

دور القواعد ذات التطبيق الضروري في

حماية المتعاقد الضعيف

د. محمد صبحي خلف

جامعة تكريت - كلية الحقوق

m.subhi80@tu.eud.iq

أ. م حميد سويدان

جامعة الأنبار - كلية الآداب - قسم اللغة العربية

اصبحت القواعد ذات التطبيق الضروري من القواعد ذات الأهمية لحل مشكلة التنازع الدولي للقوانين وخاصة في العقود التي يكون فيها طرف ضعيف من الناحية القانونية، و القواعد من الافكار الجديدة والتميزة في القانون الدولي الخاص ومسألة تنازع القوانين. لتحقيق المصلحة العامة من خلال مبدأ التدخل في المجالات الاقتصادية والاجتماعية. ولعجز قواعد الاسناد في مفهومها التقليدي عن إيجاد وشمول الحالات التي يتم فيها تحديد قانون اجنبي لحكم قضية قانونية بالرغم من كونه قانوناً عاماً لا بد من وجود قواعد ذات تطبيق فوري مباشر تحكم هذه المسائل. ويمكن ان تعتبر هذه القواعد قيماً على إرادة الاطراف حيث تعتبر هذه القواعد سواء عند اختيار القانون الذي يحكم العقد او عند تجزئة العقد حيث لا يمكن للأفراد الاتفاق على خلاف هذه القواعد الامرة والنظام العام في دولة القاضي التي تعرف بالنظام الحمائي للدولة والذي هو اداة لتحقيق سياسات اقتصادية واجتماعية يعجز الاطراف انفسهم عن حقيقة ادراك مساعيها ومراميها. حيث اصبح على الارادة ان تحترم مقتضيات التضامن الاجتماعي.

كلمات افتتاحية : قواعد تطبيق ضروري. ضعيف. العقد الدولي. قواعد حمائية.

Abstract

Rules have become the mandatory application of rules that are important to solve the problem of international conflict of laws, especially in contracts where the legally weak party, the rules of new and distinctive ideas in private international law and the issue of conflict of laws. To achieve the public interest through the principle of intervention in the economic and social fields. And the inability of the rules of attribution in its traditional concept of finding and covering cases in which a foreign law is determined to rule a legal case, although it is a general law, there must be rules with direct immediate application to govern these issues. These rules can be considered a restriction on the will of the parties. These rules are considered either in the choice of the law governing the contract or when the contract is split. Individuals can not agree on the contrary of these rules and public order in the state of the judge. The parties themselves are incapable of realizing their endeavors and objectives. Where the will has to respect the requirements of social solidarity.

المقدمة

في ظل مبدأ سلطان الارادة والحرية الشخصية التي يتمتع بها الافراد، كان المشرع لا يتدخل في تنظيم علاقات الافراد الا بالقدر الضروري وهدفه الاساسي هو حماية حقوق الفرد وحرية، هذا الاتجاه اصبح غير متلائم ولا يساير التطور السريع والحديث في الثورة الصناعية وخاصة في الدول المتقدمة. وتبني أغلب التشريعات الداخلية والاتفاقيات الدولية مبدأ سلطان الإرادة ، والذي يقصد به أن إرادة الأطراف لها الحرية في تنظيم العقود المبرمة بينهم في تحديد القانون الذي يطبق على هذه العقود وهذه قاعدة اساسية للعقود فالعقد شرعية المتعاقدين. مما دعت الحاجة الى ظهور فكرة او منهجية القواعد ذات التطبيق الضروري، فأصبحت هذه القواعد من الافكار الجديدة والتميزة في القانون الدولي الخاص ومسألة تنازع القوانين. وتحقيق المصلحة العامة من خلال مبدأ التدخل في المجالات الاقتصادية والاجتماعية. ولعجز قواعد الاسناد في مفهومها التقليدي عن إيجاد وشمول الحالات التي يتم فيها تحديد قانون اجنبي لحكم قضية قانونية بالرغم من كونه قانوناً عاماً لا بد من وجود قواعد ذات تطبيق فوري مباشر تحكم هذه المسائل. وان إرادة الاطراف مقيدة بالقواعد ضرورية التطبيق حيث تعتبر هذه القواعد قيماً على ارادة الاطراف سواء عند اختيار القانون الذي يحكم العقد او عند تجزئة العقد حيث لا يمكن للأفراد الاتفاق على خلاف هذه القواعد الامرة والنظام العام في دولة القاضي التي تعرف بالنظام الحمائي للدولة والذي هو اداة لتحقيق سياسات اقتصادية واجتماعية يعجز الاطراف انفسهم عن حقيقة ادراك مساعيها ومراميها. حيث اصبح على الارادة ان تحترم مقتضيات التضامن الاجتماعي.

اسباب واهداف اختيار الموضوع:

لاختيار دراسة أي موضوع لأبد من اسباب تدفع الى محاولة معالجة القصور في جانب من الجوانب القانونية عليه هناك اسباب

دفعت لاختيار الموضوع وهي كالآتي:

أولاً:- ان نضع بين يدي المشرع نماذج أخرى لقواعد قانونية وحديثة خاصة بحماية الطرف او المتعاقد الضعيف بغية الكشف عن مزايا ونقائص تشريعاتنا الوطنية، وحتى يمكن للمشرع أن يتقاضي أوجه القصور فيها، عن طريق الاستئناس بتلك النماذج.

ثانياً:- نظرا لأن القانون لا يتطور بفعل المشرع وحده وإنما يتطور أيضا على يد القضاء، فقد رأينا ان نضع بين يدي رجال القضاء الوطني تجارب قضائية في دول مختلفة وخاصة في الدول الأوروبية، الذي واكب منذ البداية حركة حماية المتعاقد الضعيف في إصدار القرارات القضائية المناسبة وإيجاد الحلول القانونية الملائمة التي تتوافق مع تطور المجتمع . عسى ان يمثل ذلك دافعا للقضاء لكي يعيد النظر في تفسير النص القانوني تقسيرا يتجاوز متونه الشكلية. بحيث يكفل صلاحيته للتطبيق في المستقبل، بغض النظر عن ظروف نشأته واللحظة التاريخية لميلاده. واعتبار ان المعنى الأصيل للقانون يتحدد عن طريق التفاعل مع الواقع والمستقبل بعوامله الاقتصادية والاجتماعية، وليس فحسب عن طريق نصوصه الجامدة. وان يستمر هذا التطور بما يحقق في النهاية المصلحة العليا للجماعة.

ثالثاً:- تدارك النقص في الدراسات التي تتناول الحماية القانونية للطرف الضعيف في القانون الدولي الخاص. وخاصة في البلدان العربية واخص منها العراق، لذلك رأينا ان تكون الدراسة في الأساس لبيان منهج القواعد ذات التطبيق الضروري و دوره في حماية المتعاقد الضعيف. والحاجة إلى قواعد موضوعية خاصة.

رابعاً:- كثرة ما يتعرض له الطرف الضعيف في العراق من أخطار نتيجة الانفتاح غير المدروس على الأسواق العالمية وعدم وضع الآليات القانونية والرقابة على دخول المنتجات إلى العراق، وعدم وضع قواعد قانونية تضمن حماية فاعلة في مواجهة التجار . وضعف الرقابة على الأسواق، و ضعف دور القضاء في النظر في الدعاوى التي يرفعها البعض بل تكاد معدومة ضد المهني الذي قد يكون مهنيا دوليا، ذلك ساهم في خفض مستوى الحماية القانونية في مواجهة الطرف القوي اقتصاديا،

منهجية الدراسة: اعتمدت الدراسة على الاسلوب العلمي المقارن من خلال المنهج التحليلي المقارن للنصوص القانونية في التشريعات العربية والاجنبية، والخذ بموقف بعض الاتفاقيات والمعاهدات الدولية ذات الترابط مع بعض القواعد الضرورية، ومحاولة للاستفادة منها في لمعالجة بعض الجوانب القانونية المتعلقة بالدراسة بغية الوصول الى اهداف قانونية واضحة، والدخول الى الجوانب القانونية لمعالجتها بأسلوب تحليلي .

خطة الدراسة:-

حاولت تقسيم موضوع الدراسة إلى مبحثين يهدف المبحث الاول منه الى بيان مفهوم القواعد ذات التطبيق الضروري من خلال تقسيمه الى مطالب من خلال محاولة بيان وتعريف القواعد ذات التطبيق الضروري وبيان ما هو المعيار الذي يمكن ان يعتمد عليه لتحديد هذه المنهجية من خلال طرح لمجموعة من المعايير التي بموجبها يمكن اختيار اي المعايير سواء كانت فنية او غائية . والتي يمكن ان تعبر عن مصلحة الدولة او النظام العام، لمحاولة تسخيرها لحماية الطرف الضعيف في التصرفات القانونية ذات العنصر الأجنبي.

اما المبحث الثاني خصص لدراسة أثر وجود القواعد ذات التطبيق الضروري على مستوى حماية المتعاقد الضعيف، من خلال عملها على توفير الحد الأدنى اللازم لحماية الطرف الضعيف في علاقاته التعاقدية في مجال عقود البيع الدولية. من خلال التقسيم الى ثلاث مطالب نتناول في الاول منه لبيان أثر توافر صفة التطبيق الضروري اما الثاني خصص لتوضيح اثر القواعد الضرورية على حرية الاطراف في تجزئة العقد الدولي اذ ان القواعد ذات التطبيق الضروري يمكن ان تكون قيوداً على حرية الاطراف عند تجزئة العقد ، اذ يجب على الاطراف عند اختيارهم لأكثر من قانون لحكم العقد الدولي ان يراعوا القواعد ضرورية التطبيق في دولة القاضي و كذلك في الدولة الاجنبية عن العقد. اما المطلوب الاخير افرد لبيان موقف التشريعات الداخلية والاتفاقيات الدولية. وختم البحث بخاتمة تبين اهم النتائج التي تم التوصل اليها واهم التوصيات او المقترحات التي ينصح بالأخذ فيها.

هدف القانون في عمومه ، تحقيق الاستقرار والتطور في المجتمع وساد مبدأ سلطان الارادة طوال القرن الثامن عشر حتى اوائل القرن العشرين وفي ظل هذا المذهب كان المشرع لا يتدخل في تنظيم علاقات الافراد الا بالقدر الضروري وهدفه الاساسي هو حماية حقوق الفرد وحريةته، فأصبح غير متلائم ولا يساير التطور السريع والحديث في الثورة الصناعية وخاصة في الدول المتقدمة^١، فقد اضحت فكرة القواعد ذات التطبيق الضروري من الافكار الرائدة والمهمة التي أحتلت مكاناً متميزاً في القانون الدولي الخاص ومسألة تنازع القوانين^٢ وهو نتيجة لانتهاج الدول الحديثة لمبدأ التدخل في المجالات الاقتصادية والاجتماعية وذلك تحقيقاً للمصلحة العامة^٣ وحماية الطرف الضعيف في العقد^٤، ولابد ان يساند قواعد التشريعية بالصفة الأمرة بحيث يحظر على الافراد الاتفاق على مخالفتها ومواجهة المشاكل التي تثار في مجال العلاقات ذات العنصر الأجنبي^٥. وكذلك افراط منح تنازع القوانين (قواعد الاسناد) في دوليته والذي يجعل القانون الوطني والقانون الاجنبي على قدم المساواة، لذا ظهر من ينادي الى استبعاد وتجاهل قواعد الاسناد وتطبيق قواعد القانون الوطني اذا اتصفت بصفة الضرورة والتطبيق المباشر وقد اختلفت تسميات هذ النوع من القواعد ، وان قيدت في تعبيرات قوانين البوليس والأمن، والقواعد ذات التطبيق الفوري المباشر^٦ او ذات التطبيق الضروري، وقواعد تأمين المجتمع، الا اننا نرى اطلاق و تفضيل تسمية القواعد ذات التطبيق الضروري على اعتبار أنها التسمية الأكثر شيوعاً وعمومية واستخداماً، و تعبر عن أهمية وحتمية تطبيقها على العلاقات الداخلية والعلاقات الدولية ذات العنصر الاجنبي، ان هذه التسمية يمكن ان تقدم اساساً منطقياً لاختصاص قانون القاضي^٧ بدلا من اطلاق تسميات وتعابير اخرى. ونفضل اطلاق اصطلاح القواعد ذات التطبيق الضروري والتي يهدف منها حماية الأسس والاجتماعية والاقتصادية التي يبنى عليها المجتمع. ولبيان مضمون القواعد ذات التطبيق الضروري ينبغي ان نسلط الضوء على الملامح الاساسية لها ببيان تعريفها والمعايير التي تميزها عن بقية القواعد القانونية وأثر وجودها وهذا ما نبينه في المطالب القادمة.

المطلب الاول. التعريف بالقواعد ذات التطبيق الضروري

عرف الاستاذ (Phocion Francescakis)^٨ القواعد ذات التطبيق المباشر بانها (قواعد تكون مراعاتها ضرورية لحماية النظام السياسي والاجتماعي والاقتصادي في الدولة) رغم انه اطلق عليه تسمية القواعد ذات التطبيق الفوري^٩ . حيث ينطلق في بيان فكرته من انه في الوقت الذي تعتبر فيه قواعد الاسناد من القواعد المهمة في منهجية تنازع القوانين^{١٠} واعتبارها النموذج الوحيد في الفقه التقليدي لكن يتوجب ان توجد الى جانبها قواعد ذات تطبيق مباشر، وظيفتها في القانون الداخلي (الوطني) توفير الحل الموضوعي المباشر في القضايا القانونية التي تخضع له مستبعدة بذلك تطبيق قواعد الاسناد، ولعجز قواعد الاسناد في مفهومها التقليدي عن إيجاد وشمول الحالات التي يتم فيها تحديد قانون اجنبي لحكم قضية قانونية بالرغم من كونه قانوناً عاماً لابد من وجود قواعد ذات تطبيق فوري مباشر تحكم هذه المسائل. الا ان هذا التعريف انتقد اعتبروه غير دقيق كون انه لا يوجد اختلاف في الطبيعة بين القواعد ذات التطبيق الضروري والقوانين الاخرى في الدول الحديثة كون الهدف جميع القوانين هو تحقيق المصلحة العامة وان اي قانون آخر تشريعه الدولة هو ايضاً القصد والغاية تحقيق حماية فعالة في المجال الاقتصادي والاجتماعي وأن الاختلاف بين هذه القوانين او القواعد والقوانين الاخرى يتمثل في درجة اهميتها مما يجعل التمييز بينهما يكاد يكون صعباً مما يستلزم تحليل كل قاعدة قانونية بشكل مستقل للتعرف عما إذا تعتبر من القواعد ذات التطبيق الضروري. كذلك يمتاز هذا التعريف بالضيق ذلك ان هنالك قوانين تهدف بحدّة أقل الى تأمين التنظيم العادل من الناحية الاجتماعية والاقتصادية لدولة ما. وهي رغم ذلك تتمتع بصفة التطبيق المباشر بسبب أهدافها ويمثل لها بالقواعد التي تهدف الى حماية التعاقد الضعيف فهي لا تتوجه الى التعاقد الوطني بصورة فردية فقط وإنما هدفها جعلها ذات تطبيقاً ضرورياً على كل المقيمين في الدولة^{١١}. ومن هذا المنطلق تكون هذه القواعد واجبة التطبيق على العقود كافة التي يكون أحد اطرافها في موقف ضعف. مهما كان القانون الواجب التطبيق^{١٢}، كما هو الحال في عقد العمل وعقد الاستهلاك ، خاصة عندما توفر حماية أفضل للمتعاقدين من تلك الموجودة في القانون الذي تشير اليه قاعدة الأسناد. وفي حين عرفها آخرون بأنها (مجموعة من القواعد الموضوعية المحددة التي توجد في قانون دولة القاضي والتي يتعين تطبيقها على كل العلاقات القانونية المرتبطة مع هذا القانون، بصرف النظر عما تقضي به أحكام القانون الأجنبي الواجب التطبيق عليها اصلاً بناءً على قاعدة الأسناد المعمول بها في قانون دولة

القاضي)^{١٣} الزم هذا التعريف ان تكون هنالك روابط وثيقة وان تكون هنالك صلة بين العلاقة القانونية والقانون الذي يطبق وهذا من الامور الجوهرية في تحريك تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري. الا ان التعريف لا يبين السبب الذي يتوجب وجوده لكي تتسم هذه القواعد بسمة التطبيق الضروري, وهو وجود غاية أو هدف للمشرع من وضع هذا التطبيق المباشر الفوري ونكون أمام حالتين .

الحالة الاولى: مبدأ إقليمية القواعد. الذي يؤدي الأخذ به الى تطبيق القوانين التي يضعها المشرع لتنظيم بعض المسائل القانونية بصورة مباشرة^{١٤}، ويتوجب على القاضي تطبيق أحكام هذ القانون تطبيقاً مباشراً ولكل العلاقات القانونية بغض النظر عن القانون تخصصه قاعدة الإسناد حتى ولو كانت القواعد تحقق الاهداف التي يريدها المشرع بشكل وأحسن أفضل^{١٥}.

الحالة الثانية: اعتبار قواعد التطبيق المباشر, قواعد قانونية آمرة لتوفير مستوى من الحماية للمراكز القانونية الضعيفة, في حالة لوان القانون الاجنبي قد تنازل عن مستوى الحماية المقررة. لذلك تنهض هذه القواعد بوصفها ذات تطبيق ضروري لضمان مستوى كاف من الحماية^{١٦} واحترام إرادة المشرع وعدم تجاهلها، وهو ما نميل اليه وذلك لدرء الخطر عن المتعاقد الضعيف وتطبيق هذه القواعد في حالة تجاوزها للحد الأدنى للحماية المطلوبة حيث يصار إلى تطبيق هذه القواعد بشكل محدود وضيق. وقد قيل ان القواعد ذات التطبيق الضروري قواعد آمرة دولياً تطبق على العلاقة القانونية أيا كان القانون الواجب التطبيق والقواعد الآمرة دولياً هي قواعد تفرض تطبيقها على كل التصرفات القانونية المرتبطة بإقليم معيناً أيا كان قانون العقد .

وأورد تعريف للقواعد ذات التطبيق الضروري على أنها (القواعد التي قد تلازم تدخل الدولة والتي ترمي الى تحقيق وحماية المصالح الحيوية والضرورية الاقتصادية والاجتماعية للجماعة، والتي يترتب على عدم احترامها أهدار ما تبتغيه السياسة التشريعية وتكون واجبة التطبيق على كافة الروابط التي تدخل في مجال سريانها أياً كانت طبيعتها وطنية أم ذات طابع دولي)^{١٧}، من محاسن هذا التعريف أنه يجمع مختلف الجوانب لكونه يتضمن القواعد التي تحمي المصالح الضرورية في الدولة وأنه أقرب الى التعبير عن مفهوم القواعد ذات التطبيق الضروري. وأنه يبرر وجود صلة حقيقية ووثيقة بين محل النزاع وإقليم الدولة وأنه يبين السبب الضمني والكامن وراء منح هذه القواعد صفة الإلزامية وهو الهدف والغاية المنشودة من هذه القواعد لتأمين قدر من الحماية القانونية على مصالح المجتمع ومراعاة الاهداف التي يبتغي المشرع تحقيقها في الدولة^{١٨} وهو ما يؤدي الى حماية بعض الطوائف من العقود التي تكون في حالة ضعف عند التعاقد من قبل احد الأطراف عند التعاقد^{١٩}.

بناء على تقدم من التعاريف يتبين انها تكاد تكون متفقة على ان هنالك قواعد قانونية الزامية تتفق مع بقية القواعد القانونية الآمرة من حيث طبيعتها الا أنها تختلف من حيث درجة الاهمية التي يمنحها المشرع لها^{٢٠}. وان كان المشرع قد أعتد على مضمون هذه القواعد وذلك لحماية مبادئ معينة لتحقيق أهداف سياسية واجتماعية واقتصادية^{٢١} وهذا لا يعني أن اية قاعدة قانونية آمرة هي قاعدة ضروري وذات تطبيق مباشر^{٢٢} وانما فقط تلك القواعد التي تكون على درجة من الاهمية. وعلى القاضي البحث للتوصل الى هذه القاعدة القانونية^{٢٣} وهل يمكن اعتبارها من القواعد ذات التطبيق الضروري المباشر أم لا ويتحقق ذلك من خلال تحليل القواعد الموضوعية الوطنية عند النظر في النزاع المعروض عليه.

المطلب الثاني. المعايير المعتمدة لتحديد القواعد ذات التطبيق الضروري

ان الكلام عن المعيار الذي يحدد القواعد ذات التطبيق الضروري, يتوجب البحث عن المعيار أو الضابط الذي يمكن بمقتضاه التمييز بين القواعد الضرورية عن غيرها من القواعد القانونية. أي أن التقصي عن العناصر التي تميزها والتي ترشد القاضي المختص الى تطبيقها في حالة توافر الشروط اللازمة لذلك، وأن الامر يتعلق بتمحيص أو بيان متى توجد القواعد ذات التطبيق الضروري^{٢٤}، وإذا كان معظم الفقه قد أتفق على وجود هذه القواعد الا انهم لم يتفقوا على معيار واحد لتحديد تلك القواعد وإنما ظهرت عدة معايير نخصص لكل معيار فرعاً مستقلاً.

الفرع الأول. المعيار الشكلي

لا تبرز صعوبة إذا كان المشرع قد أعرب عن أرائته بصورة صريحة في أن القانون الذي يسنه من القوانين ضرورية التطبيق ويكون هذا عادة عن طريق تحديده لنطاق سريانه المكاني, غالباً ما يحدد المشرع لهذه القواعد نطاقاً مكانياً يعتمد فيه على محل الإقامة

أو الموطن أو مكان التنفيذ^{٢٥}، ولكن الأمر يقد إذا لم يصرح المشرع عن طبيعة القانون الذي يشرعه، وبالتالي عن نطاق تطبيقه المكاني، حيث يصعب مد حكم هذا القانون على العلاقات الخاصة العابرة للحدود، ويمكن أن تكون أرادة المشرع بصورة صريحة أو ضمنية وعلى القاضي ان يتبين ذلك من خلال مضمون القاعدة واهدافها حتى يستشف من أرادة المشرع في منح قاعدة معينة صفة القانون الملزم من عدمه. وأن استخدام المعيار الشكلي في تحديد القانون الواجب التطبيق لا يخلو من الأهمية حيث أن رغبة المشرع الصريحة أو الضمنية في تحديد النطاق المكاني للقوانين التي يصدرها إنما يظهر مدى الأولوية والأهمية التي يوليها لتطبيق القانون الوطني، اي ينظر الى الغاية والهدف الذي أراده المشرع من وضع هذه القاعدة وتوفير حماية معينة لفئة معينة من العلاقات العقدية^{٢٦}، وقد أخذت محكمة (كولمار) الفرنسية بهذا المعيار وبفكرة القواعد ذات التطبيق الضروري في حكمها الصادر في ٧-٣-١٩٧٣^{٢٧} حيث قضت المحكمة بالتطبيق الفوري و المباشر لقواعد القانون الفرنسي المتعلقة بقابلية النظام المالي للزوجين للتبديل مهما كان القانون الذي يحكم مسائل الزواج، بموجب قاعدة التنازع حيث ان تلك القواعد قد أعتبرها المشرع الفرنسي من القواعد ضرورية التطبيق^{٢٨}.

أما في العراق عبر المشرع بصورة صريحة لبعض القواعد ضرورية التطبيق في القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ حيث نصت المادة (١٩) على انه (في الأحوال المنصوص عليها في هذه المادة إذا كان أحد الزوجين عراقياً وقت انعقاد الزواج يسري القانون العراقي وحده)^{٢٩}، يتبين من نص المادة (١٩) من القانون المدني العراقي أن المشرع أبرز للقانون العراقي أثراً فورياً مباشراً في مجال الزواج إذا كان أحد الزوجين عراقياً وقت انعقاد الزواج وبالتالي يعتبر هذا تعبيراً صريحاً لأراده المشرع في جعل هذه المادة من القواعد ذات التطبيق الضروري^{٣٠}. وكذلك الحال حين عبر المشرع عن القواعد ذات التطبيق الضروري في المادة (٤٩) من قانون حماية حق المؤلف العراقي رقم (٣) لسنة ١٩٧١ التي توجب بتطبيق أحكام هذا القانون على كل الأعمال والمصنفات للمؤلفين العراقيين والأجانب التي تنشر أو تمثل أو تعرض لأول مرة في العراق^{٣١}، وكذلك على مصنفات المؤلفين العراقيين التي تنشر أو تعرض لأول مرة في بلد أجنبي وذلك لإبراز الأهمية بالنسبة لحماية المؤلف وهي التي دفعت المشرع الى تنظيم هذه الحماية بقانون خاص وتحديد صريح لمجال تطبيق هذه الحماية مما يساعد القاضي العراقي المختص بنظر النزاع من اللجوء الى تطبيق أحكام هذا القانون^{٣٢}.

تقدير و تقييم المعيار: رغم اخذ بعض القوانين بالمعيار الشكلي الا انه محل نظر ولم يسلم من الانتقادات ، فهناك من ينتقد هذا المعيار على اعتبار أنه يجعل من القاعدة القانونية معلقة لاكتسابها صفة الالزام والضرورة على الإرادة المعلنة للمشرع في تحدد نطاق سريانها المكاني والمجال الذي تطبق فيه^{٣٣} ، وبالتالي يحصر تلك القواعد في مجال ضيق جداً ويؤدي الى التضيق في مجال اعمال هذه القواعد حيث يصبح اعمالها مرهوناً بنص تشريعي يضعه المشرع وهو ما قد يؤدي الى ندرة القوانين ذات التطبيق الضروري المباشر في العديد من المجالات التي تتطلب وجود مثل هذا النوع من القوانين الأمرة التي تطبق ايأ كان القانون الواجب التطبيق ، ويترتب على هذه الندرة ونتيجة لقصورها على القوانين التي يحددها المشرع أن العديد من القوانين الداخلية تفقد فاعليتها في مجال العلاقات الدولية ، ويمكن للأطراف أن يستبعدوها باختيار قانون أجنبي ليطبق على اتفاقاتهم ، كل هذا دعا الى البحث عن معايير أخرى لتحديد القواعد ذات التطبيق الضروري (المباشر).

الفرع الثاني. المعايير الفنية

لئن كانت المعايير الشكلية قد لقت تأثيراً في الفقه وبعض أحكام القضاء كما بينا سابقاً الا انه لم يحظ بتأييد الفقه الحديث. فحاول الفقه أن يستند الى أفكار جديدة فنية في القانون الدولي الخاص ، وذلك من أجل منح تبرير لتطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري و وضع لذلك معيارين هما المعيار الاقليمي ومعيار النظام العام وهذا ما نبينه في الاتي:

المقصد الاول : معيار الإقليمي

من الأفكار التي ظهرت لتبرير تطبيق القواعد ضرورية التطبيق فكرة الاقليمية، وذلك على اعتبار أنها منح القوة الأمرة في إقليم هذه الدولة وذلك لتحقيق المنفعة العامة والتي لها ارتباط حقيقي بإقليم الدولة التي شرعت هذه القواعد واصدرتها^{٣٤}، وتعد القواعد ذات التطبيق الضروري وفق هذا المعيار قوانين ذات تطبيق إقليمي وبهذا تبقى خارج مجال تنازع القوانين^{٣٥}، ومن هذا المنطلق فأنها تساهم في الكشف عن القواعد ذات التطبيق المباشر فان القواعد ذات الطبيعة الإقليمية في قانون القاضي تعتبر من القواعد ذات التطبيق المباشر التي يجب تطبيقها على القضايا التي تدخل في مجال سريانها الإقليمي^{٣٦} دون حاجة الى اللجوء الى اعمال منهج التنازع^{٣٧}

على اعتبار أن هذه القواعد ذات تطبيق إقليمي^{٣٨}. ألا أن هذا المعيار يشوبه بعض الغموض وعدم الوضوح لعدم إمكانية تحديد القوانين التي تكون مرتبطة بأقاليم الدولة وفقاً لهذا المعيار، ولا سيما أنه يمكن تطبيق قوانين تطبيق فوري مباشر حتى ولو كانت متضمنة للقانون الاجنبي كما رأينا. وأن تحديد المقصود بالقانون الإقليمي أمر غاية في الصعوبة، فقانون القاضي وقانون موقع المال وقانون الموطن كلها قوانين إقليمية، كما أن إقليمية قانون ما، لا تعني استبعاد ووضع خارج نطاق فكرة التنازع ويمكن للقانون ان يكتسب صفة التطبيق الضروري مع أنه عابر للحدود ويحمل صفة دولية وتكون علاقة ممتدة، كما هو الحال في المادة (١٩) من القانون المدني العراقي فقد منحت الاختصاص للقانون العراقي لحكم الشروط الموضوعية لصحة الزواج وما قد يترتب على الزواج من آثار قانونية كالمعلقة بالمال أو الطلاق. اذا كان أحد الزوجين في عقد الزواج عراقياً ولم تفرق على أساس إقليمي مما يؤكد صفة هذه القاعدة الممتدة، ولكن هذا لا يمنع القاضي من تطبيق القوانين العراقية بحجة أن هذه القواعد ليست إقليمية، ومن ثم لا تتمتع بصفة التطبيق الضروري. و لا شك أن معظم القوانين التي تصدر عن مشروع دولة معينة تكون مرتبطة بإقليم هذه الدولة^{٣٩}، ويكون هدفها المصلحة العامة مراعية فيها مصلحة رعاياها. يترتب على اعتبار كل هذه القوانين من القواعد ضروري التطبيق المباشر تقييد يكاد يكون شبه مطلق لأعمال قواعد تنازع القوانين.

المقصد الثاني. معيار النظام العام

عندما يتعارض قانون دولة ما مع المبادئ الأساسية في دولة القاضي فيتم الدفع بالنظام العام لاستبعاد القانون الاجنبي المختص، ويطبق قانون القاضي في هذه الحالة^{٤٠}. وقد أطلق بعض من الفقه على القواعد ذات التطبيق الضروري (المباشر) وفقاً لفكرة ومعيار النظام العام مصطلح (النظام العام الوقائي)^{٤١} واعتبروها قواعد فوق قواعد التنازع وتفرض نفسها دون الاستعانة بتلك القواعد. ويأتي ذلك من خلال أوجه التشابه بين القواعد ذات التطبيق الضروري والنظام العام^{٤٢} في المهمة التي من أجلها وضعت، وهي حماية المبادئ السياسة والاجتماعية والاقتصادية، وبالتالي تفرض نفسها ويجب التقييد بها عند كل نزاع على الرغم من اختصاص قانون اجنبي بحكم العلاقة العقدية وفقاً لقواعد التنازع ولا يشترط لأعمال هذه القواعد الأمرة وجود صلة بين النزاع و دولة القاضي وفقاً لهذا المعيار وعلى القاضي أن يقف عند الهدف الاجتماعي للقانون المرتبط بالنظام العام^{٤٣}. أن الاعتماد على هذا المعيار يؤدي الى توسيع فكرة القوانين ذات التطبيق الضروري (المباشر) وزيادة في غموض فكرة النظام العام، وان فكرة النظام العام في القانون الداخلي لا تتطابق مع فكرة القوانين ذات التطبيق الضروري وذلك لاختلاف الدور الموكل لكل منهما، حيث يؤدي النظام العام دوراً سلبياً يتمثل في استبعاد تطبيق القانون الاجنبي ودوره الايجابي في تطبيق قانون القاضي^{٤٤}، وترجع أسبقية قانون القاضي الى وجود تعارض بين القانون الاجنبي المختص^{٤٥} عادةً وقانون القاضي مما يترتب عليه استبعاد تطبيق الاول لصالح الثاني، وبالتالي فإن الدور الايجابي للنظام العام يكون متلازماً مع الدور السلبى له، على حين أن القواعد ذات التطبيق الضروري تتدخل مباشرة ولذا فإن دورها يكون أساساً إيجابياً، وهذه القواعد تتدخل لحكم العلاقة المطروحة بغض النظر عن مشكلة القانون الواجب التطبيق، وعند توافر شروط أعمالها يتم تطبيقها أياً كان القانون الواجب التطبيق^{٤٦}. وكذلك فإنه يشترط ضرورة وجود صلة جدية لأعمال القواعد ذات التطبيق المباشر مع القضية المطروحة، ولا يشترط أن تكون هذه الرابطة إقليمية وإنما يجب أن تكون هنالك صلة جدية لهذه القوانين بالمسألة محل النزاع، أما الدفع بالنظام العام فإن ينهض حتى في غياب هذه الرابطة بالنظر الى ارتباطه باعتبارات معينة في قانون القاضي، ويستبعد القانون الاجنبي الذي يبدو له متعارضاً مع النظام العام في دولته^{٤٧}، وعندما يستبعد القاضي القانون الاجنبي يطبق القانون الوطني وهذا الاخير قد لا تكون له أية رابطة بالعلاقة أو المسألة موضوع النزاع^{٤٨}.

ويعمل النظام العام كما بينا سابقاً على حماية المبادئ الأساسية الاجتماعية والاقتصادية في دولة القاضي لذلك فهو يستبعد القانون الاجنبي الذي يتعارض مع هذه المبادئ في دولته^{٤٩} حتى ولو كانت تحقق فائدة أكبر للمستهلك^{٥٠}، أما القواعد ضروري التطبيق فإنها تعمل بطريقة وقائية وليست علاجية وبالنظر الى القانون الاجنبي فإنها لا تحمي فقط المبادئ العامة في دولة القاضي ولكنها كل قاعدة توضع بواسطة المشرع لحماية هذه السياسات المهمة.

يبحث هذا المعيار في الغاية أو الهدف من وضع القاعدة القانونية^{٥١} لتحديد القواعد ضروري التطبيق الإلزامي وقد انقسمت هذه المعايير الى فريقين الأول يأخذ بمعيار مصلحة الدولة أو ما يطلق عليها بالقوانين السياسية أما الثاني فقد أعتمد على معيار تنظيم الدولة وسنحاول بيان كل منهما .

المقصد الاول: معيار القوانين السياسية

يعتبر جانباً من الفقه أن القواعد ذات التطبيق الضروري تعد من ضمن القوانين السياسية اي تلك القوانين الاساسية التي يجب أعمالها دائماً لما تحققه من مصلحة الدولة وهي تعتبر معياراً غائياً لتحديد القواعد ذات التطبيق الفوري ، والتي تعد أستثناءً على مبادئ وقواعد القانون العام لصالح الدولة، وان المشرع وضع هذه القواعد لحماية مصالح الدولة التي شرعته. وهي تنطبق على جميع الاشخاص والوقائع التي شرعت من أجلها، وانها تتماثل مع اعتبارات حماية النظام الاقتصادي والاجتماعي في الدولة وبالتالي تطبق هذه القوانين حال صدورها في دولة القاضي^{٥٢} . ويوضح الفقه الى أن حل التنازع الدولي للقوانين يقتضي بأحد الأمرين أما شخصية القوانين الذي تؤدي الى أمكانية امتداد القانون الوطني خارج حدوده الإقليمية، أو اقليمية القوانين بتطبيق القانون الوطني على جميع الافراد المقيمين على إقليم الدولة سواء كان وطني ام اجنبي وان قبول تطبيق القانون الاجنبي والتنازل بأي هذين المبدئين لا يمكن أن يتم الا من خلال الرجوع الى الغاية الاجتماعية للقوانين الوطنية التي وضعت من أجلها وعلى هذا يجب التمييز بين القوانين حسب الغاية والهدف الاجتماعي الذي تريد تحقيقه والتي تهدف الى حماية مصلحة الجماعة من ناحية^{٥٣}، والقوانين التي تهدف الى حماية المصلحة الفردية من ناحية أخرى، والموازنة بينهما، فيمكن قبول تطبيق قانون اجنبي أمام القاضي الوطني إذا تحقق الغرض والغاية من حمايته بهذه القواعد، فالقاضي يبحث في الغاية والهدف من القوانين.

تقدير المعيار: إزاء هذه الآراء فقد وجهت اليه عدة انتقادات منها أنها فكرة غامضة ويشوبها عدم الوضوح وأنه في إطار مبدأ تدخل الدولة في العلاقات الاجتماعية لا يمكن الفصل والتمييز بين القوانين التي تهدف الى تحقيق المنفعة العامة وبين القوانين المتعلقة بالمصالح الفردية للأشخاص^{٥٤}، وان الاخذ بهذا المعيار يؤدي الى التوسع في مفهوم القواعد ذات التطبيق الضروري. وانه معيار واسع وغير محدد والاستناد اليه سوف يؤدي الى وصف القواعد القانونية كافة بالقواعد ذات التطبيق الضروري. كما انه لا يتصور ان هنالك قانون لا يهدف تطور المصالح الاجتماعية والاقتصادية وحمايتها في الدولة^{٥٥}. كما ان القول أن هذه القوانين تتطابق مع اعتبارات النظام العام ويمكن استبعاد تطبيق القانون لا يعد الحجة لاعتبار هذه القوانين قواعد ذات تطبيق فوري مباشر وذلك لأن هذه القواعد تطبق على العلاقات الداخلية والدولية أما القوانين السياسية وفق هذا المعيار تتدخل في حالة تعارض القانون الاجنبي مع المبادئ الاساسية في دولة القاضي، وتوجد قوانين لا تتعلق بالنظام السياسي في الدولة ولكنها تعتبر مهمة في مجال العلاقات الدولية كالقوانين التي تحمي الطرف الضعيف في علاقاته التعاقدية كما هو الحال حماية العامل في عقد العمل الدولي، وعقد التأمين، وعقد الاستهلاك.

المقصد الثاني: معيار تنظيم الدولة

ان القواعد ذات التطبيق الضروري هي في الأصل تعبير بشكل صريح عن أرادة المشرع^{٥٦} وهي القواعد التي يتوجب مراعاتها من أجل حماية التنظيم السياسي و الاقتصادي للدولة،^{٥٧} فأن المعيار المميز لهذا المنظور هو فكرة التنظيم من جانب الدولة للمسألة التي يوجد بشأنها القانون فهي تعكس فكرة التنظيم في الدولة مما يستوجب تطبيقها مباشرة دون تراحم لأن طابع التنظيم لا يقبل التزاحم وتدخل القانون الاجنبي^{٥٨} على اعتبار أنها قواعد تتعلق بحماية النظام الاجتماعي والاقتصادي للدولة، ويجب أن يمتد هذا التنظيم ليشمل كل قانون يتعلق بصورة مباشرة لتنظيم المجتمع^{٥٩}، فالصفة المميزة لتلك القوانين تكمن في فكرة (التنظيم) باعتبارها تتعلق بمجموع المصالح الفردية والجماعية التي تضمن الدولة تنظيمها وحمايتها وبالتالي يؤدي الى توسيع نطاق القوانين ذات التطبيق الضروري في مجالات أخرى فهو لا يقتصر على قواعد القانون الدولي الخاص بل يجعله يمتد ليشمل كافة القوانين الصادرة في مجال القانون الاداري والجنائي. وانه صالح للكشف عن القوانين ذات التطبيق المباشر في مجالات أخرى حتى ولو لم يتناولها (تنظيم الدول) طالما أنها على درجة من الأهمية ولا يقبل بشأنها اعمال قانون اجنبي. ولم يحصل معيار تنظيم الدولة على قبول ايضاً، للحجج التي قيلت بخصوص أعمال هذا المعيار، فعندما يصرح ويكشف عن أرادة المشرع بصورة صريحة على القانون أو القواعد ذات التطبيق الضروري ويحدد المجال الذي يمكن ان تطبق خلاله فلا توجد صعوبة أمام القاضي ، أما في حالة عدم وجود الإرادة الصريحة للمشرع فإنه يصعب هذا

التحديد حيث يجب على القاضي أن يبحث عما اذا كان قانون معين يتعلق بالمصلحة الاجتماعية والاقتصادية للدولة والبحث في الهدف الذي يروم القانون الى تحقيقه وهذه صعوبة عملية تتعلق بكيفية تحديد الهدف ، ففي الدول الحديثة يمكن أن نقرر أن جميع القوانين تهدف في نهاية الأمر الى تحقيق هذين النوعين من المصالح. وان فكرة تنظيم الدولة فكرة غامضة وغير محددة^{٦١}.

بناءً على ما تقدم يتضح أنه من الصعوبة الاعتماد على معيار واحد من المعايير السابقة لتحديد القواعد ذات التطبيق الضروي ، غير أنه مع ذلك يمكن النظر الى غاية وأهداف هذه القوانين وطبيعتها، لإمكانية التعرف على هذه القواعد والاهداف التي من أجلها وضعت لحماية فئة معينة ومراكز قانونية معينة وتحقيق المصالح الاقتصادية والاجتماعية للأفراد وحمايتهم، وان القوانين التي يضعها المشرع ويصوغها في نصوص وقواعد قانونية من أجل تحقيق التوازن بين الأطراف في العلاقات القانونية والتي تهدف الى حماية الطرف الضعيف في مواجهة تعسف الطرف القوي، حيث أن هدف المشرع من هذه القوانين هو حماية التعاقد الضعيف وأعادة التوازن في العلاقة العقدية ، فيمكن اعتبارها من القوانين ذات التطبيق الضروي لأن الهدف والغاية هو تحقيق مصلحة الافراد والتي تسعى الى توفير حد أدنى للحماية.

المبحث الثاني

أثر وجود القواعد ذات التطبيق الضروي على مستوى حماية التعاقد الضعيف

تهدف القواعد ذات التطبيق الضروي الى حماية الطرف الضعيف في مواجهة الطرف القوي اقتصاديا و أداريا وثقافة قانونية، كما تعمل على توفير الحد الأدنى اللازم لحماية الطرف الضعيف في علاقاته التعاقدية في مجال عقود البيع الدولية^{٦١}، فيتم حماية التعاقد الضعيف في إطار العلاقات الوطنية من خلال القواعد الأمرة التي تستبعد أي امكانية للمتعاقد من الاتفاق على ما يخالفها^{٦٢}. ويتم نقل هذه الحماية الى مجال القانون الدولي الخاص عن طريق منهجية القواعد ذات التطبيق الضروي المباشر، فلم يبقى منهج القواعد ذات التطبيق الضروي مجرد فكر او فلسفة قانونية فقهية أذ وجد هذا المنهج طريقه للتطبيق^{٦٣}. ويقوم هذا المنهج على تقديم الحلول الموضوعية للمنازعات التي قد تثور في العلاقات الخاصة الدولية، بحيث إذا عرض الأمر على القضاء فإنه يعمل على تطبيقه مباشرة دون حاجة للرجوع الى قاعدة الاسناد الوطنية وهي تسري على كافة العلاقات التي تدخل في مجال سريانها بغض النظر عن طبيعتها وطنية كانت أم ذات صفة دولية. فأن التشريعات الخاصة لضمان حقوق التعاقد الضعيف في القانون الداخلي يجب أن تمتد الى المجال الدولي لضمان حماية للعائد في علاقاته التعاقدية الدولية^{٦٤}، وهذه القواعد تعتبر ضرورية للتطبيق على العكس من قواعد التنازع فهي قواعد غير مباشرة وتكون وظيفتها هي تحديد القانون الداخلي واجب التطبيق^{٦٥}. ولابد أن يستفيد العائد من الاحكام التي تكون معروفة له، كما يجب ان يستفيد من تطبيق القواعد ذات التطبيق الفوري المباشر في دولة القاضي والتي تطبق على مجموعة العلاقات التعاقدية^{٦٦} حيث أن هدف هذه القوانين هو منح وتوفير الحماية المناسبة للطرف الضعيف في مواجهة الطرف القوي، والقاضي يمنح الأولوية لتلك القوانين ما دام هنالك رابطة بين القوانين والمنازعة أو العقد وتفضيلها على القوانين الاجنبية التي تشير اليها قاعدة التنازع^{٦٧} وعلى القاضي أن يبحث ويتحقق من أهمية المصالح المتنازع عليها أمامه^{٦٨}، و ما اذا كانت هنالك مصالح ذات أهمية كبيرة تستلزم التطبيق الضروي للقواعد الأمرة حتى في حالة سكوت المشرع. واعتبار القواعد ذات التطبيق الضروي قيدا على حرية الاطراف عند تجزئة العقد، اذ يجب على الاطراف عند اختيارهم لأكثر من قانون لحكم العقد الدولي المبرم بينهم، ان يراعوا القواعد ضرورية التطبيق في دولة القاضي وكذلك الدولة الاجنبية عن العقد^{٦٩}. عليه سوف نقسم هذا المبحث الى ثلاث مطالب نتناول في الاول أثر توفر صفة التطبيق الضروي (الإلزامي) على حماية التعاقد الضعيف اما الثاني نبين فيه اثر القواعد الضرورية على حرية الافراد اما الثالث نأخذ به اتجاه الاتفاقيات والتشريعات الدولية من المنهج.

المطلب الأول أثر توافر صفة التطبيق الضروي على حماية التعاقد الضعيف

أن البحث عن القواعد ذات التطبيق الضروي لا يكون فقط باتجاه قانون القاضي والتي يتوجب على القاضي مراعاة وجود هذه القواعد في الحالات التي يبدو فيها ذلك ضروري لإمكانية تحقيق الانسجام في الحلول الدولية^{٧٠}، فقد لا تتوافر الحماية بجانب هذا القانون بل لدى القواعد ذات التطبيق الضروي في قانون أجنبي وبذلك المثابة يمكن الحصول على تلك الحماية من ذلك القانون إذا كان واجب التطبيق على العقد بموجب قواعد التنازع مادام يوفر حماية أفضل للمتعقد ولا يوجد مانع في هذه الحالة من تطبيق القانون

الاجنبي الذي تشير اليه قاعدة التنازع مادام هذا القانون يتضمن قواعد آمرة ذات أثر في حماية العاقد مقارنة بالقواعد التي قد لا توفر هذه الحماية في قانون القاضي ، إذا ان الهدف والغاية هو تحقيق حماية افضل واحسن للمتعاقد ويمكن ان لا يكون قانون القاضي متضمن لأية حماية^{٧١}، ويلزم في هذه الحالة مراعاة اعتبارات العدالة هو تطبيق هذه القواعد التي تتضمن هذه الحماية^{٧٢} ، وينبغي وجود تعاون دولي يضمن توفير الحماية المناسبة لشريحة المتعاقدين الدوليين وال^{٧٣}، ويتم ذلك عن طريق استبعاد الاختلاف في حلول تنازع القوانين بين الدول ، لأن تطبيق القواعد ذات التطبيق الفوري (المباشر) في دولة دون أخرى يجعل حل النزاع يختلف باختلاف القاضي الذي يعرض عليه النزاع وسوف يجعل القاضي في الدولة التي أصدرت هذه القوانين يستعين بكل الطرق الممكنة لتجنب تنفيذ الحكم الاجنبي الذي وضع حلاً لتعارض مع ما تقرره القواعد الآمرة في دولته^{٧٤} وتسهيل الاعتراف بالأحكام في الخارج وتنفيذها. وأن الاتجاه الحديث رأى ضرورة تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري في المجال التعاقدى بهدف توفير حماية أفضل للطرف الضعيف تحقيقاً لما ترمي اليه من اعتبارات تتعلق بالأسس الاقتصادية والاجتماعية في المجتمع وتوفير الحماية اللازمة ، وتفاذي أخطار الاختلال في التوازن العقدي بين أطرافه. وعليه فإن القاضي اذا وجد ان هنالك قواعد ذات تطبيق ضروري فإنه يتولى اعمال أحكامها على العلاقة محل النزاع بصرف النظر عن القانون الواجب التطبيق فإذا كانت وطنية فهو ملتزم بأوامر مشرعه وإذا كانت منتمية الى قانون اخر وثبت له وجود صلة عقلانية بين القواعد وموضوعها ونطاق تطبيقها وعلاقة محل النزاع فإنه يكون قد التزم جانب الصواب في احترام القوانين الآمرة ذات التطبيق الضروري التي تتصل بالرابطة العقدية اتصالاً يراه القاضي وثيقاً ، ويترتب على توافر صفة التطبيق الضروري أو المباشر وجوب تطبيقها بالأولوية على احكام القانون الذي أشارت اليه قاعدة الأسناد الوطنية بالنسبة الى القاضي. ويرى البعض أن منهج القواعد ذات التطبيق الضروري يشكل فكرة موازنة لمبدأ حرية الاختيار غير المقيد والممنوحة لطرفي العقد من خلال القوانين والاتفاقيات الدولية، حيث يتمتع الطرفان بشكل عام بالحرية الكاملة في اختيار القانون المختص الذي يحكم أفعالهم، ومع ذلك وحيثما يرتبط العقد بصلة وثيقة مع دولة أخرى فإن القواعد ذات التطبيق الضروري لتلك الدولة يمكن التمسك بها وذلك لتجنب أحكام القانون المختص وهذه القواعد لا يمكن تجاهلها حتى مع اختيار قانون اخر بوصف القانون الواجب التطبيق، وان المنهج يعمل على التركيز في حل مشكلة تنازع القوانين من خلال عملية تحليل القاعدة الموضوعية ومعرفة ما يعد منها ضروري واجب التطبيق و ما لا يعد ضرورياً وتهدف القواعد ذات التطبيق الضروري الى حماية الطرف الضعيف في مواجهة مبدأ سلطان الإرادة وما قد يحمله هذا المبدأ من خطورة عليه^{٧٥}، ويمكن الحد من هذه الخطورة بتطبيق القواعد ذات التطبيق المباشر، لأن مبدأ سلطان الإرادة يمثل تهديداً للطرف الضعيف (المستهلك او العامل بحرمانه من الحماية المقررة في القوانين السارية في بيئته القانونية وخصوصاً إذا لم يكن هنالك قيد على حرية الإرادة ، وحتى لا تتال هذه الحرية من ضرورة حماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية ينبغي تطبيق القواعد ضرورية التطبيق ، وتوفير الحد الأدنى من الحماية من خلال تطبيق هذه القواعد في قانون القاضي والذي لا يجوز النزول عن هذا الحد للقانون الأجنبي الذي يوفر حماية قد تكون أقل^{٧٦}، وهو ما يعني أمكانية تطبيق القانون الأجنبي اذا كان يوفر أكثر حماية للمستهلك، او العامل وهذا لا يختلف مع الهدف الذي يريده المشرع وهو توفير مستوى عادل من الحماية وعدم النزول عن هذا المستوى، ولا ينقص من تلك الحماية إذا طبق قانون اجنبي يوفر حماية افضل وان العلاقة بين القوانين علاقة تجاور وتعايش وليست علاقة تنافر. وهذا لا يعني أنكار دور الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على العلاقات التعاقدية. فقد رايانا أنه لا يوجد مانع من تطبيق القانون الاجنبي اذا كان يوفر حماية أفضل، فإن الهدف هو تحقيق النتيجة الموضوعية في الحماية القانونية^{٧٧}، فإن الاستبعاد المجرد دون البحث في مضمون القواعد الأجنبية يعد أهدار للسياسة الحمائية مما يترتب عليه حرمان الشخص من مزايا أفضل يوفرها له القانون الاجنبي ما دامت تتوافق مع المصالح العامة والتي يهدف اليها المشرع. ففي مجال حماية المستهلك يتم تطبيق القانون الذي تشير اليه قاعدة الاسناد بما في ذلك القواعد الحمائية للمستهلك ، مع مراعاة أن تكون هذه القواعد الواردة في القانون الاجنبي أفضل في حمايتها من القواعد الآمرة في قانون محل الإقامة المعتادة للمستهلك . وذلك تطبيقاً للإسناد للقانون الأكثر صلاحية للمستهلك في علاقاته التعاقدية الدولية^{٧٨}، فقد يتعرض المشرع صراحة لتحديد نطاق تطبيق بعض القواعد فتكون القواعد ذات التطبيق الضروري محددة ذاتياً. ويرى البعض ان القواعد ذات التطبيق الضروري في القانون المختص بحكم العلاقة العقدية يمكن ان تبقى على دورها الحمائي في العقود حتى ولم يشر اليها بصراحة ، فللقاضي سلطة تقديرية في الكشف عن مضمون هذه القواعد من أجل تقديم حماية فعالة للطرف الضعيف، كما ان ذلك لا يتعارض مع أرادة المشرع في تحقيق الاهداف الحمائية ووفقاً لاعتبارات التعاون الدولي ما دامت المصالح

التي تدافع مشروعة^{٧٩}. وان تطبيق هذه القواعد يعد خطوة نحو توحيد الحلول الدولية في مجال حماية الطرف الضعيف، وإمكانية تطبيق هذه القواعد حتى التي لا تنتمي للقانون المختص بحكم العلاقة العقدية بشرط أن تتوافر رابطة جدية بين هذه القوانين والعلاقة المطروحة وان هدف منهج القواعد ذات التطبيق الضروري هو إيجاد تشابه كبير في الحلول المتعلقة بالحماية في العلاقات الخاصة الدولية^{٨٠}، ومهما كان القانون الواجب التطبيق على العقد مما يساعد على تدعيم القواعد الحمائية وتحقيق الانسجام والعدالة في القرارات المتعلقة بالحماية الدولية للطرف الضعيف^{٨١}. كالمستهلك ي عقود الاستهلاك والقرارات المتعلقة بالعمل في عقود العمل. يمكن القول أن فسخ المجال أمام القضاء الوطني بنص تشريعي لأعمال القواعد ذات التطبيق الضروري سواء أكانت منتمية الى قانون القاضي أم الى القانون المختص بمقتضى قواعد الأسناد أم الى قانون دولة ثالثة عندما تتوافر شروط أعمالها و وجود صلة حقيقة وجدية^{٨٢}، وتحقيق الاهداف المرجوة لحماية الطرف الضعيف في عقود ذات السمة الدولية بوصفه يمثل مركز خطورة يستحق الحماية^{٨٣}، بحيث يمكن للقاضي أن يبحث عن تطبيق القواعد القانونية التي يراها ضرورية لتوفير الحماية اللازمة له^{٨٤}. من خلال اختيار القواعد الآمرة التي توفر أكبر مستوى للحماية^{٨٥} بصرف النظر عن مصدرها سواء كانت وطنية^{٨٦} أم أجنبية خاصة وان القواعد الموضوعية عندما يصدرها مشرع دولة ما لا تمثل سوى الحد الأدنى من الحماية ومن ثم أشترك الهدف بين القواعد الآمرة الوطنية والأجنبية في هذا المجال لا يمكن تفسيره الا بشكل إيجابي يتمثل بقبول القاضي لتطبيق القواعد الآمرة التي يراها ضرورية للتطبيق إذا ما وجد أن في تطبيقها حماية احسن بصرف النظر عن مصدرها. لذلك ندعو المشرع العراقي في هذا المجال الى أيراد نص تشريعي يؤكد قبوله لهذا المنهج أسلوبياً لحل التنازع والأخذ بهذا المبدأ اسوةً بموقف الدول المتقدمة كما هو الحال في دول الاتحاد الاوربي .

المطلب الثاني أثر القواعد ضرورية التطبيق على حرية الاطراف في حالة تجزئة العقد الدولي

قواعد ذات التطبيق الضروري يمكن ان تكون قيدياً على حرية الاطراف عند تجزئة العقد ,اذ يجب على الاطراف عند اختيارهم لأكثر من قانون لحكم العقد الدولي ان يراعوا القواعد ضرورية التطبيق في دولة القاضي و كذلك في الدولة الاجنبية عن العقد , وذلك لتجنب الغش نحو القانون من قبل الاطراف لمحاولتهم التهرب من النصوص الامرة في اي من القوانين المرتبطة بالعقد , وبالتالي يلجا القاضي الى تجزئة هذا العقد لإخراج بعض المسائل من نطاق القانون المختار واخضاعها للقواعد الضرورية التطبيق او قواعد البوليس الذي يتضمنها قانون اخر الذي يرتبط بالعلاقة العقدية رابطة وثيقة , وذلك في حالة كون المسألة المجزئة تدخل في نطاق سلطان القانون وقواعده الامرة الذي يمثل هدفا مهم تسعى اليه فكرة تجزئة العقد , وبالتالي فان قواعد الضرورية التطبيق وقواعد البوليس الاجنبية تشكل قيدياً على حرية الاطراف في اختيار قانون العقد بصفة عامة الا انها تساهم في عملية تجزئة العقد الدولي الداخلي ضمن نطاق سريانها^{٨٧}, حيث تمنع الارادة من اخذ القانون الغير مختص وبناء على ذلك يتعين على الاطراف , عند تجزئة العقد الدولي , تحديد القواعد الضرورية التطبيق على عقدهم واحترامها, ومن هذه القواعد الامرة قواعد النظام العام القوانين التي يرتبط بها العقد حيث يشكل النظام العام قيدياً على حرية الاطراف كونهم ملزمين بمراعاة عدم مخالفة بنود العقد لمقتضيات النظام العام الدولي , ولقد ذكر سابقاً بأن الأثر السلبي لفكرة النظام العام ليس من شأنه استبعاد أحكام القانون الأجنبي الواجب التطبيق كلياً , وإنما استبعاد الجزئية التي تتعارض مع النظام العام في دولة القاضي كي لا تتعطل قواعد التنازع بالشكل الكامل, ولأن الدفع بالنظام العام هو دفع مقصود به درء تطبيق الحكم الذي يتعارض مع الأسس التي يقوم عليها المجتمع , وبالتالي يجب أن يكون الاستبعاد بالقدر الذي يحقق من خلاله حماية القانون الوطني^{٨٨} , وهو برأينا يمثل موازنة جيدة بين مصالح الدولة والقانون الذي اختاره الافراد في عقدهم , ولأن القاضي الوطني يعلم ابتداءً أنه لن يصادف تطابقاً كلياً وتشابه بين أحكام قانونه والأحكام التي يتضمنها القانون الأجنبي , وهو يحاول التوفيق بينهما من دون أن ينكر وجود القانون الأجنبي بأكمله. والأثر السلبي أو الاستبعاد الجزئي التي نصت عليه بعض القوانين الدولي حيث جاء في المادة (١/١٦) من القانون الدولي الخاص النمساوي لعام ١٩٧٩ التي نصت على أنه " لا يجوز تطبيق حكم في القانون الأجنبي إذا كان تطبيقه يؤدي إلى نتيجة تتعارض مع القيم الأساسية للنظام العام النمساوي " ^{٨٩}.

المطلب الثالث . موقف التشريعات الداخلية والاتفاقيات الدولية

قد أدى التطور الهائل في الوسائل التكنولوجية في الصناعة والاعلام الى التمادي في غش السلع والخدمات وهو ما أستلزم ضرورة تدخل المشرع لحماية الطرف الضعيف تجاه الوسائل المختلفة بقواعد تعتبر من القواعد ضرورية التطبيق وذلك لحماية الطرف الضعيف

تجاه المنتجات الأجنبية الوافدة ولبیان موقف الاتفاقيات الدولية والتشريعات من منهج القواعد ذات التطبيق الضروري^{٩٠} نحاول ان نركز على اهم الاتفاقيات والتشريعات الدولية وموقف القضاء بشي من الاجاز .

فقد أخذت اتفاقية روما لعام ١٩٨٠ بمنهج القواعد ذات التطبيق الضروري والدور الذي يمكن ان تؤديه في إعادة التوازن في العقود بصفة عامة، والتي تحتاج الى تدخل أمر من قبل المشرع لتنظيمها وقد اشترطت هذه الاتفاقية في مادتها السابعة^{٩١} لإمكانية تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري وجود صلة وثيقة بين العلاقة محل النزاع والبلد المصدر لهذه القواعد والتي يترك تقديرها للقاضي الذي يعرض عليه النزاع، وأضافت شرط آخر يعبر عن ضرورة أن تكون هذه القواعد واجبة التطبيق وفقاً لقانون دولة صدورها أيا كان القانون الذي يحكم العقد. وقد أكدت اتفاقية روما على وجوب مراعاة القواعد الأمرة في قانون بلد القاضي ومراعاة المخاطر التي يمكن ان تصاحب اختيار القانون الواجب التطبيق في بعض عقود الاستهلاك ، وأقرت إمكانية إعطاء الأثر أو التطبيق للقواعد الأمرة ضرورة التطبيق والتي لا تنتمي الى قانون دولة القاضي ولا الى دولة مختصة بمقتضى قواعد الاسناد في ذات الاتفاقية وإنما تنتمي الى قانون دولة اخرى مادام هنالك ترابط حقيقي وثيق بين قانون الدولة التي تنتمي اليه هذه القاعدة والمركز العقدي المطروح أي توافر الارتباط الوثيق عندما يكون من المقرر او المفترض أن يتم التنفيذ في تلك الدولة أو عندما يكون أحد الاطراف مقيماً أو عنده مركز تجارة رئيس فيها وعدم وجود تعارض بين القواعد ذات التطبيق الضروري الاجنبية مع النظام العام في دولة القاضي، وعليه ينبغي على القاضي ان يقدر مدى تعارض هذه القاعدة مع النظام العام في دولته، وان اعطاء القاضي سلطة تقديرية له اهمية لاسيما في القضايا التي يكون من المقرر فيها تطبيق قواعد أمره متعارضة لدولتين مختلفتين بشكل متزامن اذ يكون الاختيار بينهما ضرورية مع عدم اغفال صعوبة وتعقيد المهمة الملقاة على عاتق القضاء في هذا المجال. ويؤكد جانب من الفقه أن المادة السابعة من الاتفاقية يمكن ان تكون بمثابة نص جوهري فيما يتعلق بحماية المستهلك^{٩٢} وذلك عندما يتم تطبيق هذه المادة بشكل يدعم نصوص المادة الخامسة في كل مرة لا تكون فيها هذه المادة قابلة للتطبيق^{٩٣}. وان لا تتال هذه الاتفاقية من قواعد قانون بلد القاضي التي تحكم بنحو أمر العلاقة العقدية مهما كان القانون الواجب التطبيق على العقد وهذا يعني ان القواعد ذات التطبيق الضروري الأمرة يمكن ان تؤدي دورها في إعادة التوازن الى العقود التي يبرمها المتعاقدون. وهذا هو موقف الاتجاه الحديث الذي يرى ضرورة تطبيق هذه القواعد في المجال التعاقدى بهدف توفير حماية افضل لطائفة المستهلكين كما هو الحال في القانون الانكليزي في الانظمة والتعليمات المتعلقة بالبنود غير المشروعة في عقد الاستهلاك لسنة ١٩٩٤. وكذلك الحال في فرنسا في قانون الاستهلاك الفرنسي رقم ٩٥-٩٦ الصادر في ١- فبراير ١٩٩٥ والمتعلق بحماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية^{٩٤} من كل هذه القوانين نجد انه يوجد تكريساً للقواعد ذات التطبيق الضروري واهميتها في حماية المستهلك ويوضح ارادة المشرع في توفير الحماية القانونية للمستهلك من خلال منهج القواعد ذات التطبيق الضروري وكان موقف القانون الدولي الخاص الفدرالي السويسري ١٩٨٧ من ابرز القوانين التي صدرت في مجال حماية المستهلك من خلال منهج القواعد ذات التطبيق الضروري بالنظر الى الهدف الخاص الذي تحققه هذه القواعد فقد ورد في نص المادة ١٨^{٩٥} والتي جاء فيها يجب مراعاة النصوص الأمرة في القانون السويسري والتي تكون بالنظر الى هدفها الخاص الذي وضعت من أجله^{٩٦} ، وقد أفرد قواعد اسناد ولم يغفل ما قد تؤديه القواعد الأمرة ذات التطبيق الضروري في القانون السويسري من دور مهم في إعادة التوازن الى بعض العلاقات القانونية التي تحتاج الى تدخل أمر من قبل المشرع لتنظيمها ، فأوجب على القاضي الذي يعرض عليه النزاع مراعاة هذه النصوص بصرف النظر عن القانون المختص، وقد ترك للقاضي دوراً مهماً في الكشف عن ضرورة تطبيق هذه القواعد الأمرة لحماية التضامن الاجتماعي والاقتصادي وفتح المجال أمام السلطة القضائية في اختيار القوانين الملائمة التي تحقق العدالة^{٩٧} حتى ولو كانت منتمية الى قانون دولة ثالثة وبصرف النظر عن القانون المختص بمقتضى قواعد الاسناد كلما وجدت هذه السلطة أن هنالك مصالح مشروعة تحميها وفقاً لمفهوم القانون السويسري شريطة أن تكشف ظروف العلاقة محل النزاع ارتباطاً وثيقاً بقانون الدولة المصدرة لمثل هذه القواعد والبحث عن أهداف هذه القواعد الأمرة الأجنبية وطبيعة الأثار التي يمكن ان تترتب على تطبيقها لي اعطاء القضاء حيز من السلطة التقديرية وبطريقة مرنة وهذا ما تبنته المادة (١٩) منه^{٩٨} ، ولعل هذا الموقف التشريعي قد التزم جادة الصواب اذ فسح المجال للقضاء في البحث في اهمية القواعد ذات التطبيق الضروري والدور الكبير الذي تؤديه في حماية الطرف الضعيف وان موقف القانون السويسري قد تأثر بنهج اتفاقية روما وخاصة فيما يتعلق بالقواعد ضرورية التطبيق.

و كذلك من اثار تدخل الدولة في مجال عقد العمل وانتماء قواعد التأمينات الاجتماعية في الدول الاجنبية الى قواعد القانون العام ٩٩، واعتبار قواعد العمل من قواعد الامن الحماي التي لا يجوز مخالفتها او الاتفاق على مخالفتها. ولان علاقات العمل تحكمها القواعد الامرة فيتجه الى تطبيق قانون مكان تنفيذ عقد العمل وما تشمله من نصوص امرة من تحديد ساعات العمل وتحديد الاجور والتعويض عن الاصابة فيطبق قانون هذا المكان لتعلقه بالقواعد ضرورية التطبيق التي تهدف الى حماية العامل الطرف الضعيف بالعقد، حيث يخرج هذا العقد من قانون الارادة واخضاعها لقانون مكان التنفيذ. وحتى في حالة الخضوع لقانون الارادة واختيار قانون ما فان هذا الاختيار لا يحرم العامل من القواعد الحمايية ذات التطبيق الضروري التي تهدف الى توفير مستوى من الحماية للعامل، وهذا الامر اقرته اتفاقية روما لعام ١٩٨٠ بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية حيث جاء في المادة السادسة من هذه الاتفاقية (بان اختيار الاطراف للقانون الواجب لتطبيق ليس من شأنه ان يحرم العامل من الحماية المقررة وفقا للنصوص الامرة في القانون الواجب التطبيق والمحدد في حالة الاختيار بناءً على المادة الثالثة التي أخضعت عقد العمل لقانون الدولة التي يؤدي فيها العامل عمله بطريقة معتادة تنفيذاً لعقد العمل. اذا لم يؤدي العامل عمله بطريقة معتادة في الدولة نفسها فيخضع عقد العمل لقانون الدولة التي توجد فيها المؤسسة التي استخدمت العامل، الا اذا اتضح ان عقد العمل يرتبط برابطة اكثر وثوقا بدولة اخرى فيطبق قانون هذه الدولة). و لا يفوتنا أن نذكر بعض التطبيقات القضائية التي صدرت من القضاء بخصوص القواعد ذات التطبيق الضروري ودورها في تقرير الحماية القانونية. حيث نجد تطبيقاً للقواعد ضرورية التطبيق في حكم محكمة - الفرنسية Dunkerque¹⁰⁰ في عقد بيع مبرم بين بائع بلجيكي ومشتري فرنسي فقد انتهت المحكمة في حكمها الى تطبيق أحكام اتفاقية لاهاي لسنة ١٩٥٥ بشأن القانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية وقد توصلت الى اختصاص القانون الفرنسي وقد اضافة كذلك الى حكمها القانون رقم ٨٧-٢٢ الصادر في ١٠ يناير ١٩٧٨ والخاص بأعلام وحماية المستهلك في مجال بعض عمليات الائتمان و يكون بالضرورة واجب التطبيق بصفته من القوانين ذات التطبيق الضروري وان حماية المستهلك بواسطة قوانين الدولة التي يوجد فيها محل أقامته المعتادة لا يمكن رفضها بموجب قانون أجنبي على الاقل عندما يكون قد تم حثه على الشراء في دولته ، وكان ضرورياً أن يستفيد المستهلك بالحماية الواردة في هذا القانون باعتبارها قواعد ضرورية التطبيق. وكذلك الحال في حكم محكمة النقض الهولندية وهو حكم (Alnati) الشهير الصادر في ١٣-٥-١٩٦٦ وقد صدر في دعوى تتعلق بعقد نقل بضائع بحراً من ميناء (ANVERS) بلجيكا الى ميناء في البرازيل بواسطة ناقل هولندي وكان الاتفاق يقضي بخضوع العقد للقانون الهولندي ووصلت البضاعة الى الميناء فاسدة وقد توصلت محاكم الدرجة الاولى والثانية في هولندا الى تطبيق القانون البلجيكي بالرغم من اختيار الاطراف القانون الهولندي الا ان محكمة النقض الهولندية نقضت الحكم واعتبرت ان القواعد الواردة في القانون البلجيكي لا تعد من القوانين ذات التطبيق الضروري بالرغم من انها انتهت الى رفض تطبيق القانون البلجيكي الا انها أمكانية تطبيق القوانين ذات التطبيق المباشر الاجنبية. بناءً على ما تقدم يتبين أن هنالك اتجاهاً تشريعياً و فقهيياً وقضائياً قد تبلور بشكل واضح في القانون الدولي الخاص المقارن عبر بوضوح عن تجلي منهج جديد في حل المنازعات ذات الصفة الدولية، يقف الى جانب منهج التنازع وان كان لا يعني عنه في الفصل في جميع المنازعات الا ان دوراً بارزاً في نقل الحماية الخاصة والتدخل التشريعي الأمر المنظم لبعض المراكز القانونية ذات الصلة بالمصالح الاقتصادية والاجتماعية للدولة من الاطار الداخلي الى الاطار الدولي. فأن بروز هذا المنهج لحماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية أفرز ضرورة تبني هذه المناهج الجديدة لحسم المنازعات ذات الصلة الدولية بما يتماشى مع أهداف وغايات هذه الدول في التدخل التشريعي وفسح المجال أمام القضاء بنص تشريعي لأعمال القواعد ذات التطبيق الفوري سواءً اكانت منتمة الى قانون القاضي ام الى القانون المختص بمقتضى قواعد الاسناد ام الى القانون دولة ثالثة عندما يتوافر شروط أعمالها. بحيث يمكن تحقيق الاهداف التي تسعى الدول الى تحقيقها ولو بمستويات مختلفة. وحماية العقود ذات الصلة الدولية بوصفه يمثل مركز خطورة يستحق الحماية خاصة وان القواعد الموضوعية عندما يصدرها مشروع دولة ما لحماية اشخاص ،لا تمثل سوى الحد الأدنى من الحماية ومن ثم أشتراك الهدف بين القواعد الأمرة التي يراها ضرورية في التطبيق اذا ما وجد في تطبيقها حماية أفضل ،بغض النظر عن مصدرها. لذلك ندعو المشرع العراقي الى أيراد نص قانوني يؤكد قبوله لهذا المنهج بشكل صريح بوصفه أسلوباً لحل التنازع الى جانب منهج قواعد التنازع ونقترح عليه الاخذ بما ورد في اتفاقية روما من نصوص تكفل هذا الاتجاه.

لكل عمل لابد من نهاية يستعرض فيها اهم النتائج المتحصلة من ثمره البحث و خلاصة من التوصيات وكما هو مبين في

بالتالي:-

اولاً: النتائج:-

- ١- اصبحت منهجية او فكرة القواعد ذات التطبيق الضروري من الافكار الرائدة والمهمة التي احتلت مكاناً متميزاً في القانون الدولي الخاص ومسألة تنازع القوانين، نتيجة لانتهاج الدول لمبدأ التدخل في المجالات الاقتصادية والاجتماعية وذلك تحقيقاً للمصلحة العامة.
- ٢- تكاد تكون التعريفات التي حاولت تعريف القواعد ذات التطبيق الضروري متقنة على ان هنالك قواعد قانونية الزامية تتفق مع بقية القواعد القانونية الأمرة من حيث طبيعتها الا أنها تختلف من حيث درجة الاهمية التي يمنحها المشرع لها.
- ٣- يجب على القاضي البحث للتوصل للقاعدة القانونية وهل يمكن اعتبارها من القواعد ذات التطبيق الضروري المباشر أم لا ويتحقق ذلك من خلال تحليل القواعد الموضوعية الوطنية عند النظر في النزاع المعروض عليه.
- ٤- من الصعوبة الاعتماد على معيار واحد من المعايير التي تم طرحها لتحديد القواعد ذات التطبيق الضروري ، غير أنه مع ذلك يمكن النظر الى غاية وأهداف هذه القوانين وطبيعتها، لإمكانية التعرف على هذه القواعد والاهداف التي من أجلها وضعت لحماية فئة معينة ومراكز قانونية معينة وتحقيق المصالح الاقتصادية والاجتماعية للأفراد وحمايتهم.
- ٥- القوانين التي يضعها المشرع و يصوغها في نصوص وقواعد قانونية من أجل تحقيق التوازن بين الأطراف في العلاقات القانونية والتي هدفها حماية الطرف الضعيف في مواجهة تعسف الطرف القوي، حيث أن هدف المشرع من هذه القوانين أعاده التوازن في العلاقة العقدية ، فيمكن اعتبارها من القوانين ذات التطبيق الضروري لأن الهدف والغاية هو تحقيق مصلحة الافراد والتي تسعى الى توفير حد أدنى للحماية.
- ٦- ان حماية المتعاقد الضعيف في إطار العلاقات الوطنية من خلال القواعد الأمرة التي تستبعد أي امكانية للمتعاقد من الاتفاق على ما يخالفها. وامكانية نقل هذه الحماية الى مجال القانون الدولي الخاص عن طريق منهجية القواعد ذات التطبيق الضروري المباشر، فلم يبق منهج القواعد ذات التطبيق الضروري مجرد فكر او فلسفة قانونية فقهية أذ وجد هذا المنهج طريقه للتطبيق، كل هذا من أثار القواعد ذات التطبيق الضروري على حماية الطرف الضعيف.
- ٧- أمكانية تطبيق القانون الأجنبي اذا كان يوفر أكثر حماية للطرف الضعيف، وهذا لا يختلف مع الهدف الذي يريده المشرع وهو توفير مستوى عادل من الحماية وعدم النزول عن هذا المستوى، ولا ينقص من تلك الحماية اذا طبق قانون اجنبي يوفر حماية افضل للطرف الضعيف.
- ٨- حرية الافراد في القواعد ضرورية التطبيق مقيدة وموجهة بعدم مخالفة النظام العام والقواعد الامرة في دولة القاضي وذلك بسبب الطابع التوجيهي والحماي للقواعد الضرورية التطبيق ومحاولة الدولة لحماية المجتمع تتم عن طريق تدخل الدولة في التوجه الاقتصادي والاجتماعي وخاصة في العقود التجارة الدولية.
- ٩- هنالك أتجاهاً تشريعياً و فقهياً وقضائياً قد تبلور بشكل واضح في القانون الدولي الخاص المقارن بوضوح عن تجلي منهج جديد في حل المنازعات ذات الصفة الدولية، الا وهو القواعد ذات التطبيق الضروري.

ثانياً: التوصيات:-

- ١- ندعو المشرع العراقي الى ايراد نص قانوني يؤكد قبوله لمنهج القواعد ذات التطبيق الضروري بشكل صريح بوصفه أسلوباً لحل التنازع الى جانب منهج قواعد التنازع.
- ٢- نقترح على المشرع العراقي الاخذ بما ورد في اتفاقية روما من نصوص تكفل هذا تحقيق التوازن في العقود والتصرفات القانونية التي يكون فيها احد الأطراف ضعيف نتيجة لقله معرفته و خبرته في القواعد والثقافة القانونية.
- ٣- ندعو القضاء الى الاعتماد على القواعد ذات التطبيق الضروري متى ما كان هنالك مساس بمستوى الحماية للمتعاقد الضعيف ونزولها عن الحد الأدنى لمستوى الحماية. و اصدار احكام قضائية معتمدة على هذه المنهجية. بعيداً عن قواعد الاسناد التقليدية.

أولاً:- الكتب

- د. احمد عبدالكريم سلامة. القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد النظام العام في القانون الدولي الخاص. دراسة تحليلية تطبيقية. دار النهضة العربية، مصر، القاهرة ١٩٨٥.
- د. اشرف عبد العليم الرفاعي، القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم والنظام العام في العلاقات الخاصة الدولية، دراسة فقهية قضائية مقارنة، دار الفكر الجامعي، مصر، ٢٠٠٣.
- د. بدران شكيب عبد الرحمن يعقوب الرفاعي . تنازع القوانين في الاموال المعنوية، دراسة مقارنة، كلية القانون ، جامعة الموصل ، لسنة ٢٠٠٠.
- د. جابر سالم عبد الغفار، تنازع القوانين في مجال حوادث العمل ،دار الجامعة الجديدة ، ٢٠١٠.
- د. خالد عبد الفتاح محمد خليل. حماية المستهلك في القانون الدولي الخالص، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٢.
- د. عباس العبودي ،تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الاحكام الاجنبية ،مكتبة السهوري ،بغداد ، ٢٠١٥.
- د. عوني محمد الفخري، ارادة الاختيار في العقود الدولية التجارية والمالية(دراسة مقارنة)، منشورات زين الحقوقية، لبنان ،بيروت، الطبعة الاولى، ٢٠١٢.
- د. محمود محمود ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق ،دراسة تحليلية ومقارنة في ضوء الاتجاهات الحديثة ،منشأة المعارف ،الاسكندرية ، مصر، ٢٠٠٠.
- د. هشام علي صادق ،القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، دراسة تحليلية مقارنة لاتجاهات الحديثة في التشريعات الداخلية والاتفاقيات الدولية وأحكام القضاء والمحكمين وتوصيات مجمع القانون الدولي ،منشأة المعارف ،الاسكندرية ، ١٩٩٥.
- د. هشام علي صادق، تنازع القوانين، دراسة مقارنة في المبادئ العامة لتنازع القوانين والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، ١٩٧١.

ثانياً:- الرسائل الجامعية

- سلامة فارس عرب، ، وسائل معالجة اختلال التوازن في العقود الدولية في قانون التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق ،جامعة القاهرة، ١٩٩٩.
- سليمان براك دايع الجميلي. الشروط التعسفية في العقد، دراسة قانونية مقارنة، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة النهريين،بغداد، ٢٠٠٢.
- صادق زغير محيسن، القواعد ذات التطبيق المباشر في القانون الدولي الخاص، رسالة ماجستير ،كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٩٦.

ثالثاً- البحوث القانونية:

- درع حماد عبد .المسؤولية المدنية عن مخاطر التطور التقني، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق، جامعة النهريين، بغداد، المجلد (٩) العدد (١٦) ٢٠٠٦.
- رباحي أحمد،. أثر التفوق الاقتصادي للمحترف في فرض الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقانون المقارن، بحث منشور، مجلة اقتصاديات شمال افريقيا، العدد(٥)،جامعة الشلف، الجزائر .
- سليمان براك دايع الجميلي. الرجوع التشريعي عن التعاقد في عقود الاستهلاك، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق، جامعة النهريين، المجلد (٨) العدد (٨٤) ، ٢٠٠٥.
- مظفر ناصر حسين، قواعد التنازع وقواعد التطبيق المباشر في القانون الدولي الخاص، بحث منشور، مجلة العلوم القانونية، بغداد، كلية القانون، المجلد (١١) ١٩٩٦.

رابعاً- المصادر الاجنبية: كتب و بحوث ومقالات

- Baniassadi, Mohammad Reza. "Do Mandatory Rules of Public Law Limit Choice of Law in International Commercial Arbitration." *Berkeley Journal of International Law*, Vol. 10, Issue. 1, (1992).

- Barraclough, Andrew ,and Jeff Waincymer.”Mandatory Rules of Law in International Commercial Arbitration.” *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 06, (2005).
- Campbell, Dennis .International Consumer Protection, Vol. 2. Salzburg: Published under the Auspices of the Center for International Legal Studies, Springer Science+ Business Media Dordrecht, 1995.
- Chahar, S.S. Consumer Protection Movement in India Problems and Prospects, First Published .New Delhi: Kanishka Publishers, Distributors, 2007.
- Chuah, Jason, and Alina Kaczorowska. Q A Series Conflict in Law, Second Edition London: Cavendish Publishing Limited, 2000.
- Drexli, Josef, and Annette kur. Intellectual Property and Private International Law, Heading for Future. Oxford: Hart Publishing, 2005.
- Greenawalt , Alexander K.A. “Does International Arbitration Need a Mandatory Rules Method.” *The American Review of International Arbitration*, Vol. 18, (2007).
- Greenawalt, Kent. Conflicts of Law and Morality. New York: Oxford University Press, 1989.
- Hendrik Verhagen, Party Autonomy and Assignment in Roel Westrik and Jeroen van der Weide (eds.), Party Autonomy in International Property Law, 2011 by sellier. European law publishers GmbH, Munich
- Kessedjian, Catherine. “Public Order in European Law.” *Erasmus Law Review*, Vol. 01, Issue 01, (2007).
- Kleinheisterkamp, Jan. “The Impact of Internationally Mandatory Laws on the Enforceability of Arbitration Agreements.” *Ise Law, Society and Economy working papers*, UK (22/2009).
- Kunda, Ivana, and Carlos Manuel Gonçalves de Melo Marinho. “Practical Handbook on European Private International Law, Handbook elaborated within the Project “Improving the knowledge on New EU regulations of themembers of the National Judicial Networks in Civil and Commercial Matters in the MS of the EU.” *Civil Justice Programme* (2010).
- Lipstein, K. Principles of the Conflict of Laws: National and International. Hague: Martinus Nijhoff, 1981.
- Mäntysaari, Petri. The Law of Corporate Finance: General Principles and Eu Law, Vol. II: Contracts in General. Berlin: Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2010.
- Michaels, Ralf. “Eu as Private International Law? Reconceptualising the County-of- Origin Principle as Vested- Right Theory.” *Journal of Private International Law*, Vol. 2, No. 2, (October 2006).
- Mills, Alex. The Confluence of Public and Private International Law, Justice, Pluralism and Subsidiarity in the International, constitutional ordering of private law .London: Cambridge University Press, 2009.
- Nebbia, Paolisa. Unfair Contract Terms in European Law, Study in Comparative and EC Law. Portland: Hart publishing, 2007.
- Reich, Norbert. “Protection of Consumers’ Economic Interests by EC Contract Law - Some Follow-Up Remarks.” *Sydney Law Review*, Vol. 28:37, (2006).
- Schwenger, Ingeborg, and Christiana Fountoulakis. International Sales Law. New York: Routledge-Cavendish, Taylor & Francis, 2007.
- Shapira, Amos. The Interest Approach to Choice of Law. The Hague: Martinus Nijholl, 1970.
- Singh, Avtar. Law of Consumer Protection, Principles and Practice being a Study of the Consumer Protection Act 1986, Fourth Edition. New Delhi: Eastern Book Company, 2005.
- Sparka, Felix. Jurisdiction and Arbitration Clauses in Maritime Transport Documents, A Comparative Analysis. Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2010.
- Stone, Peter. EU Private International Law. Second Edition. Cheltenham: Edward Elgar, 2010.
- Tenenbaum, Aline. “Part I: Terminology, European Contract Law, Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules.” Edited by Bénédicte Fauvarque-Cosson, and Denis Mazeaud. Munich: Sellier. European Law Publishers, 2008.
- Torga, Maarja. “Party Autonomy in Private in International as a Tool for Converging National Laws.” University of Tartu, Estonia. [pp.351-358]. Available at [.](#)
- Twigg-Flesner, Christian. A Cross-Border-Only Regulation for Consumer Transactions in the EU, a Fresh Approach to EU Consumer Law. New York: Springer, 2012.
- Urgent, Rinhard Steennot. “The Applicable to Contract Relating to Touristic Service over the Internet.” Instituto Politecnico, Porto - Portugal (2013).

- Wang, Faye Fangfei .Internet Jurisdiction and Choice of Law: Legal Practices in the EU, US, and China. New York: Cambridge University Press, 2010.:-

خامساً- القوانين

١- التشريعات العراقية

- القانون المدني العراقي رقم (٤٠) في ٨ أيلول ١٩٥١.
- قانون منع الاحتكار رقم (٧٣) في ٢٩ تشرين الثاني ١٩٤١.
- قانون حماية حق المؤلف العراقي رقم (٣) في ٢١ كانون الثاني ١٩٧١.
- قانون الرقابة الصناعية رقم (٩٢) في ١٩ آب ١٩٧٣.
- قانون الموازين والمكاييل رقم (٤٢) في ٩ آذار ١٩٧٨.
- قانون حماية المستهلك العراقي رقم (١) لسنة ٢٠١٠.

٢- التشريعات الاجنبية والاتفاقيات الدولية

- القانون الفرنسي رقم (١٠) كانون الثاني ١٩٧٨ بشأن حماية المستهلك.
- القانون الفرنسي رقم ٩٢-٦٠ الصادر في ١٨ كانون الثاني ١٩٩٢ بشأن الشروط غير العادلة وتنظيم الانشطة المختلفة الاقتصادية والتجارية.

• القانون الفرنسي رقم ٩٥-٩٦ الصادر في ١ شباط ١٩٩٥ قانون حماية المستهلك. **Loi n°95-96 du 1 février 1995 concernant les clauses abusives et la présentation des contrats et régissant diverses activités d'ordre économique et commercial**

- القانون الدولي الخاص الفدرالي السويسري ١٨-كانون الاول-١٩٨٧.

- The Hague Convention 1955 on the Law Applicable to International Sale of Goods.
- Rome Convention of 1980 on the Law Applicable To Contractual Obligations.
- Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on Unfair Terms in Consumer Contracts, *Official Journal L 095, 21/04/1993*.
- Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council, of 11 July 2007, on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations (Rome II), *OJ L 199/40 31/07/2007*.
- Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the Law Applicable to Contractual Obligations (Rome I), *Official Journal of the European Union L 177/6, 4.7.2008*

سادساً:- القرارات القضائية.

- Case 155/79 **AM & S Europe Limited v Commission of the European Communities [18 May 1982]** ECR 1575.
- Case C-384/10 Jan Voogsgeerd v Navimer SA [15 December 2011].
- France, Cour de cassation, Chambre civile 1, 23 Janvier 1979, 76-13547.
- HR 13 may 1966(1967) NJ3 (ALNATI).

١ ثمة أمور أو فرصا جديدة دائما تفرض تحديات جديدة في التقدم في أي مجال من مجالات التكنولوجيا والاقتصاد والمجتمع. وتكنولوجيا المعلومات قد تجلب فوائد وتحديات ليست بالقليلة على المعاملات التجارية التي تتعدى حدود الدولة وتكون فعالة لكن هذه التحديات تؤثر في جوهر القوانين التقليدية، فيجب الاحاطة بالمعرفة والتقنية لوضعي القانون التقليدي والممارسين والمشرعين والقضاة بحاجة بصيرة حقيقية في تشغيل هذه الصناعة الجديدة والتوسع السريع مع ما يكفي من المعرفة متعددة التخصصات والخبرات والمهارات. ويفرض قيودا على توافر الخبراء، ولا سيما في مجال القانون الدولي الخاص، ففي العالم الورقي، وارتباطه بروابط أو عوامل، مثل مكان إقامتهم، ومكان العمل ومكان الأداء، تستخدم لتحديد الولاية القضائية واختيار القانون. ان تحديد القانون الدولي الخاص في مجال التجارة الالكترونية يتطلب مزيد من الخبراء القانونيين للقانون الدولي الخاص في مجال التجارة الالكترونية وما يرتبط بها من إشكاليات قانونية تكاد تكون معقدة. لذي يجب ان تكون لديهم معرفة خاصة حول هذا الموضوع.

2 Article 7 the Hague Convention on the Law Applicable to Traffic Accidents 4 May 1971” Whatever may be the applicable law, in determining liability account shall be taken of rules relating to the control and safety of traffic which were in force at the place and time of the accident”. And see also article 16 The Hague Convention on the Law Applicable to Agency 14 March 1978”In the application of this Convention, effect may be given to the mandatory rules of any State with which the situation has a significant connection, if and in so far as, under the law of that State, those rules must be applied whatever the law specified by its choice of law rules.

3 Commission of the European Communities, Communication from the commission to the council and European parliament, Brussels, 11.10.2004, COM (2004) 651 Final, European Contract Law and the revision of the *acquis*: the way forward.

⁴ Hannah L. Buxbaum, "Mandatory Rules in Civil Litigation: Status of the Doctrine Post-Globalization," *American Review of International Arbitration*, Vol.18 (2007).p.25. [pp.21-36]. Available at: <http://ssrn.com/abstract=1281682>.

DOA: (10. 3. 2018).

⁵ Symeon C. symeonides, *The American Choice-Of-Law Revolution, Past, Present and Future* (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, Vol, 4, 2006), p.379.

⁶ Thomas G. Guedj, "The Theory of the Lois de Police, A functional Trend in Continental Private International Law-a Comparative Analysis with Modern American Theories," *The American Journal of Comparative Law*, Vol.39(1991), p.662. [pp.661-697].

⁷ Bojidara Borisova, "Freedom of Contract: Remarks on the Manner in which the Principles May be Used to Interpret or Supplement Article 6 of the CISG," In *An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) as Uniform Sales Law*, ed . John Felemegas (New Yurok: Cambridge University Press, 2007), p.40.

⁸ Phocion Francescakis born in10 June 1910 in Chania in Greece and died in14 June1992 in Paris, he was a Greek-German legal scholar in the field of private international law.

⁹ د. احمد عبدالكريم سلامة. القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد النظام العام في القانون الدولي الخاص. دراسة تحليلية تطبيقية. دار النهضة العربية، مصر، القاهرة ١٩٨٥. ص ٢٩ .

¹⁰ Thomas G. Guedj, op.cit, p.662.

¹¹ د. اشرف عبد العليم الرفاعي، القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم والنظام العام في العلاقات الخاصة الدولية، دراسة فقهية قضائية مقارنة، دار الفكر الجامعي، مصر، ٢٠٠٣، ص٦٣ .

¹² Thomas G. Guedj, op.cit, p.667.

¹³ د. سلامة فارس عرب، ، وسائل معالجة اختلال التوازن في العقود الدولية في قانون التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق ،جامعة القاهرة، ١٩٩، ص١١٣ .

¹⁴ Peter Stone, *EU Private International Law, Second Edition* (Cheltenham: Edward Elgar, 2010) p.139.

¹⁵ Hannah L. Buxbaum, op.cit, p.22.

¹⁶ Maarja Torga, "Party Autonomy in Private in International as a Tool for Converging National Laws," *University of Tartu*, p.355. Estonia.[pp.351-358] .available at:

http://www.tf.vu.lt/dokumentai/Admin/Doktorant%C5%B3_konferencija/Torga.pdf DOA: (21.4. 2018).

¹⁷ د. احمد عبدالكريم سلامة، القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد النظام العام مصدر سابق ، ص ٧٢ .

¹⁸ Ralf Michaels, "Eu as Private International Law? Reconceptualising the County-Of- Origin Principle as Vested- Right Theory," *Journal of Private International Law*, Vol.2.No.2 (October 2006) p.2110. [pp.195-242].

Available at: <http://wenku.baidu.com/view/9e946240a8956bec0975e375.html> . DOA(12.4.2018).

¹⁹ د. خالد عبد الفتاح محمد خليل. حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢، ص٢٥٤ .

²⁰ Mohammad Reza Baniassadi, "Do Mandatory Rules of Public Law Limit Choice of Law in International Commercial Arbitration," *Berkeley Journal of International Law*, Vol.10, Issue.1 (1992). p.62, [pp.59-84].

Available at: <http://scholarship.law.berkeley.edu/bjil/vol10/iss1/2> . DOA: (18/5/2018).

²¹ Andrew Barraclough and Jeff Waincymer, "Mandatory Rules of Law in International Commercial Arbitration," *Melbourne Journal of International Law*, Vol.06 (2005).p.03.

Available at: <http://www.austlii.edu.au/au/journals/MelbJIL/2005/9.html#Heading67> .DOA: (24. 2. 2018)

²² Jan Kleinheisterkamp, "The Impact of Internationally Mandatory Laws on the Enforceability of Arbitration Agreements," *Lse Law, Society and Economy working papers*, UK (22/2009), p.06. [pp.01-22]. Available at:

http://www.lse.ac.uk/collections/law/wps/WPS2009-22_Kleinheisterkamp.pdf . DOA: (17.3.2018).

²³ Norbert Reich, "Protection of Consumers' Economic Interests by EC Contract Law - Some Follow-Up Remarks," *Sydney Law Review*, Vol.28:37 (2006). p.23 , [pp.36-62].

²⁴ أن البحث عن معيار مميز للقواعد ذات التطبيق الضروري(الالزامي) لا يثور الا عندما يوجد الداعي الى ذلك وهو غياب ارادة المشرع الصريحة في بيان نوع القاعدة القانونية التي يضعها وهل تعتبر من القواعد ضرورية التطبيق أم لا .

²⁵ د. هشام علي صادق، تنازع القوانين، دراسة مقارنة في المبادئ العامة لتنازع القوانين والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، ١٩٧١، ص٢٨٤ .

²⁶ عوني محمد الفخري، ارادة الاختيار في العقود الدولية التجارية والمالية(دراسة مقارنة)، منشورات زين الحقوقية، لبنان، بيروت، الطبعة الاولى، ٢٠١٢، ص٢٣٢ .

²⁷ حكم منشور في المجلة الانتقادية للقانون الدولي الخاص لسنة ١٩٧٣ ص ٥٤٢

²⁸ French Jurisprudence preferred naming rules necessary application to the laws of the police based on the text of Article 1.3 of the French civil law (Ord. no 2004-164 of 20 Feb. 2004).

²⁹ تنص المادة (١٩) من القانون المدني العراقي على(١): يرجع في الشروط الموضوعية لصحة الزواج الى قانون كل من الزوجين ، أما من حيث الشكل فيعتبر صحيحا الزواج ما بين أجنبيين أو ما بين أجنبي وعراقي إذا عقد وفقاً للشكل المقرر في قانون البلد الذي تم فيه أو إذا روعيت فيه الأشكال التي قررها قانون كل من الزوجين.

٢: ويسري قانون الدولة التي ينتمي اليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار التي يربتها عقد الزواج بما في ذلك من أثر بالنسبة للمال.

٣: ويسري في الطلاق والتفريق والانفصال قانون الزوج وقت الطلاق أو وقت رفع الدعوى

٤: المسائل الخاصة بالبنوة الشرعية والولاية وسائر الواجبات ما بين الآباء والأولاد يسري عليها قانون الأب.

٥: في الأحوال المنصوص عليها في هذه المادة إذا كان أحد الزوجين عراقياً وقت انعقاد الزواج يسري القانون العراقي وحده.

³⁰ د. بدران شكيب عبد الرحمن يعقوب الرفاعي . تنازع القوانين في الاموال المعنوية، دراسة مقارنة، كلية القانون ، جامعة الموصل ، لسنة ٢٠٠٠، ص ٣٥.

³¹ المادة (٤٩) من قانون حماية حق المؤلف العراقي رقم (٣) لسنة ١٩٧١ تنص على انه(تسري أحكام هذا القانون على مصنفات المؤلفين العراقيين والأجانب التي تنشر أو تمثل أو تعرض لأول مرة في الجمهورية العراقية وكذلك على مصنفات المؤلفين العراقيين التي تنشر أو تمثل أو تعرض لأول مرة في بلد أجنبي. أما مصنفات المؤلفين الأجانب التي تنشر لأول مرة في بلد أجنبي فلا يحميها هذا القانون إلا إذا شمل هذا البلد الرعايا العراقيين بحماية مماثلة لمصنفاتهم المنشورة الممثلة أو المعروضة لأول مرة في الجمهورية العراقية وأن تمتد هذه الحماية الى البلاد التابعة لهذا البلد الأجنبي.

³² صدرت عدة قوانين للمشرع العراقي في هذا المجال كقانون الرقابة الصناعية رقم(٩٢) لسنة ١٩٧٣، وقانون منع الاحتكار رقم(٧٣) لسنة ١٩٤١ وقانون الموازين والمكاييل رقم(٤٢) لسنة ١٩٧٨.

³³ د. احمد عبد الكريم سلامة، المصدر السابق، ص ٨٠.

³⁴ Amos Shapira, The Interest Approach to Choice of Law (The Hague: Martinus Nijhoff, 1970).p.9.

³⁵ Article 5.2 Rome Convention, notwithstanding the provisions of Article.3, a choice of law made by the parties shall not have the result of depriving the consumer of the protection afforded to him by the mandatory rules of the law of the country in which he has his habitual residence.

³⁶ Christian Twigg-Flesner, A Cross-Border-Only Regulation for Consumer Transactions in the EU, a Fresh Approach to EU Consumer Law(New York :Springer New York Dordrecht Heidelberg London, 2012), op.cit, p.4.

³⁷ Catherine Kessedjian, “Public Order in European Law,” Erasmus Law Review, Vol.01, Issue 01, 2007), p.26. [pp.26-36]. Available at:

http://www.erasmuslawreview.nl/files/02-PUBLIC_ORDER_IN_EUROPEAN_LAW.pdf. DOA: (27/12/2017).

³⁸ Alex Mills, The Confluence of Public and Private International Law, Justice, Pluralism and Subsidiarity in the International, constitutional ordering of private law (London: Cambridge University Press, 2009), op.cit, p.236.

³⁹ K. Lipstein, Principles of the Conflict of Laws National and International (Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 1981), p.21.

⁴⁰ تعتبر فكرة النظام العام احد موانع تطبيق القانون الاجنبي ،وهي واحدة من حالات التطبيق الاحتياطي لقانون القاضي.

⁴¹ د. سلامة فارس عرب ، المصدر السابق، ص ١٢١.

⁴² Petri Mäntysaari, The Law of Corporate Finance: General Principles and Eu Law, Vol. II: Contracts in General (Berlin: Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2010), p.116.

⁴³ د. أشرف عبد العليم الرفاعي . القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم والنظام العام في العلاقات الخاصة الدولية، دراسة فقهية قضائية مقارنة، دار الفكر الجامعي، مصر، ٢٠٠٣، ص ٦٥.

⁴⁴ د. محمود محمود ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق ،دراسة تحليلية ومقارنة في ضوء الاتجاهات الحديثة، منشأة المعارف ،الاسكندرية ، مصر، ٢٠٠٠، ص ٢٠٦.

⁴⁵ Faye Fangfei Wang, Internet Jurisdiction and Choice of Law: Legal Practices in the EU, US, and China (New York: Cambridge University Press, 2010),p.100.

⁴⁶ Hannah L. Buxbaum, op.cit, p.26.

⁴⁷ صادق زغير محيسن، القواعد ذات التطبيق المباشر في القانون الدولي الخاص، رسالة ماجستير ،كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٩٦، ص ٢١.

⁴⁸ Article 3.3 Rome Convention, The fact that the parties have chosen a foreign law, whether or not accompanied by the choice of a foreign tribunal, shall not, where all the other elements relevant to the situation at the time of the choice are connected with one country only, prejudice the application of rules of the law of that country which cannot be derogated from by contract, hereinafter called “mandatory rules.

⁴⁹ Alexander K.A. Greenawalt, “Does International Arbitration Need a Mandatory Rules Method,” The American Review of International Arbitration, Vol.18(2007), p.110, [pp.103-119]. Available at:

<http://digitalcommons.pace.edu/lawfaculty/328>. DOA: (19/5/2018).

⁵⁰ Jason Chuah, and Alina Kaczorowska, Q A Series Conflict in Law, Second Edition (London: Cavendish Publishing Limited, 2000), p.30.

⁵¹ Symeon C. Symeonides, op.cit, p.15.

^{٥٢} د. احمد عبدالكريم سلامة القواعد ذات التطبيق الضروري، المصدر السابق، ص ٦٢.

⁵³ Josef Drexli, and Annette kur, Intellectual Property and Private International Law, Heading for Future (Oxford: Hart Publishing, 2005), p.133.

⁵⁴ Article 6 The Hague convention 1955, in each of the Contracting States, the application of the law determined by this convention may be excluded on a ground of public policy.

^{٥٥} د. مظفر ناصر حسين، قواعد التنازع وقواعد التطبيق المباشر في القانون الدولي الخاص، بحث منشور، مجلة العلوم القانونية، بغداد، كلية القانون، المجلد (١١) ١٩٩٦، ص ١٣٥.

⁵⁶ Hannah L. Buxbaum, op.cit, p.22.

⁵⁷ Case 155/79 AM & S Europe Limited v Commission of the European Communities [18 May 1982] ECR 1575.

⁵⁸ Avtar Singh, Law of Consumer Protection, Principles and Practice being a Study of the Consumer Protection Act 1986, Fourth Edition (New Delhi: Eastern Book Company, 2005), p. 62.

⁵⁹ Amos Shapira, The Interest Approach to Choice of Law (The Hague: Martinus Nijhoff, 1970), op.cit, p.64.

^{٦٠} د. احمد عبدالكريم سلامة، القواعد ذات التطبيق، مصدر سابق ص ١٦٩.

⁶¹ Ingeborg Schwenzer, and Christiana Fountoulakis, International Sales Law (New York: Routledge-Cavendish, Taylor & Francis, 2007), p.39.

⁶² S.S Chahar, Consumer Protection Movement in India Problems and Prospects, First Published (New Delhi: Kanishka Publishers, Distributors, 2007), p.275.

⁶³ Rome Convention in article 7.2(Nothing in this Convention shall restrict the application of the rules of the law of the forum in a situation where they are mandatory irrespective of the law otherwise applicable to the contract). And **Council directive 93/13/EEC**.

⁶⁴ Alex mills, op.cit, p.145.

⁶⁵ Christian Twigg-Flesner, op.cit, p.4.

⁶⁶ Hannah L. Buxbaum, op.cit, p.23.

⁶⁷ Case C-384/10 Jan Voogsgeerd v Navimer SA[15 December 2011], the Court of Justice considered the contract of employment a choice of law made by the parties shall not have the result of depriving the parties of the protection afforded him by the mandatory rules of the law which would be applicable in the absence of choice.

⁶⁸ Dennis Campbell, International Consumer Protection, Vol.2 (Salzburg: Published under the Auspices of the Center for International Legal Studies, Springer Science+ Business Media Dordrecht, 1995), p .Den-II-3.

^{٦٩} د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دراسة تحليلية مقارنة لاتجاهات الحديثة في التشريعات الداخلية والاتفاقيات الدولية وأحكام القضاء والمحكمين وتوصيات مجمع القانون الدولي، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٩٥، ص ٥٧٧.

⁷⁰ S.S.Chahar, op.cit.p. 275.

⁷¹ Petri M`antysaari, op.cit, p.118.

^{٧٢} درع حماد عبد. المسؤولية المدنية عن مخاطر التطور التقني، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، بغداد، المجلد (٩) العدد (١٦) ٢٠٠٦، ص ٥٤.

^{٧٣} مثال ذلك اتفاقية روما المبرمة في ١٩ يونيو ١٩٨٠ بين دول السوق الاوربية المشتركة والخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية أو العقود الدولية، فالمادة السابعة منها تنص في فقرتها الثانية على أنه (أحكام الاتفاقية الحالية لا تحول دون تطبيق قواعد قانون بلد القاضي التي تحكم بطريقة أمرة الحالة المعروضة وذلك أيا كان القانون الواجب التطبيق) وكذلك التوجيه الأوربي لعام ١٩٩٣ حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، والتوجيه الأوربي لعام ١٩٩٤ وحماية المستهلك في مجال عقود اقتسام الوقت.

⁷⁴ Article 3.3, Rome I regulation. Where all other elements relevant to the situation at the time of the choice are located in a country other than the country whose law has been chosen, the choice of the parties shall not prejudice the application of provisions of the law of that other country which cannot be derogated from by agreement.

^{٧٥} سليمان براك دايج الجميلي. الشروط التعسفية في العقد، دراسة قانونية مقارنة، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة النهرين، بغداد، ٢٠٠٢، ص ٣٤.

^{٧٦} د. حسام الدين فتحي ناصف، حماية المستهلك من خلال قواعد تنازع القوانين، مصدر سابق، ص ٢٥.

⁷⁷ S.S. Chahar, op. cit. p.278.

⁷⁸ Kent Greenawalt, Conflicts of Law and Morality (New York: Oxford University Press, 1989), p. 68.

⁷⁹ Aline Tenenbaum, "Part I: Terminology, European Contract Law, Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules," Ed .Bénédicte Fauvarque-Cosson, and Denis Mazeaud (Munich: Sellier. European Law Publishers, 2008) p.105.

⁸⁰ Ivana Kunda, and Carlos Manuel Gonçalves de Melo Marinho, " Practical Handbook On European Private International Law, Handbook Elaborated within the Project "Improving the knowledge on New EU regulations of themembers of the National Judicial Networks in Civil and Commercial Matters in the MS ofthe EU", Civil Justice Programme (2010), p.3. [pp. 01-153].Available at:

http://ec.europa.eu/justice/civil/files/practical_handbook_eu_international_law_en.pdf.DOA: (16/4/2018).

⁸¹ Felix Sparka, Jurisdiction and Arbitration Clauses in Maritime Transport Documents,A Comparative Analysis (Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2010), p.154 .

⁸² The contract of share time concerns the right of usage for a limited periods of an estate or more, the institution of the share time results from the one's buying or purchase of a part in housing unity or uses right or usus fruct, in association of others persons on the others parts and divide the housing unity between them, every person profits of this limit for a period of time to pass their holidays.

⁸³ Rinhard Steennot Ugent, "The Applicable to Contract Relating to Touristic Service over the Internet," Institutio Politecnico, Porto, Portugal (2013), p.112.available at:

<https://biblio-ugent.be/publication/4233830>. DOA: (12.11.2018).

⁸⁴ Christian-Twigg, op.cit, p.04.

⁸⁵ Aline Tenenbaum, "Part I: Terminology, European Contract Law, Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules," Ed .Bénédicte Fauvarque-Cosson, and Denis Mazeaud (Munich: Sellier. European Law Publishers, 2008), p.106.

⁸⁶Paolisa Nebbia, Unfair Contract Terms in European Law, A Study in Comparative and EC Law (Portland: Hart publishing, 2007),p.13.

^{٨٧} د.محمود محمد ياقوت, حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق, دراسة تحليلية ومقارنة في ضوء الاتجاهات الحديثة, منشأة المعارف بالاسكندرية, ٢٠٠٠, ص٣٦.

^{٨٨} رباحي أحمد, أثر التفوق الاقتصادي للمحترف في فرض الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقانون المقارن, بحث منشور, مجلة اقتصاديات شمال افريقيا, العدد(٥), جامعة الشلف, الجزائر. ص ٤٥.

^{٨٩} د.عباس العبودي, تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الاحكام الاجنبية, مكتبة السنهوري, بغداد, بيروت, ٢٠١٥.

⁹⁰ Article 16 Regulation (EC) No 864/2007 Of the European parliament and of the council, of 11 July 2007. And Regulation (EC) No593/2008.

⁹¹ Article7, Mandatory rules, 1. When applying under this Convention the law of a country, effect may be given to the mandatory rules of the law of another country with which the situation has a close connection, if and in so far as, under the law of the latter country, those rules must be applied whatever the law applicable to the contract. In considering whether to give effect to these mandatory rules, regard shall be had to their nature and purpose and to the consequences of their application or non-application.

^{٩٢} د. سلامة فارس عرب وسائل معالجة اختلال توازن العلاقات التعاقدية, مصدر سابق, ص ٥٣٤.

⁹³ Article 5 from the Rome Convention that: 1) this article applies to a contract the object of which is the good supply or services to a person) the consumer (for purpose which can be regarded as being outside his trade or profession, or a contract for the provision of credit for that object, article 7.

2) Nothing in this convention shall restrict the application of the rules of the law of the forum in a situation where they are mandatory irrespective of the law otherwise applicable to the contract.

⁹⁴ **Loi n°95-96 du 1 février 1995 concernant les clauses abusives et la présentation des contrats et régissant diverses activités d'ordre économique et commercial.**

⁹⁵ Article18 Switzerland's Federal Code. This Code does not prevent the application of those mandatory provisions of Swiss law which, by reason of their particular purpose, are applicable regardless of the law designated by this Code. Which, by reason of their particular purpose, are applicable regardless of the law designated.

⁹⁶ Article 18 .This code does not prevent the application of those mandatory provisions of Swiss law which, by reason of their particular purpose, are applicable regardless the law designated by this code.

^{٩٧} سليمان براك دايع الجميلي. الرجوع التشريعي عن التعاقد في عقود الاستهلاك, بحث منشور في مجلة كلية الحقوق, جامعة النهريين, المجلد(٨) العدد(٨٤), ٢٠٠٥, ص١٦٦.

⁹⁸ Article 19. Taking in to account of mandatory provisions of foreign law". 1) If pursuant to Swiss legal concepts, the legitimate and manifestly preponderant interests of a party so require, a mandatory provision of a law other than that designated by this code may be taken into account if the circumstances of the case are closely connected with that law, 2) In deciding whether such a provision must be taken into account, its purpose is to be considered as well as whether its application would result in an adequate decision under Swiss concepts of law.

⁹⁹ د. جابر سالم عبد الغفار، تنازع القوانين في مجال حوادث العمل، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٠، ص ٧٠.

¹⁰⁰ France, Cour de cassation, Chambre civile 1, 23 janvier 1979, 76-13547: "En l'état d'une décision de la Cour de justice des Communautés européennes, consultée avant dire droit, selon laquelle la notion de vente à tempérament, au sens de l'article 13 de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, posant une règle de compétence exclusive en cette matière, ne peut être étendue à la vente d'une machine par une société à une autre société moyennant un prix payable par traites échelonnées, doit être rejeté le pourvoi qui reproche à la Cour d'appel d'avoir déclaré exécutoire en France un jugement allemand statuant dans une telle hypothèse et soutient que le caractère de vente à tempérament du contrat litigieux aurait dû avoir pour conséquence d'entraîner la compétence exclusive des tribunaux français par application de l'article 14, alinéa 2, de la convention, et que, selon l'article 28, alinéa 1er, de la même convention, la décision de la juridiction allemande n'aurait pas dû être reconnue en France". for more see .A Casebook on European Consumer Law, Edited by Reiner Schulze, and Hans Schulte-Nolke, and Jackie Jones (Oregon: Hart Publishing, 2002).

¹⁰¹ Hendrik Verhagen, Party Autonomy and Assignment in Roel Westrik and Jeroen van der Weide (eds.), Party Autonomy in International Property Law, 2011 by sellier. European law publishers GmbH, Munich p. 189. In the Alnati-decision the judgment of the court of appeal was annulled by the Hoge Raad, which ruled that the chosen law exclusively governed the contract, to the exclusion of both the non-mandatory and the mandatory rules of the law that would otherwise have been applicable. HR 13 May 1966, Nederlandse Jurisprudentie (NJ) 1967, 3 (Alnati), Rev. Crit. 1967, p. 522. HR 13 may 1966(1967) NJ3 (ALNATI).