دراسات، علوم الشريعة والقانون، المجلّد 46، عدد 1، ملحق 1، 2019

منهج الأداء المميز في تحديد قانون العقد الدولي

*عبد السلام علي الفضل، نعيم علي العتوم**

ملخص

تُعدّ مسألة تحديد قانون العقد الدولي في حالة غياب اختيار الأطراف لذلك القانون من أكثر المسائل إثارة للنقاش في القانون الدولي الخاص. وقد أدى ذلك إلى حلول مختلفة في التشريعات الوطنية والدولية في هذا الخصوص. من هذه الحلول منهج الأداء المميز الذي يقدم تصوراً جديداً للقانون الواجب التطبيق على العقد الدولي وذلك بتحديده القانون الأكثر ارتباطا به من خلال الطبيعة الذاتية للعقد. إذ يفترض هذا المنهج أن القانون الأكثر ارتباطاً بالعلاقة التعاقدية هو قانون مكان الإقامة المعتادة للمدين بالأداء المميز وقت إبرام العقد. ويمتاز هذا المنهج بأنه يقدم حلولاً مرنةً تراعي تنوع العقود الدولية واختلافاتها، وفي الوقت نفسه يراعي مبدأ الأمان القانوني لمعاملات الأشخاص التي تتجاوز الحدود، كما أنه يحترم توقعات الأطراف المشروعة؛ وبالنظر إلى هذه المزايا فقد تبنّت العديد من التشريعات المقارنة هذا المنهج.

الكلمات الدالة: تنازع القوانين، الاداء المميز، العقد الدولي، القانون الواجب التطبيق.

المقدمة

إن التطوّر السريع الذي يشهده العالم في وسائل الاتصال والتكنولوجيا والاقتصاد والتجارة أدى إلى تطور إبرام المعاملات المالية الدولية بين الأطراف من مختلف البلدان، هذا التطور صاحبه تطور آخر في الجانب التشريعي وذلك بإيجاد قواعد قانونية ملائمة تنظّم هذا النوع من العلاقات الدولية[1]. وبما أن العقود تعدّ من أهم أدوات تسير تلك المعاملات والمبادلات المالية بين الدول فإن اتصالها بأكثر من نظام قانوني لأكثر من دولة سيثير مشكلة تنازع القوانين[2]. بمعنى آخر عندما يتصل العقد بأكثر من نظام قانوني فلا بدّ من اختيار القانون الأكثر ارتباطاً وملاءمةً لحكم المنازعات التي تنشأ عنه بين الأطراف.

تكاد تتفق معظم التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية على خضوع العقد الدولي في جانبه الموضوعي لقانون الإرادة، أي القانون الذي يختاره الأطراف صراحةً أو ضمناً ليحكم العقد، وهذا ما نصّت عليه المادة 1/20 من القانون المدني الأردني[3]. فإذا اختار الأطراف قانون العقد فعلى القاضي أن يحترم تلك الإرادة ويطبّق القانون المختار ما دام أنه لا يخالف القواعد الآمرة في نظامه القانوني.[4]

ولكن في كثير من الحالات قد لا يختار الأطراف قانون العقد، فلا بدّ من وجود ضوابط إسناد احتياطية يتم اللجوء إليها لتحديد ذلك القانون. وهذه المسألة تعدّ نقطة خلاف فقهي وتشريعي واسع في القانون الدولي الخاص لا بل إلى هذا اليوم لم تتفق الدول على ضابط إسناد ملائم يحكم العقود الدولية في حالة غياب الاختيار من قبل الأطراف وذلك بسبب تنوّع العقود واختلافها. ولكن يمكن تحديد بعض الاتجاهات في هذا الشأن[5]، إذ يلاحظ أن معظم النظريات الفقهية والتشريعات الوطنية تميل في هذه الحالة الى تركيز العلاقة التعاقدية بإسنادها الى القانون الأكثر ارتباطا أو صلة بها، والذي يعدّ مركز الثقل في تلك العلاقة.[6]

وقد اختلفت التشريعات المقارنة في آلية التركيز الموضوعي للعقد، إذ ظهرت عدة مناهج في إطار منهجية إسناد العقد الى القانون الاكثر ارتباطا به[7]. ففي بعض الدول قام المشرّع نفسه بعملية التركيز وافترض أن مركز الثقل في العلاقة يوجد في مكان معيّن ولم يعطِ الحرية للقاضي في البحث عن قانون العقد. وقد تبنّى المشرّع الأردني هذا المنهج في نص المادة 20 من القانون المدني الأردني التي تنص الفقرة الأولى منها على أنه: " يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنا فإن اختلفا سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد. هذا ما لم يتفق المتعاقدان على غير ذلك[8]". وتجدر الاشارة هنا إلى أن معظم التشريعات العربية تتبنى قاعدة إسناد بشأن العقود الدولية تماثل قاعدة الاسناد السابقة التي تضمنتها

* كلية القانون؛ جامعة اليرموك، الأردن. تاريخ استلام البحث 2017/10/17، وتاريخ قبوله 2018/6/14.

 © 2019 عمادة البحث العلمي/ الجامعة الأردنية. جميع الحقوق محفوظة.

المادة 20 من القانون المدني الاردني[9]. إذ افترض المشرع أن قانون الموطن المشترك للمتعاقدين ومن ثم قانون مكان ابرام العقد هما من أكثر القوانين ارتباطا بالعقد وبالتالي يلتزم القاضي بتطبيقهما بالترتيب الوارد في النص التشريعي السابق[10]. ويلاحظ على هذا المنهج التشريعي في الاسناد أنه يمتاز بتوفير الأمان القانوني لمعاملات الأطراف من خلال معرفتهم المسبقة بقانون العقد وبالتالي يحترم توقعاتهم المشروعة ولكنه بالمقابل يتصف بالجمود ولا يراعي تعدد وتنوع العقود الدولية.[11]

وفي جانب آخر، اعتمدت بعض الدول المنهج القضائي المرن الذي يترك مسألة التركيز الموضوعي للقاضي الذي يقوم بالبحث في كل حالة على حدة عن القانون الاكثر ارتباطا بالعقد وفقا لظروف التعاقد وملابساته[12]. وعلى الرغم من كون هذا المنهج يراعي مسألة تنوع العقود وطبيعتها الخاصة إلا أنه لا يحقق الأمان القانوني، ولا يراعي توقعات الأفراد المشروعة وذلك لأنه يصعب عليهم العلم المسبق بقانون العقد نظرا لاختلاف ظروف التعاقد في كل حالة على حدة.[13]

أمام تلك الانتقادات التي وجهت الى المناهج السابقة، أفرز التطور الحديث في إطار منهجية الاسناد الموضوعي للعقد الدولي منهجاً يتوسط المنهجين السابقين وهو منهج الأداء المميز الذي يكون فيه تركيز العقد في نظام قانوني معين من خلال طبيعته الذاتية والابتعاد عن ظروف التعاقد وملابساته الخارجية[14]. بمعنى أن يقوم القاضي بتحليل الرابطة التعاقدية نفسها والبحث عن الالتزام أو الأداء الجوهري المميز فيها ومن ثم يقوم بتركزها من خلال ذلك الاداء المميز في المكان الذي تحقق فيه وظيفتها الاقتصادية والاجتماعية، ويفترض أنصار هذا المنهج أن قانون مكان الاقامة المعتادة للمدين بالأداء المميز هو القانون الأكثر ارتباطا بالعقد.[15]

يمتاز منهج الأداء المميز في تحديد قانون العقد الدولي بأنه يسعى إلى التوفيق بين العديد من الاعتبارات القانونية التي يرغب المشرع بمراعاتها عند اختياره للقانون الواجب التطبيق على العقد الدولي. إذ إنّه يحقق العدالة والمرونة في الحلول بحيث يراعي تنوع صور العقود واختلاف طبيعتها وفي نفس الوقت يصون الأمان القانوني لعلاقات الاشخاص عبر الحدود ويحترم توقعاتهم المشروعة وذلك من خلال التحديد المسبق لقانون العقد وهو هنا قانون مكان الإقامة المعتادة للمدين بالأداء المميز. وهذا ما شجّع الأنظمة القانونية المعاصرة على تبنّي هذا المنهج في تحديد قانون العقد الدولي عند غياب الاختيار الصريح أو الضمني من قبل الأطراف.

أهمية الدراسة: تأتي هذه الدراسة في ظل مطالبة الفقه العربي منذ وقت طويل بضرورة تجاوز قاعدة الإسناد التقليدية بشأن العقود الدولية الواردة في نص المادة 20 من القانون المدني الأردني، والبحث عن حلول بديلة تحقق المرونة والعدالة في الحلول مراعية طبيعة العقود الدولية واختلاف صورها. ومن الحلول التي تعد اليوم من أهم مبادئ القانون الدولي الخاص ظهور منهج الأداء المميز في اطار منهجية الإسناد في تحديد القانون الأكثر ارتباطا بالعقد. حيث يعد معيار الأداء المميز من أهم ضوابط الإسناد التي تبنتها معظم التشريعات القانونية الحديثة ضمن قواعد الإسناد الخاصة في العقود الدولية.

جاءت هذه الدراسة لتُبرز دور منهج الأداء المميز في تحديد قانون العقد الدولي وذلك من خلال الاعتماد بشكل رئيس على الطبيعة الذاتية للعقد؛ إذ يعد هذا المنهج السبيل الأقوم لتحديد القانون الأكثر ارتباطا بالعقد؛ لا سيما تحديده بشكل واضح لقانون مكان الإقامة المعتادة للمدين بالأداء المميز، وقت إبرام العقد، كون هذا الضابط يشكل مركز الثقل في العلاقة التعاقدية.

إشكالية الدراسة: تكمن الإشكالية الرئيسة لهذه الدراسة في التعرف على مدى ملاءمة وصلاحية منهج الأداء المميز كطريقة لإسناد العقد الدولي الى القانون الأكثر ارتباطا وصلة به. ولبلوغ هذه الغاية، لا بد من الإجابة عن التساؤلات الآتية: ما المقصود بالأداء المميز؟ وهل حقق ذلك المفهوم الانسجام والتوافق بين الاعتبارات القانونية المتناقضة التي تسعى التشريعات المقارنة إلى مراعاتها عند صياغة قواعد الإسناد بشأن العقود الدولية؟ وما منهجية التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية في تبني معيار الأداء المميز؟ وهل ثمَّة استثناءات على هذا المنهج؟ ومدى إمكانية إدخال هذا المنهج في إطار منظومة التشريع الأردني المتعلقة بقواعد تنازع القوانين في العقود الدولية؟

منهجية الدراسة: من أجل الاحاطة بمضمون منهج الاداء المميز في تحديد قانون العقد الدولي وكذلك معالجة النصوص التشريعية التي تبنت هذه الفكرة كان لا بد لنا من اتباع المنهج الوصفي المقرون غالبا بالمنهج التحليلي: اذ تعتمد هذه الدراسة على عرض نظرية الاداء المميز في ضوء الفقه المقارن وخاصة في الفقه السويسري الذي يرجع له الفضل في ظهور هذه النظرية بالشكل الحالي[16]، ومن ثم دراسة نظرية الاداء المميز في الانظمة القانونية التي تبنت هذه النظرية وتحليل نصوصها في هذا الشأن. ومن أهم تلك التشريعات القانونية، اتفاقية روما لسنة 1980 المتعلقة بتحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، التي دخلت حيز التنفيذ في فرنسا سنة 1991، وكذلك نصوص التوجيه الاوروبي رقم 593/ 2008 والمسمى " روما 1" والذي دخل حيز التنفيذ في فرنسا عام 2009[17]. إذ كان لهذه التشريعات الدور الواضح في ابراز مفهوم الاداء المميز كضابط اسناد يشير الى

القانون الواجب الأكثر ارتباطا بالعقد في حالة غياب الاختيار.

وعلى ذلك تم تقسيم هذا البحث الى مطلبين: الأول: يتناول التعريف بمنهج الأداء المميز في تحديد قانون العقد الدولي والآخر: يناقش تبني أحدث التشريعات المقارنة لمعيار الأداء المميز.

المطلب الأول

التعريف بمنهج الأداء المميز في تحديد قانون العقد

يقوم منهج الأداء المميز على تحليل فئة معينة من العقود ذات الطبيعة الواحدة وتحديد الأداء المميز فيها، إذ يوجد لكل عقد أداء مميز يميزه عن غيره من العقود ويعبر عن جوهره وخصوصيته[18]. ثم يتم تحديد القانون الواجب التطبيق على كل فئة من تلك العقود المتشابهة، مثل عقود بيع المنقولات مثلا، وذلك وفق الوزن القانوني والأهمية الواقعية للأداء الأساسي أو المميز في تلك العقود. فلا بد من الكشف عن الأداء الرئيس أو المميز في كل عقد، أو في فئة عقدية متشابهة، ليكون المعيار الذي سيسند العقد وفقا له الى قانون المكان الذي يؤدي فيه وظيفته الاقتصادية والاجتماعية وهو قانون مكان الإقامة المعتادة للمدين بالأداء المميز.[19]

يلاحظ على هذا المنهج بأنه يراعي تنوع العقود ويحدد القانون الذي يتماشى مع طبيعتها الذاتية، فهو يستمد القانون المختص من العناصر الداخلية للعقد وبالذات من الأداء المميز فيه، وبذلك يراعي ايضا مبدأ الأمان القانوني واحترام توقعات الأطراف المشروعة. وبالتالي فإن التعريف بهذا المنهج ومن ثم فهم مضمونه يقتضي اولا توضيح آلية منهج الأداء المميز في تحديد قانون العقد في حالة غياب الاختيار وسيكون ذلك من خلال دراسة مضمون المنهج (الفرع الأول)، ومن ثم لا بدّ من بيان مزايا منهج الأداء المميز بالمقارنة مع مناهج الاسناد الأخرى التي ظهرت في هذا المجال (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مضمون منهج الأداء المميز

يعتمد منهج الأداء المميز على دراسة طبيعة العقد من أجل الكشف عن الأداء المميز فيه والذي يتم من خلاله ربط العقد بالنظام القانوني للدولة التي يؤدي فيها هذا العقد وظيفته الاقتصادية والاجتماعية، هو قانون مكان الاقامة المعتادة للمدين بالأداء المميز وقت ابرام العقد[20]. فمن أجل الوصول إلى القانون الأكثر ارتباطا بالعقد من خلال هذا المنهج لا بد من القيام بالخطوتين التاليتين: الأولى: تحديد الأداء المميز في العقد والآخرى: تركيز العقد في نظام قانوني معين.

أولا: تحديد الأداء المميز

لتحديد الأداء المميز في العقد أهمية كبيرة في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، إذ إنّ ذلك الأداء ليس واحدا في جميع العقود، وهذا بدوره سيؤدي إلى تعدد واختلاف القوانين الواجبة التطبيق على العقود الدولية[21]. وتعدّ مسألة تحديد هذا الأداء المميز من المسائل الصعبة التي يواجهها القاضي في سبيل الوصول إلى قانون العقد الدولي وذلك بسبب اختلاف طبيعة العقود عن بعضها البعض، وكذلك بسبب صعوبة وضع تعريف أو معيار شامل يحدد ذلك الأداء[22]. فالتشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية التي تبنت منهج الأداء المميز لم تضع تعريفا للأداء المميز ولم تقدم معيارا يحدده يطبق على كافة العقود. فاتفاقية روما لسنة 1980 والتوجيه الأوروبي (روما 1 لسنة 2008) لم يعرفا الأداء المميز وإنما عرفه التقرير المفسر لاتفاقية روما لسنة 1980 الذي وضعه الأستاذ الفرنسي لاغارد (Lagarde) والأستاذ الإيطالي جوليان ((Giulianoعلى أنه ذلك الأداء الذي بمقتضاه يكون دفع المقابل النقدي واجبا[23]. وعرفه البعض الاخر بأنه ذلك الأداء الذي يسمح بتميز كل عقد عن آخر، بحيث يكون هذا الأداء الجوهري في العقد هو الذي يميزه عن غيره من العقود[24]. ولكن ما المعيار الذي يمكن من خلاله كشف هذا الأداء الذي يميز العقود عن بعضها البعض؟ يقدم أنصار منهج الأداء المميز معيارين: الأول يستند إلى طبيعة العقد والآخر إلى مهنة الأطراف.

أ: تحديد الأداء المميز وفقا لطبيعة العقد

يرى الأستاذ السويسري "SCHNITZER " بأن نظرية الأداء المميز تستند إلى جوهر العقد وطبيعته، ثم إلى وظيفته الاقتصادية والاجتماعية في مكان معين[25]. فنقطة البداية تكون بتحديد فئة من العقود والبحث عن خصائصها ومميزاتها المشتركة، فضلا عن وظيفتها التي تميزها عن غيرها من العقود. هذا البحث والتحليل يجب أن ينطلق من داخل العقد نفسه لتحديد تلك الصفات الجوهرية، وجميع المميزات الأساسية فيه. بمعنى آخر يجب تحديد الالتزام الجوهري من طبيعة العقد ذاته ليكون هو الأداء المميز في العقد والذي سيتم تركيزه في نظام قانوني معين ليطبق على العلاقة التعاقدية[26]. فالالتزامات التعاقدية الناشئة عن العقد متعددة ولكن لا بد من وجود التزام أو أداء مميز في العقد يميز العقد عن سواه.

وتقسم العقود من حيث آثارها الى قسمين: عقود ملزمة لجانب واحد واخرى ملزمة لجانبين[27]، فتحديد الأداء المميز في العقود الملزمة لجانب واحد لا يثير أي صعوبات إذ إنّ ذلك الأداء هو أداء الطرف الملتزم بالعقد، كما هو الحال مثلا في عقد الهبة، إذ يكون القانون الواجب التطبيق هنا قانون مكان الاقامة المعتادة للواهب[28]. أما في العقود الملزمة لجانبين فلا بد للقاضي أن يحلل الالتزامات المتقابلة لكي يحدد أيا منها هو الأداء المميز[29]. ويعتمد أغلب الفقه المقارن في ذلك على المعيار المقدم في التقرير التفسيري لاتفاقية روما لسنة 1980 الذي يبين أن ذلك الأداء هو الذي يقابله دفع مبلغ نقدي ولا يمكن أن يكون الأداء المميز في العقد هو الأداء النقدي لكونه مشتركا في العديد من العقود[30]. ففي العقود الملزمة لجانبين التي ترتكز على تبادل سلع أو خدمات مقابل مبلغ نقدي (في أغلب الحالات)، لا يمكن للأداء النقدي أن يحدد طبيعة العقد لأنه ليس الالتزام المميز فيه، وإنما طبيعة الالتزام المقابل لدفع المبلغ النقدي هي التي تسمح بتمييز هذا العقد عن غيره من العقود، فذلك هو الأداء المميز في العقد. فالتزام البائع بتسليم المبيع للمشتري، والتزام الناقل بنقل البضاعة أو الأشخاص، والتزام البنك في حفظ الأموال واستثمارها، والتزام المقاول بأداء الخدمة أو العمل...فهذه كلها أداءات مميزة للعقد عن غيره من العقود، ويقابلها في كثير من الحالات دفع مبلغ نقدي.[31]

هذا، ويلاحظ على المعيار السابق بأنه يمتاز بالوضوح والسهولة في التطبيق بالنسبة لأغلب العقود الملزمة لجانبين. والقضاء الفرنسي نادرا ما يجد صعوبة في تحديد الأداء المميز بناء على هذا المعيار[32]. ولكن هناك بعض العقود لا يكون فيها المقابل أداء نقديا كعقود المقايضة أو عقود الصرف، وكذلك قد تتعدد الأداءات المميزة في العقد، لا سيما في العقود المركبة التي تتضمن التزامات متعددة ومعقده، يصعب في كثير من الحالات تحديد أداء مميز فيها يميز العقد عن غيره من هذه العقود. ولذلك سنلاحظ في قابل دراستنا أن التشريعات والاتفاقيات التي تبنت منهج الأداء المميز قد وضعت حلولا لتلك الصعوبات.

لكن السؤال الذي يطرح الآن، لماذا اختار أنصار هذه النظرية الأداء المميز ليكون هو المعيار المعول عليه لتحديد القانون المختص، وليس أي أداء أخر؟ يرى صاحب هذه النظرية أنه يوجد في الحياة الاقتصادية للعقد طرف واحد يكون دوره فعال وبارز في إبرام العقد. فهو الذي يبيع وينقل ويعطي الأموال... وهو المدين بالأداء المميز[33]. أما الطرف الآخر فهو ليس إلا مجرد عميل عادي لا يمارس أي وظيفة اقتصادية في إبرام تلك العقود، حتى لو كان له وظيفة تجارية أو زراعية أو غيرها، فالتزامه يتمثل دائما في دفع مبلغ نقدي، والالتزام المقابل هو الالتزام الجوهري والمميز، والذي يلعب دورا مهمًا في الحياة الاقتصادية للعقد أكثر من غيره من الالتزامات الأخرى، وهو الذي يميز العقد عن غيره من العقود.[34]

ويبرر أيضا أنصار هذه النظرية الأخذ بالأداء المميز كمعيار لتحديد قانون العقد على اعتبار أن هذا الأداء هو الأداء الأكثر نشاطا وفاعلية في الحياة الاقتصادية. وهو يقوم ايضا على أساس تنظيم قانوني أكثر كثافة وتفصيلا من حيث الالتزامات[35].فيكون المدين بالأداء المميز هو الأكثر نشاطا وفاعلية بشكل عام في موضوع العقد وإبرامه وتنفيذه، ويعدّ أداءه أكثر تعقيدا من أداء المتعاقد الآخر الذي يكون أداؤه مجرد دفع مبلغ نقدي ولا يتحمل مخاطر شديدة كالتي يتحملها المدين بالأداء المميز عند تنفيذ أدائه.[36]

وبالتالي فإن تطبيق قانون هذا المدين بالأداء المميز يعد الأكثر ملاءمة للمتعاقدين ويتفق مع توقعاتهم المشروعة[37]. وهذا القانون هو ما يتوقعه الطرف الآخر في العلاقة التعاقدية (الدائن بالأداء المميز)؛ لأنه في كثير من الحالات هو الذي يسعى إلى مكان إقامة المدين بالأداء المميز لإبرام العقد[38]، وتظهر هذه الصورة بشكل جلي في حالة ما إذا كان المدين بالأداء المميز هو شخص مهني.

ب: تحديد الأداء المميز وفقا لمهنة أطراف العقد

يتم تحديد الأداء المميز في العقد وفقاً لهذا المعيار بالنظر إلى مهنة القائم به، حيث يتم تصنيف أطراف العقد إلى طرف عادي وطرف رئيس مهني يقوم بتنفيذ العقد بمقتضى نشاطه المهني الذي يمارسه بانتظام واحتراف، فيكون أداء هذا الأخير هو الأداء المميز في العقد وهو المدين به[39]. فقد تمت الإشارة الى أن العقد يتضمن طرفين أحدهما طرف رئيس يؤدي وظيفة اجتماعية واقتصادية، ويكون هو صاحب الأداء المميز؛ والآخر ليس إلا مجرد عميل عادي، كما في عقد القرض بين عميل ومصرف فإن القانون الذي يحكم القرض هو قانون المصرف المقرض؛ لكونه يؤدي من خلال مهنته وظيفة أساسية بخلاف العميل الذي يعدّ العقد بالنسبة له عملا عارضا[40]. فالأداء المميز هنا هو ذلك الأداء الذي يدخل ضمن النشاط المهني لمحترف العمل المهني أو التجاري. فيطبق هذا المعيار على جميع العقود التي يبرمها المهنيون أو التجار المحترفون، كعقود العمل وعقود التأمين وعقود العمليات المصرفية، فيكون قانون مكان إقامتهم المعتادة هو الواجب التطبيق بوصفهم المدينين بالأداء المميز[41]. وقد أخذت التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية التي تبنت منهج الأداء المميز بهذا المعيار.[42]

فالنشاط المهني يتطلب تنظيما قانونيا موحدا، بمعنى أنه من الملائم أن تخضع العقود التي يبرمها المهنيون والتجار المحترفون

الذين يتعاملون مع أعداد هائلة من العملاء من دول مختلفة، لقانون واحد، هو قانون مكان إقامتهم المعتادة لكونهم المدينين بالأداء المميز[43]. وهذا المكان يكون معروف من البداية لجميع أطراف العقد فيتفق ذلك مع توقعاتهم المشروعة. فلو طبقنا مثلاً قانون جنسية العملاء على العقد، فإن ذلك سيؤدي إلى تطبيق عدد هائل من القوانين، إضافة الى الإزعاج الذي يصيب التاجر أو المنشأة التجارية أو صاحب المهنة[44]. وقد تظهر هناك آثار سلبية ممكن أن تنعكس على مصلحة العملاء أنفسهم، حيث إنّ البحث عن القانون الواجب التطبيق في كل مرة سيؤدي إلى ضياع الوقت، ويتطلب، فوق ذلك، نفقات إضافية؛ مما يترتب عليه زيادة تكلفة الخدمة أو السلعة التي يقدمها التاجر أو المهني[45]. أضف الى ذلك فان قانون مكان اقامة المدين بالأداء المميز، وهو هنا المهني أو التاجر، يحكم نشاطه ويحدد نطاقه وينظمه بقواعد قانونية تتسم في غالبها بالطابع الآمر.

ولا يعني أن تطبيق قانون مكان إقامة التاجر أو المهني ـ باعتباره صاحب الأداء المميز فيه ـ يوفر حماية للطرف القوي في العقد على حساب الطرف الضعيف[46]. بل على العكس من ذلك، فإن هذا التطبيق قد لا يوفر الحماية لمصالح التاجر أو المهني، وإنما ينصرف إلى حماية المتعامل معه[47].هذا مع مراعاة أن المتعامل مع التاجر أو المهني ليس بالضرورة أن يكون هو دائماً الطرف الضعيف، وإنما قد يتمتع بمركز أقوى من مركز التاجر أو المهني[48]. فهذا القانون تم تحديده باعتباره القانون الأكثر ارتباطا بالعلاقة التعاقدية. كما يجب الأخذ بعين الاعتبار أن التشريعات القانونية التي تبنت منهج الأداء المميز قد راعت مسألة حماية الطرف الضعيف في العقد، وكرست في الوقت ذاته، حلولا مختلفة لا تستند إلى معيار الأداء المميز؛ ذلك أن الهدف منها هو توفير الحماية المثلى للطرف الضعيف في العقد، كالعامل والمستهلك، كما سيتم تبيان ذلك لاحقا.

ثانيا: تركيز الأداء المميز في نظام قانوني

لا يكفي لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي بموجب منهج الأداء المميز مجرد تحديد الأداء المميز في العقد، وإنما لا بد من تركيز هذا العنصر المميز في مكان معين؛ ليكون قانون ذلك المكان هو القانون الواجب التطبيق على العقد باعتباره الاكثر ارتباطا به. ويفترض أنصار هذا المنهج أن الأداء المميز يتركز في مكان إقامة المدين بذلك الأداء، وذلك خلافا لما كان عليه هذا المنهج في أول أمره[49]، فمؤسس نظرية الأداء المميز، وكذلك الفقيه الفرنسي "باتيفول" وغيرهم من الفقهاء الفرنسيين قاموا بربط هذا الأداء المميز بمكان تنفيذه، وذلك للقوة التركيزية التي يتمتع بها مكان التنفيذ في العقود الدولية[50]؛ فمركز الثقل في العلاقة التعاقدية كان في تقدير هؤلاء الفقهاء هو في مكان تنفيذ العقد باعتبار أن جميع أثاره تتركز فيه وتجتمع فيه المصالح المختلفة للأطراف المتعاقدة.[51]

ولكن لوحظ فيما بعد صعوبة تحديد مكان التنفيذ في كثير من الحالات، وخاصة عند تعدد أماكن التنفيذ، كما هو الحال بالنسبة لعقد البيع الدولي للبضائع[52]، فهذه الاخيرة تنتقل عبر عدة دول يصعب فيها أحيانا تحديد مكان التنفيذ، وكذلك فانه في كثير من الحالات لا يكون مكان التنفيذ معلوما للمتعاقدين لحظة إبرام العقد[53]. أمام تلك الصعوبات المتعلقة بتحديد مكان تنفيذ العقد، اتجه الفقه الراجح إلى افتراض أن العقد يرتبط من خلال الأداء المميز فيه بمكان الإقامة المعتادة للمدين بهذا الأداء وقت إبرام العقد، فيكون قانون ذلك المكان هو القانون الواجب التطبيق[54]. وهذا ما نصت عليه التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية التي تبنت معيار الأداء المميز.[55]

فمنهج الأداء المميز يقوم على فكرة التركيز الموضوعي للعلاقة التعاقدية في مكان معين، وذلك من أجل البحث عن القانون الأكثر ارتباطا بها. فمن خلال نظرية التركيز الموضوعي للعقد، التي جاء بها الأستاذ الراحل "باتيفول" فإنه يجب على القاضي البحث عن القانون الأكثر ارتباطا بالعلاقة التعاقدية؛ وذلك من خلال البحث في جميع عناصر العقد الشخصية والموضوعية، وجميع ملابسات التعاقد وظروفه، لا بل حتى الظروف الخارجية المتعلقة بمكان جغرافي محدد. فمن هذه العناصر مثلا: إرادة الأطراف، مكان إبرام العقد، مكان التنفيذ، جنسية الأطراف، الموطن، لغة العقد، عملة الدفع... ومن ثم على القاضي ترجيح مركز الثقل في العقد من خلال تلك العناصر، وتطبيق قانونه عليه بوصفه الأكثر ارتباطا بالعقد. هذا مع مراعاة أن الأغلب الأعم من الحالات يكون مركز الثقل في مكان التنفيذ؛ لأن العقد ينتج اغلب آثاره في ذلك المكان.[56]

وعلى الرغم من كون منهج الأداء المميز يقوم على فكرة التركيز الموضوعي للعقد، إلا أنه يعتمد على تركيز عنصر واحد من عناصر العقد نفسه، وهو الأداء المميز فيه. فهو تركيز لعنصر مستمد من داخل العقد ومن الطبيعة القانونية للعقد نفسه، ودون الأخذ بعين الاعتبار ظروف التعاقد وملابساته، أو أي عناصر خارجية أخرى للعقد، وخاصة إرادة الأطراف. فهذا المنهج يتم اللجوء له في حالة غياب اختيار قانون العقد من قبل الأطراف صراحة أو ضمنا.[57]

ومن جانب آخر، فإن التركيز الموجود في منهج الأداء المميز ليس تركيزا جغرافيا أو إقليميا بالمعنى الدقيق للكلمة، كما هو

الحال في نظرية الأستاذ "باتيفول"، وإنما هو تركيز وظيفي بالدرجة الأولى[58]، بمعنى أن هذا المنهج يوطن العقد من خلال أدائه المميز بالنظام القانوني الذي يحقق فيه العقد وظيفته الاقتصادية والاجتماعية، وهو مكان الإقامة المعتادة للمدين بالأداء المميز، والذي يلعب دورا اقتصاديا مهما في ذلك المكان[59]. وفي حالة ما إذا كان المدين بالأداء المميز شخصا معنويا فإن القانون الواجب التطبيق على العقد هو قانون مكان وجود مركز الإدارة الرئيس لذلك الشخص المعنوي، وإن كان له فروع أخرى عاملة ومنتشرة في دول العالم، وتقوم بالأداء المميز بالعقد، كما في فروع الشركات والمصارف المنتشرة في المعمورة، فإن قانون مكان وجود مركز إدارة ذلك الفرع هو المختص بحكم العلاقة التعاقدية[60]. فالتركيز هنا يتم في الوسط الاقتصادي والاجتماعي الذي يؤثر في العقد ويتأثر به من حيث غايته ودوره في تنشيط الاقتصاد الوطني.[61]

ونتيجة لهذا التركيز الوظيفي، فإن العقد يتركز في مكان الإقامة المعتادة للمدين بالأداء المميز، وليس في مكان إقامة الدائن بذلك الأداء. وقد تمت الاشارة سابقا الى أن التزام هذا الطرف هو الأشد تعقيدا والأكثر تنظيما من الناحية التشريعية، إضافة إلى تعدد المخاطر الجسيمة التي يتعرض لها. وبما أن محل نظرية الأداء المميز هو عقود المعاملات المالية الدولية فإن قانون مكان إقامة ذلك المدين هو الأنسب والأكثر ارتباطا ليحكم التزامات هذا الطرف؛ فتتركز العلاقة في ذلك المكان والذي يتوافق في كثير من الحالات مع مكان تنفيذ الالتزام، وهذا بدوره سيعمل، بدون شك، على تقوية الرابطة التركيزية بين العقد وقانون مكان إقامة المدين بالأداء المميز[62]. فهذا القانون الأخير هو الأقرب للمدين بالأداء المميز وهو الذي سيدير ويحكم الالتزامات الملقاة على عاتقه.

ولا شك أن دراسة مزايا منهج الأداء المميز ستعزز من فكرة تركيز العقد في مكان الإقامة المعتادة للمدين بالأداء المميز؛ وبالتالي تطبيق قانون ذلك المكان على الرابطة التعاقدية.

الفرع الثاني: مزايا منهج الأداء المميز في تحديد قانون العقد

يمتاز منهج الأداء المميز بأنه جاء ليوفق بين عدة اعتبارات قانونية متناقضة تسعى التشريعات المقارنة الى أخذها بعين الاعتبار عند تحديدها لضابط الإسناد الذي سيسند العقد الى نظام قانوني معين[63]. فضابط مكان الإقامة المعتادة للمدين بالأداء المميز يمتاز بأنه يراعي التنوع في صور العقود الدولية، وبالتالي يراعي العدالة والمرونة في الحلول (أولا)، وفي الوقت نفسه يصون مبدأ الأمان القانوني في المعاملات المالية الدولية ويحترم توقعات الأطراف المشروعة (ثانيا). وهذا ما سيتم التحقق منه في هذا الفرع.

أولا: منهج الأداء المميز يراعي اعتبارات المرونة والعدالة

إن منهج الأداء المميز لا يقوم على وضع ضابط إسناد عام يحدد سلفاً القانون الواجب التطبيق على كافة العقود الدولية، كما هو الحال في المنهج التشريعي الذي اتبعه المشرع الأردني في المادة 20 من القانون المدني وغيره من التشريعات العربية التي تعدّ أن مركز الثقل في العلاقة التعاقدية يوجد في دولة الموطن المشترك للطرفين أو في مكان إبرام العقد[64]. إذ إنّ مثل هذا الحل يتصف بالجمود لأنه لا يراعي الطبيعة المتنوعة للعقود الدولية، ويلتزم القاضي بهذه الضوابط الجامدة والمحددة مسبقاً ولا يستطيع ـ كقاعدة عامة ـ أن يبحث عن قانون آخر أكثر ملاءمة واتصالاً بالرابطة التعاقدية، وهذا بدوره لا يوفر العدالة التي تحققها قواعد الإسناد التقليدية التي يفترض أنها تربط العلاقة المشوبة بعنصر أجنبي بالقانون الأكثر ارتباطاً بها.[65]

ويتلافى منهج الأداء المميز الجمود السابق من خلال وضع ضابط إسناد تفصيلي يختلف باختلاف طوائف العقود[66]، حيث يتم تصنيف العقود الى فئات مختلفة وإخضاع كل فئة متشابهة إلى القانون الأكثر ارتباطاً بها؛ وذلك من خلال قيام القاضي بتركيز الأداء الجوهري أو المميز في هذه العقود في الوسط الاجتماعي والاقتصادي للعقد[67]. فهو تركيز يستند الى طبيعة العقد ذاته وخصوصيته التي يتميز بها عن غيره من العقود ويراعي تنوع تلك العقود وتعددها. وكل ذلك يؤدي إلى إيجاد ضابط إسناد يلائم كل طائفة من العقود المتشابهة.[68]

ويلاحظ أن منهج الأداء المميز يتفق هنا مع نظرية التركيز الموضوعي عند الأستاذ "باتيفول"؛ إذ إنّ كلاً من النظريتين تراعي اعتبارات المرونة التي تنسجم مع اختلاف طبيعة العقود الدولية، فالقاضي يركز العلاقة التعاقدية من أجل أن يحدد القانون الأكثر ارتباطاً بها، ولكن الاختلاف كما تمت الإشارة إليه يكمن في مصدر البحث عن هذا القانون. فالتركيز عند "باتيفول" يستند إلى عناصر العقد المختلفة والظروف المحيطة به، بما فيها العناصر الخارجية عن طبيعة العقد وذاتيته، أما في نظرية الأداء المميز فالتركيز يستند إلى الطبيعة الذاتية للعقد، ويختلف من طائفة إلى أخرى؛ وذلك بالاعتماد على عنصر داخلي في العقد وهو الأداء المميز فيه، وهذا بدوره سيحقق الأمان القانوني للأطراف.[69]

ثانياً: منهج الأداء المميز يحمي توقعات الأطراف المشروعة والأمان القانوني

لا بد من التأكيد أولا على أن تحقيق الأمان القانوني واحترام توقعات الأطراف المشروعة من الأهداف الأساسية لقواعد القانون الدولي الخاص[70]. ورغم عدم وجود تعريف لفكرة الامان القانوني إلا انه يمكن وضع عدة مبادئ تمثل أساسيات الأمان القانوني، ومنها: وضوح القاعدة القانونية واستقرارها (La stabilité)، سهولة الوصول إليها (L'accessibilité)، وقابلية القانون للتوقع (La prévisiblité..)[71]. والتوقع المشروع يعني ألّا تصدر القاعدة القانونية بصورة مفاجئة، وبالتالي تقدم حلولا شاذة تصطدم مع النتائج التي يسعى الأطراف إلى تحقيقها من وراء تصرفاتهم المشروعة[72]. ففكرة الأمان القانوني في تنازع القوانين تعني عدم مفاجئة أطراف العلاقة القانونية بالقانون الواجب التطبيق على علاقاتهم وذلك من خلال إسنادها الى قانون ينسجم مع تطلعاتهم ومصالحهم ويحقق لهم الاستقرار في معاملاتهم القانونية[73]. كل ذلك يمتاز به معيار الأداء المميز حيث إنّه يقدم حلا يتصف بالثبات والوضوح ويتفق مع توقعات الأطراف المشروعة، فهو يقوم على إسناد موضوعي يرتكز على طبيعة العلاقة التعاقدية ذاتها.

فمنهج الأداء المميز يفترض أن القانون الأكثر ارتباطا بالعلاقة التعاقدية هو قانون مكان الإقامة المعتادة للمدين بالأداء المميز وقت إبرام العقد. وهذا التحديد يحقق العلم المسبق للقانون الواجب التطبيق، وخاصة أنه تم ربط تحديد مكان الإقامة بوقت إبرام العقد؛ وذلك من أجل تفادي إشكالية التنازع المتحرك[74]. فمن المعروف أن مكان الإقامة هو من ضوابط الإسناد المتغيرة، التي يجب تحديدها بوقت محدد مما سيوفر الثبات والاستقرار في الحلول المطروحة لتطبق على عقود المعاملات المالية الدولية.[75]

فضابط الإسناد الذي جاء به منهج الأداء المميز يتسم عادة بالبساطة والوضوح[76]، والكشف عنه لا يثير في كثير من الحالات أي صعوبة؛ لأن تحديده يعتمد على طبيعة العقد نفسه وليس على ظروف وملابسات التعاقد الخارجية، ولا حتى على إرادة الأطراف. وهذا دون شك سيضيق من سلطة القاضي في تقدير الظروف والملابسات المحيطة بالعقد، وسيعتمد في بحثه عن القانون المختص على عناصر العقد الداخلية فقط؛ وهذا سيعزز بالمقابل مبدأ الأمان القانوني ويصون توقعات الأطراف المشروعة. والتركيز هنا هو تركيز وظيفي يقوم على إلحاق العقد من خلال العنصر الجوهري فيه بالبيئة الاقتصادية والاجتماعية التي يحقق فيها ذلك العقد وظيفته الاقتصادية وهي بيئة المدين بالأداء المميز.

ومن جانب آخر، فإن مكان إقامة المدين بالأداء المميز وقت العقد يكون عادة معلوما للأطراف والأداء الذي يقوم به ذلك المدين هو الأداء الجوهري في العقد، وغالبا ما يدخل ضمن نشاطه المهني[77]. فهذا المدين كثيرا ما يكون مهنيا أو تاجرا محترفا لعمله، يتحمل مخاطر مهنته وتجارته ويبرم صفقاته مع مختلف زبائنه بموجب قانونه الذي يرتبط به. ولا توجد أي مفاجأة للطرف الآخر في أن يخضع لقانون المدين بالأداء المميز الذي يبرم العقد في إطار نشاطه المهني، وهذا بدوره يحمي التوقعات المشروعة للأطراف.

في نهاية الكلام عن مزايا نظرية الأداء المميز، يمكن القول إن هذه النظرية تحتل مكانا وسطا بين منهج الإسناد الجامد الذي يعتمد على التحديد المسبق لقانون العقد؛ وبالتالي يحقق للأطراف العلم بذلك القانون، ويصون مبدأ الأمان القانوني، وبين منهج الإسناد المرن الذي يترك الحرية للقاضي في البحث عن القانون الأكثر ارتباطا بالعقد، مراعيا تنوع العقود والحلول ومضحيا بتوقعات الأطراف المشروعة. لكل هذه المزايا، تبنت العديد من الأنظمة القانونية المقارنة معيار الأداء المميز في تحديد قانون العقد الدولي.[78]

المطلب الثاني

مدى تبني التشريعات القانونية المقارنة لضابط الأداء المميز

تكاد تتفق معظم التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية المتعلقة بتحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية بأن ذلك القانون هو أولا ما يختاره الأطراف صراحة أو ضمنا[79]. أما في حالة غياب الاختيار فتتعدد مناهج الإسناد والطرق من أجل الوصل إلى ذلك القانون. على أن المتفق عليه هو اللجوء إلى تركيز العلاقة التعاقدية في قانون يكون هو الأكثر قربا وارتباطا بها. وهذه العملية قد يقوم بها المشرع أو قد تترك للقاضي. فالمشرع أو القاضي يجب أن يبحث ويعين القانون الأكثر ارتباطا بالعلاقة التعاقدية. ونظرا للمزايا التي يتمتع بها منهج الأداء المميز بالمقارنة مع الحلول والمناهج الأخرى بشأن تحديد قانون العقد الدولي في حالة غياب الاختيار، فإن معظم التشريعات الوطنية والدولية الحديثة قد تبنت معيار الأداء المميز واعتبرته من المبادئ الأساسية في تحديد ذلك القانون.[80]

فعلى صعيد التشريعات العربية نجد أن المشرع التونسي والموريتاني قد تبنيا هذا المنهج[81]، تيمنا بموقف التشريعات الاوروبية الحديثة في هذا الشأن، التي من أهمها اتفاقية روما لسنة1980 التي طبقت في فرنسا اعتبارا من 1991/4/1[82]، وكذلك التوجيه الاوروبي رقم 2008/593 والمسمى "روما 1".

ومن خلال تتبع وتحليل النصوص القانونية المتبنية لهذا المنهج في تلك التشريعات، يمكن القول أن مكانة معيار الاداء المميز كضابط إسناد العقد الى القانون الأكثر ارتباطا به قد شهدت تطورا وتغيرا واضحا في آلية تطبيقه. وهذ ما سيتم بيانه من خلال تحليل نصوص اتفاقية روما لسنة 1980 والتوجيه الاوروبي روما 1 باعتبارهما من أبرز التشريعات الحديثة المطبقة في مختلف دول الاتحاد الأوروبي بشأن تحديد القانون الواجب تطبيقه على العقود الدولية (الفرع الأول.(

ومن جانب آخر، فإن تلك التشريعات قد تنبهت إلى وجود بعض العيوب والانتقادات الفقهية التي وجهت لمعيار الأداء المميز. فنظرية الأداء المميز قد لا تصلح للتطبيق على عدد من العقود؛ وذلك إما لصعوبة تحديد الأداء المميز كما في العقود المركبة، أو لأن إعمالها قد يؤدي إلى إيجاد حلول غير مناسبة أو غير ملائمة لطبيعة بعض العقود. فقامت تلك القوانين باستبعاد تطبيق قانون مكان الإقامة المعتادة للمدين بالأداء المميز؛ وكرست حلولا أخرى أكثر ملاءمة، وهذا ما ستبينه هذه الورقة البحثية في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تكريس معيار الأداء المميز في التشريعات المقارنة

من أهم التشريعات القانونية التي تبنت معيار الأداء المميز لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي اتفاقية روما لسنة 1980 المتعلقة بتحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، التي أصبحت القانون الدولي الخاص المطبق على العقود الدولية في معظم دول الاتحاد الأوروبي، ومنها في فرنسا اعتبارا 1991. ويعدّ معيار الأداء المميز بموجب هذه الاتفاقية مجرد قرينة بسيطة لتحديد القانون الأكثر ارتباطا بالعقد؛ ويمكن بالتالي استبعادها (أولا)، ثم في 17/6/ 2008 تحولت الاتفاقية إلى التوجيه الأوروبي رقم 2008/593 الصادر عن المجلس الأوروبي والبرلمان الأوروبي بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، والذي دخل حيز التنفيذ في فرنسا عام 2009. وقد اعتبر هذا التشريع الأوروبي معيار الأداء المميز قاعدة إسناد مباشرة وتقليدية (ثانيا).

هذا، والملاحظ من خلال تلك التشريعات الأوروبية أن معيار الأداء المميز تحول من مجرد كونه قرينة بسيطة إلى قاعدة إسناد حقيقية. إذ إنّ التوجيه الاوروبي روما 1 قد أدخل بعض التعديلات على مكانة وترتيب اللجوء إلى معيار الأداء المميز من بين الحلول التي يقدمها لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي في حالة غياب الاختيار، فهل أثر ذلك على دور معيار الاداء المميز في تحديد قانون العقد الدولي؟ هذا ما سنحاول بيانه في هذا الفرع من خلال دراسة وتحليل نصوص تلك التشريعات.

أولا: الأداء المميز مجرد قرينة لتحديد القانون الأكثر ارتباطا بالعقد

تبدأ اتفاقية روما لسنة 1980 بتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي بنص المادة الثالثة منها التي كرست قانون الإرادة[83]. وفي حالة عدم اتفاق الأطراف صراحة أو ضمناً بصورة مؤكدة على اختيار قانون العقد؛ فإن المادة الرابعة من الاتفاقية وضعت قاعدة عامة لتحديد قانون العقد[84]. فقررت الفقرة الأولى منها مبدأً عاماً يقضي بتطبيق القانون الأكثر ارتباطا بالعلاقة التعاقدية، وعلى القاضي أن يبحث عن هذا القانون من خلال جميع عناصر العلاقة والظروف والملابسات المحيطة بها. ونظراً لصعوبة إيجاد معيار محدد لتعين القانون الأكثر ارتباطاً بالعقد، جاءت الاتفاقية بقرينة في الفقرة الثانية من المادة الرابعة مفادها أن قانون مكان الإقامة المعتادة للمدين بالأداء المميز هو الأكثر ارتباطا بالعلاقة التعاقدية، هذا ما لم يتبين من ظروف وملابسات العقد أن هناك قانونا آخر أكثر ارتباطا من قانون مكان إقامة المدين بالأداء المميز، وهذا الاستثناء ورد النص عليه في الفقرة الخامسة من المادة نفسها.[85]

يلاحظ أولا على الحل الذي كرسته المادة الرابعة من الاتفاقية أنه يتبنى حلاً مرناً يقوم القاضي من خلاله بتركيز العلاقة والبحث عن القانون الأكثر ارتباطاً بها، وذلك من خلال تركيز جميع عناصره المختلفة. وهذا المبدأ العام الذي جاءت به الفقرة الأولى من المادة الرابعة ما هو إلا تطبيقاً لمبدأ الواقعية أو القرب (proximité) الذي جاء به الأستاذ الفرنسي[86]Lagarde. فهذا المبدأ يقوم على إسناد العلاقة التعاقدية إلى القانون الأكثر ارتباطاً بها، ويتم ذلك عن طريق تركيز العنصر الذي يمثل مركز الثقل من بين كل العناصر المحيطة بالعقد في مكان معين[87]. ويتسم هذا الحل بالغموض الشديد، ويعطي حرية واسعة للقاضي في البحث الموضوعي عن قانون العقد، وهو ليس بالأمر الهين. فعلى القاضي أن يحلل ويقيّم جميع عناصر العقد التي يمكن تركيزها إلى أن يجد مركز الثقل في العلاقة، إذ عليه مثلاً أن يقيّم العديد من العناصر المختلفة منها القانوني والاقتصادي والاجتماعي والنفسي.[88]

والملاحظ هنا أيضا أن فكرة الأستاذ "لاغارد" ليست مختلفة كثيرا عن نظرية التركيز الموضوعي التي جاء بها الأستاذ "باتيفول"، وطبقها القضاء الفرنسي فترة من الزمان[89]. ولكن السؤال الذي يطرح كيف يمكن الوصول الى العنصر الذي يمثل مركز الثقل في العلاقة؟ في الحقيقة لم تعرف اتفاقية روما لسنة 1980، وكذلك من بعدها التوجيه الأوروبي لسنة 2008، ما المقصود بالقانون

الأكثر ارتباطا بالعلاقة، ولم يحدد واضعوا هذه النظريات أي معيار يمكن الاستناد إليه للقول بأن هذا العقد يرتبط بصلة وثيقة مع هذا القانون أو مع ذاك القانون، فتركت المسألة لتقدير القاضي الذي يقوم بالبحث عن ذلك القانون من خلال العودة إلى معايير متعددة: كمكان الإبرام، أو مكان التنفيذ، أو الجنسية، أو الموطن، أو غيرها من المعايير، وهذا ما قد يضر بتوقعات الأطراف المشروعة ومبدأ الأمان القانوني.(90)

وبسبب صعوبة تحديد القانون الأكثر ارتباطاً بالعلاقة التعاقدية، وسعياً إلى تحقيق الأمان القانوني؛ وضعت اتفاقية روما في الفقرة الثانية من المادة الرابعة منها قرينه بسيطة موجهة إلى القاضي؛ ترشده إلى القانون الأكثر ارتباطاً بالعقد(91). ومفاد تلك القرينة أن العقد يكون مرتبطاً بروابط أكثر وثوقاً وارتباطاً بقانون البلد الذي يوجد فيه وقت إبرام العقد مكان الإقامة المعتادة للطرف المدين بالأداء المميز، وإذا تعلق الأمر بشركة أو جمعية أو شخص معنوي آخر، فيكون هذا البلد هو المكان الذي يوجد فيه مركز الإدارة الرئيس، وفي حالة ما إذا كان العقد مبرماً في إطار ممارسة أنشطة مهنية، فإن البلد يكون مقر المؤسسة الرئيسة للمدين بالأداء المميز، وإذا كان القائم بالعمل فرع تابع لمؤسسة رئيسة فإن قانون مكان ذلك الفرع القائم بالأداء المميز هو الأكثر ارتباطاً بالعقد(92). فاعتبرت اتفاقية روما أن قانون مكان الإقامة المعتادة للمدين بالأداء المميز وقت العقد هو الأكثر ارتباطاً بالعلاقة التعاقدية؛ وهو ذلك المكان الذي تتحقق فيه أثار العقد الاقتصادية والاجتماعية. وتمت الإشارة سابقا إلى أن الأداء المميز وفق التقرير المفسر للاتفاقية هو الأداء الذي يقابله دفع مبلغ نقدي. ويمكن الاستعانة كذلك ببعض المؤشرات بالنسبة للعقود التي يكون أحد أطرافها تاجراً أو مهنياً كالمحامي والوكيل والفنان والطبيب...(93)

هذا وقد طبق القضاء الفرنسي قانون مكان الإقامة المعتادة للمدين بالأداء المميز في العديد من قراراته. ففي أحد القرارات الصادرة سنة 2011، طبقت محكمة النقض الفرنسية القانون الهولندي استنادا لنص المادة 2/4 من اتفاقية روما لسنة 1980 على عقد توريد قطع بناء سفينة من شركة هولندية لبناء سفينة على الاراضي الفرنسية. حيث اعتبرت المحكمة الفرنسية أن المدين بالأداء المميز في هذا العقد هو الطرف الهولندي الذي يقيم في الاراضي الهولندية والذي يقع على عاتقه توريد القطع اللازمة لبناء السفينة. وقد رفض القضاء الفرنسي في هذا القرار تطبيق القانون الفرنسي على اعتبار انه مكان تنفيذ العمل.(94)

من جانب آخر، فقد افترضت الاتفاقية ألا يكون قانون مكان إقامة المدين بالأداء المميز هو القانون الأكثر ارتباطاً بالعقد؛ ولذلك جعلت تطبيق هذا القانون قرينه تقبل إثبات العكس، بمعنى إذا وجد القاضي بأن هناك قانونا آخر أكثر ارتباطاً بالعقد من قانون مكان إقامة المدين بالأداء المميز، فيجب على القاضي أن يطبق هذا القانون، وهذا ما أشارت إليه الفقرة الخامسة من المادة الرابعة من الاتفاقية، وهو ما يعرف بالشرط الاستثنائي.(95)

ففي أحد القرارات الصادرة عن محكمة النقض الفرنسية سنة 2015، طبق القاضي الفرنسي القانون الايطالي على عقد كفالة دولية استنادا الى نص المادة 5/4 من الاتفاقية على اعتبار أنه القانون الأكثر ارتباطا بالعلاقة التعاقدية. وتتمثل وقائع هذا القرار بإبرام عقد قرض مصرفي في إحدى المدن الايطالية بين مصرف إيطالي مركز إدارته الرئيس في إيطاليا وأحد العملاء المقيم أيضا في إيطاليا، وأبرم عقد كفالة لضمان عقد القرض مع أحد الأشخاص المقيمين في فرنسا. وعلى أثر تخلف المقترض عن الوفاء بالتزامه، رفعت دعوى مطالبة ضد الكفيل أمام القضاء الفرنسي. فحكمت محكمة الموضوع الفرنسية بتطبيق القانون الفرنسي على عقد الكفالة استنادا الى نص المادة 2/4 من الاتفاقية؛ وذلك باعتبار الكفيل هو المدين بالأداء المميز في هذا العقد. بينما رفضت محكمة النقض الفرنسية هذا الحكم واستندت الى نص المادة 5/4 وطبقت القانون الايطالي؛ إذ تبين للقاضي الفرنسي أن ذلك القانون هو أكثر ارتباطا بالعقد من القانون الفرنسي؛ كون عقد الكفالة أبرم في إيطاليا وتمت كتابته باللغة الايطالية، كما أن عقد الكفالة هذا أبرم بمناسبة عقد قرض حرر في إيطاليا من قبل طرفين يقيمان هناك(96). فهنا تبين للقاضي الفرنسي أن قانون مكان الإقامة المعتادة للمدين بالأداء المميز ليس هو القانون الأكثر ارتباطا بالعقد فتم استبعاده ولجأ القاضي الى تطبيق الاستثناء الوارد في المادة 5/4 من الاتفاقية.

ولا شك أن الاتفاقية تلجأ إلى هذا النهج من أجل توفير المرونة اللازمة في تحديد قانون العقد، وفي الوقت نفسه احترام توقعات الأطراف المشروعة، وتحقيق مبدأ الأمان القانوني. ولكن في الحقيقة يجب التأكيد على أن هذا النهج يثير العديد من الصعوبات، وخاصة في التوفيق بين المبدأ العام ومعيار الأداء المميز الوارد في المادة 2/4، والشرط الاستثنائي الوارد في المادة 5/4(97). فكأن هذه الاتفاقية تسمح بتطبيق قانون مكان إقامة المدين بالأداء المميز بعد أن يتأكد القاضي بعدم وجود قانون آخر أكثر ارتباطا بالعقد، وذلك من خلال البحث في جميع عناصر العقد، وتحديد مركز الثقل فيه(98). فأيهما القاعدة وأيهما الاستثناء؟!

وكما يقول أحد الفقهاء الفرنسيين(99): ما فائدة القرينة الواردة في الفقرة الثانية من المادة الرابعة من الاتفاقية ما دام أن الحل الذي

تؤدي إليه قابل للمراجعة والتغيير إذا ما تبيّن وجود ظروف محيطه وخارجية عن العقد تبيّن أن ذلك العقد على صلة أوثق بقانون آخر غير قانون مكان إقامة المدين بالأداء المميّز. هذا الحل الوارد في اتفاقية روما سيعزز من سلطة القاضي في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد؛ وبالتالي تتقوّى اعتبارات المرونة على حساب التوقعات المشروعة للأطراف ومبدأ الأمان القانوني.[100]

ومن هنا يختلف الفقه والقضاء الفرنسي في مدى تطبيق هذا الشرط الاستثنائي الوارد في المادة 5/4[101]، إذ إنّ التوسع في تطبيقه وعدم ضبطه سيؤثر على مبدأ الامان القانوني[102]. ولذلك يؤكد الاتجاه الغالب على الصفة الاستثنائية للشرط، ولا يُجوِّز اللجوء إليه إلا بعد إعمال معيار الأداء المميّز الوارد في نص المادة 2/4، أو عندما لا يستطيع القاضي تحديد قانون العقد بناء على ذلك المعيار؛ فعندها يستطيع اللجوء إلى الشرط الاستثنائي الوارد في نص المادة 5/4 من الاتفاقية.[103]

ثانيا: الأداء المميّز قاعدة إسناد حقيقية

رغبةً من المشرع الأوروبي في تعزيز فكرة الأمان القانوني، واحترام توقعات الأطراف المشروعة[104]، فقد قام بعدة تعديلات على الحلول الواردة في نص المادة الرابعة من اتفاقية روما لسنة 1980. إذ جاءت المادة الرابعة من التوجيه الاوروبي روما I لسنة 2008 ببعض الإضافات المتعلّقة بآلية تحديد قانون العقد الدولي. فبدأت الفقرة الأولى من المادة الرابعة من التوجيه الاوروبي روما I بتكريس عدة قواعد إسناد مباشرة لعدد معين من العقود الدولية حددت فيها مباشرة وبشكل مسبق القانون الواجب التطبيق على تلك العقود، ولم تترك للقاضي الحرية في البحث عن القانون الأكثر ارتباطا بالعقد. فمبدأ القرب الذي بدأت به المادة الرابعة من الاتفاقية تم إلغاؤه والاستعاضة عنه بتعداد لأهم عقود التجارة الدولية، وتحديد القانون الواجب التطبيق على كل عقد منها[105]. ومن ثم نصت الفقرة الثانية من تلك المادة على أنه يطبق قانون المدين بالأداء المميز على العقود التي لا تنتمي إلى تلك الواردة في الفقرة الأولى من المادة ذاتها. وبعد ذلك، وبشكل استثنائي وهامشي، قررت الفقرة الثالثة الاحتفاظ بالشرط الاستثنائي، على ألَّا يتم اللجوء إليه وبالتالي استبعاد تطبيق القواعد السابقة إلا إذا تبين بشكل واضح جدا من ظروف العقد وملابساته أن هناك قانونا آخر أكثر ارتباطا بالعلاقة من القوانين السابقة؛ وعندئذٍ يطبق ذلك القانون. وفي كل الأحوال، تنص الفقرة الرابعة من تلك المادة على أنه إذا لم يستطع القاضي تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد؛ فعليه أن يطبق القانون الأكثر ارتباطا به.[106]

والملاحظ على نص المادة الرابعة من التوجيه الأوروبي روما I أنها كرست معيار الأداء المميز من خلال وضع قاعدة إسناد مباشرة تشير إلى تطبيق قانون المدين بالأداء المميز وقت العقد. وعلى القاضي أن يطبق ذلك القانون مباشرة، ودون البحث عن قانون آخر، فمعيار الأداء المميز لم يعد مجرد قرينة بسيطة ترشد القاضي إلى القانون الأكثر ارتباطا بالعلاقة، ويمكن تغيره بسهولة ووفق تقديرات القاضي الذي ينظر ظروف وملابسات النزاع. إلا أنه يلاحظ من جانب آخر، أن آلية الرجوع إلى معيار الأداء المميز قد تغيرت عما كانت عليه في اتفاقية روما لسنة 1980؛ فالأداء المميز كان يحتل مركز الصدارة في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، وهو القانون الأكثر ارتباطا به، أما في ظل التنظيم الأوروبي روماI، ورغم تحوله من مجرد قرينة إلى قاعدة إسناد مزدوجة الجانب، فلا يطبق قانون المدين بالأداء المميز إلا في حالات معينة؛ فاللجوء إلى تلك القاعدة لا يكون إلا بشكل احتياطي.[107]

فالفقرة الأولى من المادة الرابعة من التوجيه الأوروبي روما I قامت بتعداد لأهم عقود التجارة الدولية في التعامل، وحددت لكل عقد وبشكل مسبق القانون الواجب تطبيقه عليها معتمدة في ذلك على معيار الأداء المميز في أغلب الحالات. إذ حددت تلك المادة ثمان قواعد إسناد، بينت فيها القانون الواجب التطبيق على أهم ثمانية عقود من عقود التجارة الدولية[108]. هذا التحديد المباشر للقانون المختص سيعزز دون شك من مبدأ الأمان القانوني، ويحترم توقعات الأطراف المشروعة. وسيساعد أيضا في الحد من صعوبة تحديد الأداء المميز في العقد، فقد لاحظنا سابقاً أن من أهم الصعوبات والانتقادات التي واجهت نظرية الأداء المميز مسألة تحديد معيار شامل يبين ذلك الأداء المميز في العقد[109]. فمن اجل الكشف عن هذا العنصر لا بد للقاضي ان يقوم بتحليل عناصر العقد الداخلية، وإجراء مقارنات بين الطوائف المتشابهة منها لتحديد هذا العنصر الجوهري والمميز، فهي ليست بالعملية السهلة على القاضي. فالمشرع الأوروبي في المادة 1/4 من التوجيه الأوروبي روما I سهّل على القاضي إيجاد القانون الأكثر ارتباطاً بالعلاقة، وأعفاه من البحث عن الأداء المميز فيما يتعلق بتلك العقود، وكل ما يبقى على القاضي هو أن يقوم بعملية تكييف للعلاقة التعاقدية المطروحة أمامه من أجل وضعها في قاعدة إسناد مناسبة من بين تلك القواعد المحددة مسبقاً في تلك الفقرة[110]، والقاضي يقوم بعملية التكييف بناءً على قانونه الوطني.[111]

ومن ثم جاءت الفقرة الثانية من المادة الرابعة بقاعدة إسناد احتياطية كرست تطبيق قانون مكان إقامة المدين بالأداء المميز على العقود التي لم ترد في القائمة المذكورة في الفقرة الأولى من المادة نفسها[112]. بمعنى آخر، فإنه يمكن اللجوء إلى معيار الأداء المميز وفق هذه المادة في حالة ما إذا تبين للقاضي أن العلاقة التعاقدية المطروحة أمامه لا تنتمي إلى العقود الواردة في الفقرة الأولى،

ويمكن اللجوء أيضا إلى هذا المعيار إذا كانت العلاقة التعاقدية المنظورة أمام القاضي تحتوي على عدة عناصر يصعب من خلالها إدخالها تحت عقد واحد من العقود المذكورة، وإنما تنتمي إلى أكثر من عقد، فعندها يلجأ القاضي إلى تطبيق قانون المدين بالأداء المميز وقت العقد.(113)

لكن السؤال المطروح هنا: ما تلك العقود الأخرى المهمة، وغير الواردة في الفقرة الأولى، التي ستخضع لمعيار الأداء المميز(114)؟ إذ تمت الإشارة سابقا إلى أن الفقرة الأولى من المادة الرابعة وضعت قواعد إسناد مباشرة لأهم عقود التجارة الدولية الأساسية، وما تبقى يعدّ من العقود الهامشية غير المهمة في الحياة اليومية. وخاصةً إذا تبين لنا أن هذا التوجيه الأوروبي لسنة 2008 قد كرّس أيضا قواعد إسناد أخرى تطبق على مجموعة أخرى هامة من العقود وذات طبيعة خاصة، كما هو الحال بالنسبة لعقود النقل، عقود التأمين، وعقود العمل، وعقود المستهلك... فماذا تبقى لنظرية الأداء المميز؟!(115) حتى بالنسبة إلى الحالة الثانية، وهي صعوبة إدخال العلاقة التعاقدية في عقد واحد من بين العقود المذكورة، أو إمكانية انتمائها إلى أكثر من عقد كما في العقود المركبة، فإن الأمر ليس بالسهولة، لا في مسألة تكييف العلاقة، ولا في إيجاد الأداء المميز في هذه العقود؛ إذ قد تتعدد فيها الأداءات المميزة، وعندها يصعب تطبيق الفقرة الثانية من المادة الرابعة، أي تطبيق قانون المدين بالأداء المميز وقت العقد. فالقاضي في هذه الحالة سيلجأ إلى تركيز جميع ملابسات وظروف العقد من أجل الوصول إلى القانون الأكثر ارتباطا بتلك العلاقة التعاقدية.(116)

وفي كل الأحوال، تبقى المسألة مسألة تكييف للعلاقة القانونية، يختص بها القاضي الوطني الذي ينظر النزاع، ويدخلها في قواعد الإسناد التي وضعها له المشرع. أما فيما يتعلق بمعيار الأداء المميز، فإنه، وعلى الرغم من أن قانون المدين بالأداء المميز لم يعد مجرد قرينة يجوز إثبات عكسها، وإنما أصبح تطبيقه من خلال قاعدة إسناد حقيقية مباشرة، إلا أن دوره أصبح احتياطيا في ظل أحدث التشريعات الأوروبية.(117)

الفرع الثاني: الخروج الاستثنائي عن تطبيق معيار الأداء المميز

حتى يمكن تطبيق منهج الأداء المميز لابد من أن يقوم القاضي بتحليل طوائف العقود المتشابهة، والبحث عن العنصر الجوهري والمميز فيها، والذي يتم تركيزه في نظام قانوني لدولة معينة. وقد تبين أن قانون الإقامة المعتادة للمدين بالأداء المميز هو الأكثر ارتباطا بالعلاقة التعاقدية. ورغم تبني العديد من التشريعات القانونية لهذا الحل إلا أنه قد وجهت إليه العديد من الانتقادات، التي تتمثل في مجملها بصعوبة إيجاد معيار شامل يكشف عن الأداء المميز في العقد، وأحيانا قد لا يكون قانون مكان إقامة المدين بالأداء المميز هو القانون الأكثر ارتباطا بالعلاقة (أولا). ومن جهة أخرى، فإن تطبيق معيار الأداء المميز قد يؤدي الى تطبيق قانون لا يتلاءم مع الطبيعة الخاصة لبعض العقود، كما في العقود التي تتضمن طرفا ضعيفا من الناحية الاقتصادية. إذ من الممكن أن يؤدي تطبيق معيار الأداء المميز الى الإضرار بمصالح ذلك الطرف الضعيف في العقد (ثانيا). فتنبهت تلك التشريعات التي تبنت معيار الأداء المميز، وقدمت حلولا بديلة تعالج العيوب والانتقادات التي وجهت الى ذلك المعيار. وهذا ما سيتناوله هذا الفرع.

أولا: استثناءات متعلقة بتحديد الأداء المميز

تعدّ مسألة تحديد الأداء المميز في العقد من المسائل الصعبة التي تواجه القاضي في تطبيق نظرية الأداء المميز. فعدم وجود معيار محدد يشير إلى هذا الأداء سيضر بمبدأ الأمان القانوني، وباستقرار معاملات الأفراد. فإن كان من السهولة تحديد ذلك الأداء في بعض العقود الملزمة لجانبين، فإنه ليس كذلك بالنسبة للبعض الآخر. وهذا طبعا إذا سلمنا بالمعيار الذي وضعه التقرير المفسر لاتفاقية روما لسنة 1980 باعتبار الأداء المميز هو الأداء الذي يقابله دفع مبلغ نقدي. فكما أوضحنا أن هذا الأداء يلعب دورا اقتصاديا مهما في العلاقة التعاقدية مقارنة بالأداء النقدي. الذي يتم تركيزه في الوسط الاقتصادي والاجتماعي للرابطة التعاقدية، فيكون قانون مكان إقامة المدين بالأداء المميز هو المختص بحكم تلك الرابطة. إلا أن هذا المعيار لا يسعف القاضي في كثير من الحالات لإيجاد الأداء المميز؛ وبالتالي المدين بذلك الأداء، كما هو الحال في عقود المقايضة؛ إذ لا يوجد في هذا العقد أداء مميز مقارنةً مع أداء الطرف الآخر. وتظهر أيضا هذه الصعوبة في بعض العقود المصرفية التي تبرم بين المصارف، وكذلك في العقود المركبة.(118)

من جانب آخر، قد لا يؤدي معيار الأداء المميز إلى تطبيق القانون الأكثر ارتباطاً بالعلاقة التعاقدية(119). فالتحديد المسبق لقانون العقد الدولي، كقانون مكان الإقامة المعتادة للمدين بالأداء المميز، لا يعني بالضرورة أنه يحقق دائما العدالة في تحديد القانون الأكثر ارتباطاً به. فالوظيفة القانونية الأساسية لقاعدة الإسناد هي اختيار القانون الأكثر ارتباطاً بالعلاقة القانونية(120)، وكما هو معروف فمعيار الأداء المميز وضع أصلا لضبط مبدأ القرب أو الواقعية الذي يبحث عن تحديد القانون الأكثر ارتباطاً بالعقد، بحيث

افترض أنصار نظرية الأداء المميز، ومن بعدهم اتفاقية روما لسنة 1980، أن قانون مكان إقامة المدين بالأداء المميز يعبر في أغلب الحالات عن ذلك القانون. والسؤال هنا: إذا تبين للقاضي أن قانون مكان إقامة المدين بالأداء المميز ليس هو القانون الأكثر ارتباطا بالعلاقة التعاقدية، أفلا يجب عليه أن يبحث عن ذلك القانون من جديد في قانون آخر؟ تنبهت التشريعات التي كرست ضابط الاداء المميز إلى هذه الاشكالية وعالجتها من خلال العودة الى المبدأ العام، وهو أن يقوم القاضي بالبحث عن القانون الأكثر ارتباطا بالعقد من خلال ملابسات وظروف التعاقد الخارجية، ويحدد من خلالها مركز الثقل في العلاقة ليكون قانون ذلك المكان هو المختص[121]. وإن لم تحدد تلك التشريعات وقت الاعتداد بظروف العقد وملابساته، فإن المقصود هو تقييم تلك العناصر وقت إبرام العقد لما فيه من مراعاة أكثر للأمان القانوني[122]، ففي هذه الحالة تتم العودة الى القاعدة العامة أو الهدف التقليدي لقاعدة الاسناد، وهو تحديد القانون الاكثر ارتباطا بالعقد، وفي ذلك مراعاة أكثر لاعتبارات العدالة[123]. وهذا الحل كرسته الفقرة الخامسة من المادة الرابعة من اتفاقية روما لسنة 1980 بالنص على تطبيق الشرط الاستثنائي، وهو ما نصت عليه الفقرة الثالثة من التوجيه الأوربي لسنة 2008.

ثانيا: استثناءات متعلقة بالطبيعة الخاصة لبعض العقود

لا يصلح تطبيق قانون مكان الإقامة المعتادة للمدين المميز على بعض العقود الدولية لأسباب متعلقة بخصوصية بعض العقود التي يرغب المشرع الوطني بتنظيمها بقواعد تشريعية آمرة وحمائية. فهناك بعض العقود ذات الطبيعة الخاصة تحتاج إلى حلول تتناسب معها ومع السياسة التشريعية للمشرع، إذ يسعى إلى حماية الطرف الضعيف اقتصاديا في العقد من خلال وضع قواعد قانونية خاصة تصون وتحمي حقوق ذلك الطرف في مواجهة الطرف الآخر، كما في عقود المستهلك وعقود العمل. فالقواعد الناظمة لتلك العلاقات التعاقدية تمتاز في أغلبها بكونها حمائية وضرورية التطبيق، ويمنع الاتفاق على مخالفتها، وهذه الحماية موجودة أيضا في ميدان القانون الدولي الخاص. فتلك العقود تتضمن طرفا ضعيفا يحتاج إلى حماية تشريعية في مواجهة الطرف القوي الذي قد يستخدم نفوذه في اختيار أو تطبيق قانون لا يوفر أدنى معايير الحماية لذلك الطرف الضعيف؛ ولذلك تستبعد العديد من التشريعات والآراء الفقهية المقارنة تطبيق قانون الإرادة على مثل تلك العقود[124]. أما فيما يتعلق بالإسناد الموضوعي للقانون الذي يحكم تلك العقود، فيجب على واضع قاعدة الإسناد أن يختار قانون يوفر حماية قانونية لتلك الأطراف التي توصف بأنها ضعيفة اقتصاديا بمواجهة الطرف الآخر، ودون النظر إلى قوة الرابطة التركيزية بين العقد والقانون المختص.

وعلى ذلك، إذا طبقنا معيار الأداء المميز على عقود الاستهلاك، فإن القانون الواجب التطبيق سيكون هو قانون الطرف القوي في العقد باعتباره هو المدين بالأداء المميّز، وأداء المستهلك هو مجرد دفع مبلغ نقدي في كثير من الحالات، كما في عقد القرض أو البيع أو الإيجار أو غيرها.[125]

فالمدين بالأداء المميز في هذه العقود يكون في أغلب الحالات تاجراً أو مهنياً، والمستهلك الذي يعدّ الطرف الضعيف في العقد يتعاقد من أجل الحصول على سلعة أو خدمة للاستعمال الشخصي أو العائلي[126]. وبالتالي سيكون التاجر أو المهني في وضع أفضل، ويستفيد من تطبيق قانون مكان إقامته المعتادة في مواجهة المستهلك. فالتشريعات القانونية المقارنة التي تبنّت معيار الأداء المميز أخذت بعين الاعتبار تحديد القانون الأكثر ارتباطا بالعقد دون أي نظرةٍ حمائيةٍ لأحد الأطراف، وذلك كون قواعد الإسناد التقليدية تمتاز بالحياد والتجريد[127]. من هنا كان هذا المعيار غير مناسب لتوفير الحماية اللازمة للمستهلك.[128]

لذا، جاءت المادة الخامسة من اتفاقية روما لسنة 1980، والتوجيه الأوروبي روما1 لسنة 2008، بتعيين قانون مكان الإقامة المعتادة للمستهلك ليطبق على عقود المستهلك، على اعتبار أن هذا القانون يوفّر حمايةً للمستهلك ويحترم توقعاته المشروعة ويصون مبدأ الأمان القانوني[129]. على أن هذه التشريعات لم تستبعد مطلقاً قانون الإرادة من التطبيق على هذه العقود بل سمحت باتفاق الأطراف على اختيار قانون العقد، ولكن دون أن تحرم المستهلك من الحماية التي تقررها القواعد الآمرة في دولة مكان إقامته المعتادة[130]. فهذه القوانين تبنّت ما يسمى "بالقانون الأفضل للمستهلك" من حيث حمايته[131]، فعلى القاضي أن يجري مقارنة بين قانون الإرادة وقانون مكان الإقامة المعتادة للمستهلك، ومن ثم يطبّق القانون الذي يوفر الحماية المثلى لهذا الأخير.

وجدير بالذكر، أن عقود العمل لا تخضع، أيضاً، لمعيار الأداء المميز للسبب نفسه؛ كون أحد أطراف هذه العقود هو العامل، وهو طرف ضعيف جدير بالحماية التشريعية في مواجهة صاحب العمل الذي قد يتعسّف في فرض شروطه على العامل في العقد. فلا بدّ من تحديد قانون يراعي المركز القانوني للعامل، ويوفّر له الحماية اللازمة في مواجهة صاحب العمل.[132]

أضف إلى ذلك أن هذا القانون يجب أن يحترم القواعد الآمرة الموجودة في نطاق قوانين العمل. ولذلك قامت معظم التشريعات القانونية الوطنية والدولية بتكريس قاعدة إسناد خاصة بعقود العمل الدولي؛ تهدف أساسا إلى حماية العامل بالدرجة الأولى، فجاءت

المادة السادسة من اتفاقية روما، ومن بعدها المادة الثامنة من التوجيه الأوروبي روما1 لسنة 2008، بتعيين قانون مكان تنفيذ العمل المعتاد ليحكم تلك العقود[133]. وفي حالة تعدّد أماكن تنفيذ العمل يطبّق قانون مكان تنفيذ الجزء الأكبر من العمل، وإذا لم يتم تحديد ذلك المكان؛ فيخضع عقد العمل لقانون مكان وجود المؤسسة التي يتبّع لها العامل، وفي كل الأحوال إذا وجد قانون آخر أكثر ارتباطاً بالعلاقة، فيطبق ذلك القانون.[134]

هذا، ويلاحظ على هذه التشريعات أنها لم تطبّق معيار الأداء المميز على عقد العمل رغم أن قانون مكان إقامة المدين بالأداء المميّز في عقد العمل (العامل في أغلب الحالات) يتوافق مع مكان تنفيذ العمل. إلا أن المشرّع لا يهدف عندما يحدّد قانون عقد العمل الدولي إلى تطبيق القانون الأكثر ارتباطاً بالعلاقة بالدرجة الأولى، وإنما البحث عن حماية فعّالة واختيار قانون يوفّر تلك الحماية، وهذا ما يفهم من نص المادة السادسة والثامنة من التشريعات الأوروبية المعنية، إذ سمحت تلك المواد لأطراف عقد العمل باختيار القانون الواجب التطبيق على عقد العمل، ولكن بشرط عدم حرمان العامل من الحماية التي توفّرها القواعد الآمرة في قانون دولة مكان تنفيذ العمل[135]. فالهدف حمائي، ويجب على القاضي أن يقارن بين هذه القوانين ليطبق القانون الأفضل للعامل.[136]

فتطبيق قانون مكان تنفيذ العمل على عقود العمل استند إلى أن مركز الثقل في علاقة العمل يتركّز في مكان التنفيذ، وهذا المكان يمثّل الوسط الاجتماعي والاقتصادي الذي تنفّذ فيه العلاقة التعاقدية وهذا أيضا يتفّق مع توقّعات الأطراف المشروعة. ومن جانبٍ آخر، فإن تطبيق قانون مكان تنفيذ العمل يحترم تنوّع وكثرة القواعد الآمرة المطبّقة في ذلك المكان بموجب القواعد الوطنية التي تحكم عقد العمل، فهذه القواعد تمنع تطبيق أي قانون آخر على علاقة العمل التي تنفّذ على الإقليم الوطني[137]. جميع تلك العوامل السابقة ساهمت بإخضاع عقد العمل لقانون مكان التنفيذ.

الخاتمة

في اطار منهجية قواعد الاسناد في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية، ابتدع الفقه القانوني منهج الأداء المميز لتحديد القانون الأكثر ارتباطا بالعقد في حالة غياب اختيار الأطراف لذلك القانون، وذلك من خلال الطبيعة الذاتية للعقد نفسه. فافترض أن قانون مكان إقامة المدين بالأداء المميز هو الأكثر ارتباطاً بالعقد؛ وذلك بالنظر إلى ما يمتاز به ضابط مكان إقامة المدين بالأداء المميز بعدة مزايا.

فقد تبين أن مزايا هذا المنهج استطاعت التغلب على كثير من عيوب نظريات ومناهج الاسناد الأخرى التي سيقت لتحديد قانون العقد الدولي. فهذا الضابط يقع في مرتبةٍ وسطى بين الإسناد التشريعي الجامد والإسناد القضائي المرن؛ حيث إنّه يراعي تنوع طبيعة العقود، ويحدد في الوقت نفسه القانون المختص، وهو قانون مكان إقامة المدين بالأداء المميز. فهو ضابط يحافظ على مبدأ الأمان القانوني، ويحترم توقعات الأطراف المشروعة، ويغني القاضي عن البحث في ملابسات التعاقد وظروفه.

وتبين، من جهة أخرى، بأن هذا المنهج يقوم على تركيز وظيفي للعلاقة، بمعنى إسناد العقد الدولي إلى النظام القانوني الذي يحقق فيه وظيفته الاقتصادية والاجتماعية، فضابط مكان إقامة المدين بالأداء المميز هو ضابط إسناد وظيفي، وليس ضابطاً اقليمياً، كما هو الحال في ضابط مكان إبرام العقد أو مكان تنفيذه. ونظراً لأهمية هذا المنهج في تعيين قانون العقد الدولي، وللمزايا التي يمتاز بها فقد تبنّت معظم التشريعات الوطنية والدولية هذا الضابط، وطبقه القضاء المقارن في العديد من أحكامه.

ولذلك نوصي بتبنّي هذا الضابط من قبل المشرّع الأردني من خلال تعديل قاعدة الاسناد الواردة في نص المادة 20 من القانون المدني؛ ونقترح أن يكون النص على النحو الاتي:" 1- يسري على العقود الدولية القانون الذي يختاره الاطراف صراحة أو دلت عليه ملابسات وظروف العقد، وفي حالة غياب الاختيار يخضع العقد لقانون الدولة الاكثر ارتباطا به، ويكون العقد أكثر ارتباطا بالدولة التي يوجد بها عند ابرام العقد، مكان الاقامة المعتادة للمدين بالأداء المميز أو الادارة المركزية اذا تعلق الأمر بشركة أو جمعية أو شخصية اعتبارية. هذا ما لم يتبين للقاضي من خلال ظروف الحال ارتباط العقد بقانون دولة اخرى. 2- على أن قانون موقع العقار هو الذي يسري على العقود التي أبرمت بشأن هذا العقار".

ويأتي هذا الاقتراح لما يمتاز به منهج الاداء المميز باعتباره من أحدث النظريات والمناهج التي ظهرت في إطار منهجية إسناد العقود الدولية الى القانون الأكثر ارتباطا بها. وهو بذلك أصبح من أهم مبادئ القانون الدولي الخاص في الوقت الحاضر. وهذا المنهج يحقق العديد من المزايا، إذ يحدد القانون الأكثر ارتباطا بالعقد من خلال الطبيعة الذاتية للعقد نفسه، وفي ذلك اضفاء نوع من العدالة والمرونة على الحلول الواردة في نص المادة السابقة بمراعاتها تنوع صور العقود الدولية.

الهوامش

(1) المصري، م. (2016) الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، ط 3 عمان: دار الثقافة. ص 19.

(2) لم يضع الفقه المقارن تعريفا محددا للعقد الدولي وذلك لتعدد وتنوع صوره، ولكنه بالمقابل وضع عدة معايير لتحديد الصفة الدولية للعقد منها المعيار الاقتصادي والمعيار القانوني. ويمكن القول إن اتصال العقد بأكثر من نظام قانوني يثير مشكلة تنازع القوانين. انظر: فرج، ط. (2000) تدويل العقد، بدون طبعة الاسكندرية: منشأة المعارف. ص 152، وتناقش هنا الدكتورة طرح البحور الصفة الدولية للعقد من منظور اتفاقية روما لسنة 1980، إذ إنّ هذه الاتفاقية ابتعدت عن استخدام مصطلح العقد الدولي وفضلت ربطه بتنازع القوانين. انظر كذلك حول الصفة الدولية للعقد:

Deumier, P., Ancel, M.-E., Laazouzi, M.(2017) Droit des contrats internationaux, Paris: Dalloz. p. 6.

(3) القانون المدني الاردني، رقم 43 لسنة 1976، المنشور في الجريدة الرسمية، عدد رقم 2645، ص 2، بتاريخ 1977/1/1. وانظر بشأن تلك القاعدة: العنزي، ز. (2016) مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية وفقا لمبادئ مؤتمر لاهاي 2015، الشارقة: مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، مجلد رقم 13، العدد 2. ص 371.

(4) ياقوت، م.(2000) حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق، بدون طبعة الإسكندرية: منشأة المعارف. ص 159. وانظر كذلك:

Francescakis Ph. (1968) conflit de lois, principes généraux, Paris: Rep. dr. int. Dalloz, t. I,. p. 470 et s.

(5) Deumier, P., Ancel, M.-E. , Laazouzi, M., Droit des contrats internationaux, op. cit., p.188.

(6) Lagarde, P.(1986), Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain, RCADI, t. 196, p. 9.

(7) عبد العال، ع. (2007) قانون العمليات المصرفية الدولية، بيروت: الدار الجامعية، ص 58.

(8) المادة 20 من القانون المدني الاردني رقم (43) لسنة 1976.

(9) انظر المادة 1/19 من القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948، المادة 1/19 من قانون المعاملات المدنية الاماراتي رقم 5 لسنة 1985، المادة 1/25 من القانون المدني العراقي رقم 20 لسنة 1951، المادة 20 من قانون المعاملات المدنية العماني رقم 2013/29، المادة 29 من القانون المدني اليمني رقم 14 لسنة 2002، المادة 27 من القانون المدني القطري رقم 22 لسنة 2004، المادة 58 من قانون رقم 5 لسنة 1961 الكويتي الخاص بتنظيم للعلاقات القانونية ذات العنصر الاجنبي لسنة 1961، المادة 17 من القانون البحريني رقم 6 لسنة 2015 بشأن تنازع القوانين في المسائل المدنية والتجارية ذات العنصر الاجنبي، المادة 20 من القانون المدني السوري رقم 84 لسنة 1949، المادة 19 من القانون المدني الليبي لسنة 1954، المادة 18 من القانون المدني الجزائري رقم 58/75 وتعديله رقم 10/05 لسنة 2005، والمادة 13 من قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة 1948.

(10) المصري، م. الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي، مرجع سابق، ص 185.

(11) ماضي، ر.، المعايطة، س. (2017) نظرية الاداء المميز كضابط اسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق على العمليات المصرفية الدولية، المجلة الاردنية في القانون والعلوم السياسية، جامعة مؤته، مجلد 9، عدد 1، ص 116، وأنظر: سلامة، أ. (2008) الأصول في التنازع الدولي للقوانين، القاهرة: دار النهضة العربية، ص 1055.

(12) نشأت نظرية التركيز الموضوعي للعقد على يد الفقيه الفرنسي الراحل Batiffol وطبق القضاء الفرنسي هذه النظرية في العديد من القضايا ابرزها قرار محكمة النقض الفرنسية سنة 1959 والذي جاء فيه أنه:" إذا لم يقم المتعاقدون باختيار قانون العقد صراحة، فعلى قضاة الموضوع أن يتصدوا لتحديد القانون الواجب التطبيق في ضوء ظروف التعاقد وملابساته" انظر:

Cass. 26/7/1959, Rev., crit., DIP 1959, p. 708, note Batiffol, et v., Batiffol, H. et Lagarde, P. (1985) Droit international privé, Paris: LGDJ, t. 1, p. 314 et t. 2, p. 231.

(13) صادق، هـ. (2007) عقود التجارة الدولية، بدون طبعة الاسكندرية: دار المطبوعات الجامعية، ص 556.

(14) هذا المنهج جاء به الفقيه السويسري Schnitzer وطبقه القضاء السويسري وتبنته العديد من الأنظمة القانونية المقارنة، انظر:

Schnitzer, A. F.(1968) Les contrats en droit international privé suisse, RCADI, 1968, t.123, p. 545., Ancel, M.-E. (2002) La prestation caractéristique du contrat, Paris: Economica, p. 320.

(15) العبودي، ن. (2016) الأداء المميز وأثره على عملية الإسناد، بدون طبعة لبنان: مكتبة السنهوري، ص 20.

(16) Schnitzer, A. F., Les contrats en droit international privé suisse, op., cit., p. 545. Kaufmann-Kohler, G.(1989) La prestation caractéristique en droit international prive des contrat et l'influence de la Suisse, Annuaire Suisse de droit international, volume anniversaire, p. 195.

(17) Convention 80/ 934/CEE du 199 juin 1980 (Convention de Rome), JOCE nº C 27, du 26 janvier 1998., Réglement (EC) nº 593/2008 du Parlement européen et du Consiel du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations

contractuelles (Rome I), Journal Officil de l union européenne, nº L 177, du 4 juillet 2008, p. 6.

(18) Schnitzer, A. F., Les contrats en droit international privé suisse, op., cit., p. 562.

(19) Schnitzer, A. F., ibid, p. 563.

(20) العبودي، ن.، الأداء المميز وأثره على عملية الاسناد، مرجع سابق، ص 23.

(21) سلامة، أ.، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مرجع سابق، ص 1055.

(22) ماضي، ر.، المعايطة، س.، نظرية الاداء المميز كضابط اسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق على العمليات المصرفية الدولية، مرجع سابق، ص 116.

(23) Giuliano, M. et Lagarde, P.(1980) Rapport concernant la Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles, JOCE nº C 282, 31 oct. 1980, p. 1., Lagarde, P. (1991) " Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 Juin 1980, Paris: Rev., crit., DIP, p.287.

(24) Gaudement-Tallon, H. (2009) Convention du Rome du 19 Juin 1980 et Règlement Rome I du 17 Juin 2008, Paris:JurisClasser Droit international, Fasc. 552-15, nº 29. Ancel, M.-E., La prestation caractéristique du contrat, op., cit., p. 394.

(25) Schnitzer, A. F., Les contrats en droit international privé suisse, op., cit., p. 545.

(26) العبودي ن، الأداء المميز وأثره على عملية الاسناد، مرجع سابق، ص 22.

(27) السرحان ع. وخاطر ن. (2009) شرح القانون المدني الأردني، مصادر الحقوق الشخصية، ط 1،عمان: دار الثقافة، ص 40.

(28) Deumier, P., Ancel, M.-E., Laazouzi, M., Droit des contrats internationaux, op., cit., p. 203.

(29) العبودي ن.، الأداء المميز وأثره على عملية الاسناد، مرجع سابق، ص 58.

(30) Lagarde, P., " Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 Juin 1980, op., cit., p. 308.

(31) العبودي ن.، الأداء المميز وأثره على عملية الاسناد، مرجع سابق، ص 59.

(32) Gaudement-Tallon, H., Convention du Rome du 19 Juin 1980 et Règlement Rome I du 17 Juin 2008, op., cit., nº 30., ex. Cass. civ., 18 juill. 2000: Bull. civ. 2000, I, nº 217., Cass. civ., 19 déc. 2006, D. 2007, P. 1755, obs. P. Courbe., CA Paris, 15 juin 1994, JDI 1994, p. 1011, note A. Jacquemont., CA Grenoble, 13 sept. 1995, JDI 1996, p. 948, note C. Witz, Rev. crit., DIP 1996, p. 666, note D. Pardoel.

(33) العبودي ن.، الأداء المميز وأثره على عملية الاسناد، مرجع سابق، ص 59. وأنظر كذلك:
Schnitzer, A. F., La loi applicable aux contrats, op., cit., p. 479.

(34) Schnitzer A. F., Ibid., p. 480.

هذا وينتقد البعض إغفال هذه النظرية لأي دور اقتصادي او اجتماعي للالتزام المقابل للالتزام المميز، وهو دفع مبلغ نقدي، وكما هو معروف تلعب النقود دورا حيويا في المعاملات التجارية والمالية بصفة عامة، انظر في هذا الإنتقاد: خليل خ. (2002) حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، القاهرة: دار النهضة العربية، ص 161. وانظر كذلك في الفقه الفرنسي:-
Kassis, A. (1993), Le nouveau droit européen des contrats, Paris:LGDJ, nº 253 et s. Heuzé, V. (1990), La réglementation française des contrats internationaux, Etude critique des méthodes, Paris: GLN éditions, 1990, p. 144 et s.

(35) Gaudement-Tallon, H., Convention du Rome du 19 Juin 1980 et Règlement Rome I du 17 Juin 2008, op., cit., n 30.

(36) تجدر الإشارة هنا إلى أنه من الممكن تطبيق قانون الدائن بالأداء المميز في بعض الفروض، ومنها في حالة عقود الاستهلاك، اذ يطبق قانون مكان الإقامة المعتادة للمستهلك (الدائن) على العقد باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية. انظر خليل خ.، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 152 وما بعدها.

(37) Schnitzer, A. F., Les contrats en droit international prive suisse, op. cit., p. 547

(38) من أنصار نظرية المبادرة الفقيه الفرنسي Heuzé والذي يقرر بأنه يمكن للقاضي أن يطبق قانون موطن الدائن بالأداء المميز؛ وذلك إذا تبين أنه لم يأخذ بزمام المبادرة في التعاقد. فالطرف المبادر يكون على علم بقانون السوق الذي يسعى إليه.
Heuzé, V., La réglementation française des contrats internationaux, Etude critique des méthodes, op., cit., p. 145 et s., et Lagarde, P., " Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 Juin 1980, op., cit., p.287.

(39) Schnitzer, A. F., La loi applicable aux contrats, op. cit., p. 483.

(40) عبد العال ع.، قانون العمليات المصرفية الدولية، مرجع سابق، ص 69 وص 124. وأنظر كذلك: ماضي ر.، والمعايطة س.، نظرية الاداء المميز كضابط اسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق على العمليات المصرفية الدولية، مرجع سابق، ص 109.

(41) صادق هـ، عقودالتجارة الدولية، مرجع سابق، ص 601.

(42) المادة 2/4 من اتفاقية روما لسنة 1980، وانظر الفصل 62 من القانون الدولي الخاص التونسي لسنة 1998.

(43) عبد العال ع.، مرجع سابق، ص 126. وتجدر الاشارة الى أن نص المادة 40 من القانون المدني الاردني تعدّ "المكان الذي يباشر فيه الشخص تجارة أو حرفه موطنا بالنسبة الى ادارة الاعمال المتعلقة بهذه التجارة أو الحرفة". ومن جانب أخر يلاحظ أن المشرع الاردني قد عرف الموطن في المادة 39 من القانون المدني الاردني بأنه ذلك " المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة". انظر حول هذا المفهوم: العلاوين ك. وقطيشات خ.، " دور الموطن كضابط للاختصاص القضائي الدولي في القانون الاردني: دراسة تحليلية مقارنة"، عمان: مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون، المجلد 38، عدد 2، 2011، ص 703.

(44) ماضي ر. والمعايطة س.، نظرية الاداء المميز كضابط اسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق على العمليات المصرفية الدولية، مرجع سابق، ص 111.

(45) صادق هـ.، مرجع سابق، ص 601.

(46) عبد العال ع.، قانون العمليات المصرفية الدولية، مرجع سابق، ص 123.

(47) سلامة أ.،(2001) قانون العقد الدولي، ط 1، القاهرة:دار النهضة العربية، ص 216.

(48) عبد العال ع.، قانون العمليات المصرفية الدولية، مرجع سابق، ص123.

(49) Kaufmann-Kohler, G., La prestation caractéristique en droit international prive des contrat et l'influence de la Suisse, op., cit., p. 199.

(50) Batiffol, H., Les conflits de lois en matière des contrats, op. cit., nº 81, p. 178.

(51) صادق هـ، عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 557، محمد، أ.، (2009) الوسيط في القانون الدولي الخاص، ط 1، القاهرة: دار النهضة العربية، ص 526.

(52) Gaudement-Tallon, H., Convention du Rome du 19 Juin 1980 et Règlement Rome I du 17 Juin 2008, op., cit., nº 31., Deumier, P., Ancel, M.-E., Laazouzi, M., Droit des contratsinternationaux, op., cit., p. 201.

(53) العبودي ن.، الأداء المميز وأثره على عملية الاسناد، مرجع سابق، ص 41.

(54) يشكك جانب من الفقه الفرنسي في اعتبار قانون مكان إقامة المدين بالأداء المميز هو القانون الأكثر ارتباطا بالعلاقة، ويؤيد تطبيق قانون مكان التنفيذ، في هذا السياق انظر:

Mayer, P. et Heuze, V., (2010) Droit international privé, 10 éd., Paris: Monchrestien, Lextenso éditions, nº 727. Kassis, A., (1993) Le nouveau droit européen des contrats, Paris: LGDJ, nº 253 et s. Heuze, V., La réglementation française des contrats internationaux, op., cit., p. 144 et s. Marchadier, F., (2016) La mise en œuvre des articles 4 et 7 de la convention de Rome sous le contrôle de la Cour de cassation, Revue des contrat, nº 01, p. 129.

وانظر في الفقه العربي محمد، أ.، الوسيط في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 529.

(55) انظر المادة 4 من اتفاقية روما لسنة 1980 والمتعلقة بتحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، وكذلك المادة 4 من التنظيم الاوروبي رقم 593/ 2008. وانظر كذلك الفصل 62 من القانون الدولي الخاص التونسي عدد 97 لسنة 1998.

(56) صادق هـ.، عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 557 وانظر:

Batiffol H. et Lagarde P., Droit international prive, op. cit., p. 231 et s.

(57) العبودي ن.، الأداء المميز وأثره على عملية الاسناد، مرجع سابق، ص 46.

(58) Schnitzer A. F., Les contrats..., op. cit., p. 578

(59) العبودي ن.، الأداء المميز وأثره على عملية الاسناد، مرجع سابق، ص 49.

(60) انظر المادة الرابعة من اتفاقية روما لسنة 1980 والمتعلقة بتحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية.

(61) عبد العال ع.، قانون العمليات المصرفية...، مرجع سابق، ص 155.

(62) صادق هـ، عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 590.

(63) سلامة أ.، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مرجع سابق، ص 41. وانظر كذلك:

Remy, B., (2010) Les codifications récentes du droit international privé, Revue international de droit comparé, p.298.

(64) ماضي ر. والمعايطة س.، نظرية الأداء المميز كضابط اسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق على العمليات المصرفية الدولية، مرجع

سابق، ص 117.

(65) صادق هـ، عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص593. وتجب الاشارة هنا بإنه بامكان القاضي الاردني الخروج من ذلك الجمود الموجود في قواعد الاسناد بالرجوع الى المادة 25 من القانون المدني الاردني التي سمحت له اللجوء الى مبادئ القانون الدولي الخاص في كل مسألة لا يوجد لها حل في قواعد الاسناد الوطنية، أنظر: ماضي ر. والمعايطة س.، نظرية الأداء المميز كضابط اسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق على العمليات المصرفية الدولية، مرجع سابق، ص 117.

(66) عبد العال ع.، قانون العمليات المصرفية الدولية، مرجع سابق، ص 72.

(67) العبودي ن.، الأداء المميز وأثره على عملية الاسناد، مرجع سابق، ص 48.

(68) صادق هـ، عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص594

(69) العبودي ن.، الأداء المميز وأثره على عملية الاسناد، مرجع سابق، ص 45.

(70) صادق هـ، عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص614. وانظر كذلك:

Triki S., (2017) Le principe de securité juridique en droit international privé de la famille, Paris: JDI, p. 12.

(71) Nadeau, M., (2009) Perspectives pour un principe de sécurité juridique en droit canadien: Les pistes du droit Européen, Canada:R.D.U.S., p. 6.

(72) Wengler W., (1990) L'évolution modern du droit international privé et la prévisibilité de droit applicable, Paris: Rev. crit., DIP, p. 668.

(73) عشوش أ.، (1985) قانون العقد بين ثبات اليقين واعتبارات العدالة، بدون دار نشر، ص 6 و17. وانظر: الشناوي و.، (2014) " الأمن القانوني ومبادئ سن القانون الجديد"، مصر: مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنصورة،، مجلد عدد 56، ص 280.

(74) صادق هـ.، عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص592. ويمكن تعريف التنازع المتحرك بأنه ذلك التنازع الناتج عن تغير في بعض ضوابط الإسناد (كالجنسية وموقع المال مثلا) يؤدي انتقال المركز القانوني أو العلاقة القانونية من نطاق تطبيق قانون دولة إلى نطاق تطبيق قانون دولة أخرى. انظر في هذا التعريف: سلامة أ.، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مرجع سابق، ص 296، خالد هـ، (2001) التنازع الانتقالي في تنازع القوانين، الاسكندرية: دار الفكر الجامعي، ص 30 وما بعدها. انظر كذلك في التنازع المتحرك:

Souleau-Bertrand M.,(2005) Le conflit mobile, Paris: Dalloz.

(75) Deumier, P., Ancel, M.-E., Laazouzi, M., Droit des contrats internationaux, op., cit., p.193.

(76) عبد العال ع.، قانون العمليات المصرفية الدولية، مرجع سابق، ص 68.

(77) صادق هـ، عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص601.

(78) Heuzé, V., La réglementation française des contrats internationaux, op. cit., p. 226.

(79) المادة 1/20 من القانون المدني الأردني؛ المادة 1/19 من القانون المدني المصري؛ المادة 1/3 من اتفاقية روما لسنة 1980

(80) Kaufmann-Kohler, G., La prestation caractéristique en droit international prive des contrat et l'influence de la Suisse, op., cit., p. 205.

(81) ينص الفصل 62 من القانون الدولي الخاص التونسي عدد (97) لسنة 1998 على انه "يخضع العقد للقانون الذي تعينه الأطراف، وإذا لم تحدد الأطراف القانون المنطبق، يعتمد قانون الدولة التي يوجد بها مقر الطرف الذي يكون التزامه مؤثرا في تكييف العقد، أو مقر مؤسسته،إذا كان العقد قد أبرم في نطاق نشاط مهني أو تجاري". وتنص المادة 10 من قانون الالتزامات والعقود الموريتاني رقم 31/2001 لسنة 2001 على انه في: "حالة عدم الاختيار يخضع العقد لقانون البلد الاكثر صلة به، ويكون العقد أكثر صلة بالدولة حين يوجد بها المقر المشترك للاطراف اذا كانوا يقيمون معا والا فالدولة الموجود بها عند ابرام العقد، مكان الاقامة الاعتيادي للطرف الملزم بالأداء المميز أو الادارة المركزية اذا تعلق الأمر بشركة أو جمعية أو شخصية اعتبارية. لا محل للقاعدة السابقة اذا اتضح من ظروف الحال ارتباط العقد بقانون دولة اخرى".

(82) تنص المادة الرابعة من الاتفاقية على أنه إذا لم يتم اختيار القانون الواجب التطبيق من قبل الأطراف فإن العقد يخضع " لقانون الدولة التي يكون له معها روابط وثيقة... 2- وبمراعاة الفقرة 5 يفترض أن العقد يمثل الروابط الأكثر اتصالا مع الدولة التي يقع فيها مكان الإقامة المعتادة للطرف الذي يورد الالتزام المميز وقت إبرام العقد، أو إذا كان الأمر يتعلق بشخص معنوي كانت إدارته المركزية توجد في هذه الدولة، ومع ذلك إذا كان العقد قد أبرم في إطار النشاط المهني لهذا الطرف، فإن هذه الدولة تكون هي الدولة التي تقع فيها منشأته الرئيسة، وإذا كان الأداء يجب توريده بواسطة شخص آخر غير المؤسسة الرئيسة؛ فإن هذه الدولة تكون هي التي تقع فيها هذه المؤسسة (الفرعية)..."

(83) المادة الثالثة من الاتفاقية الاوروبية روما لسنة 1980 المتعلقة بتحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات الدولية.

(84) انظر المادة الرابعة من الاتفاقية الاوروبية روما لسنة 1980.

(85) وهذا ما يسمى في الفقه الفرنسي بالشرط الاستثنائي ""clause d'exceptionانظر بشأن هذا الشرط:

Remy-Corlay, P., (2003) Mise en œuvre et régime procédure de la clause d'exception dans les conflits de lois, Paris: Riv. crit. DIP, p. 36.

وانظر بشأن الانتقادات الموجه الى هذا الشرط في اتفاقية روما لسنة 1980:

Kuyven, L. F., (2007) La détresse de la clause d'exception en matière contractuell, Paris: petites affiches, n148, p.3.

(86) Lagarde, P., (1986) Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain, RCADI, t. 196, p.9.

(87) من الجدير بالذكر أن المشرع الأردني قد تبنى قاعدة القانون الأكثر ارتباطا بالعلاقة في نص المادة 36 من قانون التحكيم لسنة 2001 حيث نصت الفقرة ب من تلك المادة على أنه " إذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه الأكثر اتصالا بالنزاع". انظر حول هذا الموضوع: عبيدات ر.، (2011) " الاثار الايجابية لاتفاق التحكيم التجاري وفق أحكام القانون الاردني والمقارن، عمان: مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون، الجامعة الاردنية، المجلد 38، عدد 2، ص 651.

(88) Gaudement-Tallon, H., Convention du Rome du 19 Juin 1980 et Règlement Rome I du 17 Juin 2008, op., cit., nº 32.

(89) Cass. civ., 26/7/1959, Rev., crit., 1959, p. 708, note Batiffol.

(90) Azzi, T., (2008) La loi applicable à défaut de choix selon les articles 4 et 5 du Règlement Rome I, Paris: Recueil Dalloz, p. 2172.

(91) عبد العال ع.، قانون العمليات المصرفية الدولية، مرجع سابق، ص 65. وانظر كذلك:

Marchadier, F., (2016) La mise en œuvre des articles 4 et 7 de la convention de Rome sous le contrôle de la Cour de cassation, Paris: Revue des contrat, n 01, 2016, p. 129.

(92) الفقرة الثانية من المادة الرابعة من اتفاقية روما لسنة 1980. مع الإشارة إلى أنه في كثير من الحالات يتوافق مكان إقامة المدين بالأداء المميز مع مكان تنفيذه.

(93) Lagarde, P., " Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980, op., cit., p.287.

(94) Cass. com., 19 oct. 2010, Rev. des contrats, nº 3, 2011, p. 939, note J.-B. Racine., JDI 2011, p. 18.

وانظر في المزيد من القرارات السابقة على صدور اتفاقية روما لسنة 1980 ونفاذها في دول الإتحاد الأوروبي: عكاشة ع.، قانون العمليات المصرفية، مرجع سابق، 141، ماضي ر. والمعايطة س.، نظرية الأداء المميز كضابط اسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق على العمليات المصرفية الدولية، مرجع سابق، ص 117

(95) Remy-Corlay, P., Mise en œuvre et régime procédure de la clause d'exception dans les conflits de lois, op., cit., p. 36.

(96) Cass. civ., 16 sépt. 2015, JDI 2016, p. 16, note F.0X. Morisset, JCP G 2015, 1188, note P. Berliez, Rev. Crit., DIP 2016, p. 132, note D. Bureau et H. M. Watt.

(97) Cuniberti, G., (2003) L`incidence du lieu d`exécution sur la loi applicable au contrat,- La difficile cohabitation des articles 4-2 et 4-5 de la Convention de Rome du 19 Juin 1980, Paris: JCP G, nº 30, p. 153, Deumier, P., Ancel, M.-E., Laazouzi, M., Droit des contrats internationaux, op., cit., p. 189. Marchadier, F., La mise en œuvre des articles 4 et 7 de la convention de Rome sous le contrôle de la Cour de cassation, op., cit., p. 129.

(98) Cass. civ., 19 déc. 2006, D. 2007, obs. P. Courbe, et, p. 1755, p. 2562, obs. L`Avout et S. Bollée, D. 2008, p. 1246, obs. H. Kenfack, Rev. crit., DIP 2007, p. 592, note P. Lagarde, RTD com. 2007, p. 628, obs. P. Delebecque, RDC 2007, p. 467, obs. P. Deumier.

(99) Kassis, A., Le nouveau droit européen..., op. cit., p. 305.

(100) عبد العال ع.، قانون العمليات المصرفية الدولية، مرجع سابق، ص 72

(101) فمن القرارات القضائية الفرنسية التي طبقت أولا معيار الاداء المميز بشكل مباشر واعتبرت أن قانون مكان اقامة المورد أو المزود في عقد توريد معدات هو القانون الاكثر ارتباطا بالعقد باعتباره قانون مكان اقامة المدين بالاداء المميز في العقد:

Cass. com., 19 oct. 2010, Rev. des contrats, nº 3, 2011, p. 939, note J.-B. Racine.

وكذلك بالنسبة الى عقد التأمين فان مكان إقامة شركة التأمين هو مكان إقامة المدين بالاداء المميز في العقد، أنظر:

Cass. civ., 22 oct. 2014, Responsabilité civile et assurances, nº 1, 2015, p. 112., note N. Ciron.

وفي قرارات أخرى طبق القضاء الفرنسي الشرط الاستثنائي بالبحث عن القانون الاكثر ارتباطا بالعقد دون فحص فيما اذا كان معيار الأداء المميز يشير الى ذلك القانون، انظر:

Cass. civ., 16 sept. 2015, Revu des contrats, 2016, p. 129., Cass. civ., 4 mars 2003, Rev. crit., DIP 2003, p. 285, note P. Lagarde, JDI 2004, p. 197, obs. A. Huet.

(102) Remy, B., Les codifications récentes du droit international privé, op., cit., p. 291., Kuyven, L. F., La détresse de la clause d'exception en matière contractuell, op., cit., p. 13.

(103) وهذا الاتجاه قد أيدته محكمة العدل الأوروبية في تفسيرها لنص المادة 4 من الأتفاقية بحيث يجب على القاضي إتباع الترتيب الوارد في نص تلك المادة، فيجب تطبيق معيار الاداء المميز أولا واستثناء يتم اللجوء بعد ذلك لتطبيق الشرط الاستثنائي، انظر:

CJCE, 9 oct. 2009, nº C-133/08, JCP G 2009, note L'Avout et L. Perreau-Saussine, Rev. de. transp. nov. 2009, comm.. 210, note L. Grard, JDI 2010, p. 183, note C. Legros, D. 2010, p. 236, note F. Jault-Seseke, RDC 2010, p. 701, obs. P. Deumier. V. aussi, Remy-Corlay, P., op. cit., p. 42., Cirone, N., (2015) L'application de la clause d' exception de l'article 4, paragraphe 5 de la convention de Rome et la localisation du débiteur de la prestation caractéristique, Paris: Responsabilité civile et assurances, nº 1, p. 112.

(104) T. Azzi, op. cit., p. 2170.

(105) Kenfack H., (2009)" Le Règlement (CE) n° 593/ 2008 du 17 Juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), navire stable aux instruments efficaces de navigation?", Paris: JDI, p. 12 et s.

(106) Deumier P., Ancel M.-E., Laazouzi M., Droit des contrats internationaux, op., cit., p. 211.

(107) Azzi T., La loi applicable à défaut..., op. cit., p 2174.

(108) تنص الفقرة الأولى من المادة الرابعة على أن: عقد البيع يخضع لقانون الإقامة المعتادة للبائع؛ عقد توريد الخدمات يخضع لقانون مكان إقامة مورد الخدمة؛ العقود الواردة على العقارات تخضع لقانون مكان وجود العقار؛عقدإيجار عقار للاستعمال الشخصي لمدة لا تزيد عن ستة شهور تخضع لقانون مكان اقامة مالك العقار؛ عقد "الفرانتشايز" يخضع لقانون مكان الإقامة المعتادة للمرخص له؛ عقد التوريد يخضع لقانون مكان إقامة الموزع؛ عقد البيع بالمزاد العلني تخضع لقانون مكان إجراء المزاد؛ العقود التي تبرم في الاسواق المالية (البورصات) تخضع لقانون السوق".

(109) Kenfack H., op. cit., p. 13.

(110) Azzi T., op. cit., p. 2174

(111) انظر مثلا المادة 11 من القانون المدني الأردني التي تنص على أن: " القانون الأردني هو المرجع في تكييف العلاقات عندما يطلب تحديد نوع هذه العلاقات في قضية تتنازع فيها القوانين لمعرفة القانون الواجب التطبيق من بينها". كذلك المادة 10 من القانون المدني المصري،والمادة 10 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي لسنة 1985. ولكن تجب الإشارة إلى أنه إذا كانت قواعد الإسناد مستمدة من اتفاقية دولية كما في الاتحاد الأوروبي فإنه يجب على القاضي الوطني أن يعطي تكييفا للعقد يتفق مع مبادئ الاتفاقية وأهدافها، ويبتعد قدر الإمكان عن الأوصاف الداخلية الضيقة، انظر: سلامة أ.، الأصول في تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 410.

Deumier P., Ancel M.-E., Laazouzi M, Droit des contrats internationaux, op., cit., p. 192.

(112) Kenfack H., (2017) Droit de l'Union européene des conflits de lois, Paris: JCI Europe Traité, Synthese, Fasc., 3201, nº 28.

(113) Azzi T., op. cit., p. 2174, Deumier P., Ancel M.-E.,. Laazouzi M, Droit des contrats internationaux, op., cit., p. 202.

(114) Kenfack H., Le Règlement..., op. cit., p.14.

(115) Ibid, p.16.

(116) Kenfack H., Droit de l Union européene des conflits de lois, op., cit., nº 28.

(117) Ibid, nº 29.

(118) العبودي ن.، الأداء المميز وأثره على عملية الاسناد، مرجع سابق، ص 92.

(119) العبودي ن.، الأداء المميز وأثره على عملية الاسناد، مرجع سابق، ص 93.

(120) سلامة أ.، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مرجع سابق، ص 37.

(121) عبد العال ع.، قانون العمليات المصرفية الدولية، مرجع سابق، ص69.

(122) Deumier P., Ancel M.-E., Laazouzi M, Droit des contrats internationaux, op., cit., p. 211.

(123) صادق هـ.، عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص612.

(124) Fausto P., (1984) La protection de la partie faible en droit international prive, RCADI, t., 18, p.372., Mohamad M., (2005) Loi d autonomie et méthod de protection de la partie faible en droit international privé, RCADI, t., 315, p. 151.

(125) أنظر خليل خ.، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 163، ماضي ر. والمعايطة س.، نظرية الاداء المميز كضابط اسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق على العمليات المصرفية الدولية، مرجع سابق، ص 116.

(126) أبو عرابي غ.، (2009) "حماية رضاء المستهلك (دراسة مقارنة بين قانون حماية المستهلك الاماراتي وتقنين الاستهلاك الفرنسي ومشروع قانون حماية المستهلك الاردني)، مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون، مجلد 36، عدد 1، ص 188. وتعرف المادة الثانية من قانون حماية المستهلك الأردني لسنة 2017 المستهلك بأنه "الشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يحصل على سلعة أو خدمة بمقابل أو دون مقابل؛ إشباعا لحاجاته الشخصية أو لحاجات الآخرين، ولا يشمل ذلك من يشتري السلعة أو الخدمة لإعادة بيعها أو تأجيرها".

(127) سلامة أ.، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مرجع سابق، ص 90.

(128) العبودي ن.، الأداء المميز وأثره على عملية الاسناد، مرجع سابق، ص 86.

(129) Houx N., (2001) La protection des consommateurs dans la Convention de Rome du 19 juin 1980: pour une interpretation coherente des dispositions applicable, Petite affiches, nº 43, p. 6.

(130) من التشريعات العربية التي تبنت مثل هذا الحل المادة 22 من القانون البحريني رقم 6 لسنة 2015 بشأن تنازع القوانين في المسائل المدنية والتجارية ذات العنصر الأجنبي، التي تنص على أنه "يسري على عقود المستهلك قانون دولة محل الإقامة العادية للمستهلك، ما لم يتم الاتفاق أو يتبين من الظروف أن قانونا آخر هو الذي يراد تطبيقه، وبشرط عدم حرمان المستهلك من الحماية التي توفرها الاحكام الآمرة لقانون الدولة التي بها محل إقامته العادية".

(131) انظر أبو مغلي م. والصرايرة م.، (2014) "القانون الواجب التطبيق على عقود الاستهلاك الالكترونية ذات الطابع الدولي"، دراسات، علوم الشريعة والقانون، الجامعة الاردنية، المجلد 41، العدد 2، ص 1359.

(132) Sinay-Cytermann A., (2005) La protection du salarié en droit international privé, Paris: La Semaine Juridique Social, nº 2, 2005, p. 1026.

(133) المادة 6 من اتفاقية روما لسنة 1980 والمادة 8 من التوجية الاوروبي روما 1، انظر كذلك نص المادة 19 من القانون البحريني السابق، التي تنص على أنه "يسري على عقود العمل التي يبرمها أصحاب الأعمال مع عمالهم قانون الدولة التي يجري فيها تنفيذ عقد العمل بصفة أساسية، فإذا كان عقد العمل ينفّذ بصفة أساسية في أكثر من دولة، سرى قانون الدولة التي يوجد فيها المركز الرئيسي لهذه الأعمال". وانظر كذلك الفصل 67 من القانون الدولي الخاص التونسي لسنة 1998 الذي نص على أن "يخضع عقد الشغل لقانون الدولة التي يؤدي العامل عادة عمله فيها".ويلاحظ هنا أن المشرع التونسي لم يعتمد قانون الارادة في تحديد قانون عقد العمل الدولي.

(134) أنظر بشأن اختلاف الفقه الفرنسي في دور الشرط الاستثنائي في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد العمل الدولي، هل له دور حمائي، أم دور تركيزي فقط؟ Remy-Corlay P., op. cit., p. 37.

ويلاحظ أن الفقه الغالب يميل نحو إعطاء ذلك الشرط دورا في حماية العامل بحيث يتم اللجوء إليه في حالة ما إذا كان قانون مكان التنفيذ لا يوفر الحماية اللازمة للعامل.

Deprez M., (1995) Evolutions récentes des solutions de conflit de lois en matière de contrat de travail international, in Mel. en l'honneur de H. Blais, Economica, p. 171, V. aussi, Deprez M., (1995) Rattachements rigides et pouvoir d'appréciation du juge dans la détermination de la loi applicable au contrat de travail (art. 3, 6, 7 de la Convention de Rome du 19 Juin 1980), Paris: Dr. soc., p. 323 et s., Nord N., (2016) La nécessaire refonte du système de conflit de lois en matière de contrat de travail international, Paris: Rev. crit. DIP, p. 318.

أما بالنسبة للاتجاه القضائي الأوروبي والفرنسي الحديث فإنه يميل نحو الاعتبار التركيزي البحت للشرط الاستثنائي، فهو يشير إلى تطبيق قانون آخر غير قانون مكان التنفيذ؛ إذا تبين للقاضي أن ذلك القانون أكثر ارتباطا بالعقد من قانون مكان التنفيذ، دون الأخذ بعين الاعتبار أي هدف حمائي لأحد الأطراف:

CJUE, 12 sept.2013, aff. C-164- 12: Rev. crit. DIP 2014, p. 159, note E. Pataut, JDI 2014, comm. 4, p. 165, note C. Briere. Cass. soc., 13 oct., 2016, n° 15-16872, 17880, JDI, nº 3, Juillet 2017, p. 12, note A.Sinay-Cytermann., Cass. soc., 28 mars 2012, Rev. crit., DIP 2012, p. 587, note S. Corneloup.

(135) أنظر المادة 19 من القانون البحريني سالف الذكر، التي تنص في الفقرة ج على أنه "لا يخل الاتفاق على تطبيق قانون آخر بشأن عقود العمل بالقواعد الآمرة للقانون الواجب التطبيق وفقاً لأحكام الفقرتين (أ) و(ب) من هذه المادة".

(136) أنظر عبد المجيد م.، (1992) تنازع القوانين في علاقة العمل الفردية، الإسكندرية: منشأة المعارف، ص 179. وكذلك:

Coursier Ph., (1993) Le conflit de lois en matiere de contrat de travail, Paris: LGDJ, p. 88 et s.

(137)الداودي غ.، (1998) القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص، ط 2، اربد: حماد للنشر والتوزيع، ص 173.

المصادر والمراجع

أولا المراجع باللغة العربية:

أبو عرابي غ.، (2009) حماية رضاء المستهلك (دراسة مقارنة بين قانون حماية المستهلك الاماراتي وتقنين الاستهلاك الفرنسي ومشروع قانون حماية المستهلك الاردني، مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون، مجلد 36، عدد 1.

أبو مغلي م. والصرايرة م.، (2014) "القانون الواجب التطبيق على عقود الاستهلاك الالكترونية ذات الطابع الدولي"، دراسات، علوم الشريعة والقانون، الجامعة الاردنية، المجلد 41، العدد 2.

خالد ه، (2001) التنازع الانتقالي في تنازع القوانين، الاسكندرية: دار الفكر الجامعي.

الداودي غ.، (1998) القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي، ط 2، اربد: حماد للنشر والتوزيع.

سلامة أ.، (2001) قانون العقد الدولي، ط1، القاهرة: دار النهضة العربية.

سلامة أ.، (2008) الأصول في التنازع الدولي للقوانين، القاهرة: دار النهضة العربية.

الشناوي و.، (2014) " الامن القانوني ومبادئ سن القانون الجديد"، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنصورة، مصر، مجلد عدد56.

صادق ه، (2007) عقود التجارة الدولية، الاسكندرية: دار المطبوعات الجامعية.

عبد المجيد م.، (1992) تنازع القوانين في علاقة العمل الفردية، الاسكندرية: منشأة المعارف.

العبودي ن.، (2016) الأداء المميز وأثره على عملية الإسناد، لبنان: مكتبة السنهوري.

عبيدات ر.، (2011) الاثار الايجابية لاتفاق التحكيم التجاري وفق أحكام القانون الاردني والمقارن، مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون، الجامعة الاردنية، عمان، المجلد 38، عدد 2.

عشوش أ.، (1985) قانون العقد بين ثبات اليقين واعتبارات العدالة، بدون دار ناشر.

عكاشة ع.، (2005) قانون العمليات المصرفية الدولية، بيروت: الدار الجامعية.

العلاوين ك. وقطيشات خ.، (2011) " دور الموطن كضابط للاختصاص القضائي الدولي في القانون الاردني: دراسة تحليلية مقارنة"، مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون، المجلد 38، عدد 2.

العنزي ز.، (2016) "مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية وفقا لمبادئ مؤتمر لاهاي 2015"، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، مجلد رقم 13، العدد 2.

فرج ط.، (2000) تدويل العقد، الاسكندرية: منشأة المعارف.

ماضي ر. والمعايطة س.، (2017) نظرية الاداء المميز كضابط اسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق على العمليات المصرفية الدولية، المجلة الاردنية في القانون والعلوم السياسية، جامعة مؤته، مجلد 9، عدد 1.

المصري م.، (2016) الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، ط3، عمان: دار الثقافة.

وفا محمد أ.، (2009) الوسيط في القانون الدولي الخاص، ط1، القاهرة: دار النهضة العربية.

ياقوت م.، (2000) حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق، الاسكندرية: منشأة المعارف.

ثانيا: المراجع باللغة الاجنبية:

Ancel M.-E., (2002) La prestation caractéristique du contrat, Paris: Economica.

Azzi T., (2008) La loi applicable à défaut de choix selon les articles 4 et 5 du Règlement Rome I, Paris: Recueil Dalloz.

Batiffol H. et Lagarde P., (1985) Droit international privé, Paris: LGDJ.

Cirone N., (2015) L'application de la clause d' exception de l'article 4, paragraphe 5 de la convention de Rome et la localisation du débiteur de la prestation caractéristique, Paris: Responsabilité civile et assurances, nº 1.

Coursier Ph., (1993) Le conflit de lois en matière de contrat de travail, Paris:LGDJ.

Cuniberti G., (2003) L`incidence du lieu d`exécution sur la loi applicable au contrat,- La difficile cohabitation des articles 4-2 et 4-5 de la Convention de Rome du 19 Juin 1980, JCP G, nº. 30.

Deprez M., (1995) Evolutions récentes des solutions de conflit de lois en matière de contrat de travail international, Paris:

in Mel. en l'honneur de H. Blais, Economica.

Deprez M., (1995) Rattachements rigides et pouvoir d'appréciation du juge dans la détermination de la loi applicable au contrat de travail (art. 3, 6, 7 de la Convention de Rome du 19 Juin 1980), Paris: Dr. soc.

Deumier P., Ancel M.-E., Laazouzi M., (2017) Droit des contrats internationaux, Paris: Dalloz, 2017.

Fausto P., (1984) La protection de la partie faible en droit international prive, RCADI, v. 188.

Francescakis Ph., (1968) conflit de lois, principes généraux, Paris: Rep. dr. int. Dalloz, t. I.

Gaudement-Tallon H., (2009) Convention du Rome du 19 Juin 1980 et Règlement Rome I du 17 Juin 2008, Paris: JurisClasser Droit international, Fasc. 552-15.

Giulano M. et Lagarde P., (1980) Rapport concernant la Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles, JOCE nº C 282.

Heuzé V., (1990) La réglementation française des contrats internationaux, Etude critique des méthodes, Paris:GLN éditions.

Houx N., (2001) La protection des consommateurs dans la Convention de Rome du 19 juin 1980: pour une interpretation coherente des dispositions applicable, Paris: Petite affiches, n° 43.

Kassis A., (1993) Le nouveau droit européen des contrats, Paris: LGDJ.

Kaufmann-Kohler G., (1989) La prestation caractéristique en droit international prive des contrat et l'influence de la Suisse, Paris: Annuaire Suisse de droit international, volume anniversaire.

Kenfack H., (2017) Droit de l'Union européene des conflits de lois, JCI Europe Traité, Synthese, Fasc., 3201, nº 28.

Kenfack H., (2009) " Le Règlement (CE) n° 593/ 2008 du 17 Juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), navire stable aux instruments efficaces de navigation?", Paris: JDI.

Kuyven L. F., (2007) La détresse de la clause d'exception en matière contractuell, petites affiches, n 148.

Lagarde P., (1986) Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain, RCADI.

Lagarde P., (1991) " Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 Juin 1980, Paris: Rev., crit., DIP.

Marchadier F., (2016) La mise en œuvre des articles 4 et 7 de la convention de Rome sous le contrôle de la Cour de cassation, Paris: Revue des contrat, n 01.

Mayer P. et Heuze V., (2010) Droit international privé, Monchrestien, Lextenso éditions, 10 éd.

Mohamad M., (2005) Loi d autonomie et méthod de protection de la partie faible en droit international privé, Paris: Recueil des Cours.

Nadeau M., (2009) Perspectives pour un principe de sécurité juridique en droit canadien: Les pistes du droit Européen, R.D.U.S.

Nord N., (2016) La nécessaire refonte du système de conflit de lois en matière de contrat de travail international, Paris: Rev. crit. DIP.

Remy B., (2010) Les codifications récentes du droit international privé, Revue international de droit comparé.

Remy-Corlay P., (2003) Mise en œuvre et régime procédure de la clause d'exception dans les conflits de lois, Paris: Riv. crit. DIP.

Schnitzer A. F., (1955) La loi applicable aux contrats, Paris: Rev., crit., DIP.

Schnitzer A. F., (1968) Les contrats en droit international privé suisse, RCADI.

Sinay-Cytermann A., (2005) La protection du salarie en droit international privé, Paris: La Semaine Juridique Social, n2.

Souleau-Bertrand M., (2005) Le conflit mobile, Paris: Dalloz.

Triki S., (2017) Le principe de securité juridique en droit international privé de la famille, JDI.

Wengler W., (1990) L'évolution modern du droit international privé et la prévisibilité de droit applicable, Paris: Rev. crit.. DIP.

ثالثا: التشريعات محل الدراسة:
القانون المدني الاردني لسنة 1976.
قانون التحكيم الاردني لسنة 2001.
قانون حماية المستهلك الاردني لسنة 2017.
قانون المعاملات الاماراتي لسنة 1985.
القانون المدني المصري لسنة 1948.
القانون المدني العراقي لسنة 1951.
القانون الدولي الخاص التونسي لسنة 1998.
القانون البحريني رقم 6 لسنة 2015 بشأن تنازع القوانين في المسائل المدنية والتجارية ذات العنصر الأجنبي
اتفاقية روما لسنة 1980 المتعلقة بتحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية في دول الاتحاد الاوروبي.
التوجيه الاوروبي رقم 2008/593 لسنة 2008 (روما 1) والمتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية.

The Characteristic Performance as a Method of Determining the Applicable Law to the International Contract

Abdessalam Alfadel, Naeem Al Otoum *

ABSTRACT

The determination of the proper law of an international contract, in the absence of a choice of law by the parties, is considered a debatable issue in private international law. This debate has given rise to different solutions in national laws and international conventions in this regard. One solution is the method of the characteristic performance which provides a new conception of the applicable law to the international contract through finding out the law that is most closely connected with the contract based on the inherent nature of the contract. Thus, this method assumes that the applicable law is the law of the habitual residence where the debtor is habitually resident at the time of the contract formation. The merit of the characteristic performance is that it gives flexible solutions to suit different types of international contracts while, at the same time, seeking to ensure legal certainty about transactions made across borders and to meet the legitimate expectations of the parties. Hence, many domestic laws and international conventions have adopted this approach, based on its advantages.

Keywords: Conflict of Laws, Characteristic Performance, International Contract, Applicable Law.

* Faculty of Law, Yarmouk University, Jordan. Received on 17/10/2017 and Accepted for Publication on 14/6/2018.