/٤ ، ص ٦٤٧.

مجلة كامبريدج للبحوث العلمية: مجلة علمية محكمة
تصدر عن مركز كامبريدج للبحوث والمؤتمرات–العدد الحادي الاربعون – كانون الثاني ٢٠٢٥– رجب ١٤٤٦
ISSN-2536-0027

[٦]- بو خالفة عبد الكريم ، نطاق تطبيق قانون الإرادة في عقود التجارة الدولية ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة قاصدي مرباح بورقلة ، الجزائر ، ٢٠١٥ ، ص ٢٠ .

[٧]- يقصد بتجزئة العقد الدولي: تجزئة عناصر مجتمعة ضمن مجموعة واحدة والتي في الأصل ينطبق عليها قانون واحد، وإخضاع كل عنصر من هذه العناصر لقانون مختلف بحيث نكون امام تعدد في القوانين الواجبة التطبيق على العقد ، اشرف وفا محمد ، الوسيط في القانون الدولي الخاص ، ط١ ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٩ ، ص ٥٤٥ ، وتجزئة العقد الدولي يعد من اهم النتائج التي ترتبت على خضوع العقد الدولي لقانون الإرادة، هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، ط١ ، الاسكندرية ، منشأة المعارف ، ١٩٩٥ ، ص ٣٦٥.

[٨]-ترتبط فكرة تجزئة العقد الدولي بفكر أصحاب النظرية الشخصية الذين منحوا الحرية الواسعة للأطراف المتعاقدة في اختيار نظام قانوني لحكم العقد فضلا عن منحهم الحرية في تجزئة العقد ليخضع عقدهم لحكم أكثر من نظام قانوني بحيث تكون القوانين الواجبة التطبيق على العقد متعددة. ، عبد المهدي كاظم ناصر ، الهام فاهم نغيش حسن ، تجزئة العقد الدولي ، بحث منشور في مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية ، العراق ، المجلد (٩) ، العدد (٢) ، ٢٠١٨ ، ص ٢٩٨.

[٩]- ان فكرة النظام العام تعد من الأفكار الأساسية في علم القانون وهذا المصطلح يعد تعبيرا غامضا عن مفهوم شامل ومرن لذا من الصعوبة وضع تعريف جامع مانع له، وقد التزمت مجموعة من القوانين الصمت في تعريف النظام العام ومنها القانون المدني العراقي الذي خلت نصوصه من التعريف به، رغم ان المادة (١٣٠) منه نصت في فقرتها الأولى على (يلزم ان يكون محل الالتزام غير ممنوع قانونا ولا مخالفا للنظام العام) وكذلك نصت المادة (١٣٢) في الفقرة الأولى من نفس القانون على (يكون العقد باطلا اذا التزم المتعاقد بدون سبب او لسبب ممنوع قانونا او مخالفا للنظام العام والآداب العامة) ويلاحظ مما تقدم بأن القانون المدني العراقي قد ذكر مصطلح النظام العام وابرز مكانته حيث ان هذه المواد تعد من القواعد العامة واي اتفاق على ما يخالفها باطل ، عبد الله عبد الجليل الحديثي ، النظرية العاملة في القواعد الآمرة في القانون الدولي ، ط١ ، بدون مكان نشر ، ١٩٨٦ ، ص ١٩، ولكن ورد تعريف للنظام العام من جانب بعض الفقهاء فقد عرفوه بانه (أداة تصويب استثنائية تسمح باستبعاد القانون الواجب التطبيق الذي يتضمن احكاما تقدر المحكمة ضرورة الامتناع عن تطبيقها) ، عصام الدين القصبي ، القانون الدولي الخاص ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٢، ص ١٧٧.

[١٠]- لقد فرق بعض الفقهاء في تحديد مفهوم قواعد البوليس ،بين القواعد ذات التطبيق الضروري وبين قواعد البوليس الأجنبية ، فبالنسبة للقواعد ذات التطبيق الضروري فتعني (مجموعة من القواعد الموضوعية التي تقوم داخل النظام القانوني الوطني والتي تبلغ في أهميتها لمجتمع الدولة حدا كبيرا يحول دون دخولها في منافسة مع القوانين الأجنبية، كما يتعين تطبيقها مباشرة دون النظر الى تصنيفها وما اذا كانت تنتمي الى القانون العام او القانون الخاص ودون حاجة لأعمال منهج قواعد الاسناد). عبد العال ، عكاشة محمد ، تنازع القوانين ، ط١ ، لبنان ، منشورات الحلبي ، ٢٠٠٧ ، ص ٥٣٤ ، اما بالنسبة لقواعد البوليس الأجنبية فتعني (القواعد الهادفة الى حماية الدولة الأجنبية ولا يجوز تطبيق قانون يتعارض مع أي من هذه القواعد حتى ولو اشارت قاعدة الاسناد بتطبيقه وإلا كان ذلك من شأنه يمس كيان الدولة السياسي او الاجتماعي او الاقتصادي) ، احمد إبراهيم إبراهيم ، القانون الدولي الخاص ، تنازع القوانين ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٢ ، ص ٤٠

[١١]- هشام علي صادق ، تنازع القوانين دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري ، مصر – الاسكندرية ، منشأة المعارف ، ١٩٧٤ ، ص ٦٥٠ ، رملة عياض ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح-ورقلة، الجزائر، ٢٠١٦، ص ١٢، كريم مزعل شبي ، ثامر محمود داوود خضير الشافعي، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، العراق ، المجلد (٣٢)،العدد (٢)، ٢٠١٧ ، ص ٢٠.

مجلة كامبريدج للبحوث العلمية: مجلة علمية محكمة
تصدر عن مركز كامبريدج للبحوث والمؤتمرات–العدد الحادي الاربعون – كانون الثاني ٢٠٢٥– رجب ١٤٤٦
ISSN-2536-0027

[١٢]- سامي بديع منصور، عكاشة عبد العال ، القانون الدولي الخاص ، بيروت ، الدار الجامعية للطباعة والنشر، ١٩٨٧ ، ص ٣٦١.

[١٣]- تعرف بأنها "مجموعة من القواعد الموضوعية التي تقوم داخل النظام القانوني الوطني والتي تبلغ في اهميتها لمجتمع دولة حدا كبيرا يحول دون دخولها في منافسة مع القوانين الاجنبية، كما يتعين تطبيقها مباشرة دون النظر الى تصنيفها وما اذا كانت تنتمي الى القانون العام او القانون الخاص ودون حاجة لإعمال منهج قواعد الاسناد" ، عكاشة محمد عبد العال ، تنازع القوانين ، ط١ ، لبنان ، منشورات الحلبي ، ٢٠٠٧ ، ص ٥٣٤.

[١٤]- طارق عبد الله عيسى المجاهد ، تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية ، اطروحة دكتوراه ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، بغداد ، ص ٧٤ ، و مناصف أمين و سعدي سامية ، تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة محمد الشريف مساعدية ، ٢٠١٩ ، ص ١٠.

[١٥]- أشرف وفا محمد ، الوسيط في القانون الدولي الخاص ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٩ ، ص ٥٤٨.

[١٦]- عصام عبد الفتاح مطر ، التجارة الالكترونية في التشريعات العربية والاجنبية ، الاسكندرية ، دار الجامعة الجديدة ، ٢٠٠٨ ، ص ٣٨٥.

[١٧]- ويتعين على القاضي المعروض امامه النزاع في مواجهة مثل هذه الحالة ان يبحث عن القانون المناسب لتطبيقه على العقد وذلك بالرجوع الى ارادة الاطراف المتعاقدة وذلك لتجنب الوصول الى حالة إبطال العقد فدور القاضي هنا يظهر جلياً في بحثه عن ارادة او نية المتعاقدين الحقيقية التي تجنب الوقوع في مثل هذه الحالة، وفي حالة اختيار المتعاقدين للقانونين ليحكما عقدهما وكان احد هذه القانونين يقر بصحة العقد والقانون الآخر يعد العقد باطلاً فيعتمد تطبيق القانون الذي جاء بأن العقد صحيحاً حيث ان ذلك هو الأقرب الى طبيعة الامور فيعد ذلك القانون هو المختار من قبل المتعاقدين ليحكم علاقتهم التعاقدية ، احمد عبد الكريم سلامة ، قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق ، مصدر سابق ، ص ١٩٦.

[١٨]- احمد عبد الكريم سلامة ، قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق ، المرجع السابق ، ص ١٩٠.

[١٩]- ومن الاتفاقيات التي اكدت على أهمية الاختيار الصريح لقانون الإرادة لائحة روما الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية التي وقعت في سنة (٢٠٠٨) فقد نصت في المادة الثالثة في الفقرة الأولى منها على ان (يحكم العقد بالقانون المختار من جانب الأطراف، ويجب ان يكون هذا الاختيار صريحا) كما نصت اتفاقية لاهاي الموقعة سنة (١٩٥٥) الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على بيوع المنقولات ذات الصبغة الدولية على الإرادة الصريحة واهميتها فقد نصت في الفقرة الأولى من المادة الثانية فيها على ان (يخضع البيع لقانون البلد الذي عينه طرفا العقد)

[٢٠]- وقد رفض هذا الشرط مجموعة من الفقهاء كان من ضمنهم فقهاء إنكلترا، الذين اكدوا بأن حرية الأطراف المتعاقدة في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد المبرم بينهم حرية كاملة لا تقيد بأي صلة فلا يمكن استبعاد القانون الواجب التطبيق من وجهة نظرهم الا اذا انطوى على غش نحو القانون او كان فيه مخالفة للنظام العام في دولة القاضي الذي ينظر النزاع وهو ما اخذت به لائحة روما لسنة ٢٠٠٨ فنصت على ذلك في المادة (٣) في فقرتها الاولى جاءت بأن (..... لا يخل بالقواعد القانونية لذلك البلد التي لا يجوز مخالفتها بموجب العقد) حسام الدين فتحي ، حماية المستهلك من خلال قواعد تنازع القوانين ، مصر- القاهرة ، دار النهضة الجامعية ، ٢٠٠٤ ، ٢٧ ، طارق عبد الله عيسى المجاهد ، المرجع السابق ، ص ٧٠ ، خالد عبد الفتاح خليل ، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص ، مصر – القاهرة ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٢ ، ص ١٢٦.

[٢١]- ومن بينهم فقهاء أوربا وكذلك القضاء الأمريكي ،الذين يبررون وجهة نظرهم بان انعدام وجود تلك الصلة يعد بمثابة تحايل على القانون الواجب التطبيق وذلك لأجل التهرب من القواعد الآمرة التي تعد واجبة التطبيق بناءً على اختيار الأطراف، ويقصد بالصلة: العلاقة الموضوعية التي تربط بين القانون المختار

مجلة كامبريدج للبحوث العلمية: مجلة علمية محكمة
تصدر عن مركز كامبريدج للبحوث والمؤتمرات–العدد الحادي الاربعون – كانون الثاني ٢٠٢٥– رجب ١٤٤٦
ISSN-2536-0027

والعقد او المتعاقدين حيث يجب على الأطراف المتعاقدة ان يختاروا من النظم القانونية لحكم عقدهم ما كان للقاضي ان يختاره لو كان له الحق في ذلك ، فؤاد عبد المنعم رياض ، سامية راشد ، تنازع القوانين وآثار الاحكام الاجنبية ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، دون ذكر تاريخ النشر، ص ٣٢٧.

[٢٢]-احمد عبد الكريم سلامة ، قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق ، المرجع السابق ، ص٩.

[٢٣]- Georry Lang : La Fraude a la loi en droit international prive suise , these de doctorat , d universite de Lausanne , p ١٩٣

[٢٤]- احمد عبد الحميد عشوش ، النظام القانوني لعقد القرض الدولي ، ط١، الاسكندرية ، مؤسسة شباب الجامعة ، ١٩٩٠ ، ص١٤١.

[٢٥]- هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق على العقود التجارية الدولية ، المرجع السابق ، ص ٣٢١.

[٢٦]- ميادة صباح حسن الربيعي ، القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار النفطي ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة البصرة ، العراق ، ٢٠١٤ ، ص ١٩.

[٢٧]- بدأت تزداد هذه المكانة لعنصر الموطن بسبب ازدياد الهجرة الى الدول الأنكلو امريكية منذ الحرب العالمية الثانية ، عباس العبودي ، اثبات الموطن في القانون الدولي الخاص ، بحث منشور في مجلة العلوم العربية ، جامعة بغداد ، العراق ، العدد (٢٥) ، ٢٠١٠ ، ص ٥٦.

[٢٨]- وتقابلها المادة (١٩) من القانون المصري ، ونص عليه كذلك المشرع الاماراتي في الفقرة الاولى من المادة (١٩) منه جاء فيها: (يسري على الالتزامات التعاقدية شكلاً ومضموناً قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إن اتحدا موطناً....).

[٢٩]- طلال ياسين العيسى ، العقود الدولية وتطبيقاتها في القانون العراقي ، اطروحة دكتوراه ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، العراق ، ١٩٩٠ ، ص ١١٦.

[٣٠]- ممدوح حافظ عبد الكريم ، القانون الدولي الخاص وفق القانون العراقي والمقارن ، ط١ ، بغداد ، دار الحرية للطباعة ، ١٩٧٣ ، ص١٧٢.

[٣١]- هشام علي صادق ، حفيظة السيد الحداد ، العقود المبرمة بين الدول والاشخاص الاجنبية ، ط١ ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٦ ، ص٣٥٧.

[٣٢]- حفيظة السيد الحداد ، القانون الدولي الخاص - تنازع القوانين ، بيروت ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ٢٠٠٢ ، ص ٤٢٦ .

[٣٣]- طارق عبد الله عيسى المجاهد ، تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية ، اطروحة دكتوراه ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، العراق ، ٢٠٠١ ، ص ١٤٧.

[٣٤]- صفوت احمد عبد الحفيظ ، دور الاستثمار في تطور احكام القانون الدولي الخاص ، دار المطبوعات الجامعية ، الطبعة بدون ، مصر ، الاسكندرية ، ٢٠٠٥ ، ص ١٨٥.

[٣٥]- حيث نصت المادة (٨٧) من القانون المدني العراقي على ان (يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان وفي الزمان الذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ما لم يوجد اتفاق او نص قانوني يعطي بغير ذلك) اما المشرع المدني المصري فقد نص في المادة (٩٧) على ما يقابل ذلك فقد نصت على : (١-يعتبر التعاقد ما بين غائبين قد تم في المكان وفي الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، ما لم يوجد اتفاق او نص يقضي بغير ذلك.٢-ويفترض ان الموجب قد علم بالقبول في المكان وفي الزمان اللذين وصل اليه فيهما هذا القبول) ونص عليه كذلك المشرع الاماراتي في المادة (١٤٢) منه وقد جاء نصه مطابقا ما نص عليه المشرعين العراقي والمصري، ويمكن الرجوع للمادة (١٩) من قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية العراقي ، وكذلك المادة (١٣) من قانون المعاملات والتجارة الالكترونية الاماراتي رقم (١) لسنة ٢٠٠٦.

[٣٦]- د. هشام علي صادق ، تنازع القوانين (دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوظعية المقررة في التشريع المصري) ، مصدر سابق ، ص ٥٥٦.

[٣٧]- عامر محمد الكسواني ، موسوعة القانون الدولي الخاص – تنازع القوانين ، ط١ ، عمان ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ٢٠١٠، ص ٢٠٠-٢٠١.

ISSN–2536–0027

[٣٨]- عكاشة عبد العال ، احكام القانون الدولي الخاص - تنازع القوانين ، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت ، ١٩٩٨ ، ص ٦٣ .

[٣٩]- مناصيف امين و سعدي سامية ، تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة محمد شريف مساعدية ، الجزائر ، ٢٠١٩ ، ص ٥٨ وما بعدها.

[٤٠]- عبد السلام الفاضل ، منهج الاداء المميز في تحديد قانون العقد الدولي ، مقال منشور عبر شبكة الانترنت على الموقع الاتي: view/article/journals.ju.edu.jo ، تاريخ الزيارة: ٢٠٢٠/٩/٣.

[٤١]- التي نصت على " في حالة عدم اجراء انتخابات وفقا للمادة (٣) ودون الاخلال بالمواد من (٥) الى (٨)، يحدد القانون المطبق على العقد على النحو التالي:

أ- فأن عقد بيع البضائع يخضع لقانون البلد الذي يقيم فيه البائع بصفة اعتيادية.

ب- يخضع عقد تقديم الخدمات لقانون البلد الذي يقيم فيه مقدم الخدمة محل اقامته المعتاد.

ج- يكون عقد الحق العقاري او عقد ايجار المبنى محكوما بقانون البلد الذي يقع فيه المبنى.

د- بصرف النظر عن النقطة (ج)، فأن ايجار الممتلكات غير المنقولة التي تم الدخول فيها لأغراض شخصية مؤقتة لمدة اقصاها ستة اشهر متتالية يخضع لقانون الذي يقيم فيه المالك اقامته المعتادة، شريطة ان يكون المستأجر وهو شخص طبيعي، وان يكون مقر اقامته المعتاد في ذلك البلد نفسه.

ه- تخضع اتفاقية الامتياز (Franchising) لقانون البلد الذي يقيم فيه الحاصل على الامتياز بصفة اعتيادية.

و- تخضع اتفاقية التوزيع لقانون البلد الذي يقيم فيه الموزع بصفة اعتيادية.

ز- فأن عقد بيع السلع بالمزاد يخضع لقانون البلد الذي يجري فيه المزاد، اذا امكن تحديد ذلك المكان وكما اوردت في الفقرة (٢) من نفس المادة " وفي الحالات التي لا يشمل فيها العقد الفقرة (١) او عندما تكون عناصر العقد مشمولة بأكثر من نقطة من النقاط (أ) الى (ج) من الفقرة (١)، يكون العقد محكوما بقانون البلد الذي يقيم فيه طرف الاداء المميز عادةً.

[٤٢]- ونذكر تطبيقاً قضائياً لموطن المدين بالأداء المميز في قرار محكمة النقض الفرنسية اذا انها طبقت قانون الموطن المدين بالأداء المميز وذلك في نزاع ما بين شركة (JFA Chantier naval) الفرنسية المختصة بصناعة اليخوت الفاخرة وشركة (Krestholt) الهولندية المختصة بصناعة الاخشاب والتي تلتزم بموجب العقد المبرم بين الشركتين بتزويد وبناء الاسطح الخشبية لقاربين في فرنسا وعندما حدث النزاع بين الطرفين طالبت الشركة الفرنسية بتطبيق القانون الفرنسي على اعتبار انه القانون الاوثق صلة بالعقد حيث ان مقر الشركة كان في فرنسا وان عملية بناء الاسطح قد كان في فرنسا ايضا بالإضافة الى ان اعلان المناقصة كان في فرنسا كذلك اذ لم يكن لارتباط العقد بهولندا سوى من خلال عنصر واحد فقط الا هو مقر الشركة المتعاقدة ورغم كل ذلك الا ان قرار محكمة النقض جاء برفض طلب الشركة الفرنسية لتطبيق القانون الفرنسي على النزاع وحكمت بتطبيق القانون الهولندي على اعتبار انه يمثل قانون موطن المدين بالأداء المميز : قرار منشور عبر شبكة الانترنت على الموقع الرسمي لمحكمة النقض الفرنسية ، تاريخ الزيارة: ٢٠٢٠/٦/٥.

https://www.courdessation.fr/publication_٢٦/arrets_publies_٢٩٨٦/chambre_commreciale_finciere_economique_٣١٧٢/٣٣٢٤/octobre_٣٦٩٤/١٠١٧_١٩_١٧٩٥٩.html