دور إرادة أطراف التعاقد في اختيار القانون واجب التطبيق في الالتزامات التعاقدية الدولية وفقا للقانون الأردني - دراسة مقارنة *

أ. زياد محمد فالح بشابشه **

د. أحمد الحراكي ***

د. عماد قطان ****

* تاريخ التسليم: ١٨/ ١٠/ ٢٠١١م ، تاريخ القبول: ٢/ ٢/ ٢٠١٢م.

** طالب دكتوراه/ قسم القانون الخاص/ كلية الحقوق/ جامعة دمشق/ سوريا.

*** عميد كليتي الحقوق والاقتصاد/ جامعة درعا/ سوريا.

**** أستاذ مساعد/ قسم القانون الخاص/ جامعة قطر/ قطر.

ملخص:

العقد هو اتفاق بين شخصين على إنشاء رابطه قانونية أو تعديلها أو إنهائها. وكما هو معروف فان لأطراف التعاقد كامل الحرية في اختيار القانون الذي يحكم العلاقة التعاقدية بينهما، على أن لا يتعارض ذلك مع النظام العام والآداب العامة. إن مسألة البحث عن القانون الواجب التطبيق، لا تُثار في العقد الذي لا يشتمل على عنصر أجنبي، أما ما يثير مسألة تنازع القوانين في حكمه وبيانه، فهو العقد الذي يشتمل على هذا العنصر، وهو ما يطلق عليه العقد الدولي. وإذا كانت قاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة قد راجت في مختلف دول العالم، فان إعمالها يقتضي التساؤل عن مدى حرية المتعاقدين في اختيار القانون الذي يحكم العقد في ضوء حق المشرّع بالتدخل بالعقد ليقرر مسائل مختلفة، مراعاة لاعتبارات لا صلة لإرادة الأطراف بها. فإذا كان القانون قد منح المتعاقدين الحرية، فهل هي حرية مطلقه؟ أو أن هناك ثمة قيود عليها؟

لقد وردت القواعد العامة التي تحكم كل ما يتعلق بتنازع القوانين هنا، في المادة (٢٠/ ١) من القانون المدني الأردني، لذلك يتناول هذا البحث كل ما يتعلق بالالتزامات التعاقدية الواردة في هذه المادة.

Abstract:

A contract *is an agreement between two parties on making, modifying or terminating a legal bond. As it is known, the contracting parties are admittedly free to choose the law, which will regulate the contract- based relationship between them, provided that this law does not contradict any received code of public order or common decency. The issue of research on the applicable law does not arise in the contract, which does not include the foreign element, but what raises the question of conflict of laws in its rule, and its statement is a contract that includes this element, in which case it is called the international contract. However, to be in force, the widely- spread rule, viz. the contract is to be subjected to the law of will, would cast doubt on the extent to which the contractors are free to choose the law that regulates the contract. Consequently, the legislator has the full right of settling disputable issues with which the will of the contractors is irrelevant. If the law gives contractors freedom to choose, will this freedom be absolute or restricted?*

There were general rules that govern all matters relating to conflict of laws in Article (20/ 1) of the Jordanian Civil Law. So, this research paper is concerned with the contractual compliance as stated in this Article.

مقدمة:

من المسلم به أن جميع العلاقات القانونية [١] سواء كانت علاقات مدنية أم تجارية التي تنشأ في الأردن بين الأردنيين، ويكون موضوعها الالتزام بعمل شيء أو الامتناع عن القيام به في الأردن، تخضع للقانون الأردني فقط، وان المحاكم الأردنية تختص وحدها بنظر النزاعات التي تنشأ حول هذه العلاقة والبتّ فيها [٢].

ومن المقرر أيضاً أن القانون يوجه نشاط الأفراد على نحو تتحقق فيه مصالحهم، وتراعى فيه في الوقت ذاته مقتضيات الصالح العام للمجتمع. ففي نطاق معين من نظام المجتمع يفرض القانون سلطاته، فلا يترك مجالا لحرية الأفراد في مزاولة نشاطهم، ولا يسلبهم حريتهم، وإنما يقيد هذه الحرية بالقدر الذي يقتضيه الصالح العام.

ولا شك في أن تطور أساليب التعاقد ومجالاتها، وخاصة في المجال الالكتروني، التي تقوم على السرعة في إبرام العقود وتنفيذها، تساعد على توسيع الفجوة القائمة من حيث عدم المساواة في البنية القانونية بين المنتجين والمستهلكين، مما يستدعي معه تقليص هذه الفجوة وضرورة تحقيق المساواة في القوة الاقتصادية بين المراكز القانونية لأطراف العقد Parties، وذلك من خلال اتخاذ بعض الإجراءات القضائية والبرلمانية. فالعديد من القوانين المحلية Municipal laws تتضمن نصوصاً تحكم العقود يُمنع على الأطراف استثناؤها، أو انها تبين شروطا معينة في العقد ينبغي تجنب إدخالها فيه، وذلك مراعاة للنظام العام والآداب ومن أجل حماية الجانب الضعيف في العقد، ومثال ذلك ما استحدثته التشريعات من أحكام تتعلق بالاستغلال والحوادث الطارئة وعقود الاستهلاك.

هذا التطور لظاهرة العقد في القانون المحلي، كان له تأثيره الخاص على العقود للتي تنطوي على عناصر أجنبية، أو كما تُسمى"العقود الدولية" [٣] International contracts، التي أخذت بالازدياد نتيجة تعدد طرق المواصلات وسهولتها، إضافة إلى ثورة المعلوماتية وثورة الاتصالات التي شكلت عالماً رحباً واسعاً في مجالات الحياة المختلفة الاجتماعية والسياسية والثقافية. فلا شك في أن هذه العقود قد ينشأ عنها كثير من النزاعات والخصومات بشأن صحة العلاقات الناشئة عنها، مما يؤدي إلى الرجوع مباشرة إلى المحاكم الأردنية لحل مثل هذه النزاعات وتطبيق القانون الأردني على هذه العلاقات، إلى أن يتضرر أطراف العلاقة ضرراً جسيما فتنتفي العدالة.

فأطراف التعاقد، في مجال علاقاتهم المدنية، وفي مجال التجارة الدولية، والالكترونية بصفة خاصة، يفضلون أحياناً الإفلات من قوانين الدول، فيلجأون إلى تضمين العقد حلولاً

للمسائل التي يمكن أن تُثار من خلاله، وإلى وضع الأحكام والشروط الخاصة لتسوية كل المنازعات المتوقعة.

نتيجة لذلك، يجد أطراف العقد أنفسهم أمام معضلة قانونية، لأن عقدهم (العلاقة القانونية) يشتمل على عنصر أجنبي، وبالتالي لا يخضع لقانون دولة معينة، مما يتعين معه تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص Private international law [٤] – ومدارها العلاقات والمصالح الخاصة بأفراد الدول المختلفة [٥] – والتي تثور معها مشكلة تنازع القوانين [٦] Conflict of laws، وذلك فيما إذا كان يجوز لأطراف عملية تعاقدية اختيار القانون الذي يجب أن يحكم العقد؟ وإنهم إذا فعلوا ذلك فهل تكون إرادتهم في هذه الحالة مطلقة في اختيار قانون أية دولة ليحكم العقد المبرم بينهما؟ أو إنها تخضع لقيود معينة؟ ، فيختارون قانون دولة وفق شروط معينة؟

ان تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية، مصدره الحرية التي تمنحها بعض الأنظمة القانونية للأطراف في اختيار القانون الأكثر ملاءمة، رغم ذلك فإن أطراف العقد يمكنهم دائماً استبعاد بعض النصوص من قانون معين لعدم ملاءمتها لهم، على أن لا يتعارض ذلك مع النظام الدولي العام. ومهما يكن من أمر، فإن اختيار القانون الواجب التطبيق يمنح الأطراف فرصة التعرف إلى المبادئ التي سيخضعون لها، ومن ثم يبعدهم عن إحالة التنازع إلى جهات تحكيميه بغية الحصول على قرارات معينة، والتي قد تنهي بالنتيجة إلى وضع الطرفين في موقع لا خاسر ولا رابح.

وقد عالج القانون الأردني مسألة استقلال إرادة المتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق Applicable law، وذلك من خلال المادة (٢٠) من القانون المدني. لكن ما المدى الذي منحه هذا النص لإرادة الأطراف في اختيار القانون الذي يحكم العلاقة بينهم؟ وهل يتوافق ما ورد في هذا النص مع النظريات التي طرحت بشأن استقلال إرادة الأطراف باختيار القانون الواجب التطبيق؟ سيقوم الباحث من خلال هذا البحث بتحليل هذا المبدأ، وذلك من خلال تقسيمه إلى مبحثين؛ يتناول الأول الحديث عن مضمون مبدأ قانون الإرادة من الجانب النظري، بينما يتناول المبحث الثاني موضوع أثر التحليل العملي لهذه النظريات على القوانين.

المبحث الأول- مبدأ قانون الإرادة:

لتوضيح مضمون مبدأ قانون الإرادة، قسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب؛ الأول يُبين فيه المقصود بحرية الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق، ومن ثم يتعرض في المطلب الثاني إلى المراحل التاريخية لهذا المبدأ، ثم المطلب الثالث الذي يبين النظريات التي تحدد أسس اختيار القانون الواجب التطبيق.

المطلب الأول- تعريف مبدأ قانون الإرادة:

في مقابل العلاقات القانونية التي تحكم أفراد الدولة الواحدة، وتكون جميع عناصرها محلية، وبالتالي تخضع للقانون المحلي، فإن القانون الذي يحكم العلاقات الناشئة عن العقود الدولية يترك مجالاً لحرية الأفراد لتوجيه نشاطهم على النحو الذي يروق لهم، وعليهم- إضافة إلى اتفاقهم على شروط العقد- أن يحددوا باتفاقهم القانون الواجب التطبيق الذي سيحكم العلاقة العقدية بينهم، وهو ما يعرف بمبدأ قانون- أو سلطان أو استقلال - الإرادة [٧] Autonomy in choice of law أو كما يسمى بالفرنسية le principle de l'autonomie de volonté.

بمعنى آخر، فإن مبدأ قانون الإرادة في القانون الدولي الخاص، يراد به حرية الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد المزمع إبرامه إذا كان هذا العقد مما يحتمل خضوعه لقوانين بلاد مختلفة [٨]. وفي عام ١٩٩٩ كتب " بيتر ناي" Peter Nigh في تأييده لمبدأ قانون الإرادة، بأنه يعطي الأطراف سلطات واسعة في اختيار القانون الواجب التطبيق، والمحكمة المتخصصة لحل النزاعات [٩] . ويُختار هذا القانون عادة عند إبرام العقد، ويمكن أن يتم بعد إبرامه، وبمناسبة النزاع عند التنفيذ، كما يجوز تعديل هذا الاختيار[١٠].

أما القانون الدولي الخاص فيراد به مجموعة القواعد التي تعنى بصفة أساسية ببيان المحكمة المتخصصة والقانون الواجب التطبيق على العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي وإسناد هذه العلاقات إليه [١١] ، لذلك تُسمى بقواعد الإسناد [١٢] ، ويُعدّ ضابط الإسناد أهم عنصر من عناصر قاعدة الإسناد، فهو الذي يربط بين موضوع الإسناد والقانون الواجب التطبيق، فضابط الإسناد يعني ما الذي يستند إليه المشرع في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع الإسناد [١٣] .

وبالرغم من الاتجاه السائد المتمثل في اعتبار القانون الدولي الخاص قانوناً داخلياً كسائر القوانين الداخلية الأخرى، لأن المشرع في كل دولة، حر في وضع قواعده، مراعياً فيها الظروف السياسية والاجتماعية والاقتصادية السائدة في بلده، مستهدفاً من كل ذلك قواعد العدالة [١٤] التي يكون من مهمَّات المحاكم الداخلية إلزام الناس على اتباعها، ولكون موضوع العلاقة التعاقدية مشوباً بعنصر أجنبي، فان الاتجاه الحديث يذهب إلى إن القانون الدولي الخاص هو قانون مختلط دولي وداخلي -عام وخاص [١٥]-.

المطلب الثاني- المراحل التاريخية لمبدأ قانون الإرادة:

نتيجة لتأثر المشرّع عند وضعه قواعد القانون الدولي الخاص بالظروف المحيطة

السائدة في بلده، يمكن القول إن مبدأ قانون الإرادة مرَّ بمراحل مختلفة [١٦] كصدى للظروف التي تسود في كل عصر، مما يجعل هذا المبدأ يتميز بطبيعة عرفية، حيث ما زالت بعض المحاكم تلجأ إلى تطبيق بعض تلك الأعراف رغم قِدمها، مثل إخضاع فقه الأحوال الإيطالي القديم، وبخاصة شكل العقد إلى قانون بلد تحريره. كما يعود الفضل إلى المدرسة الإيطالية في إيجاد مبدأ " قانون محل العقار يحكم جميع العقود المتعلقة به" [١٧] والذي ما زالت قواعده تطبق إلى أيامنا هذه، وأخذ به المشرِّع الأردني في الفقرة الثانية من المادة (٢٠) من القانون المدني الأردني [١٨] التي تقضي بأن العقود المتعلقة بالعقار تخضع إلى قانون موقع العقار بالنسبة للعقود المتعلقة به على جميع جوانبه.

وحقيقة الأمر إن مبدأ قانون الإرادة، يعزى إلى الفقيه الفرنسي (دوملين) Dumoulin، لقوله: إن العقود من حيث توافر أركانها وشروطها الأساسية، خاضعة للقانون الذي أختاره المتعاقدون صراحة أو ضمناً [١٩] ، وأما من حيث شكلها فأخضعها إلى قانون بلد تحريرها [٢٠]. ورغم الانتقادات [٢١] التي وجهت إلى هذا المبدأ إلا ان تطبيقه لا زال مستمراً في مختلف أنحاء العالم.

أما الفقيه الايطالي "مانشيني" Mancini، فقد أعلن في عام ١٨٥١م نظريته المسماة: نظرية (شخصية القوانين) التي تقضي بأن القوانين تتبع الشخص أينما ذهب وبالتالي يطبق عليه قانون بلده دائماً؛ أي قانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسيتها سواء كان داخل إقليمها أو خارجه. وقد أورد أصحاب هذه النظرية جملة من الاستثناءات لا يطبَّق عليها قانون الجنسية وهي؛ ما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على العقود من حيث موضوعها يطبق عليها قانون الإرادة إعمالا لمبدأ سلطان الإرادة في العقود، كما يطبق عليها القانون المحلي، أي قانون البلد الذي تم فيه التصرف؛ وكذلك القوانين المتعلقة بالنظام العام حيث تطبق على جميع الأشخاص في الإقليم من وطنيين وأجانب على حد سواء. وقد تعرضت هذه النظرية للعديد من الانتقادات على أساس كثرة الاستثناءات التي أدخلت عليها [٢٢] .

وقد أشار الفقيه الألماني "سافيني" [٢٣] Savigny في بداية القرن التاسع عشر، إلى الصعوبات الرئيسة التي تواجه تحديد القانون الواجب تطبيقه على الالتزامات الناجمة عن عقد، (لأن القانون يكون نتيجة الالتزامات والتجارب الحاصلة في الحياة، وأن وضعه في شكل نصوص يعوق تطورها [٢٤] ، خاصة وأن هذه الالتزامات عبارة عن علاقات تبادلية تنطوي على شخصين أو أكثر، لا ينبغي تقنينها [٢٥] . فطبيعة هذه العلاقات تجعل من غير الممكن دائماً تحديد القانون الذي يحكم الالتزام بإرجاعه إلى شخص معين أو الشيء الملموس الذي يرتبط معه بوضوح.

فإذا كان من المقبول ان الالتزام الناشئ عن الجنح أو المخالفات التي يترتب عليها عقوبة جزائية، يمكن أن يحكمها قانون المكان الذي صدرت فيه هذه الأفعال التي تؤدي إلى مثل هذا الالتزام، إلا أن الالتزامات التعاقدية تظهر فيها مسألة أكثر حساسية لاتخاذ قرار، وهي مشكلة القانون الملائم (Proper law) ، فقد لوحظ في كثير من الأحيان أن الرجوع إلى قانون مكان التعاقد أي مكان إبرامه "قانون العقد المكاني" أو قانون مكان الأداء أي مكان تنفيذه "الحلول المكاني" غير كافية للإشارة إلى القانون الواجب التطبيق على وجه التحديد، فالأول يشير إلى التصرفات الموضوعية Objective acts لأطراف التعاقد، أما الأخير فيشير إلى التصرفات التي يهدف إليها الأطراف Intended "Subjective" acts. وفي كل الحالات، فإنه لا يكون الافتراض الموضوعي ولا الافتراض الشخصي مقبولاً [٢٦] .

لذلك، عندما تتنازع قوانين عدة بشأن حكم علاقة قانونية، يجب اختيار القانون الأكثر ملاءمة لهذه العلاقة حتى لو كان أجنبياً، لأن هذا الحل يحقق العدالة. ويعرف القانون الملائم من خلال تحليل العلاقة القانونية لإيجاد مركزها الذي يحدد بوساطة فكرة الخضوع الإرادي (الاختياري) ؛ فمن يدخل في علاقة قانونية فالمفروض أنه قد قبل مقدماً القانون السائد في مركزها.

ويتناول الباحث فيما يأتي مناقشة النظريات الحديثة: (النظرية الموضوعية والنظرية الشخصية) المتعلقة بطريقة اختيار القانون الواجب التطبيق على العلاقات القانونية التي تتضمن عنصراً أجنبياً.

المطلب الثالث النظريات التي تحدد أسس اختيار القانون الواجب التطبيق:

على الرغم من إجماع الفقه على الأخذ بمبدأ قانون الإرادة، فإنهم اختلفوا حول الأساس الذي يقوم عليه هذا المبدأ ما بين نظرية شخصية وأخرى موضوعية، تأثرت بهما التشريعات الحديثة. ويتناول الباحث فيما يأتي دراسة مضمون هذه النظريات، ومن ثم تقديرها كلٍّ منها في فقرة مستقلة.

- **الفقرة- ١- : مضمون النظريات:**

تكمن مرجعية الخلاف بين النظريات التي تحدد أسس اختيار القانون الواجب التطبيق في تفسير كلمة Autonomy أي "استقلال" الإرادة. ولعل التعريف الذي قال به الفقيه "موريس" Morris للقانون الملائم للعقد [٢٧] يوضح النظريات التي طُرحت لتفسير هذه الكلمة، وذلك تبعاً لزاوية النظر فيها، شخصية أم موضوعية، أو كما اقترح في الآونة الأخيرة تبعاً لموقع العقد بجانبه الاقتصادي [٢٨] ، فقد عرَّف "موريس" القانون الملائم بقوله: "إن النظام القانوني الذي ينوي الطرفان به ليحكم العقد، أو حيثما لا يتم التصريح

عن نيتهم، ولا يمكن الاستدلال على ذلك من خلال الظروف، هو النظام القانوني الذي يكون معه موضوع العقد أوثق صلة وأكثر واقعية" [٢٩] . وفيما يأتي يتناول الباحث هاتين النظريتين (الشخصية والموضوعية) كُلٍّ بشكل مستقل:

- **النظرية الأولى- النظرية الشخصية Subjective theory**:

وهي النظرية المقبولة عموماً منذ ما يزيد على قرن من الزمان، والتي أوضح معالمها " لورانت" Laurent، بقوله: إن الأطراف في تصرفاتهم القانونية أحرار في اختيار القانون الذي يحكم بينهم؛ ويترتب على ذلك- ضمن نطاق القانون الخاص- أن إرادة أو رغبة الأطراف الصريحة أو الضمنية أو المفترضة من خلال ظروف القضية هي التي ستشرف على القانون الواجب التطبيق وتحدده [٣٠] .

وقد اتجهت الأحكام القضائية [٣١] إلى تثبيت هذه النظرية، ففي قرار حديث لمحكمة الاستئناف النيوزلندية عام ١٩٨٩ صرحت فيه بأنه " من المعروف تماماً، ومنذ ما يزيد على قرن من الزمان، أن هنالك اتجاهاً قوياً في دول القانون العام (Common Law) نحو إطلاق مزيد من العنان لحرية الأطراف، إلى حد ما يضاهي غيرها من النظم القانونية، وبخاصة في مجال التحكيم الدولي" [٣٢] .

استناداً لهذه النظرية، فان القانون الذي يختار بموجب اتفاق طرفيْ العقد ليحكم العقد يصبح شرطاً من شروطه التعاقدية بعد أن أدمج في الكيان القانوني للعقد بموجب اختيارهم [٣٣] . وبالتالي فإن القانون الذي اختير مستمد قوته فقط من السلطة المتخصصة بإصداره وفقاً لأحكام الدستور، ولا يستطيع القاضي في مثل هذه الحالة أن يفرض رقابته على سلطة المتعاقدين التي فرضاها من خلال العقد [٣٤] ، كما لا يتأثر القانون الذي اختير بالتعديلات التي قد تطرأ على العقد من قبل الدولة التي يعود إليها هذا القانون [٣٥] .

- **النظرية الثانية- النظرية الموضوعية Objective theory:**

في مقابل النظرية الشخصية، فإن النظرية (الموضوعية) ترفض مفهوم فكرة الاستقلال الشخصي من قبل الطرفين في تحديد القانون الواجب التطبيق. هذه النظرية تفسر تعبير الإرادة أو "الاستقلال" Autonomy بأنه يشتمل على إقرار بان الأطراف أحرار ضمن النطاق المحدد بالقانون للدخول في اتفاقيات وفقا للشروط التي يرونها مناسبة، ولغايات المواءمة وتبني قواعد نظام قانوني ما لاختصار الأهداف، لكن الشروط القانونية المدرجة من الأطراف لا تُعدّ بحد ذاتها تشريعاً، وتكون ملزمة إلى الحدود التي يمتد إليها القانون المنصوص عليه في الدولة ذات السيادة التي لها صلاحية على ذلك العقد داخل نطاق اختصاصها الإقليمي [٣٦] . وبذلك، فإن النظرية الموضوعية ترجع اختيار القانون إلى قاعدة تنازع القوانين في دولة القاضي، واصفةً دور الإرادة بقاعدة إسناد.

وقد اتجه جانب من فقهاء النظرية الموضوعية [٣٧] ، إلى تفسير أفضل للمبادئ التي يطلقها القضاء الفرنسي في تعامله مع العقود، وذلك من خلال نظرية توطين العقد Localization. ووفقا لهذه النظرية فإن مبدأ حرية الإرادة لا يعني حرية القانون الواجب التطبيق في حد ذاته وسلطته، ولا يكون الموضوع الحقيقي لإرادة المتعاقدين هو اختيار القانون الواجب التطبيق، وإنما يكمن ذلك في تركيز أو توطين localize العقد من خلال تصرفات المتعاقدين القانونية في دولة معينة، وبذلك يكون اختيار القانون قد تم بطريقة غير مباشرة، وعلى قاضي الموضوع استناداً إلى ذلك أن يلجأ إلى توطين العقد في الدولة التي ينتج فيها العقد أغلب آثاره ويطبقها قانونا [٣٨] .

فالعقد كمولِّد للالتزام يقوم على التراضي، وهو حدث غير مادي، لا يملك بذاته وبصفته تلك مركزاً مادياً ملموساً، وإنما يمكن أن يتحدد مقره بالنظر للأحداث الخارجية كتبادل العبارات التي يتم بها التراضي، أو تحرير وثيقة تضم أمكنة تنفيذه أو عملة التعامل أو لغة العقد أو تحديد المحكمة المتخصصة وانتماء كل منها لدولة. . . الخ. وتنحصر المسألة إذن في اختيار أحد هذه الأحداث ليكون المعبر وبشكل واف عن مركز العلاقة العقدية بشكل يحقق مختلف المصالح. فالإرادة العقدية هي التي يعود إليها أمر تحديد العنصر الذي يكون له– في ذهن أطراف العلاقة– الأهمية المؤثرة في تحقيق اقتصاديات العقد بالنسبة لبقية العناصر.

ولا شك في أن هذه النظرية الأخيرة (توطين العقد) تجنبت بعض الصعوبات التي تواجه النظريات التقليدية التي تبدأ من مبدأ مفترض هو السماح للأطراف باختيار قانون العقد [٣٩] ، فلا عبرة وفقا لهذه النظرية بالإرادة الظاهرة للمتعاقدين، ولا يمكن تطبيق القانون الذي ذهبت إليه هذه الإرادة إلا إذا تبين من عناصر العلاقة القانونية المحيطة بها، ومن خلال التعاقد أن القانون الواجب التطبيق هو قانون آخر. وفي الوقت نفسه فإن الأخذ بنظرية توطين العقد يحول دون إعمال نظرية الإحالة [٤٠] ، والمشكلات التي قد تنشأ على إثرها عندما يكون القانون الذي اختير من المتعاقدين لعلاقاتهم القانونية يبطل العقد.

♦ **الفقرة– ٢– : تقدير النظريات التي تحدد أسس اختيار القانون الواجب التطبيق:**

يُلاحظ على مجمل النظريات المشار إليها أعلاه أنها تأخذ بحرية الإرادة في اختيار القانون، لكنها تختلف في تفسيرها وفي المدى الذي تتأثر به إرادة الأفراد من خلال العوامل المختلفة. ويصدق هذا القول حتى على النظرية الموضوعية [٤١] objective theory، لأنها من ناحية عملية سلّمت بأن مبدأ حرية الإرادة في اختيار القانون الذي يحكم العقد يسيطر أساساً من خلال النية الحقيقية أو الضمنية للأطراف المتعاقدة. في مقابل ذلك، فإن

النظرية الشخصية subjective تفسر مبدأ حرية الإرادة في اختيار القانون بصورة خاصة بأنه سلطة الأفراد في اختيار القانون الذي يحكم مجموعة من الأمور إلى المدى الذي تكون لهم الحرية في إبرام العقد. بينما يظهر في نظرية توطين العقد أن مبدأ حرية الإرادة في اختيار القانون مقيد بوجود صلة حقيقية وجدية بين العقد والقانون المختار، إلا أنه مبدأ غير جامع؛ لأنه لا يراعي قيود النظام العام والقانون الذي يختاره الطرفان ليحكم العلاقة التعاقدية بينهما.

بذلك يمكن القول إن الاختلاف بين هذه النظريات هو اختلاف في التسمية، إذ إن كل نظام قانوني في واقع الأمر يعترف ويدعم الاتفاق الخاص بين المتعاقدين، لكن السؤال الذي يمكن إثارته: إلى أي مدى يتأثر اختيار القانون بالنصوص الخاصة الواردة في الاتفاق؟ للإجابة على هذا التساؤل من الواجب القيام بنظرة مقارنة فيما يتعلق بحرية اختيار القانون الواجب التطبيق في القوانين المقارنة، وأوجه الاختلاف بينها، وهو ما سيتناوله المبحث الثاني من هذه الدراسة.

المبحث الثاني- موقف التشريعات القانونية من مبدأ قانون الإرادة:

يتعرض الباحث خلال هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب رئيسة: يخصص الأول لدراسة القانون الواجب التطبيق في الالتزام التعاقدي، ويتناول المطلب الثاني مسالة التعبير الصريح عن الإرادة في اختيار القانون واجب التطبيق، وعلى ضوء ذلك يُدرس في المطلب الثالث تقدير موقف المشرع الأردني من حرية الأطراف باختيار القانون الواجب التطبيق، ومدى اعتداده بالإرادة الضمنية.

المطلب الأول- القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية:

لا شك في أن ثمة صعوبات تواجه إجراء مقارنة فيما يتعلق بحرية اختيار القانون الواجب التطبيق في القوانين المقارنة، وأوجه الاختلاف بينها، وسبب ذلك يعود- في المقام الأول- إلى أن وصف ممارسة الموضوع ضمن ولاية قضائية معينة تعتمد أساساً على علاج حالات النزاع بما في ذلك العقود والعلاقات القانونية الأخرى.

نظراً لتنوع صور العقود بخصوص الالتزامات التعاقدية وتباين القواعد التي تسري عليها من حيث أركان الانعقاد وشروط الصحة وترتيب الآثار، فقد سكت التشريع عن بيان موقفه فيما يتعلق بتحديد القانون الواجب تطبيقه مراعياً في ذلك الموقف غير المستقر لفقه القانون الدولي الخاص في هذا الشأن.

فالمادة (٢٠/ ١) من القانون المدني الأردني [٤٢] ، تنص على أنه:

"١- يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، فإن اختلفا سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد. هذا ما لم يتفق المتعاقدان على غير ذلك ٢- على ان قانون موقع العقار هو الذي يسري على العقود التي أبرمت في شأن هذا العقار".

حيث يُلاحظ من خلال هذا النص، أن القانون الأردني كما هو الحال في معظم التشريعات الوطنية لدول أخرى كرست مبدأ قانون الإرادة [٤٣]، فقد تجنب التفاصيل، واقتصر على أكثر الأحكام استقراراً في نطاق التشريع بأن أعطى مطلق الحرية للأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم. فضلاً عن ذلك فإن أغلب التشريعات التي تنظم العقود الدولية التي تتم عبر الانترنت لم تتطرق لبحث مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على هذه العقود [٤٤]، وهذا هو شأن المشرع الأردني في قانون المعاملات الالكترونية المؤقت [٤٥]، وبالتالي فإنه يُصار في هذه الحالة إلى تطبيق القواعد العامة المنصوص عليها في المادة (٢٠/ ١) من القانون المدني الأردني.

لكن ثمة تساؤلاً يمكن إثارته في هذه الحالة، فيما إذا كان سكوت المشرع يعني ترك الحرية المطلقة للأفراد باختيار القانون الذي يحكم العلاقة العقدية بينهما دونما أي اعتبار للنظام العام ولسيادة دولة المقر الخاص بالقاضي؟ بعبارة أخرى، فهل للمتعاقدين مطلق الحرية في اختيار قانون أجنبي يسري على عقدهما؟ إن الإجابة على هذا التساؤل يتطلب بيان القيود التي ترد على حرية أطراف التعاقد في اختيار القانون الذي يحكم العقد بينهما، **والذي سيعالجه الباحث فيما يأتي:**

♦ **الفقرة- ١- : القيود الواردة على حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق:**

تطبيقاً لمبدأ سلطان الإرادة فإنه لا يترك للإرادة الحرية بعدم اختيار قانون يحكم العلاقة العقدية، وفي الوقت نفسه، فإن أطراف التعاقد ليس لديهم حرية كاملة في اختيار القانون الواجب التطبيق، ويعتمد تقدير ذلك على القضاء، فقد تكون هناك قيود محددة لتطبيق القانون الأجنبي ضمن ذلك الاختصاص [٤٦]. ويمكن ذكر بعض هذه القيود من وجهة نظر مقارنة.

- **أولاً- أن يكون الاختيار ضمن حدود القانون:**

تقرّ أغلب التشريعات في شتى أنحاء العالم بأن اختيار القانون واجب التطبيق يجب أن لا يتجاوز حدود القانون، وذلك تماشياً مع سياستها العامة، ومثال ذلك أقرَّ القانون

المدني الإيطالي لعام ١٩٤٢م للأفراد حرية التعاقد التي تعني الحرية في اختيار نوع العقد وشروطه [٤٧] ، بحيث يكون هذا الاختيار ضمن الحدود التي تفرضها المبادئ القانونية التي تحكم المصلحة العامة في إيطاليا [٤٨].

ويدخل ضمن مفهوم هذا القيد أيضاً، تحديد القانون للمعايير التي يخضع لها أطراف العقد عند ممارستهم حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، ومن ذلك ما تضمنته المادة (٢٥) من القانون الايطالي التي بينت ثلاثة معايير يمكن من خلالها تحديد القانون الواجب التطبيق وهي؛ تطبيق قانون جنسية طرفي العقد إذا اشتركا في ذلك؛ وفي حال اختلاف الجنسية يتم تطبيق قانون محل تنفيذ العقد؛ وأخيراً فإنه يجوز في المعيارين السابقين الاتفاق على اختيار قانون آخر ليحكم العقد، ومع ذلك ينبغي أن تكون هناك علاقة منطقية بين القانون الذي اختير، وبين موضوع العلاقة القانونية بينهما، وبخاصة عندما يكون الطرفان من جنسية واحدة [٤٩]. وقد تم التأكيد على هذه المبادئ في القانون الايطالي عند إقرار القانون رقم (٦١٣) الصادر في تشرين ثاني عام ١٩٨٥على أثر تنفيذ إيطاليا لاتفاقية روما الموقعة بين دول الاتحاد الأوروبي عام (١٩٨٠) [٥٠] .

- **ثانياً- عدم مخالفة النظام العام والآداب:**

من أهم القيود التي ترد على حرية أطراف العقد في اختيار القانون الواجب التطبيق أن لا يكون القانون المختار مخالفاً لقواعد النظام العام والآداب، التي تضيق وتتسع تبعاً للأفكار السائدة في المجتمع، وتعني مجموعة المصالح الأساسية التي يقوم عليها كيان المجتمع [٥١] ، ويمتنع على الإرادة بالتالي أن تتجه إلى ما يخالفها، وهذا ما تنص عليه المادة ٢٩ من القانون المدني الأردني [٥٢] .

وعلى صعيد الاتفاقيات الدولية، فإن مبدأ حرية اختيار القانون واجب التطبيق لا يُصار إلى تطبيقه إذا كان مخالفاً للنظام العام في بلد القاضي، وهو ما أكدته اتفاقية روما المشار إليها سابقاً، والتي- من جانب آخر بحسب المادة الخامسة منها- قيَّدت مبدأ حرية الاختيار بتطبيق قانون مقر المستهلك إذا كان يوفر له حماية أوسع من تلك الممنوحة بموجب القانون الذي اختير [٥٣] .

وإذا كانت هناك حالات في العقود الداخلية تتم بين مواطنين من جنسية واحدة يتدخل فيها القضاء وكذلك المشرع بنصوص آمرة تكاد تقربه من مرحلة العقد الموجه [٥٤] ، وذلك من أجل حماية الطرف الضعيف في هذه العقود، فإن ما يترتب على ذلك أن النزاعات ذات العنصر الأجنبي التي تكون فيها فكرة النظام العام أكثر مرونة، ستكون من باب أولى أكثر مراعاة للصالح العام، وما تقتضيه سيادة دولة القاضي، ولهذا فإنه يقع باطلاً الاتفاق الذي يعقده مصور أردني مع أشخاص أجانب لالتقاط صور خلاعة لهم ونشرها في الأردن.

♦ **الفقرة- ٢- مجال تطبيق قانون العقد:**

لا يسري مبدأ قانون الإرادة على بعض العقود كتلك المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية مثل عقود الزواج، والوصية والتي يسري عليها قانون الموطن أو قانون الجنسية. كما أن العقود المتعلقة بالعقار حسب ما أشارت إليه الفقرة الثانية من المادة (٢٠) من القانون المدني الأردني تخضع إلى قانون موقع العقار دون إيراد ذكر اختصاص لقانون الإرادة، ودون إجراء أي تفرقة فيما إذا كانت هذه العقود مولدة لالتزام بإنشاء الحق العيني أو نقله أو تغييره أو انقضائه أم كانت مولدة لحق شخصي على العقار كالإيجار.

وإذا كانت العقود المتعلقة بالعقار تخضع لاختصاص قانون موقع العقار، فإن المسائل المتعلقة بالأهلية اللازمة للتعاقد تخرج من هذا الاختصاص، وتبقى خاضعة لقانون الجنسية حسبما تقرره المادة (١٢/ ١) من القانون المدني الأردني [٥٥] باعتبارها من المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية، وتخضع بالتالي إلى القانون الشخصي، والشكلية تخضع للمادة (٢١ مدني أردني) [٥٦].

♦ **الفقرة- ٣- اختيار أكثر من قانون يحكم العقد (تجزئة العقد) :**

تُثير مسألة حرية الإرادة في اختيار القانون الذي يحكم العلاقة التعاقدية بين الأطراف تساؤلاً فيما إذا كان يمكن تجزئة العقد، وعلى أي النواحي في العقد سيسري قانون الإرادة؟

يرى بعض الفقهاء [٥٧] بتجزئة العقد وأنه يمكن للمتعاقدين تحديد أكثر من قانون للعقد ذاته، إذا ما حُدِّد نطاق تطبيق كل قانون وأخضع كل جزء فيه لقانون معين وحسب ما يتعلق بهذا النص أو ذاك من العقد. إذ أن ثمة فوائد كثيرة يمكن ضمان تحقيقها عند اختيار الأطراف قانوناً معيناً للجانب الموضوعي للعقد، وقانوناً آخر للإجراءات الواجب اتباعها عند ظهور نزاع ما، مثال ذلك يمكن اختيار القانون الإنجليزي ليحكم موضوع العقد، واختيار مبادئ التحكيم في (باريس) مع تطبيق الإجراءات في مدينة فرنسية أخرى، وذلك لتخفيف الصعوبات التي تواجهها المحاكم الإنجليزية في إطار صلاحياتها بالطعن في القرارات التحكيمية [٥٨].

وقد أخذت اتفاقية روما بهذا المبدأ بصراحة في المادة (٣) منها التي تنص على أنه: "يخضع العقد للقانون الذي يختاره الطرفان. والتعبير عن هذا الاختيار يجب أن يكون صريحاً أو تثبيته بدرجة معقولة من اليقين من خلال شروط العقد أو ظروف القضية. ويمكن للأطراف اختيار تحديد قانون واجب التطبيق على كامل العقد أو فقط جزء منه" [٥٩].

بالرجوع إلى ما تضمنته المادة (٢٠) من القانون المدني الأردني الذي يشير إلى اختيار القانون من قبل الطرفين، نجد أنها تضمنت حكما عاما يُمكِّن لقانون الإرادة، ويضمن وحدة

القانون الواجب تطبيقه على العقد، وهذا يتفق مع ما تميل إليه غالبية الفقه من اعتبار العقد وحدة واحدة في كل أجزائه، ويجب أن تخضع هذه الوحدة لقانون واحد، فهي وحدة قابلة للتأويل والتفسير، ولا تكفلها فكرة تحليل عناصر العقد، واختيار القانون الذي يتلاءم مع طبيعة كل منها [٦٠].

وفي رأي الباحث أنه يقتضي أن لا يترك للإرادة حرية اختيار إخضاع العلاقة العقدية الواحدة إلى أكثر من قانون؛ لأن العقد عملية قانونية واحدة من الناحيتين النفسية والاقتصادية، وأن إخضاع الشروط ذات الطابع الموضوعي إلى أنظمة قانونية متعددة، لا يخلو من المحاذير التي تحيط به، إذ إن التنازع بين الأنظمة المختلفة لا يمكن استبعاده، إضافة إلى ما ستواجهه المحكمة المتخصصة بنظر النزاع المتعلق بالعقد عند حسمها نزاعاً معيناً من صعوبات كثيرة تجاه تحديد أي من القوانين واجب التطبيق على هذا النزاع. زيادة على ذلك فإنه وإن كانت العلاقة العقدية هي بذاتها علاقة مركبة تقبل التجزئة، ولا يكون هناك ضير من تجزئة العقد في مثل هذه الحالة، فإن ذلك ينبغي أن لا يخلَّ بوحدة العقد، ولا يخالف النظام العام.

المطلب الثاني- التعبير الصريح عن الإرادة في اختيار القانون واجب التطبيق:

الأصل في اختيار القانون الواجب التطبيق هو تلاقي إرادة الطرفين برضاء تام، لذلك فان اختيار القانون يكون لحظة التعاقد بحيث يعبَّر عن القانون الذي يحكم العقد صراحة، فلا يترك لأحد الأطراف بتسميته لاحقا، إذ يعتد بتلك الإرادة كضابط إسناد على أساس أن القانون الذي اختير هو قانون مركز العلاقة العقدية. ومع ذلك صار من المألوف في التجارة الدولية والنقل الدولي وعقود نقل التكنولوجيا الالكترونية وجود عقود نموذجية بصورة قالب نموذجي واحد يخضع كل منها لقانون معين منصوص عليه فيه، بصرف النظر عن وجود أو عدم وجود صلة بين العقد وقانون الإرادة. وهي بذلك تقترب من عقود الإذعان لو اكتملت شروطه الأخرى [٦١].

والتعبير عن الإرادة يكون صريحاً إذا كشف المتعاقدان عن هذه الإرادة حسب المألوف بين الناس بالكلام أو الكتابة أو الإشارة أو نحو ذلك [٦٢]. إلا أن الطريقة الأكثر وضوحاً للتعبير الصريح عن الإرادة تتمثل بالتعبير الكتابي من خلال قيام أطراف العقد بتعيين القانون الواجب التطبيق على العقد، أو الذي يحكمه أو أن يكون ذلك من خلال الرسائل الالكترونية المتبادلة [٦٣] فيما يتعلق بالمعاملات الالكترونية عبر الانترنت.

فمهما تكن الاختلافات بين القوانين فإن وجود سلطة الأطراف لاختيار القانون الذي يحكم تصرفاتهم عن طريق التصريح الذي يحكم إرادتهم هو عادة ما يتفق عليه كما هو

منصوص عليه في الفقرة (١) من المادة (٢٠) من القانون المدني الأردني. وإذا كان التعبير الصريح عن إرادة الطرفين المتعاقدين لا يشكل خلافاً قانونياً، فالسؤال الذي يمكن إثارته حول هذه المسألة، هل يمكن الاعتداد بالإرادة الضمنية للأطراف في حالة عدم وجود إرادة صريحة لهم؟

عند سكوت المتعاقدين عن الإعلان عن إرادتيهما في تطبيق قانون معين فيرجع إلى إرادتهما الضمنية ويتم ذلك؛ إما بأن يتولى القانون مباشرة تحديد ذلك القانون، وإما أن يتولى القضاء تحديد ذلك القانون من خلال دراسته طبيعة العقد، عناصره، اقتصادياته وظروفه، وهي مسائل يستقل بها قاضي الموضوع، ولا تخضع بصفة عامة لرقابة المحكمة العليا، كما سيبينه الباحث فيما يأتي:

♦ **الفقرة- ١- الاعتداد بالإرادة الضمنية لأطراف التعاقد:**

في حال عدم وجود إرادة صحيحة، فإن ثمة مؤشرات (قرائن) قد تكون مأخوذة من داخل العقد، أو من خارجه، يعتمدها القاضي كضوابط إسناد في الكشف عن الإرادة. القرائن التي تكون من داخل العقد منها ما هي خاصة بالعقد نفسه كمضمون العقد، أو عملة الدفع، أو محل العقد، أو الاختصاص القضائي، ومنها ما هي عامة في كل العقود كمكان إبرام العقد، أو مكان تنفيذه، ومنها ما تكون مؤشرات مكملة كالجنسية المشتركة للمتعاقدين، أو الموطن المشترك، أو مركز الأعمال المشترك لهما.

وقد استقر هذا المبدأ في بريطانيا نتيجة لسلسلة من السوابق القضائية منذ عام (١٨٦٥)[٦٤]، ففي قضية Vita Food [٦٥] صرح اللورد Wright بأن نية الأطراف المتعاقدة باختيار القانون يتم تأكيدها عن طريق التعبير الصريح عن ذلك، فإذا لم تكن النية واضحة ومصرَّحاً بها، فإنه يتم استخلاصها من المحكمة بتركيز العلاقة من خلال تسكين العقد اعتماداً على عناصر مادية كنصوص التعاقد والظروف المحيطة ذات الصلة [٦٦].

كما استقر القضاء الألماني على أن الإرادة الضمنية لاختيار القانون تكون مفترضة إذا ما وُجدت أيٌّ من الظروف الآتية؛ صلة مع الأحكام التشريعية لدولة معينة؛ وصلة مع أعراف معينة؛ واتفاق حول مقاييس معينة للتجارة أو استخدام هيئة معينة للتحكيم، كما يمكن الوصول إلى الإرادة الضمنية من خلال الظروف المحيطة بالعقد مثل عقود البيع التي تنفذ في ألمانيا، والتي يتحدد فيها السعر بالعملة الألمانية [٦٧].

أما في فرنسا، فرغم عدم وجود نص تشريعي على ذلك، فقد استقر الاجتهاد القضائي الفرنسي بالاعتداد بالإرادة الضمنية لأطراف العقد، وكان أول قرار قضائي فرنسي [٦٨] يؤكد حرية الأفراد باختيار قانون يحكم عقودهم الدولية في عام ١٨٨٤. بينما لم يكن

القضاء الفرنسي في بداية أحكامه يعترف بالإرادة الضمنية وإنما بمباشرة القاضي نظرية التركيز الموضوعي، ففي حال إغفال أطراف العقد تعيين القانون المختار الذي يحكم العلاقة العقدية، فان معالجة هذا الأمر سوف يتم من قبل القاضي من خلال تحققه بأن القانون المختار هو قانون الدولة الذي تم تركيز العقد فيها، وينتج فيها أغلب آثاره، ويعتمد في ذلك على القرائن الموجودة في العقد مثل قرينة مكان إبرام العقد lex loci contractus أو تنفيذه lex loci solution[٦٩]، أو قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين الذي يكون له الأفضلية. والرأي الراجح حسب ما استقر عليه القضاء الفرنسي، هو تمكين المتعاقدين من اختيار القانون الذي يسري على عقدهما، والذي قد يكون إما مكان تنفيذه أو قانون مكان الإقامة أو القانون الشخصي للمتعاقد.

يتضح مما تقدم أن هذه القرائن يختلف تحديدها من دولة إلى أخرى، بل إنها تختلف في الدولة الواحدة ذاتها كما هو الحال في الولايات المتحدة الأمريكية[٧٠]. إلا أنه من الثابت القول بأن هناك من المعايير التي لا تصلح لأن تكون ضابطاً للفصل في تحديد القانون الواجب التطبيق كالعملة التي يحدد على أساسها السعر في العقد، وخاصة الدولار الأمريكي الذي يجري تداوله على مستوى عالمي، مما يصعب تحديد القانون المختار بناء على نوع العملة. وكذلك اللغة، حيث يصعب اختيار القانون الواجب التطبيق من خلال اللغة التي صيغ بها العقد بسبب اعتماد ذات اللغة في أكثر من دولة، كاللغة العربية حيث يوجد أكثر من اثنتين وعشرين دولة تستخدم هذه اللغة الرسمية، وكذلك الحال يطبق على اللغة الإنجليزية والاسبانية.

♦ **الفقرة- ٢- ضوابط إسناد اختيارية:**

إذا لم يتمكن القاضي المتخصص بنظر النزاع من التوصل إلى القانون الواجب التطبيق، أو القانون الذي اتجهت إلى اختياره الإرادة الضمنية لأطراف التعاقد عند عدم كفايتها، فيمكن اللجوء إلى القانون الذي يختاره القاضي ليفترضه بأنه هو القانون المختار والذي يتوصل إليه القاضي من خلال معايير مختلفة يكون فيها ملزماً بتحديد القانون الأوثق صلة بالعلاقة العقدية، closest connection وذلك إما وفقا لمعايير مرنة تختلف من حالة إلى أخرى كمعيار الأداء المميز[٧١]، أو وفقاً لضوابط جامدة ومحددة سلفاً مثل قانون دولة مكان إبرام العقد أو قانون دولة مكان تنفيذه، والتي سنبينها كما يأتي:

- **أولاً- المعايير المتعلقة بالأداء المميز:**

لمّا كان العقد يحوي جملة من الالتزامات المتعددة في العلاقة العقدية، فإن هناك التزاماً منها يعبر عن حقيقة هذه العلاقة ويميز العقد عن غيره من العقود، ومن ثم يصلح

أن يتم الاعتماد عليه لتحديد القانون واجب التطبيق على مجمل العقد [٧٢] . وعليه، يغلب في مجال المعاملات الالكترونية أن يكون المعيار هو الأداء المميز والتوطين في الدولة التي بها مقر أو مركز الشركة التي تقدم الخدمة [٧٣] .

وقد لاقى هذا المعيار انتقادات شديدة [٧٤] ، تؤكد بأنه لا يصلح الاعتماد عليه لتحديد القانون الواجب التطبيق، وذلك لاستحالة تحديد الالتزام الذي يمكن اعتباره أداءً مميزاً من بين التزامات متعددة كان لها ذات الأهمية، مما سيدع مجالاً آخراً لتفسيرات المحاكم والمحكمين في موضوع النزاع.

- **ثانياً- وضع قواعد إسناد جامدة:**

لما كان أمر تعيين قانون الإرادة يبلغ من الدقة حداً يصعب معه اعتماد هذه القرينة أو تلك وإنما يقتضي بحث ظروف الحال بالنسبة لكل عقد، مما يلقي عبئا كبيراً على القاضي، أتجه المشرعون في بعض الدول للتسهيل على القاضي عند عدم وجود إرادة صريحة أو ضمنية للمتعاقدين من خلال النص على ضوابط مقيدة، يتعين على أساسها القانون الذي يحكم العقد. والضوابط التي يعول عليها المشرعون عادة هي الجنسية المشتركة والموطن المشترك للمتعاقدين ومحل إبرام العقد، وقد يجمع المشرع بين أكثر من قرينة من هذه القرائن، وقد يكتفي بإحداها وهي عادة محل انعقاد العقد.

ويُلاحظ ان المشرع في كل من الأردن وسوريا ومصر من خلال المواد (٢٠/ ١ ق. م. أردني و٢٠/ ١ مدني سوري و١٩/ ١ مدني مصري) قد حسم المسألة بوضع قاعدة إسناد جامدة غير مرنة، وان كانت ذات خيارات متعددة، فبعد أن أعطى الأولوية ابتداء لإرادة الأطراف المتعاقدة لاختيار القانون الذي يحكم العلاقة العقدية في مجال العقود الدولية، قضى بأنه في حال غياب هذا القانون، فان القانون الواجب التطبيق هو قانون الموطن المشترك لأطراف العقد إذا اتحدوا في الموطن، أما إذا اختلفا في الموطن فيطبق قانون الدولة التي أبرم فيها العقد.

وبذلك فإن قانون بلد إبرام العقد لا يرجع إليه إلا في حالة عدم اتفاق أطراف العقد على قانون معين، فيكون المشرع في كل من تلك الدول قد جعل من مكان إبرام العقد ضابطا احتياطياً [٧٥] إضافة إلى قانون الموطن المشترك. بينما يُعدّ ضابط مكان تنفيذ العقد هو المفضل، في الغالب، لدى الفقه الفرنسي [٧٦] ، الذي عدَّ مكان إبرام العقد دليلا على الإرادة الضمنية.

ويبدو من خلال المادة (٢٥) من القانون الإيطالي السالفة الذكر، أن حرية أطراف التعاقد في اختيار القانون الذي يحكم العقد ليست مطلقة، حيث أوضحت هذه المادة

المعايير التي تطبق على العقود، والتي وردت بشكل محدد في القانون. وإذا كان لأطراف العقد الحرية في الاتفاق على خلاف ذلك، فيشترط وجود صلة أو علاقة منطقية بين القانون الذي اختاروه ليحكم العقد، وبين موضوع العلاقة القانونية في العقد نفسه. بينما لم يشترط القانون الأردني وجود مثل هذه العلاقة كما سيتبين ذلك.

أما في ألمانيا، ففي حال تعذر الوصول إلى القانون المختار من خلال الإرادة الصريحة أو الضمنية لأطراف التعاقد، فانه عملاً بأحكام المادة (٢٨/ ١) من القانون المدني [٧٧] (تقابلها المادة ٤/ ١ من اتفاقية روما [٧٨]) سوف يخضع العقد إلى قانون الدولة التي تكون الأوثق صلة بالعقد [٧٩] . ومن أجل تجنب تحديد الصلة الأوثق لكل حالة على حده فإن المادة (٢٨/ ٢، ٤) من القانون المدني الألماني حددت أربعة افتراضات لتحديد القانون الواجب التطبيق لأكثر أنواع العقود ذات الصلة [٨٠]. وعملا بالمادة (٢٨/ ٥) من القانون المدني الألماني، فإن هذه الافتراضات يمكن استبعادها إذا تبين من مجمل الظروف أن العقد له صلات اقرب أو أوثق مع دول أخرى. أكثر هذه الافتراضات صلة بالعقد حسب ما تنص عليه المادة (٢٨/ ٢) من القانون الألماني، ذلك الذي يفترض أن الصلة الأوثق للعقد يكون للدولة التي يقع فيها مكان الإقامة المعتاد للطرف الذي يؤثر في الفعالية التي يتسم بها العقد ويتميز بها [٨١] (الأداء المميز) .

ويؤيد الباحث ما ذهب إليه الفقه الفرنسي بتفضيل مكان تنفيذ العقد (نظرية التطبيق المكاني) كضابط إسناد، وهو ما اتجه إليه أيضاً الفقيه سافيني استناداً لفكرة الخضوع الإرادي (الاختياري) . فعند تحليله للروابط القانونية، قام بتركيز هذه العلاقة، والتركيز يكون في المكان الذي تنتج فيه الرابطة العقدية آثارها أو معظم آثارها [٨٢] .

وتبرز أهمية تفضيل الأخذ بمكان تنفيذ العقد لكون الهدف من العقد هو تنفيذه، وهذا يقضي باختيار القانون الذي يُمكِّن به الدائنُ المدينَ تنفيذ العقد فيه، وتسكينه بواسطة عناصر مادية. لذلك فان القانون الذي يحكم العقود المتعلقة بأموال غير منقولة يكون قانون المكان الذي توجد به هذه الأموال، أما في حال تعدد أمكنة تنفيذ العقد كما في بيع أموال منقولة، فإن تجاوز إشكالية تحديد القانون الواجب التطبيق بسبب تعدد هذه الأمكنة يقتضي تطبيق القانون الذي يمثل الثقل الأكبر في العقد، الذي تتركز فيه المصالح، وهو قانون مكان تنفيذ الالتزام الرئيس، وهو مكان تسليم المبيع في هذه الحالة، وليس مكان الوفاء.

أما الأخذ بمكان إبرام العقد [٨٣] كضابط إسناد، فلا شك أن ذلك يستلزم تعيين هذا المكان، وهو ما يثير صعوبة، فيظل موقوفاً ولا يمكن تركيزه في صورة سهلة، وخاصة إذا

كان التعاقد بين غائبين كما في العقود الالكترونية أو التي تتم من خلال البريد العادي، حيث تظهر إمكانية الاختلاف في تعيين محل الإبرام أثر الاختلاف في مكان انعقاد العقد في حالة الاختلاف بين الأخذ بفكرة إصدار القبول والعلم بالقبول. وقد اعتبرت المادة (١٠١) من القانون المدني الأردني والمادة (٩٨) من القانون المدني السوري [٨٤] بالنسبة لتحديد مكان العقد وزمانه بين غائبين أن العقد ينعقد في المكان والزمان اللذين أعلن فيهما القبول [٨٥] ، وبالتالي فان مكان إبرام العقد يكون الدولة التي يعلن فيها الموجب له القبول، وقد يكون البائع هو الموجب ويصدر القبول في هذه الحالة من الموجب له المستهلك، وقد يكون ما صدر عن البائع مجرد عرض للبيع فيكون الموجب هو المستهلك، ويصدر القبول في هذه الحالة من الموجب له البائع [٨٦] . بينما المشرع المصري أخذ بمبدأ علم الموجب بالقبول [٨٧] .

المطلب الثالث موقف المشرع الأردني من قانون الإرادة والاعتداد بالإرادة الضمنية:

بداية لا بد من الإشارة إلى أن المشرع السوري، وكذلك المصري [٨٨] – فضلا عن الاعتداد بالإرادة الصريحة لتحديد القانون الواجب التطبيق وفقا للضوابط المشار إليها أعلاه– قد أشارا صراحة إلى الاعتداد بالإرادة الضمنية للمتعاقدين لاختيار القانون الواجب التطبيق من خلال النظر في ظروف وحيثيات العقد وجنسية وموطن المتعاقدين، وهذا يستدل عليه من خلال عبارة: " أو تبين من الظروف أن قانوناً آخر هو الذي يراد تطبيقه" الواردة في المواد المذكورة. بينما لم يورد المشرع الأردني هذه العبارة ضمن المادة (٢٠) ، وربما أراد من إسقاط هذه العبارة، ان يترك للقاضي أمر استخلاص الإرادة الضمنية، ومنحه سلطة تقديرية حول هذه المسألة، وبخاصة أن الاتجاه الحديث للتشريع وفقهاء القانون الدولي الخاص يذهب إلى الاعتداد بالإرادة الضمنية، مما يصح معه الاستناد إلى المادة (٢٥) [٨٩] من القانون المدني الأردني التي وإن لم تعتدّ بالإرادة الضمنية إلا أنه يمكن من خلالها تطبيق ما ورد في القانون الدولي الخاص بشأن الإرادة الضمنية، هذا فضلاً عما أوردته المادة (١٠٣/ ١) من الدستور الأردني لعام (١٩٥٢) .

وبذلك يستطيع القاضي الذي ينظر النزاع في حال عدم وجود الإرادة الصريحة للمتعاقدين باختيار القانون الذي يحكم العقد سواء عُبِّر عنها كتابة أو إشارة أو نحو ذلك، أن يعتد بالإرادة الضمنية لهما والتي يستخلصها القاضي من ظروف الحال، كالنظر إلى مكان إبرام العقد وجنسية وموطنهما المتعاقدين وظروف وحيثيات العقد، كما لو اتحدت مثلاً المحكمة التي جعلها المتعاقدان متخصصة بنظر النزاعات المتعلقة بالعقد، مما يدل على انصراف إرادتهما الضمنية إلى إخضاع العقد لقانون دولة القاضي.

وفي حال تعذر وصول القاضي إلى القانون الذي يحكم العلاقة العقدية، لا من خلال الإرادة الصريحة، ولا من خلال الإرادة الضمنية، يلجأ القاضي إلى تعيين هذا القانون من خلال ضابطي الإسناد المنصوص عليهما في المواد (٢٠/ ١ ق. م. أردني و٢٠/ ١ مدني سوري و١٩/ ١ مدني مصري) مبتدئاً بقرينة الموطن المشترك لأطراف العقد إذا اتحدا في الموطن، فيطبق قانون الدولة التي يوجد بها هذا الموطن، فإن لم يكن للمتعاقدين موطن مشترك لجأ القاضي إلى إعمال قرينة محل إبرام العقد، وتطبيق قانون الدولة التي أبرم فيها العقد.

بمعنى آخر إذا انتفت إرادة الأطراف الصريحة أو الضمنية في اختيار القانون الواجب التطبيق، فقد افترض المشرع أن المتعاقديْن قد أرادا تطبيق قانون الموطن المشترك لهما، فإن لم يوجد لهما موطن مشترك افترض المشرع أنهما أرادا قانون الدولة التي أبرم فيها العقد. وبعبارة أخرى فإن ضابطي الإسناد (قانون الموطن المشترك وقانون محل إبرام العقد) يطبقان على سبيل التدرج بحكم القانون، لا بمقتضى إرادة المتعاقدين.

ولأول وهلة قد يبدو ما ورد أعلاه صحيحاً من خلال قراءة سريعة لما ورد في المواد (٢٠/ ١ ق. م. أردني، و٢٠/ ١ ق. م. سوري، و١٩/ ١ ق. م. مصري) ، إلا أن ما يبدو للباحث من خلال التمعن بما ورد في المواد المذكورة بأنه لا يستفاد منها التزام القاضي بالتدرج الوارد فيها. فالقاضي لا يلتزم بالأخذ بضابط القانون المشترك قبل الأخذ بمكان تنفيذ العقد أو العكس، كما أن هذه النصوص كانت واضحة بمنح المتعاقدين الحرية على الاتفاق على ما يخالف هذه الضوابط، وبذلك يجوز للمتعاقدين حتى وإن اتحدا في الموطن اختيار قانون آخر غير قانون الموطن المشترك، وهذا ما يذهب إليه بعضهم [٩٠] من أنه حتى في حالات وجود التعيين الصريح من قبل المتعاقدين للقانون المختار، فان تسكين العقد يبقى قائماً رغم ذلك، وأن كل ما في الأمر أن هذا الاختيار الصريح يكون له أهمية خاصة لدى القاضي كعنصر مادي جديد من العناصر التي يتم من خلالها تسكين العقد، والبحث عن وجود صلة بينه وبين القانون المختار.

ثم إن المشرع في القوانين المذكورة أعلاه رغم أنه قد أشار صراحة إلى حرية الأطراف في القانون الواجب التطبيق، فإنه لم يراعِ تقييد هذه الحرية بأن يكون القانون المختار له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد مما يضيف انتقاداً آخر إلى هذه النصوص. إذ إن في إجراء هذا القيد ثلاث فوائد: تكمن الفائدة الأولى بأن في إدخال هذا الشرط وجود ضوابط إسناد أكثر مراعاة لمصالح أطراف التعاقد، بحيث تتسم بالمرونة بما يتلاءم مع التطور التكنولوجي للعقود الدولية.

أما الفائدة الثانية، فان من شأن ذلك أن يمنع المتعاقديْن أن يختارا لحكم عقدهما قانوناً لا صلة له مطلقاً بهما، ولا بعقدهما دون أن يكون من وراء ذلك تحايل أو هروب من القانون الواجب التطبيق أو كما يُسمى "الغش على القانون" La fraude A la loi [٩١]. واستناداً لهذا المفهوم لو تعاقد شخص بريطاني مع برتغالي، لينقل له بضاعة من ألمانيا إلى إسبانيا، يرى أغلب الكتاب [٩٢] أنه ليس في مقدور المتعاقدين في هذه الحالة إخضاع عقد النقل إلى القانون الفرنسي، لأن القانون المختار يجب أن تكون له صلة وثيقة وحقيقية بالعقد [٩٣] أو بأطرافه كأن يحمل أي منهما جنسيته، وبغير ذلك لا يمكن تبرير القبول بهذا الاختيار، إذ إن من شأن ذلك أن يفسح المجال للتحايل على القوانين المتخصصة.

وتتمثل الفائدة الثالثة بأنه في حال غياب الإرادة الصريحة أو الضمنية لأطراف التعاقد في اختيار القانون الواجب التطبيق، فإنه لا يترك للقاضي الحرية المطلقة لافتراض هذا القانون دونما أي اعتبار لضوابط الإسناد التي افترضها المشرع ونص عليها في هذه الحالة. وبهذا التعديل – على النحو الذي سيقترحه الباحث أدناه– فإنه يمكن إجراء المزيد من التقييد على سلطة القاضي إذا استجدت ظروف تقتضي الأخذ بقرائن أخرى تواكب ما يتوصل إليه الفقه، والقضاء في ظل هذا التطور للعقود ذات العنصر الأجنبي.

لذلك يقترح الباحث تعديل نص المادة (٢٠/ ١) من القانون المدني الأردني لتصبح مكونة من ثلاث فقرات كالآتي:

١. مع مراعاة ما ورد في الفقرة الثانية والثالثة من هذه المادة يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين، إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد.

٢. يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين اذا اتحدا موطناً، فإن اختلفا سرى قانون الدولة التي يتم فيها تنفيذ العقد.

٣. على أن قانون موقع العقار هو الذي يسري على العقود التي أبرمت في شأن هذا العقار".

فضلاً عن ذلك فإن هذا التعديل لن يؤثر على ضوابط الإسناد التي افترضها المشرع وفقا للتدرج الوارد في الفقرة الثانية من النص المقترح، مع ملاحظة أن هذا الاقتراح قد تضمن تعديل مكان إبرام العقد بمكان تنفيذه.

وفي كل الأحوال، فإن مسالة التنازع في القوانين واختيار القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية معقدة وصعبة، وإن محاولات إيجاد الحلول لها تظل تراوح مكانها ما لم تحلُّ بنص دولي، خاصة ونحن نشاهد الاتفاقيات الإقليمية كاتفاقية روما الموقعة بين دول الاتحاد الأوروبي، وهي تحيط نفسها ومواطنيها بسياج منيع من الحماية. فوفقاً

لهذه الاتفاقية فإن القانون الواجب التطبيق حال غياب القانون المختار من قبل الطرفين صراحة أو ضمناً هو قانون الدولة الأوثق صلة بالعقد، وهذه الدولة- حسب ما نصت عليه الفقرتين الاولى والثانية من المادة (٤) من اتفاقية روما- هي الدولة التي يقيم فيها وقت إبرام العقد المتعاقد الذي يقع عليه تنفيذ الالتزام الرئيس في العقد، وهو بالطبع - في مجال البيوع الالكترونية- لا يخرج عن أن يكون البائع، وهو يقيناً يكون أحد مواطني دول الاتفاقية الأوروبية، مما يعني بالآتي تطبيق قانون دولته.

والحقيقةُ ان اختيار القانون الواجب التطبيق، يجب أن يبنى على أسس تقوم على قرائن حقيقية وسليمة، يستعين بها القاضي لتحديد القانون الواجب التطبيق، غايته في ذلك تحقيق العدالة ومراعاة الأعراف المهنية والتجارية والمدنية القائمة على حسن النية.

خاتمة:

خلاصة القول إن مصطلح حرية اختيار القانون قد طوِّر بصورة أكثر من مفهوم النظريات المتغيرة وفقاً للظروف السياسية والاجتماعية والاقتصادية السائدة في المجتمعات، والتي بلا شك تستهدف من كل ذلك قواعد العدالة، فهناك من النظريات (الموضوعية) التي تضيق من حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، بينما نجد نظريات أخرى (الشخصية) تمنح أطراف العلاقة القانونية حرية مطلقة في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد المبرم، إضافة إلى نظريات أخرى تعتمد على ضوابط إسناد جامدة أو مرنة، يضعها المشرع وفقا لسياسته التشريعية.

ولا شك في تأثر القوانين بهذه النظريات، إذ إن موضوع قانون الإرادة مسألة متصلة بالسياسية التشريعية لكل مشرع من خلال إعطائه الأولوية لنظرية بدلاً من الأخرى، ولكن في الوقت نفسه الأخذ بعين الاعتبار النظرية الثانية سواء صراحة أو ضمناً، أو حتى من خلال مجرد عامل موضوعي. إذ إنه ليس مناسبا إعطاء أفضلية لقانون من تلك القوانين وفقا للضوابط التي أوردها المشرع، فالأفضل هو اختيار القاعدة التي بموجبها تُترك الحرية لقاضي الموضوع؛ لأن يختار القانون المناسب شريطة مراعاة تلك الضوابط بداية. كما تطبيق هذه القاعدة من باب أولى في الحالات التي لم تحدد فيها النصوص التشريعية ضوابط معينة يجب على أطراف التعاقد اتباع التدرج فيها لغايات الاتفاق على تحديد القانون المختار.

أما بعد أن يتم تحديد هذه القاعدة، ولجوء قاضي النزاع إلى الضوابط لتحديد القانون المختار بحثاً عن الصلة الأوثق للقانون مع الرابطة العقدية، فقد انتهى الباحث إلى أن الأفضلية تكون لقانون مكان تنفيذ العقد.

وفي نهاية هذا البحث، يخلص الباحث إلى الاقتراحات والتوصيات الآتية:

١. أن يكون القانون الواجب التطبيق من الناحية الموضوعية يخضع في الأصل لفكرة قانون الإرادة، التي لا تعني غير اختيار الأطراف في العقد الدولي لقانون وطني لدولة معينة إن كان أكثر ملاءمة.

٢. مع ذلك يجب أن لا يكون القانون الذي يختاره المتعاقدان مقطوع الصلة بالعقد، لأن الصلة بين العقد وقانون الإرادة هي التي تبرر الاختيار، سواء كانت هذه الصلة شخصية كجنسية المتعاقدين ومحل اقامتهم، أم موضوعية كمكان أبرام العقد أو– كما يرى الباحث ترجيحه– مكان تنفيذ العقد.

٣. تعديل نص المادة (٢٠/ ١) من القانون المدني الأردني وفقا للاقتراح الذي تقدم به الباحث [٩٤].

٤. السعي لإقرار نص قانوني دولي يتضمن معايير أساسية يتفق عليها لتحديد مفهوم قانون الإرادة، ويكون له أولوية التطبيق على القوانين الداخلية، وعلى الاتفاقيات الإقليمية، بحيث يراعي القيود والأولويات الواردة على قانون الإرادة، كما هو منصوص عليها في القوانين الوطنية. وبغير ذلك نرى الإبقاء على قواعد الإسناد التقليدية، وكما هي واردة في التشريعات العربية المحلية، والتمسك بها مع إجراء ما يلزم لتطويرها بحذر بما يتلاءم مع التطورات الحديثة للعقود الدولية في المجال الالكتروني.

ورغم ذلك فإن ما لا يمكن إنكاره أن الاختلاف على تعيين القانون الواجب التطبيق يعني اللجوء إلى شخص ثالث أو محكمة العقد لغرض تقرير القانون الواجب التطبيق، ولكن ذلك قد يحمل نتائج خطرة لأحد طرفي العقد، لذا فإن عليهم تفادي هذه الحالة من خلال اتفاقهم المسبق على القواعد القانونية الواجبة التطبيق.

الهوامش:

١. وتتكون العلاقة القانونية من ثلاثة عناصر؛ سبب منشئ لها، وأشخاص هذه العلاقة، وموضوعها وهو القيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل.

٢. تنص المادة (٢٧) من قانون اصول المحاكمات الأردني رقم (٢٤) لسنة ١٩٨٨ وتعديلاته على ان:

تمارس المحاكم النظامية في المملكة الأردنية الهاشمية حق القضاء على جميع الأشخاص في المواد المدنية، باستثناء

المواد التي قد يفوض فيها حق القضاء إلى محاكم دينية أو محاكم خاصة بموجب أحكام أي قانون آخر.

تختص المحاكم الأردنية بالفصل في الدعوى ولو لم تكن داخلة في اختصاصها اذا قبل الخصم ولايتها صراحة أو ضمنا.

اذا رفعت للمحاكم الأردنية دعوى داخلة في اختصاصها فانها تكون متخصصة أيضا بالفصل في المسائل والطلبات المرتبطة

بالدعوى الأصلية وفي كل طلب يرتبط بهذه الدعوى ويقتضي حسن سير العدالة أن ينظر فيها. كما تختص المحاكم الأردنية بالاجراءات الوقتية والتحفظية التي تنفذ في الأردن ولو كانت غير متخصصة بالدعوى الأصلية".

٣. انظر د. محمد علي جواد: العقود الدولية- مفاوضاتها- إبرامها- تنفيذها، مكتبة دار الثقافة، عمان، ١٩٩٨، ص ٤٥ وما بعدها.

٤. وقد أطلق هذا الاصطلاح لأول مرة بواسطة المحامي Foelix. على الرغم من انثمة انتقادات لتسميته بالقانون الدولي الخاص، لانذلك يُثيرالخلط والالتباس ويوحي بانتماء هذا القانون إلى فروع القانون العام، وبنفس الوقت يتمتع بصفة خاصة. انظر Foelix (TraiM de Droit Inter- national Prive", Paris, 1843, مشار إليه في مجلة جامعة (كامبرج) الربعية International & Comparative Law Quarterly على الموقع الالكتروني . http:// journals. cambridge. org. (printed 6/ 12/ 2010)

٥. د. علي صادق أبو هيف: القانون الدولي العام - النظريات والمبادئ العامة- أشخاص القانون الدولي- النطاق الدولي- العلاقات الدولية- التنظيم الدولي- المنازعات الدولية- الحرب والحياد، منشأة المعارف بالإسكندرية، ط ١٢، دون سنة نشر، ص ١٣ و١٤.

٦. ويُستخدم هذا المصطلحفي أمريكا وبريطانيا وكندا واستراليا، بينما تستخدم مصطلح القانون الدولي الخاص فرنسا وايطاليا واليونان واسبانيا والدول التي تتحدث باللغة البرتغالية، انظر د. أحمد عبد الحميد عشوش: تنازع مناهج تنازع القوانين، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، ١٩٨٩، ص ٧؛ انظر كذلك (:. (2010 -12 -13 printed http:// en. wikipedia. org/ wiki/ Conflict_of_laws

٧. د. أحمد عبد الكريم سلامة: قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١، ص ١٥٦ و١٥٧.

٨. انظر د. عبد الفتاح بيومي حجازي: النظام القانوني لحماية التجارة الالكترونية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٢، ص ١٧٠؛ وانظر كذلك اشرف وفا محمد: "عقود التجارة الالكترونية في القانون الدولي الخاص"، المجلة المصرية للقانون الدولي الخاص، الجمعية المصرية للقانون الدولي، المجلد السابع والخمسون، ٢٠٠١، ص ١٩٩.

٩. Peter Nigh: Autonomy in International Contracts (Oxford, Clarendon .Press,1999) Ch I, p. 37

١٠. د. محمد حسين منصور: المسؤولية الالكترونية، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، ٢٠٠٧، ص ٣٥٣.

١١. د. خالد الزعبي ود. منذر الفضل: المدخل إلى علم القانون، مكتبة دار الثقافة، ١٩٩٥ ص ٦١.

١٢. د. غالب الداودي: تنازع القوانين، دار الثقافة والنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠١، ص ١٨.

١٣. ومثال ذلك، في موضوع الأهلية حيث نجد أن المشرع الأردني قد استند إلى الجنسية فالجنسية تُعدّ ضابط الإسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق فيما يخص الأهلية.

١٤. د. مرتضى نصر الله: القانون الدولي الخاص التجاري – مجموعة المحاضرات التي ألقيت على طلبة كلية التجارة، الصف الرابع تجاري، مطبعة النجف الأشراف، العراق، بدون سنة نشر، ص ١٢.

١٥. د. محمد وليد المصري: الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دار الثقافة والنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١١، ص ٢٨.

١٦. للمزيد من التفاصيل بخصوص المراحل التاريخية التي مر بها مبدأ سلطان الإرادة، يُنظر د. عبد المنعم فرج الصدة: مصادر الالتزام– دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٧٩، ص ٤٩ وما بعدها.

١٧. د. مرتضى نصر الله: المرجع السابق ذكره، ص ٣٦.

١٨. رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦، المنشور في الجريدة الرسمية رقم ٢٦٤٥ تاريخ ١/ ٨/ ١٩٧٦ وتقابلها المادة ٢٠/ ٢ من القانون المدني السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم (٨٤) تاريخ ١٨/ ٥/ ١٩٤٩ وكذلك المادة ١٩/ ٢ من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨.

١٩. في القرن السادس عشر صرح" دوملين" (١٥٠١– ١٥٦٦) بان القانون الواجب التطبيق على المؤسسة الزوجية هو ذلك الذي تقرره نية الطرفين، وان إرادة الطرفان قد تختار قانوناً آخر ملائم، Peter Nigh: Id. at pp 4- 5.

٢٠. انظر د. هشام على صادق، دروس في تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٣، ص ٣٣١.

٢١. مشار إلى هذه الانتقادات بشكل عام لدى د. عبد المنعم فرج الصدة: مصادر الالتزام، المرجع السابق ذكره، ص ٥٠.

٢٢. للاطلاع على مضمون هذه النظرية والانتقادات الموجه إليها، يُنظر د. مرتضى نصر الله، المرجع السابق ذكره، ص٥٥ وما بعدها.

٢٣. Mathias Reimann,: " Savigny's Triumph? Choice of Law in Contracts Cases at the Close of the Twentieth Century", (1999) 39 VA. J. INT'L L. 571, 576.

٢٤. د. مرتضى نصر الله: المرجع السابق ذكره، ص ٥١.

٢٥. مخالفا بذلك رأي مواطنه " ثايبوت" Thibaut الذي كان يطالب بتقنين القانون الخاص بالإجراءات، والقانون الجزائي، انظر:

Chia- Jut Cheng: Clive M. Schmittoff's Select Essays on International Trade law , Martinus Nijhoff Bublishers, Graham& Tortman Ltd. London,UK, 1988, at p. 117.

٢٦. Hessel E. Yntema: Autonomy in choice of law, American Journal of Comparative Law (A. J. C. L) . Vol. 1. ,no (Autumn,1952) pp. 341-358. Published by American Society of Comparative Law. Stable ULR. Code=ascl http:// www. jstor. org/ action/ showPublisher?publisher . ((printed 3/ 3/ 2011

٢٧. وقد اقر القضاة الانجليز مبدأ (القانون الملائم للعقد) وتم تطبيقه في سلسلة من القرارات القضائية منذ عام ١٨٦٥، وهو مختلف عن قانون تنفيذ العقد أو مكان إبرام العقد التي يصفها الفقهاء الانجليز بأنها معايير تعسفية قاسية وحاسمة وجامدة. فوفقا

لهذا المبدأ فان إرادة الأطراف سوف يتم التوصل إليها في كل قضية من خلال القضاة الذين سوف يأخذون بعين الاعتبار العبارات التي ورد فيها العقد، وأوضاع الأطراف المتعاقدة وكل الظروف المحيطة والتي من خلالها يتحدد القانون الواجب التطبيق الذي سيكون يقينا قانون محلي، انظر Mert Elcin: Id. at p. 13.

٢٨. Henri Batiffol: " Les Conflits de Lois en Matière de Contrats" (,Paris,1938) ,Harvard Law Review Vol. 53, No. 3 (Jan. , 1940) , pp. 518- 520 at p. 518. .Stable URL: http:// www. jstor. org/ stable/ 1333504

٢٩. Dicey. Morris&Morris: The Conflicts of Laws ,9thed. Stevens, Lon- .don,1973, p. 721

٣٠. Laurent F. : Le Droit Civil International, Bruxelles, Paris,1888,vol. 2 at p. - .378 & vol. 7 at p. 512

مشار إليه لدى: Hessel E. Yntema: Id. p. 734.

٣١. فقد قضت محكمة النقض الفرنسية في حكم لها صدر بتاريخ ٥- ١٢- ١٩١٠ بان " القانون الواجب التطبيق على العقود هو القانون الذي تبنته إرادة الطرفين المتعاقدين" مشار إليه لدى د. هشام علي صادق: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٥، ص ١٣٠.

٣٢. Cooke P. , of the New Zealand Court of Appeal in CBI NZ Ltd v Badger - Chyoda {1989} 2 NZLR 669 p. 675, see Megan Richardson and Richard Garnett: Choice of Law and Forum in International Commercial Contracts: Trends in Common Law Jurisdictions (A Non- European Perspective) , Melbourne Law School, the University of Melbourne, p. 1

مقال متاح على الموقع الالكتروني:

http:// www. ialsnet. org/ meetings/ business/ RichardsonMegan- Australia. pdf. (printed 12- 12- 2010) .

٣٣. انظر د. أحمد عبد الكريم سلامة: علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع أصولا ومنهجا، مكتبة الجلاء الجديدة، ط ١، المنصورة، بدون سنة نشر، ص ١٠٦٤.

٣٤. د. عادل أبو هشيمة محمد حوته: عقود خدمات المعلومات الالكترونية في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤، ص ٦٥.

٣٥. د. هشام علي صادق: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، المرجع السابق، ص ١٤٥.

٣٦. أي القانون الذي سمح للأطراف اختيار قانون ليحكم علاقاتهم، انظر د. هشام علي صادق: القانون الواجب التطبيق، مرجع سابق، ص ٣٥٠.

٣٧. تم اقتراح هذه النظرية من قبلالفقيه " باتيفول" Batiffol انظر:Henri Batiffol: Id. p. 38.

٣٨. د. محمد حسين منصور: المرجع السابق ذكره، ص ٣٥٣.

٣٩. - Hessel E. Yntema: Id. p. 344 .

٤٠. يمكن تعريف نظرية الإحالة بأنها النظرية التي تلزم بتطبيق قواعد الإسناد الأجنبية أولا في القانون الذي تقرر تطبيقه بموجب قواعد إسناد دولة المحكمة التي تنظر في النزاع على شرط أن يكون هناك اختلاف في الحكم ما بين قواعد الإسناد الوطنية وقواعد الإسناد الأجنبية، انظر د. مرتضى نصر الله: المرجع السابق، ص ٧٧ وما بعدها.

٤١. - Niboyet: " La theorie de ¾autonomie de la Volonté, (1927) ,1 Hague Rec. 1 ; Pillet A. ," Traité Pratique de DIP, (1924) PP. 321- 328

مشار اليها لدى Hessel E. Yntema: Id. p. 341. ؛ ولمزيد من التفاصيل حول هذه النظريات والانتقادات التي وجهت لهايُنظر د. مرتضى نصر الله: مرجع سابق، ص ٥١ وما بعدها.

٤٢. تقابلها المادة (٢٠/ ١) من القانون المدني السوري وكذلك المادة (١٩/ ١) من القانون المدني المصري.

٤٣. كما نصت على هذه القاعدة معظم التشريعات الأوروبية مثل؛ المادة ٢٧/ ١ من القانون المدني الألماني لعام ١٩٨٦ والمادة ١٠/ ٥ من القانون المدني الإسباني لعام ١٩٧٤ والمادة ١١٦/ ١ من القانون السويسري لعام ١٩٨٧ والمادة ٣٥/ ١ من القانون النمساوي لعام ١٩٧٩، انظر د. أحمد الهواري: "عقود التجارة الإلكترونية في القانون الدولي الخاص"، مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، ، ١١- ٩ ربيع الأول ١٤٢٤ هـ الموافق ١٠- ١٢ أيار٢٠٠٣ م، المجلد الرابع غرفة تجارة وصناعة دبي، ص ١٦٥٤.

٤٤. انظر محمود عبد الرحيم الشريفات: التراضي في تكوين العقد عبر الانترنت- دراسة مقارنة، ط ١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٩، ص ٨٦. وعادة ما يستعين الأفراد في مجال عقود التجارة الدولية والالكترونية بالعقود النموذجية المطبوعة في صيغ محددة سلفا وتضم الشروط المتعارف عليها في مجال سلعة أو خدمة معينة، وتنص بعضها على ضرورة اختيار القانون الواجب التطبيق أو أنها تحدده سلفا.

٤٥. القانون رقم ٨٥ لسنة ٢٠٠١ المنشور في الجريدة الرسمية رقم ٥٤٢٤ تاريخ ٣١- ١٢- ٢٠٠١.

٤٦. يمكن للمحكمة المتخصصة بنظر النزاع على سبيل المثال انلا تؤيد الادعاءات التي تؤسس أو تتعلق بممارسة حكومة أجنبيةلسلطاتها، إلا إذا تعلقت هذه الادعاءات بسيادة الدولة الأجنبية التي تظهر من ممارسة الدولة لسلطات محددة خاصة مثل سلطة فرض الضرائب، وإيقاع العقوبات وغيرها، انظر

Richard H. Kreindler,: Transaction Litigation- Practitioner's Guide, , Oceana Publications,Inc. ,New York, Decmb. 1997, (herein after TLPG) : Germany: .Id. p. 55

٤٧. لمزيد من التفاصيل بخصوص حرية أطراف التعاقد في اختيار القانون الواجب التطبيق كما هي مطبقة في ايطاليا، يُنظر

.Cesare Vento & Giandomenico Ciaramella: (TLPG) Italy: Id. , pp. 17- 21

٤٨. تم تحديد المبادئ العامة للمصلحة العامة في ايطاليا في المادة (١٣٢٢) من القانون المدني الايطالي. ومع ذلك يبقى مفهوم المصلحة العامة واسع ومرن وان تمت المحاولة لضبط مبادئ عامة له.

٤٩.- Commercial aspects of Italian law , January 28, 2008: http:// lawindex. wordpress. com/ 2008/ 01/ 28/ commercial- aspects- italian- law (printed . (12- 12- 2010

٥٠. أبرمت هذه الاتفاقية في ١٩/ ٦/ ١٩٨٠ ودخلت حيز التنفيذ في ١/ ٤/ ١٩٩١ انظر Choice Of Law And The Jurisdictions Of France, Quebec And Ontario

مقال متاح على الموقع الالكتروني:

http:// www. ccfc- france- canada. com/ agenda/ documents/ Choices of .Law- (printed 13- 12- 2010

٥١. د. عبد المنعم فرج الصدة: أصول القانون، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٧٨، ص ٧٦.

٥٢. حيث تنص هذه المادة على انه " لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام تخالف النظام العام والآداب في المملكة الأردنية الهاشمية" وتقابلها المادة ٣٠ من القانون المدني السوري والمادة ٢٨ مدني مصري.

٥٣. انظر Cesare Vento & Giandomenico Ciaramella: (TLPG) Italy

.Id. p. 18 :

عموما فان الدول عند عزمها الدخول في اتفاقيات دولية فإنها تظهر حرصها على أن تكون الشروط الواردة فيها متفقة مع مصالحها الأساسية، لذلك لم تعد هذه الاتفاقيات مصدرا مهما للقانون الدولي الخاص، خاصة لوجود اختلاف فقهي وقضائي وتشريعي على مدى تطبيق النصوص الواردة في المعاهدة إذا تعارضت مع نصوص واردة في القوانين المحلية، انظر بخصوص ذلك القرار الخاص بديوان تفسير القوانين الأردني المنشور على الصفحة ٤٣٤ من عدد الجريد الرسمية رقم ١٦٠٩ تاريخ ١٠/ ٤/ ١٩٦٢، انظر كذلك قرار محكمة التمييز الحقوق الأردنية رقم ١٤٥٥/ ٢٠٠٢ تاريخ ٩/ ٧/ ٢٠٠٢؛ كذلك المواد ٢٤– ٢٨ من القانون المدني الأردني المتعلقة بمبدأ الإحالة التي لم يأخذ بها القانون الأردني.

٥٤. د. عبد المنعم فرج الصدة: مصادر الالتزام، المرجع السابق ذكره، ص ٥٤.

٥٥. والتي تنص على أنه " يسري على الحالة المدنية للاشخاص واهليتهم قانون الدولة التي ينتمون اليها بجنسيتهم. ومع ذلك ففي التصرفات المالية التي تعقد في المملكة الاردنية الهاشمية وتترتب آثارها فيها اذا كان احد الطرفين اجنبيا ناقص الاهلية وكان نقص الاهلية يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الآخر تبينه، فان هذا السبب لا يؤثر في اهليته". تقابلها (المادة ١٢ م. سوري) ، والمادة (١١ م. مصري).

٥٦. وتنص على انه " تخضع العقود ما بين الاحياء في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه ويجوز ايضا ان تخضع للقانون الذي يسري على احكامها الموضوعية كما يجوز ان تخضع لقانون موطن المتعاقدين او قانونهما الوطني المشترك".

٥٧. - Thierry Brand & Others (TLPG) France: Id. , p. 26.

انظر كذلكد. طالب حسن موسى: المرجع السابق، ص ١٠٢.

٥٨. د. فوزي محمد سامي: " القانون الواجب التطبيق في التحكيم التجاري الدولي، مجلة القانون المقارن، بغداد، ١٩٨٨، ص ٣٦. انظر د. محمد علي جواد: المرجع السابق ذكره، ص ٣٠.

٥٩. - Philip Chong&Elizabeth Tou: (TLPG) United Kingdom: Id. , p. 18.

٦٠. وهذا ما أشارت إليه المذكرة الإيضاحية تعقيباً على المادة (٢٠/ ١) من القانون المدني الأردني، انظر المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني: إعداد المكتب الفني لنقابة المحامين، عمان، مطبعة التوفيق، ط ٢، ١٩٨٥، ص ٦٥.

٦١. للمزيد حول هذه الشروط، يُنظر د. عيسى غسان ربضي: القواعد الخاصة بالتوقيع الالكتروني، ط ١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٩، ص ٢٣٥– ٢٤١.

٦٢. يستثنى من ذلك العقود الشكلية فهي ما يجب لانعقادها فوق تراضي المتعاقدين، إتباع شكل خاص يوجبه القانون وهذا الشكل الخاص قد يكون سندا رسميا يقوم بتحريره موظف متخصص كالهبة في العقار، وقد يكون كتابة عرفية. إذ لا بد من التعبير عن الإرادة بهذه الحال كتابةً كما يتطلب نفاذها التسجيل في دائرة التسجيل المتخصصة. ومثالها المادة (٩١٦) مدني أردني والمادة (٧٠٨) مدني سوري والمادة (٧٤٣) مدني مصري. لمزيد من التفاصيل حول ماهية الكتابة والاعتداد بها كوسيلة إثبات في العلاقات القانونية، انظر ناهد فتحي الحموري: الأوراق التجارية الالكترونية – دراسة تحليلية مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط ١، ٢٠٠٩، ص ٦٦ وما بعدها.

٦٣. د. محمد حسين منصور: المرجع السابق ذكره، ص ٣٥٢.

٦٤. فقد اقر القضاة الانجليز مبدأ (القانون الملائم للعقد) وهو مختلف عن قانون تنفيذ العقد أو مكان إبرام العقد التي يصفها الفقهاء الانجليز بانها معايير تعسفية قاسية وحاسمة وجامدة. فوفقا لمبدأ القانون الملائم فان إرادة الأطراف سوف يتم التوصل إليها في كل قضية من خلال القضاة الذين سوف يأخذون بعين الاعتبار العبارات التي ورد فيها العقد، وأوضاع الأطراف المتعاقدة وكل الظروف المحيطة والتي من خلالها يتحدد القانون الواجب التطبيق الذي سيكون يقينا قانون محلي، انظر Mert Elcin: Id. p13

كذلك تعريف اللورد Atkin لـ" القانون الملائم للعقد" مشار إليه لدى Hessel E. Yntema: Ibid.

٦٥. - Vita Food Products Inc. v. Unus Shipping Co. Ltd. , [1939] A. C. 277 (P. C.) .

٦٦. مشار إلى هذه القضية لدى

Dr. Ali Khaled Qtaishat: "Choice of Law in International Commercial Arbitration"India Law Journal , Vol 3, Issue 3, July- September 2010.

٦٧. - (Judith L. Holdsworth & Others, (TLPG يشتمل Germany: Id. , p. 20.

٦٨. يشتمل Cour de Cassation, see Thierry Brand & Others يشتمل (TLPG) France: Id. , p. 26.

٦٩. - Chia- Jut Cheng: Id. p. 161.

٧٠. في أمريكا تتبع ٢٠ ولاية طريقة " الحقوق المكتسبة" حسب القسم ١٨٧/ ٢ من قانون إعادة البيان الثانييشتمل Restatement (second) Conflicts of law حيث تتخذ المحكمة في سبيل تحديد القانون الواجب التطبيق مكان إبرام العقد أو مكان تنفيذ العقد؛ وتتبع ٢٠ ولاية أخرى قاعدة القانون الأوثق علاقة مع الرابطة العقدية حسبيشتملالقسم

١٨٧/ ٢/ ب من إعادة البيان الثاني حيث تقوم المحكمة لتحديد العلاقة الأكثر تحديدا بالمقارنة بين عدة عوامل بما في ذلك مكان التفاوض على العقد، ومكان التنفيذ، والمكان الذي يقع في موضوع العقد: محل إقامة الأطراف، وغيرهايشتملحسب ما ورد في القسم ٣٣٢ من إعادة البيان الثاني (١٩٣٤) إلا ان ما استقرت عليه المحاكم بوجه عام تطبيقها مكان إبرام العقد على العقود المتعلقة بالشكل والأهلية والصحة، بينما تطبق مكان تنفيذ العقد على المسائل الأخرى. أما باقي الولايات فهي تتبع معيار المصلحة الحكومية حسب القسم ١٨٧/ ٢ من إعادة البيان الأول. انظر Thomas F. Cullen& Stephen Jordan , (TLPG) United States: Id. , p. 24. يشتمل

٧١. د. نبيل زيد مقابلة: النظام القانوني لعقود خدمات المعلومات الالكترونية في القانون الدولي الخاص– دراسة مقارنة، ط ١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٩، ص ١٢٠.

٧٢. د. نبيل زيد مقابلة: المرجع السابق، ص ١٣٢.

٧٣. انظر د. محمد حسين منصور: المرجع السابق ذكره، ص ٣٥٤.

٧٤. لمزيد من التفاصيل حول هذا المعيار والانتقادات التي تعرض لها، يُنظر د. نبيل زيد مقابلة: المرجع السابق ذكره.

٧٥. ويستثنى من ذلك قانون موقع العقار بالنسبة للعقود التي تبرم في هذا الشأن كما أشير سابقاً.

٧٦. د. محمد علي جواد: المرجع السابق ذكره، ص ٢٧ و٢٨.

٧٧. Burgerliches Gesetzbuch 1900 (civil code) . See Judith L. Holdsworth .&Others , (TLPG) Germany.: Id. p. 19

٧٨. واتفاقية روما وان كانت تكرس مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق دون قيود، إلا انه في غير هذه الحالة قد نصت على تطبيق ضوابط إسناد معينة وردت في المادة (٥) منها التي تقرر خضوع العقود المبرمة إلى قانون الدولة التي يرتبط بها العقد أو لقانون الدولة التي يوجد بها المركز الرئيس للمورد أو قانون إقامة المستهلك، في حالة قيام المورد بتوجيه الإعلان خصيصاً للمستهلك وقيام المستهلك بالأعمال الضرورية لإتمام العقد أو استلام طلبية المستهلك في هذا البلد. انظر المحامي يونس عرب (المركز العربي للقانون والتقنية العالية) : "الاختصاص والقانون الواجب التطبيق وطرق التقاضي البديلة، ورقة عمل مقدمة إلى مؤتمر التجارة الالكترونية التي أقامتها منظمة الاسكوا/ الأمم المتحدة بيروت – لبنان، (٨– ١٠) تشرين ثاني، ٢٠٠٠.

٧٩. حيث تنص المادة (٤/ ١) من اتفاقية روما على يشتمل "العقد يحكمه قانون البلد الذي يتصل به هذا الأخير بمقتضى روابط أكثر وثوقا"

٨٠. "To the extent that the law applicable to the contract has not been chosen in accordance with Article 3, the contract shall be governed by the law of the country with which it is most closely connected…". See يشتمل .Judith L. Holdsworth &Others, (TLPG) Germany: Ibid

٨١. Judith L. Holdsworth &Others, (TLPG) Germany: Ibid - يشتمل.

كما بينت المادة ٢٩ من أحكام القانون المدني الألماني الافتراضات التي تتعلق باختيار القانون واجب التطبيق فيما يتعلق بالأموال المنقولة وغير المنقولة وفي حالات الشركات التجارية، لمزيد من التفصيل حول ذلك يُنظر: Judith L. Holdsworth &Others: (TLPG) Germany: Ibid

٨٢. Mert Elcin: The Applicable Law to International Commercial Contracts and the Stutus of Lex Mercatoria- with a Special Emphasis on Choice of Law Rules in the European Community, Dissertation Com. Boca,Florida,2010, .p. 13

٨٣. حيث تبنى الفقه أربعة نظريات لتحديد زمان انعقاد العقد، ومن ثم مكانه؛ وهي نظرية إعلان أو صدور القبول، ونظرية العلم بالقبول وهي تعتد بالزمن الذي يصل به القبول إلى الموجب ويعلم به، ونظرية تصدير القبول وهي قريبة من نظرية إعلان القبول إلا انها تشترط في أن يكون هذا الإعلان نهائياً لا رجعة فيه بان يكون الموجب له قد أرسل فعلا إلى الموجب بحيث لا يملك استرداده، وأخيرا نظرية تسلم القبول وهي اقرب إلى نظرية العلم بالقبول إلا أنها تجعل من وصول القبول قرينة قاطعة على هذا العلم، لمزيد من التفصيل بخصوص هذه النظريات، يُنظر د. عبد القادر الفار: مرجع سابق، ص ٤٧– ٤٩.

٨٤. انظر د. محمد وحيد الدين سوار: شرح أحكام مصادر الالتزام، ج ١، مجلد١، مطبعة جامعة دمشق، ١٩٧٥.، ص ٩، ص ٧٤.

٨٥. يطبق هذا المبدأ أيضا على العقود الالكترونية حيث لم يحدد قانون المعاملات الالكترونية المؤقت الأردني زمان أو مكان العقد (المادة ١٨ من قانون المعاملات المؤقت الأردني) ، وبالتالي يرجع إلى تطبيق أحكام القانون المدني بهذا الشأن. ونظرية إعلان القبول– على أية حال– لا تبدو ملائمة في تحديد زمان انعقاد العقد الالكتروني، ومن ثم مكان انعقاده، لمزيد من التفاصيل انظريشتملد. عبدالله الخشروم: التراضي في عقود التجارة الإلكترونية عبر شبكة الإنترنت وفقا لأحكام

القانون الأردني، أبحاث اليرموك، سلسلة العلوم الإنسانية والاجتماعية/ المجلد ٢٣ العدد (٢) حزيران ٢٠٠٧، ص ٥٥٥.

٨٦. انظر د. عبد المجيد الحكيم: الكافي في شرح القانون المدني الأردني والقانون المدني العراقي والقانون المدني اليمني في الالتزامات والحقوق الشخصية، ج ١، دار الثقافة والنشر، عمان، ط ١، ١٩٩٣، ص ١٥٣ وما بعدها.

٨٧. انظر المادة ٩٧ من القانون المدني المصري.

٨٨. وتنص هاتين المادتين (٢٠/ ١ ق. م. س و١٩/ ١ ق. م. م) بصيغة مطابقة على انه: "١- يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين، إذا اتحدا موطناً. فإن اختلفا موطناً، سرى قانون الدولة التي تم فيها التعاقد. هذا إذا لم يتفق المتعاقدان، أو تبين من الظروف أن قانوناً آخر هو الذي يراد تطبيقه. يشتمل٢- على أن قانون موقع العقار هو الذي يسري على العقود التي أبرمت بشأن هذا العقار".

٨٩. وتنص على انهيشتمل" تتبع مبادئ القانون الدولي الخاص فيما لم يرد في شأنه نص في المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين".

٩٠. انظر د. نبيل زيد مقابلة: مرجع سابق، ص ١٠٩.

٩١. انظريشتملد. منذر الشاوي: فلسفة القانون: ط ١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٩، ص ٢٦١ وما بعدها.

٩٢. لموان، ص ٣٩٣، بند ٥٦٤ مشار إليه لدى د. طالب حسن موسى: القانون الجوي الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٨، ص ١٠١.

٩٣. Dr. Ali Khaled Qtaishat: Ibid. يشتمل

٩٤. انظر ص (٢٠) من هذا البحث.

المصادر والمراجع:

أولاً – المراجع العربية:

١. أبو هيف، علي صادق: القانون الدولي العام – النظريات والمبادىء العامة– أشخاص القانون الدولي– النطاق الدولي– العلاقات الدولية– التنظيم الدولي– المنازعات الدولية– الحرب والحياد، منشأة المعارف بالإسكندرية، ط ١٢، دون سنة نشر.

٢. الحكيم، عبد المجيد: الكافي في شرح القانون المدني الأردني والقانون المدني العراقي والقانون المدني اليمني في الالتزامات والحقوق الشخصية، ج ١، دار الثقافة والنشر، عمان، ط ١، ١٩٩٣.

٣. الحموري، ناهد فتحي: الأوراق التجارية الالكترونية – دراسة تحليلية مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط ١، ٢٠٠٩.

٤. الخشروم، عبدالله: التراضي في عقود التجارة الإلكترونية عبر شبكة الإنترنت وفقا لأحكام القانون الأردني، سلسلة أبحاث اليرموك، العلوم الإنسانية والاجتماعية/ المجلد ٢٣ العدد (٢) حزيران ٢٠٠٧، ص ٥٤٣– ٥٦٢.

٥. الداودي، غالب: تنازع القوانين، دار الثقافة والنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠١.

٦. الزعبي، خالد والفضل، منذر: المدخل إلى علم القانون، مكتبة دار الثقافة، ١٩٩٥.

٧. الشاوي، منذر: فلسفة القانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط ١، ٢٠٠٩.

٨. الشريفات، محمود عبد الرحيم: التراضي في تكوين العقد عبر الانترنت– دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط١، ٢٠٠٩.

٩. الصدة، عبد المنعم فرج: أصول القانون، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٧٨، ص ٧٦.

١٠. الصدة، عبد المنعم فرج: مصادر الالتزام– دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٧٩.

١١. الفار، عبد القادر: مصادر الالتزام" مصادر الحق الشخصي في القانون المدني"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٨.

١٢. المصري، محمد وليد: الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دار الثقافة والنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١١.

١٣. الهواري، أحمد: "عقود التجارة الإلكترونية في القانون الدولي الخاص"، مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، ، يشتمل١١- ٩ ربيع الأول ١٤٢٤ هـ الموافق ١٠- ١٢ أياريشتمل٢٠٠٣ م، المجلد الرابع غرفة تجارة وصناعة دبي.

١٤. حجازي، عبد الفتاح بيومي: النظام القانوني لحماية التجارة الالكترونية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٢.

١٥. حوته، عادل أبو هشيمة محمد: عقود خدمات المعلومات الالكترونية في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤.

١٦. جواد، محمد علي: العقود الدولية- مفاوضاتها- إبرامها- تنفيذها، مكتبة دار الثقافة، عمان، ١٩٩٨.

١٧. ربضي، عيسى غسان: القواعد الخاصة بالتوقيع الالكتروني، ط ١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٩.

١٨. سلامة، أحمد عبد الكريم: علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع أصولا ومنهجا، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، ط ١، بدون سنة نشر.

١٩. سلامة، أحمد عبد الكريم: قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١.

٢٠. عشوش، أحمد عبد الحميد: تنازع مناهج تنازع القوانين، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، ١٩٨٩.

٢١. عرب، يونس (المركز العربي للقانون والتقنية العالية) : "الاختصاص والقانون الواجب التطبيق وطرق التقاضي البديلة، ورقة عمل مقدمة إلى مؤتمر التجارة الالكترونية التي أقامتها منظمة الاسكوا/ الأمم المتحدة بيروت – لبنان، (٨- ١٠) تشرين ثاني، ٢٠٠٠.

٢٢. صادق، هشام على: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٥.

٢٣. صادق، هشام علي: دروس في تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٣.

٢٤. مقابلة، نبيل زيد: النظام القانوني لعقود خدمات المعلومات الالكترونية في القانون الدولي الخاص- دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط ١، ٢٠٠٩.

٢٥. محمد، اشرف وفا: "عقود التجارة الالكترونية في القانون الدولي الخاص"، المجلة المصرية للقانون الدولي الخاص، الجمعية المصرية للقانون الدولي، المجلد (٥٧) ، ٢٠٠١.

٢٦. منصور، محمد حسين: المسؤولية الالكترونية، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، ٢٠٠٧.

٢٧. نصر الله، مرتضى: القانون الدولي الخاص التجاري – مجموعة المحاضرات التي ألقيت على طلبة كلية التجارة للصف الرابع تجاري، مطبعة النجف الأشرف، العراق، بدون سنة نشر.

ثانياً- النصوص القانونية:

١. الدستور الأردني لعام ١٩٥٢.

٢. القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦

٣. قانون المعاملات الالكترونيةيشتملالأردني المؤقت رقم ٨٥ لسنة ٢٠٠١

٤. القانون المدني السوري رقم (٨٤) تاريخ ١٨/ ٥/ ١٩٤٩

٥. القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨.

٦. المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني: إعداد المكتب الفني لنقابة المحامين الأردنيين، عمان، مطبعة التوفيق، ط ٢، ١٩٨٥.

٧. قانون المرافعات المصري رقميشتمل١٣ لسنة ١٩٦٨

٨. قانون أصول المحكمات الأردني رقم ٢٤/ ١٩٨٨ المنشور على الصفحة ٧٣٥ من الجريدة الرسمية رقم ٣٥٤٥ تاريخ ٢/ ٤/ ١٩٨٨

٩. قانون أصول المحكمات السورييشتملالصادر بالمرسوم التشريعي رقم ٨٤ تاريخ ٢٨/ ٩/ ١٩٥٣.

ثالثاً – المراجع الأجنبية:

1. *Alejandro M. Garro: Unification and Harmonization of Private Law in Latin America, 40 American Journal of Comparative Law (1992) 587-616. www. cisg. law. pace. edu/ cisg/ biblio/ garro3. html.*

2. *Cesare Vento & Giandomenico Ciaramella: Transaction Litigation-Practitioner's Guide (herein after TLPG) , Italy, Oceana Publications,Inc. ,New York, Decmb. 1997.*

3. *Chia- Jut Cheng: Clive M. Schmittoff's Select Essays on International Trade law, Martinus Nijhoff Bublishers, Graham& Tortman Ltd. London,UK, 1988.*

4. *Commercial aspects of Italian law , January 28, 2008. http:// lawindex. wordpress. com/ 2008/ 01/ 28/ commercial- aspects- of- italian- law.*
5. *Hnri Batiffol: " Les Conflits de Lois en Matière de Contrats" (,Paris,1938) ,Harvard Law Review Vol. 53, No. 3 (Jan. , 1940) , pp. 518- 520 at p. 518. Stable URL: http:// www. jstor. org/ stable/ 1333504.*
6. *Hessel E. Yntema: Autonomy in choice of law, American Journal of Comparative Law (A. J. C. L) . Vol. 1. ,no (Autumn,1952) pp. 341- 358.*
7. *Mathias Reimann,: " Savigny's Triumph? Choice of Law in Contracts Cases at the Close of the Twentieth Century", (1999) 39 VA. J. INT'L L.*
8. *Megan Richardson and Richard Garnett: Choice of Law and Forum in International Commercial Contracts: Trends in Common Law Jurisdictions (A Non- European Perspective) , Melbourne Law School, the University of Melbourne.*
9. *Mert Elcin: The Applicable Law to International Commercial Contracts and the Stutus of Lex Mercatoria- with a Special Emphasis on Choice of Law Rules in the European Community, Dissertation Com. Boca,Florida,2010 http:// www. jstor. org/ action/ showPublisher?pu blisher.*
10. *Qtaishat ,Dr. Ali Khaled: "Choice of Law in International Commercial Arbitration"India Law Journal , Vol. 3, Issue 3, July- September 2010.*
11. *Vincenzo Sinisi & Thomas M. Fedrman: " Commerical Aspects of Italian Law", Business America, Oct. 1992.*

رابعاً- الكتب باللغة الفرنسية والإنجليزية:

1. *Cesare Vento & Giandomenico Ciaramella: Transaction Litigation. لمتشدي Practitioner's Guide (herein after TLPG) , Italy, Oceana Publications,Inc. ,New York, Decmb. 1997.*
2. *Dicey. Morris&Morris: The Conflicts of Laws, 9th ed. Stevens, London, 1973.*
3. *Judith L. Holdsworth &Others: (TLPG) Germany.*
4. *Philip Chong&Elizabeth Tou: (TLPG) United Kingdom.*
5. *Richard H. K reindler: (TLPG) Germany*
6. *Thierry Brand & Others. (TLPG) France.*
7. *homas F. Cullen& Stephen Jordan (TLPG) United States.*

خامساً- المواقع الإكترونية:

1. *http:// journals. cambridge. org. (Printed 6/ 12/ 2010) .*
2. *http:// www. jstor. org/ action/ showPublisher?pu\blisher.*
3. *http:// www. jstor. org/ stable/ 1333504: (printed 13- 12- 2010) .*
4. *http:// en. wikipedia. org/ wiki/ Conflict_of_laws: (printed 13- 12- 2010)*
5. *http:// www. ialsnet. org/ meetings/ business/ RichardsonMegan-Australia. pdf. (printed 12- 12- 2010) .*
6. *http:// lawindex. wordpress. com/ 2008/ 01/ 28/ commercial- aspects- of-italian- law: (printed 13- 12- 2010) .*
7. *http:// www. ccfc- francecanada. com/ agenda/ documents/ Choices_of_ Law- en. pdf (printed 13- 12- 2010) .*
8. *http:// www. cisg. law. pace. edu/ cisg/ biblio/ garro3. html (printed 13-12- 2010) .*
9. *www. cisg. law. pace. edu/ cisg/ biblio/ garro3. html.*
10. *http:// lawindex. wordpress. com/ 2008/ 01/ 28/ commercial- aspects- of-italian- law.*