جـــامـعـــة الـــشـرق الأوسـط
MIDDLE EAST UNIVERSITY
Amman - Jordan

ضوابط الإرادة الضِمنية في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي – دراسة مقارنة

Controls of the Implied Will in Determining the Law Applicable to the International Contract A Comparative Study

اعداد

مرح علي محمد الجبر

اشراف

الدكتور مأمون أحمد الحنيطي

قدمت هذه الرسالة استكمالًا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص

جامعة الشرق الأوسط

كلية الحقوق

قسم القانون الخاص

كانون الثاني، 2024

تفويض

أنا **مرح علي محمد الجبر**، أفوض جامعة الشرق الأوسط بتزويد نسخ من رسالتي ورقياً والكترونياً للمكتبات، أو المنظمات، أو الهيئات والمؤسسات المعينة بالأبحاث والدراسات العلمية عند طلبها.

الاسم: مرح علي محمد الجبر.

التاريخ: 03 / 01 / 2024.

التوقيع:

قرار لجنة المناقشة

نوقشت هذه الرسالة وعنوانها: **ضوابط الإرادة الضمنية في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي " دراسة مقارنة".**

للباحثة: مرح علي محمد الجبر.

وأجيزت بتاريخ: 2024/01/03.

أعضاء لجنة المناقشة الكِرام

الاسم	الصفة	جهة العمل	التوقيع
د. مأمون أحمد الحنيطي	مشرفاً	جامعة الشرق الاوسط	.....
أ.د. تمارا يعقوب نصر الدين	عضواً من داخل الجامعة ورئيساً	جامعة الشرق الاوسط	.....
أ.د. أنيس منصور المنصور	عضواً من داخل الجامعة	جامعة الشرق الاوسط	.....
أ.د. إبراهيم صبري الأرناؤوط	عضواً من خارج الجامعة	جامعة العلوم الإسلامية	.....

شكر وتقدير

أتقدّم بجزيل الشكر والامتنان إلى مشرفي وأستاذي **الدكتور مأمون الحنيطي** على جهوده التي بذلها، لقد شاركت معي معرفتك وخبرتك بسخاءٍ وسأظل ممتنة على الإرشاد والدعم الذي قدّمته طوال فترة البحث.

كما أتقدّم بالشكر إلى **جميع أساتذتي الأفاضل في جامعة الشرق الأوسط** على ما قدّموه من علم وتوجيهات قيمة دفعتني للوصول إلى افضل ما لدي.

كذلك أشكر **كادر جامعة الشرق الأوسط** على جهودهم المستمرة في تقديم برامج تعليميةٍ مُتميزةٍ وفرصٍ تطويرية متعددة، وعلى دَعمهم المتواصل للطلاب.

الباحثة

مرح علي محمد الجبر

الإهداء

إلى ... مصدر القوة والعطاء **(والديّ الأعزاء)**، الذين كانوا دائمًا داعمين وملهمين لي، هذا البحث هو تقديرٌ متواضعٌ لكما ولكل الجهد الذي بذلتماه من أجلي.

إلى ... من قدّموا ليَ كلّ الدعم النفسي والحب والتشجيع، دمتم لي سنداً ... **(أخواتي وإخواني)**.

الباحثة

مرح علي محمد الجبر

فهرس المحتويات

الموضوع **الصفحة**

العنوان .....أ
تفويض .....ب
قرار لجنة المناقشة .....ج
شكر وتقدير ..... د
الإهداء ..... هـ
فهرس المحتويات .....و
الملخّص باللغة العربية .....ح
الملخّص باللغة الإنجليزية .....ط

الفصل الأول: خلفية الدراسة وأهميتها

أولاً: مقدّمة الدراسة 1
ثانياً: مشكلة الدراسة 3
ثالثاً: أهداف الدراسة 3
رابعاً: أهمية الدراسة 3
خامساً: أسئلة الدراسة 4
سادساً: حدود الدراسة 4
سابعاً: مُصطلحات الدراسة 5
ثامناً: الأدب النظري 5
تاسعاً: الدراسات السابقة ذات الصلة 6
عاشراً: منهجية الدراسة 7

الفصل الثاني: ماهيّة الإرادة الضِمنية

المبحث الأول: مفهوم الإرادة الضِمنية 10
المطلب الأول: التعريف اللغوي للإرادة الضِمنية 11
المطلب الثاني: التعريف الاصطلاحي للإرادة الضِمنية 12
المبحث الثاني: خصائص الإرادة الضِمنية 20
المطلب الأول: الإرادة الضِمنية تعبيرٌ غير مباشر 20
المطلب الثاني: الإرادة الضِمنية قابلة للتفسير 21

المطلب الثالث: الإرادة الضِمنية تسلك مسلكاً ايجابياً 24
المبحث الثالث: شروط الإرادة الضِمنية 25
المطلب الأول: الإرادة الضِمنية من حيث تكوينها 25
المطلب الثاني: الإرادة الضِمنية من حيث تأثيرها بالعقد 27
المبحث الرابع: تمييز الإرادة الضِمنية عن غيرها 30
المطلب الأول: تمييز الإرادة الضِمنية عن الإرادة الصريحة 30
المطلب الثاني: التمييز بين الإرادة الضِمنية والإرادة المفترضة 31
المطلب الثالث: التمييز بين الإرادة الضِمنية والإرادة الظاهرة والباطنة 32

الفصل الثالث: دور الإرادة الضِمنية في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي

المبحث الأول: إسناد العقد الدولي لقانون الإرادة 38
المطلب الأول: قانون الإرادة كضابط إسناد للعقد الدولي 39
المطلب الثاني: نِطاق تطبيق قانون الإرادة 46
المبحث الثاني: الاختيار الضِمني لقانون العقد الدولي 54
المطلب الأول: الاتجاه الرافض للإرادة الضِمنية 56
المطلب الثاني: الاتجاه المؤيّد للإرادة الضِمنية 57

الفصل الرابع: الضوابط التشريعية والقضائية للإرادة الضِمنية

المبحث الأول: الكشف عن الإرادة الضِمنية 63
المطلب الأول: قرائن الإرادة الضِمنية 63
المطلب الثاني: تطبيق مبادئ القانون الدولي الخاص 69
المبحث الثاني: تطبيق ضوابط الإسناد التكميلية لاستخلاص الإرادة الضِمنية 72
المطلب الأول: الإسناد المرن للرابطة العقدية 72
المطلب الثاني: الإسناد الجامد للرابطة العقدية 81

الفصل الخامس: الخاتمة والنتائج والتوصيات

أولاً: النتائج 89
ثانياً: التوصيات 90
قائمة المراجع 91

ضوابط الإرادة الضِمنية في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي – دراسة مقارنة

إعداد: مرح علي محمد الجبر

إشراف: الدكتور مأمون أحمد الحنيطي

الملخّص

نظراً لتطوّر وامتداد العقود الدولية وتأثيرها، تلعبُ العقود الدولية دورًا هامًا في تعزيز التبادل التجاري والاستثمار والابتكار، ممّا يُسهم في نمو الاقتصادات الوطنية والعالمية ويؤدّي إلى التنمية الاقتصادية.

في سياق العقود الدولية، يبرز قانون الإرادة كأساس يتيح للأطراف الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق على علاقتهم العقدية، ينشأ حق الأطراف باختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي بموجب قاعدة إسناد تخولهم هذا الحق، يطبق القاضي القانون المختار من قبل الأطراف صراحةً، إلا أنّ الإشكالية تثور في حال وجود إرادة ضِمنية اتجهت لاختيار قانون مُعيّن.

وقد بدأت الباحثة بتناول ماهيّة الإرادة الضِمنية من حيث مفهومها وخصائصها وشروطها، ثم انتقلت بعد ذلك إلى دور الإرادة الضِمنية في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، مروراً بالضوابط التشريعية والقضائية للإرادة الضِمنية، وقد اعتمدت الباحثة في تناولها لموضوع الدراسة المنهج المقارن بين التشريع الأردني والتشريع المصري، وفي ظلّ غياب النصوص التشريعية الخاصة في النظام القانوني الأردني عن معالجة الاختيار الضِمني للقانون الواجب التطبيق على العقد الدولي المشار إليها آنفاً، أثارت الباحثة التساؤل حول مدى إمكانية لقواعد العامة للقانون المدني الأردني والقوانين ذات الصلة في معالجة هذه الإشكالية وتوصّلت الباحثة إلى نتائج مفادها أنّ الإرادة الضِمنية إرادة حقيقية وموجودة لا يُمكن تجاهلها في حال انطوى عليها العقد الدولي، وتوصّلت الدراسة إلى أنه يجب على القاضي أن يبحث عن الإرادة الضِمنية لأطراف التعاقد مِن خِلال التصدي لقرائن يستعين بها للوصول إلى القانون الذي اتجهت إرادة المتعاقدين الضِمنية لاختياره، إذا لم تكن هذه القرائن كافية يمكن للقاضي ان يستند إلى ضوابط إسناد تكميلية للوصول إلى الإرادة الضِمنية بشكلٍ مؤكد، لذلك أوصت الدارسة بتعديل قاعدة الإسناد الناظمة للالتزامات التعاقدية لتشمل البحث عن الإرادة الضِمنية مِن خِلال ظروف التعاقد.

الكلمات المفتاحية: الإرادة الضِمنية، العقد الدولي، قانون الإرادة.

Controls of The Implied Will in Determining the Law Applicable to The International Contract "A Comparative Study"

Prepared by: Marah Ali AlJber

Supervised by: Dr. Mamon Ahmad Al Hunaity

Abstract

Therefore, due to the development and multiplicity of international contracts, international contracts have become an important part of other trade exchanges, contributing to the growth of the global national economy and leading to economic development.

In the Convention on International Agreements, the law of will emerges as a guarantor that allows the parties the freedom to choose the law ready to apply to the termination of the contract. The right to choose the law is created ready for the international contract under the rule of attribution that gives them this right. The judge applies the law chosen before explicitly, but the problem is at the present time. there will be an implicit will for specific equipment at a specific time.

Began to know what implicit will is in terms of its concept, characteristics, and conditions, and then ended with the role of implied will in determining the law's readiness for application to international contracts, passing through the educational and judicial controls for implied will. She began her learning of the subject of the comparative experimental study between the Jordanian civil system and the Egyptian legal system, in light of the absence of special texts in the Jordanian humanitarian system regarding implicit choice, stops when applied to the international contract referred to above. The researcher followed the question about the extent of the possibility of Jordan's international general rules and related laws in this problem and came to search for results that stipulate that implicit will is will. Real and existing, it cannot be ignored if it is involved internationally.

The study concluded that the judge must inform himself of the implicit will of the contracting parties through the presumptions and listen to arrive at the law that the implicit will of the contracting parties was prepared to specify. If this presumption is not sufficient، the judge can rely on controls. Supplementary attribution to reach the implicit will with certainty. Therefore, the study recommended amending the attribution rule governing contribution obligations to include searching for the implicit will through the conditions of participation.

Keywords: International Contract, Law of Will, Implied Will.

الفصل الأول
خلفية الدراسة وأهميتها

أولاً: مقدّمة الدراسة

أدّت التطورات التجارية وازدهار الحياة الاقتصادية إلى انفتاح الأسواق العالمية، حيث أصبح الفرد قادراً على أن ينشئ رابطة قانونية خارج حدود دولته مع طرفٍ ينتمي لدولة أخرى تجمعهم غايات مُعيّنة، تُكيف هذه الروابط على أنها عقود دولية، والعقد الدولي هو ذلك العقد التي تتصل عناصره بأكثر من نظامٍ قانوني واحدٍ بحيث ينتج أثره خارج الدولة التي عُقد فيها.

تختلف العقود الدولية عن العقود الداخلية بأنها عقودٌ يشوبها عنصرٌ أجنبي واحدٌ أو أكثر، بينما العقد الداخلي ينتمي بجميع عناصره إلى نظامٍ قانوني واحدٍ ممّا يوفر العلم المُسبق للأطراف القانون الذي سُيطبّق على عقدهم وهو القانون الداخلي، يثيرُ العقد الدولي موضوعًا يُعتبر من أهم موضوعات القانون الدولي الخاص وهو تنازع القوانين، حيث أنّ الرابطة العقدية يتزاحم عليها أكثر من نظام قانوني ليحكم العقد ممّا يُصعّب توافر العلم المُسبق لدى الأطراف حول القانون الواجب التطبيق عليه.

استقرت التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية على إسناد العقد الدولي إلى قانون الإرادة، أي أنّ القانون الذي سُيطبّق على العقد الدولي هو القانون الذي تشير إليه إرادة المتعاقدين. [1]

شهد قانون الإرادة تطوّرًا فقهيًا وتاريخيًا ابتداءً من المدرسة الإيطالية القديمة التي أسندت الالتزامات التعاقدية للدولة إبرام العقد، وصولاً إلى النظرية الشخصية التي نادت بإعطاء إرادة أطراف

(1) صادق، هشام (2001). القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، ط2، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، ص16.

العقد الحرية المُطلقة في اختيار القانون الذي سيطبّق على العقد، بحيث تندمج أحكام القانون المختار في العقد وتصبح أحكامه كالشروط العقدية حيث يجوز الاتفاق على مخالفتها، ويُبرر ذلك أنصار النظرية الشخصية بأنّ سُلطان الإرادة يعلو فوق القانون، إلى أن ظهرت النظرية الموضوعية وخالفت النظرية الشخصية ونادت بتقييد حُرية إرادة أطراف العقد وعدم تجاوزهم سُلطان القانون باتفاقهم على مخالفة القواعد الآمرة؛ حيث أن الإرادة تستمد حقها من القانون باختيار قانون العقد[1]. بين مُؤيدٍ ومعارضٍ اجتمع الفقه الغالب إلى الجَمع ما بين النظريتين، تبنّتها الدول في بناءِ تشريع يمنحُ الحرية لإرادة المتعاقدين في اختيار القانون الذي سيحكم عقدهم وفقاً للنظرية الشخصية، وبذات الوقت تقييد هذه الإرادة بحيث تكون خاضعة لسُلطان القانون ولا تعلو على القواعدِ الآمرة للقانون المُختار وفقاً للنظرية الموضوعية.

وعليه؛ تعتبر الإرادة الركيزة الأساسية التي تستند إليها التشريعات لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، حيث تم اسناده إلى قانون الإرادة مِن خِلال قواعد إسناد وطنيةٍ تخوّل إرادة أطراف العقد باختيار القانون الواجب التطبيق على الرابطة العقدية، نظّم المشرّع الأردني القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية مِن خِلال المادة (1/20) من القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976 على أن: " يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، فإن اختلفا سَرى قانون التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان على غير ذلك." يُستفاد من النصّ أنّ المشرّع الأردني أسند الالتزامات التعاقدية إلى إرادة أطراف التعاقد إذا اتفق المتعاقدين صراحةً، وفي حال لم يتفقا يطبق قانون الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، وإذا لم يتحدا يطبّق قانون بلد إبرام العقد.

---

(1) ياقوت، محمود محمد (2004). حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، ص27.

يثور التساؤل في حال انطوى العقد على إرادة ضِمنية يُعبّر عنها من قبل المتعاقدين بطريقة غير مباشرة، فما مَدى اعتداد القاضي بوجودها وسيتم تحديد القانون الواجب التطبيق بموجبها.

سيتم البحث مِن خِلال الدراسة حول موقف المشرّع الأردني من الإرادة الضِمنية والضوابط التشريعية التي نظّمتها، ومُقارنته مع موقف المشرّع المصري، بالإضافة إلى القرارات القضائية حول هذا الموضوع.

ثانياً: مشكلة الدراسة

تكمُن مشكلة الدراسة بعدم وجود قاعدة إسناد في التشريع الأردني تنظّم الإرادة الضِمنية في حال غياب الاتفاق الصريح بين أطراف الرابطة العقدية حول القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، فما هي المعايير والضوابط التي يستندُ إليها القاضي للكشف عن إرادة المتعاقدين الضِمنية؟

ثالثاً: أهداف الدراسة

تهدف هذه الدراسة إلى بيان مفهوم الإرادة الضِمنية ودورها في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، بالإضافة إلى بيان المعايير التي يتّبعها القاضي للكشف عن الإرادة الضِمنية مِن خِلال عرض موقفِ التشريع الأردني ومقارنته بموقف المشرّع المصري.

رابعاً: أهمية الدراسة

تبرز أهمية الدراسة من ناحيتين، الناحية العملية والناحية النظرية، فمن الناحية العملية تكمُن أهمية الدراسة في انتشار العقد الدولي في الأردن في ظلّ التطور الاقتصادي والتجاري، ومن الناحية النظرية فإنّه وبالرغم من هذا الانتشار تكمُن أهمية تناول هذا الموضوع في تعيين القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي في ظلّ وجود إرادةٍ ضِمنيةٍ.

خامساً: أسئلة الدراسة

- ما هي الإرادة الضِمنية؟
- ما هو دور الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي؟
- ما مدى كِفاية قواعد الإسناد الأردنية في تنظيم الإرادة الضِمنية؟
- إلى أيّ مدى تستند المحكمة إلى مبادئ القانون الدولي الخاص لمعرفة القانون الذي اتجهت إليه إرادة المتعاقدين؟

سادساً: حدود الدراسة

- **الحدود الزمانية:** القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976، بالإضافة إلى القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948، اتفاقية روما لسنة 1980 المُعدلة للائحة تنفيذية رقم 2008/593 للبرلمان الأوروبي بشأن القانون المنطبق على الالتزامات التعاقدية.
- **الحدود المكانية:** تتناول هذه الدراسة ضوابط تعيين القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي في ظلّ وجود إرادةٍ ضِمنيةٍ ضِمن نِطاق التشريع في المملكة الأردنية الهاشمية.
- **الحدود الموضوعية:** تقتصر هذه الدراسة على البحث في التشريع والقضاء الأردني حول قواعد الإسناد الناظمة للإرادةِ الضِمنيةِ في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي ومقارنته بالتشريع المصري، والاكتفاء بتحليل النصوص القانونية حول موضوع الدراسة بشكلٍ تفصيلي.

سابعاً: مُصطلحات الدراسة

- **العقد الدولي:** هو ذلك العقد التي تتصل عناصره بأكثر من نظام قانوني واحد بحيث ينتج أثره خارج الدولة التي عُقد فيها. [1]
- **قانون الإرادة:** يُعبّر عن قانون الإرادة في ظل القانون الدولي الخاص بأنه القانون الذي تشير به إرادة المتعاقدين. [2]
- **الإرادة الضِمنية :** طريق غير المباشر للكشف عن الإرادة بحيث يكون التعبير عنها مستنبطاً من الأفعال التي يقوم بها الشخص، وهذه الأفعال لا تعدّ بذاتها تعبيراً مباشراً عنها لكونها ممّا لم يألفها الناس في معاملاتهم، ومع ذلك تكون وسائل توصل أو تكشف عن تلك الإرادة أو تنطوي عليها. [3]

ثامناً: الأدب النظري

تنقسم هذه الدراسة إلى خمسة فصول رئيسية، يتناول الفصل الأول منها الاطار العام للدراسة من مقدمة ومشكلة الدراسة، أسئلة الدراسة، أهدافها وحدودها ومحدداتها ومصطلحات الدراية ومنهجيتها، أما الفصل الثاني فتناول ماهيّة الإرادة الضِمنية وذلك في أربعة مباحثٍ تناولت مفهوم الإرادة الضِمنية وخصائصها وانواعها وما يميزها عن غيرها، أما الفصل الثالث تناول دور الإرادة الضِمنية في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي وذلك في مبحثين تناولت إسناد العقد الدولي لقانون الإرادة، والاختيار الضِمني لقانون العقد الدولي، والفصل الرابع تناول الضوابط التشريعية والقضائية للإرادة الضِمنية وذلك في مبحثين الأول تناول الكشف عن الإرادة الضِمنية،

---

(2) صادق، هاشم (2001). القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، الإسكندرية: منشأة المعارف.

(3) صادق، هاشم (2001). المرجع السابق.

(1) العبودي، عباس (2019). النظرية العامة للإرادة الضمنية، جامعة بغداد، كلية القانون.

والمبحث الثاني تناول تطبيق ضوابط الإسناد التكميلية لاستخلاص الإرادة الضِمنية، أما الفصل الخامس تناولت الدراسة فيه الخاتمة والنتائج والتوصيات.

تاسعاً: الدراسات السابقة ذات الصلة

1. الأنباري، أحمد حميد (2017). سكوت الإرادة عن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، (رسالة ماجستير)، جامعة الشرق الأوسط، الأردن.

تناولت هذه الدراسة موضوع سكوت الإرادة عن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، وتهدف إلى بيان دور الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق والاثار التي تترتب على غيابها، وكذلك مدى فاعلية قواعد الإسناد في القانون المدني الأردني والتشريعات المقارنة في تعيين القانون الواجب تطبيقه على العقد الدولي.

وتختلف هذه الدراسة عن دراستنا الحالية، في ان الدراسة الحالية فرقت ما بين حالة غياب الإرادة وهو موقف سلبي لها، وما بين حالة وجود لهذه الإرادة إلا أنّها ضِمنية وهي إرادة حقيقية وموجودة، كما يلزم البحث عن الإرادة الضِمنية في حال وجودها لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي ومدى سلطة القاضي في استخلاصها، والمعايير التي يستند إليها القاضي للكشف عن الإرادة الضِمنية.

2. بشابشه، زياد محمد فالح (2012). دور إرادة أطراف التعاقد في اختيار القانون الواجب التطبيق في الالتزامات التعاقدية وفقاً للقانون الأردني، (رسالة دكتوراه)، جامعة دمشق، كلية الحقوق.

تناولت الدراسة البحث عن كل ما يتعلق بالالتزامات التعاقدية التي نظمها المشرّع الأردني في المادة (20) من القانون المدني، وبيان دور إرادة المتعاقدين في اختيار القانون الذي سيحكم العقد،

وتناولت مدى توافق قاعدة الإسناد التي نظمت الالتزامات التعاقدية والنظريات التي طُرحت بشأن استقلال إرادة أطراف التعاقد في اختيار القانون الواجب التطبيق.

وتختلف هذه الدراسة عن دراستنا الحالية، في أنّ الدراسة الحالية ترتكز في البحث عن دور الإرادة الضِمنية في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، ومدى سُلطة القاضي في استخلاصها، والمعايير التي يستند إليها القاضي للكشفِ عن الإرادة الضِمنية.

عاشراً: منهجية الدراسة

تعتمد الدراسة على المنهج المقارن حيث تقوم بالتركيز على المقارنة بين قواعد الإسناد التي نظّمت الالتزامات التعاقدية، وشملت الإرادة الضِمنية في القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976 وبين القانون المصري رقم (131) لسنة 1948 واتفاقية روما لسنة 198-، وما استقر عليه اجتهادات المحاكم والقضاء بهذا الخصوص، كما تعتمد الدراسة المنهج التحليلي حيث تقوم بتحليل النصوص القانونية والسوابق القضائية سواء في ظل القواعد العامة أم القانون المقارن بهدف الوصول إلى الإجابة على مشكلة الدراسة وهو مدى كفاية قواعد الإسناد في تنظيم الإرادة الضِمنية.

الفصل الثاني
ماهيّة الإرادة الضِمنية

الإرادة هي اعتزام الفِعل والاتجاه إليه [1]، وفي ظلّ العقود الداخلية تعتبر الإرادة جَوهر العقد، ويستندُ على صحّتها ركنٌ من أركان العقد وهو التراضي.

نصّت المادة (90) من القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976 على " ينعقد العقد بمجرّد ارتباط الايجاب بالقبول مع مُراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاعٍ مُعيّنة لانعقاد العقد"، حيث أنّ تعبير المتعاقدين عن إرادتهم هو الأساس لانعقاد العقد، وذلك مِن خِلال تعبير إرادة أحد المتعاقدين عن إيجابه وتطابق هذا الايجاب بتعبير الطرف الآخر عن قبوله".

أما في ظل القانون الدولي الخاص تلعبُ الإرادة دوراً مهماً في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، وهذا النوع من العقود هو العقد الذي تتصل عناصره بأكثر من نظام قانوني واحد بحيث ينتج أثره خارج الدولة التي عُقد فيها، حيثُ نصّت المادة (20) من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976 على: " 1. يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، فإن اختلفا سرى قانون التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان على غير ذلك. 2. على أن قانون موقع العقار هو الذي يسري على العقود التي أبرمت في شأن هذا العقار."

بناءً على المادة 20 التي نظمت الالتزامات التعاقدية التي يشوبها عنصر أجنبي يخضع العقد الدولي إلى قانون الإرادة وهو القانون الذي تُشير إليه إرادة المتعاقدين، وبالتالي تعتبر الإرادة قاعدة

---

(1) القرالة، أحمد ياسين (2017). التعبير الضِمني عن الإرادة في الفقه الإسلامي–دراسة مقارنة، مجلة علوم الشريعة والقانون، ع 44، ص340.

إسناد لتحديد القانون الواجب تطبيقه على العقد الدولي، لذا؛ يُعدّ المتعاقدون قادرين على اختيار قانون يحكم العقد الدولي المُبرم بينهم.

تكمُن فلسفة القانون الدولي الخاص في مدى تحقيق أطراف التعاقد توقعاتهم القانونية عن طريق اختيارهم القانون الذي سيحكم العقد، أو مِن خِلال توافر العِلم المُسبق حول القانون الذي سينطبقُ على عقدهم في حالة عدم اختيار القانون الواجب التطبيق على علاقتهم العقدية فيما لو نشبَ أيّ نزاع يتعلق بهذه العلاقة، ممّا يوفّر لهم الأمان القانوني والثقة في تعاملاتهم العابرة لحدود نظامهم القانوني. [1]

ترى الباحثة أنّ قانون الإرادة كقاعدة إسناد [2]، يُحدد المتعاقدون مِن خِلالها القانون الواجب تطبيقه على العقد الدولي، ودولية العقد شرطٌ أساسيٌّ لإعمالِ قانون الإرادة – سيتم توضيح دولية العقد لاحقاً – كما أنّ التعبير عن الإرادة هو ما يجعل لها أثراً واضحاً في معرفة القانون الواجب تطبيقه على العقد الدولي، سواء كان هذا التعبير صراحةً أي التعبير بطريقةٍ مباشرة أو التعبير ضِمنيًا بطريقةٍ غير مباشرة.

ونظراً لأهمية تعبير المتعاقدين عن إرادتهما، تعدّ مسألة الكشف عن الإرادة مسألة دقيقة لا تثور في ظلّ وجود إرادة صريحة يُعبّر عنها بطريقة مباشرة كوجود نصّ بالعقد يوضح القانون الذي سيطبّق على العقد الدولي، ولكن في ظل وجود إرادةٍ ضِمنيةٍ يختلف الأمر بحيث لا يكون هناك أيّ اتفاقٍ صريح حول القانون الواجب تطبيقه على العقد، لذا لابدّ من الكشف عنها عن طريق معايير مُعيّنة يتبعها القاضي للكشف عن الإرادة الضِمنية لأطرافِ العقدِ سيتم توضيحها لاحقاً.

---

(2) صادق، هشام (2001). القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص29.

(1) قواعد الإسناد: مجموعة من القواعد القانونية التي تسند النزاع المشوب بعنصر أجنبي إلى القانون الواجب تطبيقه على ذلك النزاع. أشار إليه: الداوودي، غالب علي (2019). القانون الدولي الخاص – تنازع القوانين، ط3، دار الثقافة، عمان، الأردن، ط3، ص132.

من هنا تظهر أهمية تناول الدراسة لهذا الفصل، حيث سيتم تناول ماهيّة الإرادة الضِمنية من حيث مفهومها (المبحث الأول)، وبيان خصائصها (المبحث الثاني)، وشروط الإرادة الضِمنية (المبحث الثالث)، وما يُميّزها عن غيرها (المبحث الرابع).

المبحث الأول
مفهوم الإرادة الضِمنية

الإرادة الضِمنية هي الإرادة الغير معبر عنها بشكلٍ مُباشر أو صريح، ويستدل عليها عن طريق استخلاصها من طريق سلوكياتِ الشخص أو تصرفاته أو الظروف التي أبرم فيها العقد، ومثال ذلك بقاءُ المؤجر بالعين المؤجرة بعد انتهاء المُدةِ المُحددة دون اعتراضٍ من جانب المؤجر[1]، وذلك في حال كنّا أمام عقدٍ داخلي.

أما على صعيد العقد الدولي حيث ينطوي العقد على وجود إرادةٍ تكشفُ عن طريق الاستدلال والاستنباط من ظروف التعاقد أو نصوص العقد أو العرف السائد وغيرها من القرائن التي ستتناولها الدراسة، ومثال ذلك وجود شرطٍ في العقد الدولي مقتبس من قانون مُعيّن، من هنا؛ نستدل وجود إرادة ضِمنية تتجه لتطبيق ذلك القانون. [2]

للوصول لمفهوم الإرادة الضِمنية في السياق القانوني لابد من بيان تعريف الإرادة الضِمنية لغة (المطلب الأول) واصطلاحاً (المطلب الثاني).

---

(2) منصور، أمجد محمد (2011). النظرية العامة للالتزامات–مصادر الالتزام، دار الثقافة، عمان، الأردن، ص52.

(1) الشافعي، ثامر داوود (2021). دور الإرادة في تحديد الاختصاص التشريعي في العقد الدولي، المركز العربي، القاهرة، مصر، ص94.

المطلب الأول
التعريف اللغوي للإرادة الضِمنية

يُعدّ مصطلح الإرادة الضِمنية مُصطلحٌ مُركّب، ولتحديد مفهومهِ سيتم توضيح تعريف كل مفرد على حِدة كالتالي:

الفرع الأول: تعريف الإرادة لغةً

لغوياً إرادة مصدر (أرادَ)، ويقال أرادَ، أرِد، إرادة، فهو مُريد، والمفعول مُراد.

وأراد الله الشيء: أي شاءه"، ويقال أراد بهذه الكلمات كذا: أي قصدَ بها كذا، ويقال أيضاً: أراد الشيء: رادهُ: أي تمنّاه، طلبهُ وأحبهُ ورغِبَ فيه، كذلك أراد أن يفعل (لغير العاقل): تهيَّأ وقارَب (أرادت السماءُ أن تمطر). [1]

والإرادة هي تصميمٌ واعٍ على أداءِ فِعْلٍ معيّن، ويقال بمحض إرادته أي من تِلقاء نفسهِ طوعاً، بلا إكراه. [2]

والإرادة هي المشيئة الحادثة وهي النية أو المقصد، كما أنّ الإرادة مشيئة الذات البشرية. [3]

الفرع الثاني: تعريف الضِمنية لغةً

ضِمني (اسم) منسوبٌ إلى ضِمن، ضِمْن: باطن الشيء وداخله، والمفهوم ضِمناً: أي معلومٌ ومتفق عليه، والضِمني عكسُ الصريح، أي الموافقة غير الصريحة.

ويقال شرط ضِمني: شرطٌ ملازم، أو مرتبط بآخر [4]. كما يقال يفهم من ضمن كلامه كذا: دلالته ومراميه. [5]

---

(2) عمر، أحمد مختار (2008). معجم اللغة العربية المعاصرة، عالم الكتب، القاهرة، م1، ط1، ص958.

(3) المرجع السابق، ص958.

(4) بني يونس، جميل محمد (2012). مفهوم الإرادة ودورها في القانون الخاص، دار الثقافة، عمان، الأردن، ص23.

(5) عمر، أحمد مختار (2008). مرجع سابق، ص1371.

(1) الفيومي، أحمد بن محمد بن علي (2008). المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، ج3، ط2، مكتبة الايمان، المنصورة، مصر، ص865.

المطلب الثاني
التعريف الاصطلاحي للإرادة الضِمنية

الإرادة تصميمٌ واعٍ على أداء فعلٍ معيّن، يختلف مفهوم الإرادة من مجالٍ إلى آخرٍ كعلوم النفس وعلوم الاجتماع والفلسفة والقانون، لذلك لابد من تخصيص تعريفٍ للإرادة الضِمنية حسب الزاوية التي تنطلق منها الدراسة، ومن هنا؛ سنوضّح في هذا المطلب تعريفَ الإرادة الضِمنية في الفقه القانوني (فرع أول)، وفقه الدولي الخاص (فرع ثانٍ)، وتعريف الإرادة الضِمنية في القانون الأردني والقانون المقارن (فرع ثالثٍ).

الفرع الأول: الإرادة الضِمنية في اصطلاح الفقه القانوني

عرف جانب من الفقه الإرادة الضِمنية بأن يكون التعبير عنها " إذا كان المظهر الذي اتخذه ليس في حدّ ذاتهِ موضوعاً للكشفِ عن الإرادة، ولكن مع ذلك لا يمكن تفسيره دون أن يفترض وجود هذه الإرادة " كتسليم سندِ الدين من قبل الدائن إلى المدين؛ فذلك دليل على أنه أراد انقضاء الدين[1]، مع مُراعاة شكلية مُعيّنة من العقود التي يتطلب القانون أن يكون التعبير عنها بصورة مُحددةٍ كالكتابة.

ويعرف جانب آخر من الفقه الإرادة الضِمنية بأن يكون التعبير عنها "إذا كانت الوسيلة المُستعملة فيه لا تدل بذاتها مباشرةً على حقيقة المعنى المقصود ولكن ظروف الحال تسمحُ بترجيح المعنى المقصود على غيره من المعاني المحتملة " كقيام الوكيل بعملٍ من الأعمال التي تدخل في الوكالة التي عرضت عليه، وذلك يعني قبوله ضِمنيًا للوكالة. [2]

---

(2) السنهوري، عبدالرزاق (1952). الوسيط في شرح القانون المدني، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، مصر، ط1، ج1، ص147.

(3) مرقص، سليمان (1956). نظرية العقد، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، مصر، ص96.

وعرفت الإرادة الضِمنية بأنّ التعبير عنها يُكشف بطريقةٍ غير مباشرة، حيث يتم استنباطها عن طريق أفعالٍ يقوم بها الشخص، وهذه الأفعال بحدّ ذاتها لا تعدّ تعبيراً مباشراً عن الإرادة إلا أنّها إشارة تكشفُ عن إرادته وتنطوي عليها. [1]

الفرع الثاني: الإرادة الضِمنية في اصطلاح القانون الأردني والقانون المُقارن

لم يَرد في القانون الأردني تعريفٌ للإرادة أو الإرادة الضِمنية بشكلٍ خاص، إلا أنّ القانون نظّم طرق التعبير عن الإرادة بشكلٍ عام في القانون المدني الأردني، حيث نصّت المادة (90) من القانون المدني الأردني بأنه " ينعقد العقدُ بمجرّد ارتباطِ الايجاب بالقبول مع مُراعاة ما يقرّره القانون فوق ذلك من أوضاعٍ مُعيّنة لانعقاد العقد"، حيث أنّ تعبيرَ المتعاقدين عن إرادة المتعاقدين هو الأساس لانعقاد العقد كما هو موضّح في المادة (90)، ينعقد العقد بتعبير إرادة أحد المتعاقدين عن ايجابه وتطابق هذا الايجاب بتعبير الطرف الآخر عن قبوله.

كما نظّمت المادة (93) من القانون المدني الأردني طرق التعبير عن الإرادة ونصّت على أنه " التعبير عن الإرادة يكون باللفظِ وبالكتابةِ وبالإشارة المعهودة عُرفاً، ولو من غير الأخرس وبالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي وباتخاذ أي مسلكٍ آخر لا تدع ظروف الحال شكّاً في دلالته على التراضي"، يتّضح من النصّ أنّ الإرادة يُعبّر عنها بعدة طرق إما بالتعبير عنها صراحةً لفظاً أو بالكتابةِ أو بالإشارة كإشارة الأخرس أو الإشارة باليد على القبول فيعتبرُ ذلك تعبيراً صريحاً ينتجُ أثراً، أو التعبير عن الإرادة ضِمنيًا أي بطريق غير مباشرة كبقاء المؤجر بالعين المؤجرة بعد انتهاء المدّة المُحدّدة دون اعتراض من جانب المؤجّر [2]، فذلك يُعتبر تجديدًا ضِمنيًا لعقد الايجار.

---

(2) دغش، مؤيد (2008). المساعدة القضائية في التعبير عن الإرادة (رسالة ماجستير)، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، ص12 / أشار إليه القرالة، أحمد ياسين (2017). التعبير الضمني عن الإرادة دراسة مقارنة، مجلة علوم الشريعة والقانون، م44، ع3.

(1) منصور، أمجد محمد (2011). مرجع سابق، ص 52.

ونلاحظ بأنّ المادة (93) من القانون المدني في عجزها الأخير "... وباتخاذ أيّ مسلكٍ آخرٍ لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على التراضي" تعتد بالتعبير عن الإرادة ضِمنيًا بأي شكلٍ كان لا يمكن تفسيره إلا تعبيراً عن إرادة، كما جاء في قرار التمييز رقم 2021/4722 " ... أنّ هذه الإرادة قد تكون صريحة تتضمّنها صيغة العقد بعباراتٍ واضحةٍ ومكتوبةٍ أو أن تكون هذه الإرادة ضِمنية، ويمكن التعبير عنها بعدّة صُورٍ وأنّ القانون لم يقيد التعبير عن الإرادة بشكلٍ مُعيّن، بل اعتبر الإشارة المعهودة عُرفاً ولو كانت من غير الأخرس هي وسيلة صالحة للتعبير عن الإرادة، واعتبر أنّ اتخاذ أيّ مسلكٍ آخر لا تدع ظروف الحال شكّاً في دلالته على التراضي تعبيراً عن الإرادة ". [1]

فرّقت أيضاً المادة (95) من القانون المدني الأردني [2] ما بين حالة التعبير الضِمني عن الإرادة وحالةِ السكوتِ، وذلك جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني " فالتعبير الضِمني وضعٌ إيجابيّ، أما السكوتُ فهو مُجرّد وضعٍ سَلبيّ، وقد يكون التعبير الضِمني بحسب الأحوال إيجاباً أو قبولاً، أما السكوتُ فمن الممتنع على وجه الإطلاق أن يتضمّن إيجاباً، وإنما يجوز في بعض فروضٍ استثنائية أن يُعتبر قبولاً، وقد افترض المشرّع أنّ السكوت يُعتبر قبولاً". [3]

كما فرّقت المادة (95) ما بين التعبير الضِمني وحالة السكوتِ، ووضّحت بأنّ السكوت لا يعتدّ بهِ سواء كان إيجاباً أو قبولاً، إلا أنّه في الحالة الأخيرة يمكن أن يرد استثناءات ويُعدّ السكوت بها قبولاً وهو ما يُطلق عليه "بالسكوت المُلابس"، كوجودِ تعاملٍ سابقٍ بين المتعاقدين أو بتمحّض الايجاب لمنفعة من وجّه إليه، ومثال ذلك أن يعتاد تاجرٌ على طلب بضاعةٍ من تاجر آخر، ويقوم

---

(2) قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم (4722) لسنة 2021 (هيئة ثلاثية) بتاريخ 17/10/2021.

(3) المادة (95) من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976 نصّت على أن "1- لا ينسبُ إلى ساكتٍ قولٌ، ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان ويُعتبر قبولاً. 2- ويُعتبر السكوت قبولاً بوجهٍ خاصٍ إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الايجاب بهذا التعامل أو إذا تمخّض الايجاب لمنفعة من وجّه إليه".

(4) القضاة، عمار محمد (2015). المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، ط1، دار الثقافة، عمان، ص90.

الأخير بإرسالها دون أن يعلمه قبوله، وفي حال تكرر طلب التاجر الأول ممّا يدخل في تعاملهما السابق، فإنّ سكوت التاجر الآخر يُعدّ قبولاً منه كالعادة. [1]

وبالرجوع إلى ما يُقابل هذه المواد من التشريع المصري وبيان موقفهِ من الإرادة الضِمنية حيث نصّت المادة (90) من القانون المدني المصري لسنة 1948 وتعديلاته على "(1) التعبير عن الإرادة يكونُ باللفظ وبالكتابةِ وبالإشارة المتداولةِ عُرفًا، كما يكون باتخاذ موقفٍ لا تدع ظروف الحال شكّاً في دلالتهِ على حقيقة المقصود، (2) ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضِمنيًا، إذا لم ينصّ القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحًا." [2]

ترى الباحثة أنّ موقف المشرّع المصري كان واضحاً فيما يتعلق بالإرادة الضِمنية؛ حيث تضمّنت الفقرة الأولى والثانية من المادة (90) طرق التعبير عن الإرادة بشكلٍ مباشرٍ باللفظِ والكتابةِ والاشارة المتداولة عُرفاً، وغير مباشرٍ كما ورد في عجز الفقرة الأولى من نفس المادة عبارة "كما يكون باتخاذ موقفٍ لا تدع ظروفُ الحال شكّاً في دلالته على حقيقة المقصود" وهذه العبارة لا تختلفُ بمضمونها عمّا تضمّنته المادة (93) من القانون المدني الأردني وهو اعتدادٌ بالإرادة الضِمنية كون أنّ تفسير هذا الموقف أو المسلك لا يدل إلا على التراضي.

إلا أنّ المشرّع المصري لم يُحدد بأنّ هذا الموقف أو المَسلك يدل على "التراضي" أي ايجاب أو قبول كما حدّده المشرّع الأردني، ولعلّ ذلك ما يفسّر تضمين المشرّع المصري للفقرة الثانية من المادة آنفة الذكر والتي نصّت على "... (2) ويجوز أن يكون التعبيرُ عن الإرادة ضِمنيًا، إذا لم ينصّ القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحًا."

---

(2) منصور، أمجد محمد (2011). مرجع سابق، ص54.

(1) المادة (90) من القانون المدني المصري لسنة 1948 وتعديلاته.

ورد في المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني المصري التمهيدي " أنّ القضاء قد جرى على الاعتدادِ بالتعبير الضِمني عن الإرادة وكذلك التعبير الصريح، وذهبَ أيضاً أنّ مَسلكاً مُعيناً أو ضرباً من ضروب التصرف قد يُعتبر إفصاحاً عن الإرادة وبوجودِ الفقرة الثانية من المادة (90) رفعٌ للخلافِ الذي كان سائداً في المحاكم على تكييف مظاهر التعبير عن الإرادة واعتبارها تعبيراً صريحاً أو ضِمنيًا". [1]

ترى الباحثة أنّ العلة من وجود عبارة " كما يكون باتخاذ موقفٍ لا تدع ظروفُ الحال شكّاً في دلالته على حقيقة المقصود" في الفقرة الأولى من المادة (90) واتباعها بالفقرة الثانية " ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضِمنيًا، ..." حرصٌ وتأكيدٌ من المشرّع المصري على عدم حَصْر طرق التعبير عن الإرادة بطرق مُحددةٍ بالرغم من أنّ مسألة الكشفِ عن الإرادة الضِمنية وتحديد دلالة مَسلكٍ مُعيّن هي من المسائل التي يعودُ تقديرها للقاضي، لذا؛ فالنتيجة مؤدّاها واحد، وتؤيّد الباحثة موقف المشرّع الأردني بتضمينهِ عبارة " وباتخاذ أي مسلك آخر لا تدع ظروفُ الحال شكّاً في دلالته على التراضي" فهذه العبارة تشمل أيّ موقفٍ أو مَسلكٍ يدل على التعبير عن الإرادة سواء كان تعبيراً ضمنيًا أو صريحًا أو في حالة السكوتِ المُلابس وتُغني عمّا ورد في الفقرة الثانية من المادة (90) من القانون المصري.

وبالنسبة لاتفاق الأطراف على طريقة تعبير محددة كما ورد في نصّ القانون المصري وحسب الأصل العام لا يوجد طريقة مُعيّنة للتعبير عن الإرادة – فالعقد هو شريعة المتعاقدين– وانبثاقاً من

(1) المذكرة الايضاحية للقانون المدني المصري لسنة 1948، تم الاطلاع عليه بتاريخ 14/2/2024من موقع قسطاس https://qistas.com/ar/laws/info/80764/1/1/main?lang=1&vmode=1&window=1&sw=&stype=1&ex=&reshighlight=off:

مبدأ سُلطان الإرادة [1]، إذ لا يفرض على المتعاقدين شكلية مُعيّنة للتعبير عن ارادتهم الا إذا نصّ القانون على شكلية مُعيّنة لا يملكون المتعاقدين الخروج عنها.

الفرع الثالث: الإرادة الضِمنية في اصطلاح الفقه الدولي الخاص

تلعب الإرادة دوراً مهماً في ظل القانون الدولي الخاص، وذلك لاستقرار الفقه والقانون على إخضاع الروابط القانونية التي يشوبها عنصرٌ أجنبي لقانون الإرادة، وهي قاعدة انبثقت من مبدأ سُلطان الإرادة الذي يُعبّر عن مدى تقديس إرادة الأفراد حيث تكون قادرة على خلق التزام وتكوينه، وإنتاج أثر قانوني وذلك سواء كنا أمام علاقات داخلية أو دولية [2]، توسّع مبدأ سُلطان الإرادة في ظل المذهب الفردي والنظام الرأسمالي، وعليه؛ إنّ انبثاق قانون الإرادة يعود أساسه إلى مبدأ سُلطان الإرادة الذي مرّ بتطور تاريخي مهم ما بين مؤيّدٍ لإطلاق حُرية الأفراد وما بين معارضٍ لهذه الحرية والمناداة بوضع قيودٍ لإرادة الأفراد، وهو ما ستوضّحه الدراسة في الفصول القادمة.

ويعرف البعض قانون الإرادة بأنه" حُرية المتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم الدولي ". [3]

---

(2) الصديق محمد الأمين (1995). الغرر وأثره في العقود والفقه الإسلامي، مجموعة دله البركة، جدة، ص21.

سلطان الإرادة هو " قدرة المتعاقدين على إنشاء ما يتراضيان عليه من العقود وعلى تحديد آثار العقود حسبما يُريدان، عن طريق الشروط التي تغيّر في الآثار الموضوعة للعقد " انظر في هذا الضرير.

(3) خليل، خالد عبدالفتاح (2016). تعاظم دور الإرادة في القانون الدولي الخاص (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، ص21.

(4) ياقوت، محمود محمد (2004). حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي (دراسة تحليلية)، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، ص7.

كما عرفه البعض بأنه " القانون الذي اختاره المتعاقدان سواء بصورة صريحةٍ أم ضِمنيةٍ ليحكم العلاقة التعاقدية" [1]، كما عرف أيضاً بأنه تمكينٌ للإرادة الضِمنية لإخضاع الرابطة العقدية التي تتسم بالطابع الدولي لحكم القانون الذي تختاره. [2]

أما بالنسبة للإرادة الضِمنية في ظلّ مسرح القانون الدولي الخاص فهو اختيار الإرادة وتعبيرها بصورة ضِمنية لقانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، وهي إرادة حقيقية لا يمكن تجاهلها لأنها تعبر عن اختيار لنظام قانوني معين يحكم العقد من قبل المتعاقدين، وبذلك نكون أمام اختيار ضمني للقانون الواجب التطبيق على العقد الدولي. [3]

ممّا تقدّم، يتبين أنّ مفهوم الإرادة الضِمنية في الفقه والقانون لا يختلف في ظل القانون الدولي الخاص، عند القول بأنّ هناك اختيارًا ضِمنيًا للقانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، أي أنّ العقد انطوى على وجود إرادةٍ في ثناياه توجّهت واختارت القانون الذي سيحكم العقد، وهذا الاختيار غير مباشر يتم الكشف عنه عن طريق الدلالة والاستنتاج من سياق تصرفات الأطراف أو ظروف تعاقدهم. بحيث لا يمكن أن نعتبر هذه التصرفات أو الظروف في حدّ ذاتها تعبيراً مباشراً أو اختياراً مباشراً إلا أنّها وسيلة للكشف واستخلاص إرادة حقيقية وموجودة.

ترى الباحثة بعد استعراض عِدّة مفاهيم للإرادة الضِمنية، أنّ الإرادة الضِمنية –وبما يتناسب مع موضوع الدراسة– هي طريقةٌ من طرق التعبير عن إرادة المتعاقدين حول اختيار القانون الواجب

---

(2) العبودي، عباس (2014). تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الاحكم الأجنبية، دار السنهوري، بغداد، العراق، ص183.

(3) صادق، هاشم (2000). مرجع سابق، ص120.

(1) سلامة، أحمد عبدالكريم (2008). قانون العقد الدولي، مفاوضات العقود الدولية، قانون الإرادة وأزمته، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ص193.

التطبيق على عقدهم الدولي، حيث يُعبّر عن هذا الاختيار بطريقةٍ غير مباشرة ويتم استنباطه مِن خِلال ظروف التعاقد أو التصرفات التي يقوم بها الأطراف، إلا أنّ هذه التصرفات أو الظروف لا تعتبر بحدّ ذاتها تعبيرٌ مباشرٌ عن اختيار القانون الواجب تطبيقه على علاقتهم العقدية، إنما يتم الاستهداء بها للكشفِ عن إرادة المتعاقدين الحقيقية.

المبحث الثاني
خصائص الإرادة الضِمنية

لم يشترط القانون طريقة مُحدّدة للتعبير عن الإرادة لذلك يُعتد بالتعبير عن طريق الكتابة، وبالإشارة من الأخرس ومن غير الأخرس والمعروفة بين الناس، وبالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي، أو باتخاذ أي مسلكٍ آخر لا تدع ظروف الحال شكّاً في دلالته على التراضي [1]. حيث يُعبّر أيّ من طرفي التعاقد بالطريقة التي يريدُ بشرط أن يكون المقصود منها واضحًا ومفهومًا بالنسبة للطرف الآخر بما يتناسب مع مبدأ الرضائية، والتعبير عن الإرادة ضِمنيًا يتم استنتاجها من سياق التصرفات أو الظروف المحيطة بأطراف التعاقد، بحيث لا يتم التعبير عنها بشكلٍ مباشرٍ، لكن يتم استنباطها واستنتاجها من العقد.

ومن هنا؛ تمتاز الإرادة الضِمنية بعدّة خصائص تميّزها عن غيرها من طرق التعبير الأخرى، فالإرادة الضِمنية تعدّ تعبيراً غير مباشرٍ كما أنها قابلة للتفسير، بالإضافة إلى أنّ الإرادة الضِمنية تسلك مَسلكاً إيجابياً، ولبيان كل من هذه الخصائص كما يلي:

المطلب الأول
الإرادة الضِمنية تعبيرٌ غير مباشر

يُعدّ التعبير عن الإرادة ضِمنيًا تعبيرًا غير مُباشرٍ عن الإرادة الحقيقة، فيمكن للكلمات أو العبارات في العقد أو تصرفات أطراف العقد ما بعد التعاقد أن تحمل معنيين، وذلك يعتمدُ على سياق التصرفات أو ظروف التعاقد، فالوصول إلى الإرادة الحقيقة لا يُعدّ مباشراً انما يتم بالاستنتاج والاستدلال، وفي بعض السياقات يمكن أن يكون التعبير مزدوج الدلالة، كاستنتاج مدلولٍ أو مضمونٍ

---

(2) الفار، عبدالقادر (2018). مصادر الالتزام، عمان: دار الثقافة، ص46.

مُعيّن يعتمد على مدلولٍ سابق له، ولا يمكن استنتاج الإرادة الضِمنية ومسارها إلا بالاعتمادِ على المدلول السابق، وعادةً ما يكون التعبير عنه بشكلٍ صريح [1]. ومثال ذلك كبيع شخصٍ لشيء عرض عليه شراؤه، فقيام الشخص ببيع الشيء المعروض عليه شراؤه يُعدّ تصرفه تعبيراً صريحاً توجّهت إرادته بشكلٍ صريحٍ لبيع هذا الشيء، ويستنتج أنّ هذا التصرف تعبيرٌ ضِمنيّ لقبوله شراء الشيء المعروض عليه وذلك مِن خِلال تصرّفه به.

كما نصّت بالمادة (515) من القانون المدني الأردني على أنه " إذا تصرف المشتري في المبيع تصرّف المالك بعد اطلاعه على العيب القديم سقط خياره" [2]، وفي هذه الحالة يوضّح المشرّع سقوط خيار العيب لأنّ المشتري قد تصرّف بالمبيع وذلك ينطوي على تعبيرٍ ضِمنيٍ بقبوله بالعيب مِن خِلال الاستدلال بالتعبير الصريح للمشتري بتصرفه بالمبيع، سواء كان هذا التصرف بيعًا أو هبة أو غيرها من التصرفات.

المطلب الثاني
الإرادة الضِمنية قابلة للتفسير

ينتج العقد أثره القانوني ما بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير، إذا كان العقد صحيحاً، إنّ الإرادة هي جوهر العقد، حيث يجب أن تكون الإرادة صادرة عن شخصٍ متمتع بالأهليةِ اللازمة، ولا يشوبها أيّ عيبٍ من عيوب الرضا ليكتمل ركن أساس العقد وهو التراضي، ولا ينتج العقد أثره بمعنى أنه لا ينشئ حق ولا يرتب التزاماً ما لم يَرد في العقد [3]، وانطلاقاً من مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، لا

---

(2) العبودي، عباس ويوسف، كاظم حمادي (2019). النظرية العامة للإرادة الضمنية – دراسة مقارنة، مجلة العلوم القانونية، كلية القانون في جامعة بغداد، ع 5، ص12.

(3) المادة (515) من القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976.

(4) السنهوري، عبدالرزاق أحمد (1998). نظرية العقد، ط2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ص926.

يلتزم الأطراف إلا بما ورد بالعقد دون زيادةٍ أو نقصان، ومن هنا تظهر أهمية تفسير العقد، حيث تعدّ مرحلة تفسير العقد لاحقة لمرحلة انعقاده صحيحاً.

والمقصود بتفسير العقد " بيان ما هو غامضٌ والكشف عن المراد والمقصود بالألفاظ التي أفصح عنها أطراف العقد للتعبير عن إرادتهم، ومن ثم استخلاصُ الإرادة المشتركة للمتعاقدين". [1]

وعملية تفسير العقد هي عملية تقوم على فهم معاني ومقاصد الأطراف وبيان ما هو غامضٌ للوصول إلى إرادة الأطراف الحقيقية استناداً لنصوص العقد والظروف المُحيطة به.

نظّم المشرّع الأردني قواعد تفسير العقد في المواد (213-240) من القانون المدني الأردني ومن أهم هذه القواعد ما ورد عن تفسير عبارات العقد في المادة (239) التي تنص على: "

1. إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين.
2. اما إذا كان هناك محل لتفسير العقد فيجبُ البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقاً للعرف الجاري في العاملات."

في الشق الأول من هذه المادة يوضّح أنّ الأساس في تفسير العقد الوقوف عند الصيغ والعبارات واستخلاص معانيها الظاهرة دون الانحراف عن المعنى الظاهر إلى معانٍ أخرى بحجةِ أنّ هذه

---

(2) العبودي، عباس ويوسف، كاظم حمادي، مرجع سابق، ص13.

المعاني هي التي تمثل الإرادة الباطنة [1]. ولا يختلف موقف المشرّع المصري عن المشرّع الأردني وتقابلها المادة (150) من القانون المدني المصري لسنة 1948 وتعديلاته. [2]

وبإسقاط هذه المادة على الدراسة فإن الإرادة في حال عبر عنها المتعاقدين بشكلٍ صريح أي بشكلٍ مباشر فلا عبرة لاستخلاص إرادة المتعاقدين طالما هي واضحة، لكن الأمر يختلف فيما لو كانت هذه الإرادة ضِمنية لم يُعبّر عنها بشكلٍ واضح؛ فالألفاظ أو العبارات الواردة في نصوص العقد والظروف المحيطة بالعقد قد انطوت على وجود إرادةٍ ضِمنيةٍ، يكون على المفسّر أن يبحث عن إرادتهم الحقيقية والاستهداء بظروف تعاقدهم كطبيعة تعاملهم فيما لو كان يوجد تعامل سابق ما بين المتعاقدين، العرف الجاري كما في المسائل التجارية وفي عقود التأمين والمعاملات البحرية، وفي حال كان هناك اشتباه في التعرف على إرادة المتعاقدين الحقيقية فيفسّر هذا الشك في مصلحةِ المدين[3]، وهذه القواعد المُستخلصة من المادة 2/232 وهي حالة وجود تباينٍ بما هو ظاهرٌ في العقد وحقيقة إرادة المتعاقدين.

ممّا تقدّم، إنّ البحث عن إرادة المتعاقدين وتفسير ما وراء عبارات العقد الغامضة أو ظروف التعاقد وإزالة اللبس عنها، هو أمرٌ منبثق عن مبدأ سُلطان الإرادة واحترام حُرية المتعاقدين سواء كانت الرابطة التعاقدية داخلية، أو كانت مشوبة بعنصرٍ أجنبي، وفي الفرض الأخير يتجلّى مبدأ سُلطان الإرادة حيث تقدّس حُرية الأفراد وفقاً للنظرية الشخصية ويكون على القاضي البحث عن

---

(2) الإرادة الباطنة: هي الإرادة الحقيقية للمتعاقدين داخل مكنون النفس.

والإرادة الظاهرة: هي الإرادة التي يعبّر عنها بشكل مادي باللفظ أو بالإشارة أو بطريقة ضمنية، بحيث لا تبقى داخل النفس فهي ظاهرة ومفهومة.

أخذ المشرّع الأردني بالإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة والاصل ان العبرة بالإرادة الواضحة فلا يجوز الانحراف عنها للتعرف على الإرادة الحقيقية بينما لو لم يعبّر عنها دلالة أو باللفظ الواضح فتكون العبرة بما قصده المتعاقدان حقيقة وهي الإرادة الباطنة.

أشار إليه: منصور، أمجد محمد، النظرية العامة للالتزامات–مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص55–56.

(3) المادة (150) من القانون المدني المصري لسنة 1948 وتعديلاته.

(1) الفار، عبد القادر، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص153.

إرادة المتعاقدين الصريحة والضِمنية وحتى المفترضة، أما بالنسبة لأنصار النظرية الموضوعية تلعب الإرادة دورًا مهمًا بالعقد الدولي بما يتوافق مع القواعد الآمرة بحيث يبحث القاضي في العقد ويستنبط الإرادة الصريحة والضِمنية دون الاستعانة بافتراض إرادةٍ غير موجودةٍ، وهو ما ستتناوله الدراسة بشكلٍ تفصيلي.

المطلب الثالث

الإرادة الضِمنية تسلك مسلكاً ايجابياً

تعدّ الإرادة الضِمنية عملًا إيجابيًا، والتعبير عنها يتجسّد بمظهرٍ مادي ملموس له دلالة مُعيّنة يكشف عنها، فالإرادة ترتب أثراً بوجود عنصريها (النفسي والمادي) والعنصر النفسي متمثل اتجاه الإرادة دون التعبير عنها [1]، أما العنصر المادي فهو التعبير عن هذه الإرادة وإظهارها للعالم الخارجي وهو ما يميّز الإرادة الضِمنية، وسكوت الإرادة حيث يُعدّ السكوت مَسلكاً سلبياً للإرادة متمثلة بعنصرها النفسي دون المادي.

لذلك؛ لا تعتبر الإرادة الضِمنية مَسلكاً سلبياً، إنما تسلك مَسلكًا إيجابيًا يُستنبط منه إرادة أطراف التعاقد، ومثال ذلك، قيام الوكيل بتنفيذ الوكالة التي عُرضت عليه من قبل الموكل، فقيامه بأي عمل من أعمال الوكالة التي عُرضت عليه يُعتبر قبولًا ضِمنيًا [2]، ويتبين أنّ أطراف التعاقد قد يتبادل كل منهم مع الآخر تعبيرًا إيجابيًا عن إرادته، فعرض الموكل وكالة هذا يعتبر إيجابًا صريحاً من قبله، وقيام الوكيل بأي عمل من أعمال الوكالة التي عُرضت عليه يُعتبر قبولاً ضِمنيًا بعقدِ الوكالة، وكلا التعبيرين يُعدّ تعبيراً إيجابياً لم يأتِ من الفراغ، وكما سبق؛ إنّ التعبير الضِمني يتمثل بمظهرٍ مادي ملموس حقيقي يدل على وجود إرادة، يستخلصُ منه اتجاه الشخص ومراميه.

---

(2) الساعدي، جليل (2020). العنصر النفسي في العقد–دراسة مقارنة، كلية القانون، جامعة بغداد، ص49.

(1) السنهوري، عبدالرزاق، نظرية العقد، مرجع سابق، ص156.

المبحث الثالث
شروط الإرادة الضِمنية

إنّ مسألة تحديد شروط الإرادة الضِمنية من المسائل المهمّة للوقوف على صحة الإرادة الضِمنية، بالتالي ستبيّن الدراسة في هذا المبحث شروط الإرادة الضِمنية من حيث تكوينها كمطلبٍ أول، ومن ثم شروط الإرادة الضِمنية من حيث تأثيرها في العقد كمطلبٍ ثاني.

المطلب الأول
الإرادة الضِمنية من حيث تكوينها

تعدّ الإرادة ظاهرة نفسية لا يعتد بها إلا إذا ظهرت للعالم الخارجي، ولا تحدث أثرًا قانونيًا في التعاقد إلا إذا تبادل أطراف التعاقد هذه الإرادة، فما دامت الإرادة داخل النفس فلا يُعتد بها ولا تحدِث أيّ أثر قانوني. [1]

لم يشترط القانون طريقة مُعيّنة للتعبير عن الإرادة، إلا أنّه قد اشترط أن تظهر بصورة ماديةٍ حقيقيةٍ وملموسةٍ، سواء بشكلٍ مباشرٍ أو غير مباشرٍ، وأن تعزم هذه الإرادة لإحداث أثر قانوني [2]. تمرّ الإرادة في أربعة مراحل وهي في طور النفس إلى أن تظهر بصورة خارجيةٍ، وهذه المراحل كالتالي:

أولاً: مرحلة التفكير

وهي المرحلة التي تتضمّن تفكير الشخص بالتصرف القانوني المقدم على إحداثه.

---

(2) العبودي، عباس ويوسف، كاظم حمادي (2019). النظرية العامة للإرادة الضمنية . دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص16.

(1) يستخلص من المادة (93) من القانون المدني الأردني والتي تنص على طرق التعبير عن الإرادة، بالإضافة إلى المواد 100-90 من ذات القانون والتي نظمت وقت انتاج الإرادة أثرها الفعال.

ثانياً: مرحلة التدبير

وهي مرحلة تخطيط الشخص وتنظيمه للتصرف القانوني لضمان تحقيقه أهداف ونتائج كأثرٍ يترتّب على هذا التصرف.

ثالثاً: مرحلة العزم

وهي مرحلة اتخاذ الشخص قراره في احداث أثر قانوني وعزمه على ذلك، وهي مرحلة تسبقُ التنفيذ وظهور التصرف بشكلٍ مادي وملموس، وهذه المرحلة هي جوهر الإرادة وتكون كامنة داخل النفس. [1]

رابعاً: مرحلة التنفيذ

ويقصدُ بها المرحلة التي تتحول فيها الإرادة من باطنةٍ إلى ظاهرة للعالم الخارجي، بحيث يُعبّر عنها أطراف التعاقد بأي شكلٍ من أشكال التعبير لتحدث أثراً قانونيًا أرادته واتجهت إليه، كصدور الإيجاب أو القبول، فالإرادة المرتبة آثار قانونية يجب أن تكون صادرة عن شخصٍ متمتع بالأهلية وأن تكون أيضاً خالية من العيوب. [2]

ومما تقدم؛ يتبيّن أنّ الإرادة تمرّ في مراحل يمكن أن نقسمها إلى قسمين: مراحل نفسية وأخرى مادية، والمراحل النفسية كمرحلة التفكير والتدبير تكون الإرادة فيها في طور ولادتها وتكوينها داخل النفس غير ظاهرة للعالم الخارجي، أما بالنسبة لمرحلة العزم في نقطة تحول الإرادة من فكرة إلى قرار يتجسّد ويظهر بشكلٍ ملموسٍ، مرحلة التنفيذ وهي مرحلة مادية تخرج الإرادة الباطنة من كامن النفس

---

(1) السنهوري، عبدالرزاق (1998). شرح القانون المدني الجديد–مصادر الالتزام، ج1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ص184.

(1) المرجع السابق، ص185.

إلى العالم الخارجي بإحدى وسائل التعبير لتحدث أثراً قانونياً ارتضته، ووسيلة التعبير المعنية بها هذه الدراسة هي التعبير الضِمني حيث أنّ المتعاقد يُعبّر في مرحلة التنفيذ عن إرادته بطريق الدلالة وهي وسيلة لها ذات تأثير التعبير الصريح.

كما أنّ هناك شروطًا لتكوين الإرادة، يشترط عدة شروط للإرادة الضِمنية للتأثير في العقد، وهو ما سنتناولها في المطلب الثاني.

المطلب الثاني
الإرادة الضِمنية من حيث تأثيرها بالعقد

تمرّ الإرادة الضِمنية بمراحل تكوين من بداية وجودها داخل كوامن النفس إلى أن تظهر للعالم الخارجي، يجب أن تكون هذه الإرادة متجهة إلى إحداث أثر قانوني، وأن تكون صادرة عن شخص واعٍ للتصرف القانوني الذي سينتج ذلك الأثر. [1]

تعدّ الإرادة عنصرًا داخليًا لا يعتد بوجودها إلا إذا انتقلت من الهالة النفسية إلى العالم الخارجي، فالتعبير عن الإرادة يُعدّ وسيلة لإظهارها بشكلٍ مادي ملموس، سواء كانت وسيلة التعبير عن الإرادة صريحة أي أن يتم التعبير عنها بطريقة مباشرة بحيث يُستدل عن الإرادة بشكلٍ واضح، أو أن تكون وسيلة التعبير ضِمنية يُعبّر عنها بطريقة غير مباشرة، إلا أنّه لا يمكن تفسيرها من دون افتراض وجود إرادة. [2]

---

(2) منصور، أمجد محمد، مرجع سابق، ص50.

(3) السنهوري، عبدالرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مرجع سابق، ص178.

بناءً على ما تقدم؛ التعبير الضِمني له نفس صلاحية التعبير الصريح من حيث ترتيب الأثر القانوني طالما أنّ الإرادة صادرة عن شخص ذي أهلية وأن تكون هذه الإرادة خالية من العيوب [1]، ما لم لا يشترط القانون خِلاف ذلك، فإنّ مسألة ترتيب أثر قانوني في ظل وجود إرادةٍ ضِمنيةٍ مقيد بعدّة شروط، وهذه الشروط متمثلة بما يلي:

أولاً: أن تكون الإرادة الضِمنية صحيحة

صحة الإرادة كشرط للاعتداد بها تشمل أمرين وهما: ألا يكون الشخص ناقص الأهلية أو أن يكون مُصابًا بأي عارضٍ من عَوارض الأهلية كالجنون والعته والسفه وذو الغفلة وما يترتب عليها من آثارٍ نظّمها القانون المدني الأردني في المواد (132-128)، وألا تكون معيبة بأحد عيوب الإرادة كالغلط، الإكراه، أو التغرير والغبن، وهي العيوب التي تناولها المشرّع الأردني في نصوص المواد (135-153) من القانون المدني الأردني.

حيث لا يُعتد بالإرادة إذا كانت مَعيبة بأحد عيوب الرضا وهو الركن الجوهري بالعقد الذي يستند على الإرادة وجودًا وصحةً، وكما وضّحت الدراسة سابقاً حول ترتيب الإرادة الأثر القانوني بالعقد لا يكون إلا عن طريق وجود إرادة صحيحةٍ وخاليةٍ من أي عيبٍ يتخللها.

ثانياً: ألا يشترط القانون أو يتفقا الأطراف على طريقة تعبير مُعيّنة

الأصل أنّ التعبير عن الإرادة غير محصور بطريقة مُعيّنة، حيث يرتب التعبير الضِمني أثراً قانونياً كالذي يحدثه التعبير الصريح إلا أنّ القانون يقدّم التعبير صراحةً على التعبير الضِمني كما في المادة (215) من القانون المدني الأردني نصّت على انه "لا عبرة بالدلالة في مقابلة التصريح"، إضافة إلى ان القانون إذا اشترط طريقة تعبير لا يعتد بغيرها محددة بحيث لو اشترط القانون التعبير

---

(2) السنهوري، عبدالرزاق، نظرية العقد، مرجع سابق، ص316.

عن الإرادة بشكلٍ صريحٍ كالعقود الشكلية [1]، فلا عِبرة لو عبّر عنها بطريق الضِمني ولا ترتب أثر قانوني.

قد يتفقا الأطراف أن يتم التعبير عن الإرادة بطريقة مُعيّنة أما أن تكون صريحة أو ضِمنية، ممّا يرتب عليهم إثبات الاتفاق لتحديد الأثر المترتب، في حال كان اشتراط الأطراف طريقة تعبيرٍ مُعيّنة شرطاً للإثبات أو للانعقاد [2]، وفي حال اتفاق المتعاقدين على التعبير بطريقةٍ صريحةٍ لا عِبرة للإرادة الضِمنية ولا يُعتد بها.

(2) العقود الشكلية: هي العقود التي اشترط القانون ان تنعقد بشكلية خاصة يحددها القانون، ولا تنعقد بمجرد تراضي المتعاقدين، وعادةً ما يشترط القانون ان تكون هذا الشكل ورقة رسمية يدون فيها العقد. أشار إليه: الفار، عبدالقادر، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص36.

(1) العبودي، عباس، مرجع سابق، ص31.

المبحث الرابع
تمييز الإرادة الضِمنية عن غيرها

ستتناول الدراسة في هذا المبحث تمييز الإرادة الضِمنية عن غيرها من أوضاع قانونية قد تتقارب وتتشابه معها بالمنظور العام، والوقوف على اختلافِ الإرادة الضِمنيةِ عن هذه الأوضاع، وعليه؛ ستعرضُ الدراسة التالي: تمييز الإرادة الضِمنية عن الإرادة الصريحة (مطلب أول)، تمييز الإرادة الضِمنية عن الإرادة المفترضة (مطلب ثانٍ)، وتمييز الإرادة الضِمنية عن الإرادة الباطنة والظاهرة (مطلب ثالث).

المطلب الأول
تمييز الإرادة الضِمنية عن الإرادة الصريحة

يقصد بالإرادة الصريحة، التعبير عن الإرادة بأن يكون المظهر الذي تتخذه موضوعاً للكشف عن هذه الإرادة حسب المألوف بين الناس، وتكون باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة أو غير ذلك من الوسائل التي تؤدّي مباشرةً المعنى المقصود إلى من وجّهت إليه، ويكون التعبير عن الإرادة الضِمنية بأن يكون المظهر الذي اتخذه ليس في ذاته موضوعاً للكشف عن الإرادة لكن مع ذلك لا يمكن تفسيره دون افتراض وجودٍ لهذه الإرادة. [1]

ترى الباحثة أنّ الفرق بين التعبير الصريح والتعبير الضِمني، هو أنّ التعبير الصريح عن الإرادة يعتبر مسلكًا مباشرًا وواضحًا لا يعتريه الغموض أو الشك، يستدل به دون الحاجة للاستنتاج على عكس التعبير الضِمني فهو مسلكٌ غير مباشر وغير مألوفٍ بين الناس، يحتاج للوصول إليه استنتاج واستخلاص الإرادة مِن خِلال ظروف التعاقد أو تصرفات الأطراف وتفسير العقد.

---

(1) السنهوري، عبدالرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مرجع سابق، 154.

وتختلف الإرادة الصريحة بأنّ التعبير عنها يوصل العلم مباشرةً إلى من وجّهت إليه، إلا أنّ التعبير عن الإرادة الضِمنية لا يُوصل العلم مُباشرة إنما يُستدل به.

المطلب الثاني
التمييز بين الإرادة الضِمنية والإرادة المفترضة

تعرف الإرادة المفترضة وفقاً لأنصار النظرية الشخصية، هي الإرادة التي ينشئها القاضي الذي ينظر بالنزاع المعروض أمامه، حيث يتوصل إليها القاضي بإقامة نفسهِ مَقام المتعاقدين وقت انعقاد العقد وفي ظل ظروفِ تعاقدهم نفسها، ليفترض اتجاه إرادتهم الباطنة، والإرادة المفترضة يلجأ إليها قاضي الموضوع إذا لم يجد إرادةً صريحةً أو إرادة ضِمنية [1]. تبرز أهمية الإرادة المفترضة لدى أنصار الفِكر الفردي وذلك تبعاً لاتجاههم في تقديس حُرية الفرد وإرادته، وأنّ الإرادة قادرة على إنشاء وترتيب آثار قانونية، لذلك يلجأ القاضي لإنشاء إرادة مفترضة في الحالات التي لا يكون لها وجودٌ ملموس.

وكما سبق؛ فإنّ الإرادة المفترضة هي من إنشاء قاضي الموضوع بموجب سلطته التقديرية دون خضوعه لرقابة القضاء، وذلك قد يؤدّي إلى نتائج لا يرتضيها أطراف التعاقد مِن خِلال إنشاء القاضي أو افتراض إرادةٍ لا تُناسب توقّعات أطراف التعاقد. [2]

وعليه؛ تختلف الإرادة المفترضة عن الإرادة الضِمنية بأنّ القاضي هو من يقوم بإنشائها – أي من صنعه– مِن خِلال افتراض اتجاه إرادة المتعاقدين في وقت التعاقد، كما أنّ القاضي يلجأ إلى افتراض وجود إرادة عندما لا يكون هناك أيّ وجودٍ لإرادة صريحة أو ضِمنية فافتراض إرادةٍ من قبله يُعتبر اتجاه الأطراف الذي سيأخذون به فيما لو تصدّوا لهذا الاختيار. [3]

---

(2) حجازي، عبد الفتاح حجازي محمد، تفسير العقد في القانون المدني العراقي والمقارن، مرجع سابق، ص 160.

(3) العبودي، عباس، مرجع سابق، ص31.

(1) السنهوري، عبدالرزاق. شرح القانون المدني الجديد – مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص189.

أما بالنسبة للإرادة الضِمنية فهي إرادة يُعبّر عنها من قبل صاحبها بطريقة غير مباشرة، يوصل إليها عن طريق الدلالة والاستخلاص، وهي وسيلة للإفصاح عن الإرادة، فهي لا تنشأ ولا تكن موجودة إلا مِن خِلال صاحبها، حيث يتم الكشف عن الإرادة الضِمنية عن طريق الاستخلاص والدلالة، لذا فالإرادة الضِمنية لا تفترض من قبل القاضي، انما يُعبّر عنها بطريقةٍ غير مباشرة من قبل صاحبها يستنتج منها اتجاه ومرامي صاحبها.

لم يأخذ المشرّع الأردني بالإرادة المفترضة، فهي اتجاه أصحاب الاتجاه الفردي حيث يذهب أصحاب هذا الاتجاه بأنّ الإرادة لابدّ أن تعبر أو يكون لها وجود، لذا؛ في حال لم يستطع القاضي الكشف عن إرادةٍ صريحةٍ أو ضِمنيةٍ يلجأ القاضي للإرادة المفترضة.

ترى الباحثة ووفقاً للمنطق القانوني لا تعدّ الإرادة المفترضة إرادة حقيقية أو وسيلة للتعبير عنها فهي من صُنع القاضي ومفترضة، وفي الغالب لا تمثّل إرادة أطراف التعاقد.

المطلب الثالث

التمييز بين الإرادة الضِمنية والإرادة الظاهرة والباطنة

الإرادة الظاهرة، المظهر الاجتماعي المادي للإفصاح عن الإرادة، فالإرادة مسألةٌ داخل النفس لا يكون لها أيّ أثر في القانون ما لم تأخذ مظهرًا اجتماعيًا ملموسًا، أي أنّ الإرادة المُرتبة للأثر القانوني هي الإرادة التي يفصحُ عنها لا الإرادة الكامنة في النفس، والعِبرة في الإفصاح عنها لترتيب آثارها القانونية دونَ الحاجة للبحث في داخل النفس عن الإرادة واتجاهها، وهذا هو مُجمل نظرية الإرادة الظاهرة إذ إنّ الإرادة لا يُعتدّ بها إلا إذا ظهرت للعالم الخارجي بشكلٍ مادي وملموس. [1]

(1) السنهوري، عبدالرزاق، نظرية العقد، مرجع سابق، ص170.

وتُعدّ الإرادة الظاهرة العنصر المادي في العقد، أي يُعبّر عنها بشكلٍ صريح، أو بشكلٍ ضمني، والتعبير الصريح كما سبق هو وسيلة للإفصاح عن الإرادة بشكلٍ مباشر بحيث يتم الوصول إليها والكشف عنها بشكلٍ واضحٍ ولا يعتريه الغموض كاللفظ أو الكتابة أو الإشارة، أما بالنسبة للتعبير الضِمني فهو وسيلة للإفصاح عن الإرادة بطريق الدلالةِ من التصرفات أو ظروف التعاقد أو غيرها من العوامل، يتم الوصول إليها عن طريق الاستنتاج. [1]

أما بالنسبة للتعبير الضِمني يُعدّ وسيلة للإفصاح عن الإرادة، وهو صورة من صور الإرادة الظاهرة، ينقل التعبير الضِمني الإرادة من عنصرٍ نفسي إلى عنصرٍ ملموس، تتحقق الإرادة الظاهرة مِن خِلال خروج الإرادة من كوامنِ النفسِ إلى العالم الخارجي وتعدّ عنصرًا ماديًا بالعقد. [2]

ترى الباحثة أنّ الفرق بين الإرادة الضِمنية والإرادة الظاهرة تتمثل بأنّ الإرادة الضِمنية هي صورة من صور الإرادة الظاهرة المتمثلةِ بمظهرها الاجتماعي المَلموس، حيث يتوّصل إليها بالدلالةِ واستنتاج اتجاه ومَقصد صاحبها.

أما بالنسبة للإرادة الباطنة فهي الإرادة الحقيقية التي تكمُن داخل النفس وتمثل العنصر النفسي للعقد، حيث يُعدّ التعبير عنها ليس الا دليل لوجودها، وتبعاً لنظرية الإرادة الباطنة فإنّ التعبير لا يُعتد به ولا يترتبُ عليه أيّ أثر قانوني ما لم يكن مطابقاً للإرادة الباطنة، وفي حال لم يتطابق التعبير مع الإرادة الباطنة لا يُؤخذ به ويُعتد بالإرادة الباطنة لأنها الحقيقة التي أرادها أطراف التعاقد. [3]

---

(2) الشافعي، ثامر داوود (2021). دور الإرادة في تحديد الاختصاص التشريعي في العقد الدولي، مرجع سابق، ص94.

(3) الساعدي، جليل (2012). الإرادة الباطنة في العقد– دراسة في القانون المدني العراقي، مكتبة السنهوري، بغداد، العراق، ص26.

(1) الذنون، حسن علي، النظرية العامة للالتزامات/ أشار إليه العبودي، عباس، مرجع سابق، ص30.

ترى الباحثة أنّ الإرادة الضِمنية تختلف عن الإرادة الباطنة بأنّ الإرادة الضِمنية هي الوسيلة التي مِن خِلالها تخرج الإرادة الباطنة من مظهرها النفسي إلى العالم الخارجي الملموس، فالإرادة الباطنة هي إرادةٌ داخليةٌ كامنةٌ في النفس، لكن الإرادة الضِمنية تعدّ عنصرًا ماديًا يُعبّر عنها بطريق الدلالةِ ولا تعدّ حالة نفسية داخلية.

الفصل الثالث

دور الإرادة الضِمنية في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي

تستمد أهمية الإرادة في التعاقد من مبدأ سُلطان الإرادة وهو مبدأ ساد وتطور في القرن التاسع عشر، حيث يقوم على أنّ الإرادة قادرة على إنشاء تصرفات قانونية وتحديد آثارها، تستطيع الإرادة وفقاً لهذا النظر أن تنشأ عقداً لا يعرفه القانون، وأن تذهب إلى ما يُخالف أحكام القانون المنظمة للعقود. [1]

ويُعتبر مبدأ سُلطان الإرادة هو نتيجة للفلسفة السياسية الفردية التي كانت سائدة في القرن التاسع عشر ونظام الرأسمالية الذي بلغ ذروته آنذاك، حيث يقوم مبدأ سُلطان الإرادة على أساس تقديس حُرية الفرد وغايته، وأنّ فكرة حماية الحرية الفردية هي سبب وجود النظام العام، وما وجد إلا لحماية حُرية الأفراد المُستمدّة من حقّه العام بالحياة، وعليه؛ إنّ إرادة الفرد قادرة من تِلقاء نفسها على إنشاء أيّ تصرّف يرتضيه الفرد، وما وُجد القانون إلا لحماية هذه الحرية. [2]

تأسّس مبدأ سُلطان الإرادة على فكرة تقديس حُرية الفرد واعتبار إرادته مصدرًا لحقوقه الشخصية فهي إرادة حرة ومستقلة، حيث اعتبر هذا المبدأ الحجر الأساس لبعض المبادئ التي انطلقت متأثرة به، فعلى صعيد القانون الداخلي انطلقت عِدة توجّهاتٍ ومبادئ كحرية التعاقد واحترام أطراف التعاقد في تفسير العقد؛ فالإرادة هي أساس العقد وقوة إلزاميته وهي قادرة على تفسيره. [3]

---

(2) الفضل، منذر (1992). النظرية العامة للالتزامات – مصادر الالتزام، دار الثقافة، عمان، الأردن، ص135.

(3) شبي، كريم مزعل وآخرون (2018). مباحث في القانون الدولي الخاص تنازع القوانين، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، ط1، ص268.

(4) صادق، هشام، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، ص23.

أما في القانون الدولي الخاص انعكسَ أثر مبدأ سُلطان الإرادة في تأسيس قانون الإرادةِ في مجال تنازع القوانين مِن خِلال تأثّر الفقه بالفكر الفردي، حيث كان يقدس الفرد وإرادته ومن منطلق أنّ الفرد في ظلّ العلاقات الداخلية قادرٌ على إنشاء تصرّفٍ قانوني وإحداثِ آثارٍ قانونية مترتبةٍ عليه، فمن الطبيعي أن يكون قادراً على إنشاء ذاتِ الأثر في ظل العلاقات الدولية، حيث أسندت الالتزامات التعاقدية لقانون الإرادة وهو قدرة المتعاقدين على اختيار القانون الذي يحكم العقد المُبرم بينهم في إطار العقود الدولية. (1)

ترى الباحثة أنّ قانون الإرادة يختلف عن مبدأ سُلطان الإرادة، حيثُ يعتبر الأخير المبدأ الأعمّ والأشمل لتقديس حُرية الفرد وغاياته المستمدة من حقّه الطبيعي، أما بالنسية لقانون الإرادةِ فهو مبدأ تأسّس مُتأثراً بمبدأ سُلطان الإرادة في ظل علاقاتِ القانون الدولي الخاص، حيث كان قانون الإرادة حلاً لمشكلةِ تنازع القوانين في شأن العقود الدولية.

أخذ قانون الإرادة بالتطوّر منذ القرن التاسع عشر وحتى بداية القرن العشرين ما بين مؤيد لاستخدام الإرادة كحلّ سابقٍ لمشكلة تنازع القوانين، كتبرير لاستخدام الإرادة وإطلاق حريتها في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي ممّا يؤدّي إلى نتائج مفادها اختيار القانون المُلائم للمتعاقدين الذي سيطبّق على العقد الدولي وإنزال هذه القانون المختار منزلة الشروط العقدية، وما بين مُعارضٍ لاستخدام الإرادةِ كحلّ لمشكلةِ تنازع القوانين في شأن العقود الدولية ممّا يؤدّي إلى نتائج مُؤدّاها الخروج عن فكرة النظام العام والقواعدِ الآمرة.

تعدّ مسألة إسناد العقد الدولي لقانون الإرادة مسألة ما زالت تثير جدلاً واسعاً؛ لانقسام الفقه حول إطلاق حُرية الإرادة في اختيارها قانون العقد الدولي حيث تجلّى هذا الجانب بظهور النظرية

---

(1) صادق هشام، المرجع سابق، ص17.

الشخصية، حيث نادى جانب آخر وهم أنصار النظرية الموضوعية بتقييدٍ لهذه الحرية ووضع قيودٍ عليها بحيث لا تقوى على تجاوز القانون والقواعد الآمرة، ممّا يرتب نتائج هامّة كأثرٍ لهذه النظريات.

استقر الفقه ومن بعدهِ التشريعات على إسناد العقد الدولي إلى قانون الإرادة، لذا تؤدّي الإرادة دورًا مهمًا في مجال تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، فما هو قانون الإرادة؟ وما هي النظريات التي ساعدت على تبلور قانون الإرادة كضابطِ إسناد؟ وما هو نِطاق تطبيقه؟

ستتناول الدراسة في هذا الفصل دور الإرادة الضِمنية في اختيار القانون الواجب التطبيق وذلك مِن خِلال توضيح إسناد العقد الدولي لقانون الإرادة (مبحث أول)، كما ستتناول الاختيار الضِمني لقانون العقد الدولي (مبحث ثانٍ).

المبحث الأول
إسناد العقد الدولي لقانون الإرادة

يُعدّ موضوع تنازع القوانين من أهمّ موضوعات القانون الدولي الخاص والذي يضعُ التصرّف القانوني أمام تزاحم أكثر من نظامٍ قانوني واحدٍ ممّا يلزم القاضي استخدام قواعدَ إسنادٍ ترشدهُ إلى القانون الواجب التطبيق على النزاع المعروض أمامهُ بعدَ تحديد طبيعته القانونية. (1)

تلعب إرادة المتعاقدين دورًا مِحوريًا في مجال القانون الدولي الخاص إما بوصفها وسيلةً لنزع الرابطة العقدية من حكم القانون أو لإخضاعها لسلطانه، وهي بذلك ضابطُ الإسناد في قاعدةِ التنازع الخاصةِ بالعقود الدولية. (2)

وعليه؛ تخضع العقود ذات الطابع الدولي لمبدأ قانون الإرادة تطبيقًا لحرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وذلك باعتبار قانون الإرادة قاعدة مُسلّمٌ بها فقهًا وقضاءً وفي غالبية التشريعات الوطنية والدولية، ويتجلّى مبدأ قانون الإرادة بإخضاع الرابطة العقدية إلى القانون الذي تشير إليه إرادة أطرافه على ألا تتجاوز هذه الإرادة القانون؛ فهي مُجرّد ضابط إسنادٍ يحل مشكلة تنازع قوانين في شأنِ العقد الدولي. (3)

مَرّ قانون الإرادة بتطور تاريخي وظهرت نظرياتٌ ساعدت في تشكيل قانون الإرادة كقاعدة إسنادِ تشيرُ إلى القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، وأولى هذه النظريات هي النظرية

---

(2) الداودي، غالب علي (2019). القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين مرجع سابق، ص117.

(3) المواجدة، مراد محمود (2010). التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ص182.

(4) الصانوري، مهند أحمد (2001). دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ص133.

الشخصية حيث نادت بتوجهات لإطلاق حُرية الأطراف في اختيار قانون العقد [1]، والنظرية المناقضة للأولى وهي النظرية الموضوعية والتي نادت بتقييد لهذه الحرية والحدّ منها حيث لا تملكُ الإرادة الخروجَ عن فِكرة النظام العام. [2]

ستتناول الدراسة في هذا المبحث قانون الإرادة كضابط إسنادٍ للعقد الدولي (المطلب الأول)، ونطاق تطبيق قانون الإرادة (المطلب الثاني).

المطلب الأول
قانون الإرادة كضابط إسناد للعقد الدولي

تعتبر الإرادة ضابط إسناد في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، حيث مَرّ قانون الإرادة بمراحل تاريخيةٍ وتطورٍ تحليليّ عميق إلى أن تبلور وأصبح بالحلة التي هي أمامنا كضابط إسنادٍ متوازن يحقق توقّعات أطراف العقد الدولي، لا يخرج عن فكرة النظام العام ويُعتبر حلاً لمشكلة التنازع في شأنِ الالتزامات التعاقدية.

بدايةً ظهر قانون الإرادة في ظل المدرسة الإيطالية؛ حيث أخضعت العقود الدولية إلى قانون دولة إبرام العقد باعتبار أنّ إرادة المتعاقدين اتجهت ضِمناً إلى تطبيق هذا القانون. [3]

لم يفرّق فقهاء المدرسة الإيطالية بين شكلِ العقد وموضوعهِ حيث أخضع العقد من حيث الشكل والموضوع إلى قانون بلد الإبرام دون أن يفصّل بين جوانب العقد، إلى أن أدرك الفقه أهمية الفصل

---

(2) شبي، كريم مزعل وآخرون (2018). مباحث في القانون الدولي الخاص تنازع القوانين، ط1، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، ص265.

(3) صادق، هشام، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص64.

(4) الدودي، غالب علي، مرجع سابق، ص81.

بين الجانب الشكلي للعقدِ والجانب الموضوعي، فاستقر اخضاع العقد من حيث الموضوع لقانون الإرادة، أما شكلُ العقد بقيَ يخضع إلى قانون بلد الإبرام. [1]

ومن جانب آخر؛ إنّ مثل هذا الإسناد يرتّبُ نتائج غير منطقيةٍ في حين لا يُعترف بقدرة الأفراد على الاختيار الصريح لعقدهم، ومن جهةٍ أخرى اعتبروا دولة الإبرام هي اختيار المتعاقدين الضِمنية ورغبتهم في تطبيق قانون هذه الدولة على عقدهم. [2]

استمرّ استخدام الإرادة على هذا النحو كتبرير لاحقٍ لإسناد سابقٍ للعقد الدولي إلى دولة الإبرام والإصرار على أنّ إرادة الأطرافِ الضِمنية قد ارتضت هذا الاتجاه مع التأكيد بأنّ إسناد العقد الدولي لقانون بلد الإبرام أو قانون بلد التنفيذ أمرًا لا تملك الإرادة تغييره، إلى أنّ غيّر الفقيه " لوران " في مؤلفاته في القانون المدني من مُنطلق هذا التبرير حيث اعتبر أنّ إرادة أطراف العقد هي حَلّ في ذاتها وليست مُجرّد تبرير لمشكلةِ التنازع وأنّ الإرادة في هذا المجال لديها القدرة على اختيار القانون الذي سيطبّق على العقد الدولي وبهذه المثابة أصبحت الإرادة هي الحَل ذاته باعتبارها قادرة على اختيار القانون الواجب التطبيق على الرابطة العقدية [3]، وذلك ما أكّده القضاءُ الفرنسي في بداية القرن العشرين في قضية (American Trading Company Quebec Steamship Company) حيث قضت محكمة النقض الفرنسية على: " القانون الواجب التطبيق على العقود، سواء فيما يتعلق بتكوينها أو آثارها أو بالنسبة لشروطها، هو القانون الذي تبّنته الأطراف ..." [4]، أدّى توجّه القضاء الفرنسي

---

(2) الشافعي، تامر داود (2021). دور الإرادة في تحديد الاختصاص التشريعي في العقد الدولي، ط1، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، ص24.

(3) صادق، هشام، مرجع سابق، ص22-24.

(4) بو خليفة، عبدالكريم، مرجع سابق، ص23.

(5) حسن، محمد جلال ورحيم، بختيار صديق، القانون الواجب التطبيق على منازعة التحكيم الالكتروني – دراسة مقارنة، جامعة السليمانية، كلية القانون، ص436.

إلى تبنّي هذا المبدأ في مشروع القانون الدولي الخاص الفرنسي لسنة 1967 حيث يقضي بأن "يخضع العقد ذو الطابع الدولي والالتزامات الناشئة عنه للقانون الذي قصدَ الأطراف الخضوع له".[1]

كما أنّ فكرة إسناد العقد الدولي لقانون الإرادة مِن خِلال اختيار المتعاقدين القانون الواجب التطبيق على العقد فكرة يختلف أساسها باختلافِ موقفِ الإرادة في مُواجهة القانون المُختار من قبل المتعاقدين، وقد ساهمت النظريات الفقهية على ولادة اتجاهاتٍ وفكرٍ قانوني متوازن، حيث تبنّتها التشريعات في تقنين قواعد قانونية تنظّم مسألة تنازع القوانين في شأن العقود الدولية.

اختلفت النظريات حول إطلاق حُرية إرادة المتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، وما بين تقييدٍ لهذه الإرادة والحدّ منها في العقد الدولي، وأولى هذه النظرات هي النظرية الشخصية حيث أسّست قانون الإرادة على مبدأ سُلطان الإرادة بشكلٍ مُطلق، فهي تعطي الإرادة الحرية المُطلقة للأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، ذهب أنصارُ النظرية الشخصية إلى إطلاق حُرية المتعاقدين مِن خِلال منحهم الحق في اختيار قانون الدولة الذي يرونه أكثر ملائمة لمصالحهم وأكثر تعبيراً عن رغبتهم لينظم الرابطة العقدية، انطلاقاً من مبدأ سُلطان الإرادة وتقديس حُرية الفرد التي سادت آنذاك، وعليه؛ يرتب هذا الاختيار المادي إلى إدماج أحكام القانون المختار في العقد لتصبحَ أحكامه بمثابة الشروط العقدية الذي يتفق عليها الأطراف وارتضاها المتعاقدين، حيث يملك المتعاقدين الاتفاق على مُخالفتها أو تعديلها وإنْ كانت آمرة. [2]

ذهب أنصار هذه النظرية إلى إطلاق حُرية المتعاقدين مِن خِلال منحهم الحق في اختيار قانون الدولة الذي يَرونه أكثر ملائمة لمصالحهم وأكثر تعبيراً عن رغبتهم لينظّم الرابطة العقدية، انطلاقاً

---

(2) الانباري، أحمد حميد (2017). سكوت الإرادة عن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي – دراسة مقارنة، جامعة الشرق الأوسط، كلية القانون، عمان، الأردن، ص51.

(3) ياقوت، محمود محمد، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص67.

من مبدأ سُلطان الإرادة وتقديس حُرية الفرد التي سادت آنذاك، وعليه؛ يرتّب هذا الاختيار المادي إلى إدماج أحكام القانون المُختار في العقدِ لتصبحَ أحكامه بمثابة الشروط العقدية التي يتفق عليها الأطراف وارتضاها المتعاقدين، حيث يَملك المتعاقدين الاتفاق على مُخالفتها أو تعديلها وإنْ كانت آمرة. [1]

يؤدّي اندماج القانون المختار وفقاً لهذا الاتجاه في العقد إلى نتائج من شأنها إفلاتُ العقد الدولي من سُلطان القانون، على سبيل المثال تعذّر إبطال العقد وفقًا لأحكام القانون المختار لفقدان قوته الملزمة وصفته الآمرة بعدَ أن أصبحت أحكامه شروطاً عقدية، اتفقت عليها إرادة المتعاقدين. [2]

أما النظرية الموضوعية والتي أسّست مبدأها على أنّ مبدأ سُلطان الإرادة ليس مبدأ مُطلقًا، فالإرادة حُرة في إطار القانون، والقانون هو من يُعطي الفرد الحق في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقدِ مِن خِلال قاعدة إسنادٍ لدى المشرّع تتيح له هذا الاختيار، حيث يُعدّ تخويل الإرادة لاختيار القانون واجب التطبيق على العقد الدولي حق يمنحها إياه القانون بموجب قاعدة إسناد [3]، حيث لا يكون للإرادة القدرة على الخروج عن أحكامهِ الآمرة أو تحريره من حكم القانون، ويُعد هذا الاختيار اختيارًا تنازعيًا لقانون العقد يستند إلى قاعدةٍ من قواعد التنازع التي تخضع الرابطة العقدية لحكم القانون الداخلي المُختار. [4]

---

(2) سلامة، أحمد عبدالكريم (2018). العقد الدولي الطليق: بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، دراسة تأصيلية انتقادية القاهرة، دار النهضة العربية، ط2، ص137.

(3) صادق، هشام، مرجع سابق، ص132.

(4) الشافعي ثامر داود، مرجع سابق، ص193.

(5) ياقوت، محمود محمد، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص99.

تعرّضت هذه النظرية إلى انتقادات وأهم هذه الانتقادات أنها تؤدّي إلى الغاء دور إرادة الأطراف حيث لا تملكُ حق الاختيار إنما هي مُجرّد أداة لتركيز العقد في مركز ثِقل الرابطة العقدية، ويقتصرُ دورها على ذلك، وعليه؛ لا أهمية للتفرقة ما بين الإرادة الصريحة والإرادة الضِمنية كون إرادة الأطراف لا تملك حق الاختيار، وانما تملك فقط حق التركيز، كما أنّ هذا الاتجاه يؤدّي إلى إطلاق سلطة القاضي وإعطاءهِ الحق في تعديل اختيار الأطراف متى كان هذا الاختيار لا يتلاءمُ مع التركيز الحقيقي للعقد، والذي يؤدّي إلى إخلال توقعات الأطراف. [1]

لعلّ ذلك ما يُبرر اتجاه جانبٍ من الفقه إلى التوفيق بين النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية، حيث ذهب هذا الاتجاه إلى أن يكون قانونُ الإرادة هي القاعدة التي يستند إليها العقد الدولي بموجب تخويل قواعد التنازع لاختيار الإرادة للقانون، وهو الأساسُ الذي بني عليه الفِكر الموضوعي وهو استناد الإرادة إلى القانون وليس لمطلق سُلطان الإرادة، ووفقاً لهذا النظر لا تستطيع الإرادة مخالفة القواعد الآمرة، ولا تؤدّي لإدماج القانون المختار في العقد، لذا؛ يطبّق القانون المختار بوصفه قانوناً وليس شرطًا عقديًا، كما يؤدّي إلى هذا الاختيار إلى إعطاء الأطراف الحرية المُطلقة بحيث لا يمكن تقيدها في اختيار قانون مُعين أو بموجب قاعدة إسناد مسبقة وإنْ كان هذا الاختيار لا يتصل بالعقد، أما في حالة غياب الاختيار الصريح من قبل الأطراف فيمكن هنا إعمالُ نظرية التركيز الموضوعي وهو ما اتجهت إليه النظرية الموضوعية، ويقوم القاضي بهذا الدور بتركيز العقد في مركز ثِقل الرابطة العقدية وتطبيق القانون الأوثق صلةً بالعقد. [2]

---

(2) ياقوت، محمود محمد، الروابط العقدية بين النظرية الشخصية والموضوعية، مرجع سابق، ص11.

(3) ياقوت، المرجع السابق، ص1072.

إلا أنّ هذا التوفيق قد انتقد؛ وذلك لعدم اعتداده بالإرادة الضِمنية، فالعقد يخضع لقانون الإرادة فقط في حالة الاختيار الصريح، أي في حالة غياب الاختيار الصريح لقانون العقد، يقوم القاضي باستخلاص القانون الأوثق صِلة بالعقد عن طريق التركيز الموضوعي. [1]

ترى الباحثة أنّ التوفيق ما بين النظريتين يؤدّي إلى نتائج معقولةٍ وحقيقيةٍ تصون الأمان القانوني للأطراف وتحتفظ بالتوقعات القانونية وهو المبدأ الفلسفي لقواعد القانون الدولي الخاص، وذلك مِن خِلال منح إرادة الأطراف الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق، وذلك مِن خِلال اختيار الصريح مع الاعتدادِ باختيار الإرادة الضِمنية، أما في حاله السكوت وهو عدم التعبير عن الاختيار في هذه الحالة يتصدّى القاضي إلى نظرية التركيز الموضوعي الإسناد المُسبق مِن خِلال قواعد التنازع، وفقاً لذلك توفيقًا للرأي الموضوعي وتوفيقًا للرأي الشخصي مِن خِلال منح الإرادة الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، على ألا تخالف الأحكام الآمرة.

أما بالنسبة للموقف التشريعي من قانون الإرادة فقد أسند المشرّع الأردني الالتزامات التعاقدية إلى قانون الإرادة حيث نصّ في المادة (20) من القانون المدني رقم (43) لسنة 1976 على " يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إنْ اتحدا موطناً، فإذا اختلف سرى قانون الدولة التي تمّ فيها العقد هذا ما لم يتفق المتعاقدان على غير ذلك"، حيث جاء في قرار لمحكمة التمييز رقم 3174/2022 على " وحيث إنّ عقد العمل انعقد بين الطرفين في جمهورية مِصر العربية ونفذ المدعي التزاماته العقدية بالعمل في الأردن مُديراً إقليمياً لفروع البنك في الأردن وفلسطين، وحيث اتفق الطرفان في العقدِ على تطبيق القوانين والأنظمة والتعليمات المَعمول بها في الأردن سواء ما تعلّق منها بالبنك المركزي الأردني (البند الثالث من

(1) سلامة، أحمد عبد الكريم، (2008). الأصول في التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، ص1073.

العقد) أو دفع رواتب المدعي وحقوقه وامتيازاته الأخرى بما فيها مكافأة نهاية الخدمة (البندين 5 و12 من العقد) وبذلك يكون الطرفان اتفقا في العقد على تطبيق القوانين الأردنية على العقد وليست القوانين المصرية، وكما هو وارد في عجز نصّ المادة (20) من القانون المدني (وذلك ما لم يتفق المتعاقدان على خلاف ذلك). وتكون المحاكم الأردنية هي المختصة وليست المحاكم المصرية في نظر الدعوى حسب أحكام المادة (2/28) من قانون الأصول المدنية والقوانين الأردنية واجبة التطبيق وليست القوانين المصرية تنفيذاً لاتفاق الطرفين على ذلك وما ورد في نصّ عجز المادة (20) مدني".[1]

انتهج المشرّع المصري نفس الاتجاه حيث نصّت المادة (19) من القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948على ان " يسري علي الالتزامات التعاقدية. قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنا، فإن اختلفا موطنًا سَرى قانون الدولة التي تمّ فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبيّن من الظروف أنّ قانونا آخر هو الذي يُراد تطبيقه".

كما أنّ الاتفاقيات الدولية اعتمدت هذه القاعدة حيث نصّت اتفاقية روما لسنة 1980 بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية في المادة (3) على " يخضعُ العقد للقانون الذي يختاره الأطراف، هذا الاختيار يتعيّن أن يكون صحيحًا ويجوز أن يُستخلص بطريقةٍ مؤكدةٍ من شروط العقد أو من الظروف المُحيطة به، ويمكن للأطراف اختيار القانون واجب التطبيق على العقد أو على جزء منه".

ونصّت اتفاقية لاهاي لسنة 1985 والمتعلقة بشأن القانون الواجب التطبيق على البيع الدولي للبضائع في المادة (7) والتي تنصّ على " يخضع العقد للقانون الذي يختاره طرفا العقد على أن

(1) قرار محكمة التمييز بصفتها الحقوقية رقم (3174) لسنة 2022 (هيئة ثمانية) صادر بتاريخ 19/10/2022.

يكون هذا الاختيار قد صدر بصورة صريحةٍ أو يُستنتج من عبارات العقد". وعلى هذا الأساس استقر الفقه والتشريعاتُ المختلفة بالإضافةِ إلى الاتفاقيات الدولية على إسنادِ العقدِ الدولي إلى قانون الإرادة وذلك مِن خِلال إعطاء المُتعاقدين الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، ويكون الاختيار صراحةً أو ضِمناً".

المطلب الثاني
نِطاق تطبيق قانون الإرادة

يقتصر تطبيق قانون الإرادة على الالتزامات التعاقدية، وبشكلٍ خاصٍ الجانب الموضوعي في العقد [1]، كما يُستبعد من نِطاق تطبيق قانون الإرادة شكلُ العقدِ وأهلية التعاقد، حيث تمّ تنظيم هذه المسائل ضِمن قواعد إسنادٍ مستقلةٍ عن التي نظّمت الالتزامات التعاقدية. [2]

وللتفصيل؛ سيتم توضيح دولية العقد كشرط لتطبيق قانون الإرادة، ومن ثم المسائل التي تخرج عن نِطاق تطبيق قانون الإرادة.

أولاً: دولية العقد كشرط لتطبيق قانون الإرادة

تثير العقود التي يتخللها عنصرٌ أجنبيّ مشكلة تنازع القوانين في شأن القانون المُطبّق عليها وتوصف هذه العقود بأنها دولية، حيث أنّ فقه القانون الدولي الخاص والتشريعات استقرت إلى إسناد مثل هذه العقود إلى قانون الإرادة، ولإعمالِ قانون الإرادة لابد من الوقوف وتحديد فيما إذا كان العقد دولياً أم داخلياً لضمان عدم إفلاتُ العلاقات التعاقدية الداخلية من أحكام القانون الداخلي وإضفاءُ الصفةِ الدوليةِ بشكلٍ وهميّ وغير حقيقي، وبتطبيق ذلك على المثال السابق كانتقال المتعاقدين إلى

(2) ياقوت، محمود محمد (2004). حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص17.

(3) الداودي، غالب علي، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين، مرجع سابق، ص220.

الأردن وإبرامه في الأردن بقصدِ التهرّب من قواعد آمرة في القانون العراقي، وتطبيق القانون الأردني وهو ما يُضفي الصفة الدولية بشكلٍ وهميّ على عقدٍ داخلي لا ينتمي إلى أيّ قانون سِوى القانون العراقي، وهذا ما يُسمّيه الفقه الدولي الخاص" بالتنازع الكاذب" أو "التنازع الظاهري". [1]

فالعقد الدولي هو العقد الذي يتعلق بشأن من الشؤون الخاصة كتبادل السلع والمنتجات والخدمات ويكون أطرافه من الأشخاص العاديين كالأشخاص المعنوية أو الأشخاص الطبيعية، أو مع الهيئات الأجنبية أو الدول بوصفها من أشخاص القانون العام الداخلي، يُعتبر العقد تصرفًا قانونيًا تقدم عليه إرادة أطرافه لإحداثِ أثرٍ قانوني متمثلٍ بالقيام بعملٍ أو الامتناع عن عمل، إذا انعقد هذا التصرّف وكانت جميع عناصره تنتمي لدولةٍ واحدةٍ فيطبّق عليهِ قانون هذه الدولة، ويُعتبر العقدُ دولياً إذا اتسمت إحدى عناصره بالطابع الأجنبي ممّا يُضفي عليه الطابع الدولي. [2]

يطبّق على العلاقات ذات الطابع الأجنبي قواعد الإسناد المنظمة من قبل المشرّع التي تشير إلى القانون المطبق على كلِ نوعٍ من أنواع العلاقات ذاتِ الطابع الأجنبي، فقاعدة الإسناد بمثابة مؤشّرٍ يدل القاضي على القانون الواجب تطبيقه [3]، وبإسقاط ذلك على العقد الدولي فإنّ اتصال الرابطة العقدية بعنصرٍ أجنبي أو أكثر يُضفي للعقدِ الطابع الدولي ممّا يؤدّي إلى إعمالِ قواعد القانون الدولي الخاص.

ونجدُ أنّ محكمة التمييز قد رفضت تطبيق قانونٍ اختاره أطراف التعاقد بشكلٍ صريحٍ في العقد، لأنّ العقد انتمت جميع عناصره للقانون الداخلي حيث جاء في قرار محكمة التمييز بصفتها الحقوقية

---

(2) صادق، هشام، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، ص95.

(3) منصور، محمد حسين (د.ت). العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، ص10.

(1) الداودي، غالب علي، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين، مرجع سابق، ص132.

رقم 2020/8832 صادرٌ بتاريخ 2023/5/17 هيئة ثلاثية " وعن الأسباب جميعها التي جاءت تكرارًا لبعضها البعض ومُحصلتها واحدة تخطئة محكمة البداية بصفتها الاستئنافية عندما قررت أن المميز ضدها عملت لدى المميزة بوظيفة مدير المظهر وتوضيب الطائرات حيث إنّ عقد العمل المقدّم بالدعوى هو عقدٌ بين المدعية وشركة صن ديز دبي – ومع التمسّك بعدم صحة الخصومة – والشاهدة حنان أبو علي ليست مُخولة عن شركة صن ديز، وما جاء في المرفق (19) عقد العمل من دفع الأجور من شركة صن ديز، وأنّ الاتفاق بأن يكون قانون دولة الإمارات هو القانون الواجب التطبيق وهو اتفاق باطل، وأنّ الالتزام نشأ ونفذ بالأردن، وباستناد المحكمة إلى شهادة الشهود المُعترض عليها بالإضافة إلى شهادةِ بنك لبنان والمَهجر الذي يدحضُ بيّنات المميز ضِدّها".

في ذلك **نجدُ ابتداءً بخصوص تطبيق قانون دولة الإمارات في حال وجود أيّ نزاع حسب العقد، وحيث أنّ محكمة الموضوع عالجت ذلك بصورة واضحة وموافقة للقانون وتوصّلت إلى أنّ القانون الواجب التطبيق هو القانون الأردني سنداً للمادة (20) من القانون المدني ذلك أنّ التعاقد تم في الأردن والعمل في الأردن والالتزام نشأ وتم تنفيذ العقد في الأردن ونقرّها لما توصّلت إليه."**

يلاحظ أنّ العقد قد أبرم وتم تنفيذه في الأردن ولم يتصل بعنصرٍ أجنبي، لذا؛ لم تطبّق المحكمة القانون المتفق عليه في العقد، حيث يشترط أن يتخلّل العقد الطابع الدولي لإعمال قواعدِ القانون الدولي الخاص، وممّا سبق؛ إنّ قانون الإرادة استقر عليه الفقه والتشريع كحلٍ لمشكلة تنازع القوانين في شأن العقود الدولية، إلا أنّه لا يطبّق إلا باتسامها الطابع الدولي وبمعايير مُحددة تضمن وجود عنصرٍ أجنبي مؤثرٍ في الرابطةِ العقديةِ لتفعيل قانون الإرادة. [1]

(2) الشافعي، ثامر داوود (2021). دور الإرادة في تحديد الاختصاص التشريعي في العقد الدولي، المركز العربي، القاهرة، مصر، ص22.

يختار أطراف الرابطة العقدية القانون الواجب التطبيق على عقدهم الدولي صراحةً أو ضِمناً، حيث يتم تطبيقه على الجانب الموضوعي من العقد، ويحكم العقد من حيث تكوينه وأركانه وشروط صحته وإنهاءه وآثاره. [1]

ثانياً: المسائل التي تخرج عن نِطاق تطبيق قانون الإرادة

تخرج بعضُ المسائل عن نِطاق تطبيق قانون الإرادة كما سيتم بيانها:

1. شكل العقد

يخضع شكل العقدِ لقانون بلدِ الإبرام، ويعود السبب للتسهيل على أطراف عملية التعاقد، كما أنّ قانون بلدِ الإبرام هو الأقرب للمتعاقدين ويسهّل عليهم معرفة أحكامه، بالإضافةِ إلى اشتراط شكليةٍ مُعيّنةٍ للعقود بتدخل سلطةٍ عامةٍ أو موظفٍ رسمي ككاتب عدل أو موظف رسمي، ممّا يلزم تطبيق هذه السلطة لقانون بلدها وهو البلد الذي تم فيه العقد، وبالتالي تطبيق أحكام هذا القانون على شكلِ العقد. [2]

نصّت المادة (20/1) من القانون المدني الأردني على " يَسري على الالتزامات التعاقدية...." والملاحظ أنّ المشرّع استعمل هذا التعبير والمقصودُ منه هو آثار التصرفات القانونية دون غيرها، كما أنّ هذه المادة هي تنظيم العقد الدولي في مرحلة تكوينه وترتيب آثاره، حيث قسّم المشرّع الالتزامات التعاقدية ضِمن المادة (20/1)، والالتزامات الغير تعاقدية ضِمن المادة [3]، (22/1) ونجدُ

---

(2) الهداوي، حسن (1993). تنازع القوانين وأحكامه في القانون الدولي الخاص الأردني، ط1، دار مجدلاوي، عمان، الأردن، ص156-155.

(3) سلامة، أحمد عبدالكريم، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص122.

(4) نصّت المادة (22/1) من القانون المدني الأردني على "1. يسري على الالتزامات غير التعاقدية قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام".

بذلك أنّ المشرّع قصدَ مصادر الالتزام وآثاره، فالمسائل التي تدخل ضِمن نِطاق الإرادة فيما يخصّ العقود هي المسائل الموضوعية. [1]

2. أهلية التعاقد

تخضع أهلية التعاقد لقاعدةِ إسنادٍ نظّمها المشرّع الأردني ضِمن المادة (12/1) " 1. يَسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم، ومع ذلك ففي التصرفات المالية التي تعقد في المملكة الأردنية الهاشمية وتترتب آثارها فيها إذا كان أحدُ الطرفين أجنبيًا ناقصَ الأهلية، وكان نقصُ الأهلية راجعٌ إلى سببٍ فيه خفاءٌ لا يسهل على الطرف الآخر تبيّنه، فإنّ هذا السبب لا يؤثر في أهليته." وتقابلها المادة (11) من القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948.

3. العقود التي تخضع لقواعد خاصة

تخرج طائفة مُعيّنة من العقود عن نِطاق تطبيق قانون الإرادة نظراً لطبيعتها الخاصة التي تستثنيها من إعمالِ قانون الإرادة واختلافِ المعايير المتبعة للكشفِ عن دوليتها ومن الأمثلة على ذلك عقود الأحوال الشخصية وعقودُ العمل الدولية وعقودُ المُستهلكين والعقود التي تكون الدولة طرفاً فيها. [2]

وعليه؛ تعدّ عقود الأحوال الشخصية كعقودِ الزواج والنفقةِ والتوريث والتبنّي التي يتخلّلها عنصرٌ أجنبيّ كاختلافِ جنسية الأطراف منظمة من قبل المشرّع الوطني بشكلٍ آمر، حيث اخضعت للقانون

(2) الداودي، غالب علي، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين، مرجع سابق، ص220.

(3) ياقوت، محمود محمد (2004). حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص13.

الشخصي للزوجين في حالة عقد الزواج مثلاً دون الاعتداد بإرادة أطرافِ الرابطة العقدية [1]. حيث نظّم المشرّع الأردني مسألة الزواج والنفقة والميراث والوصية وما يتعلّق بمواضيع الولاية والوصايةِ والقوامةِ في المواد من (13–18) من القانون المدني الأردني، وحرص على تنظيمها بشكلٍ أمرٍ بعيداً عن إرادة أيّ من أطرافِ العلاقة.

كذلك نظّمت التشريعاتُ العقود المتعلقة بالعقار وأخضعتها إلى قانون موقع العقار، حيث حرصت على إخضاعها بشكلٍ أمرٍ لقانون موقعها، وذلك يعودُ لأهميةِ المال–موضوع التعاقد– وتستثنى مثل هذه العقود من إخضاعها لقانون الإرادة، يتجلّى ذلك بإسنادِ المشرّع الأردني المُعاملات المتعلقة بالعقار إلى موقع العقار في المادة (2/20) من القانون المدني الأردني" 2. على أنّ قانون موقع العقار هو الذي يَسري على العقود التي أبرمت في شأن هذا العقار".

كما تخرج عقود العمل الدولية من طوائف العقود الدولية المُسندة لقانون الإرادة، حيث اختلفت التشريعات حول إسناد عقدِ العمل ذو الطابع الدولي لقاعدة يُحدد بها القانون الواجب التطبيق، فاتّجه جانبٌ من الفقه نحو إخضاع عقد العمل لقانون مركز إدارة الأعمال كإبرام عقدِ عملٍ في دولة يوجد فيها فرع وليس إدارة أعمال المنشأة، حيث يطبّق على هذا العقد قانون البلد التي يتواجدُ بها مركز إدارة أعمال الشركة أو المؤسسة، إلا أنّ هذا المعيار يؤدّي لنتائج غير عادلةٍ للطرف الأضعفِ بالرابطةِ العقديةِ وهو العامل، كما اتجه جانبٌ من الفقهِ إلى اخضاع عقد العمل ذو الطابع الدولي إلى قانون الجنسية المُشتركة أو قانون الدولة التي أبرم فيها العقد. [2]

---

(2) صادق، هشام، مرجع سابق، ص9.

(3) الضمور، عبدالله، القانون الواجب التطبيق على عقد العمل الدولي، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، ع 30، ص434.

استقر الفقه الحديث على إخضاع عقودِ العمل التي يتخلّلها طابعٌ أجنبي إلى قانون الدولة التي نفّذ بها العقد دون الاعتداد بإرادة أطراف العقد، ويعودُ ذلك لغايات حماية الطرف الضعيفِ في عقد العمل وهو العامل، لذا؛ يُعتبر من العقود التي يجبُ أن تنظّم بشكلٍ آمر وبصورة لا تمكّن الطرف الأقوى في العقدِ الإفلات من هذه القواعد مِن خِلال اتفاقهِ مع العامل على تطبيق قانون يخدمُ مصالحهُ ولا يكون أمام العامل خيار إلا الإذعان له. [1]

وبالرجوع إلى موقف المشرّع الأردني من تنظيمه لعقود العمل الدولية، لم يضع أحكامًا وقواعد إسنادٍ مباشرة تنظّم هذه العقود بشكلٍ آمرٍ على نحو يحمي الطرف الضعيف، حيث تركت هذه المسألة لتقدير القضاء بتطبيق قواعد الإسناد التي تسري على الالتزامات التعاقدية [2]، إلا أنّ مثل هذه القاعدة قد تؤدّي إلى نتائج غير عادلة وذلك لذاتِ التبرير الذي يقضي بحماية وتوفير قواعد تمنحُ العامل كامل حقوقه، وفي المقابل يمكن للقاضي بالاستناد إلى المادة (4) من قانون العمل الأردني [3] فيما يخصّ العقود التي تنفذ بالأردن أن يطبّق أيّ قانونٍ أو قواعدَ أو اتفاق يمنح للعامل حقوقاً أفضل من تلك المقررة في أحكامه.

كما تخرج عقود المُستهلكين من نِطاق تطبيق قانون الإرادة، وذلك يعودُ إلى حمايةِ الطرف الضعيف في الرابطة العقدية، يخضعُ عقد الاستهلاك الذي يتخلّله عنصرٌ أجنبي إلى قانون مَحل إقامة المُستهلك.

---

(2) ياقوت، محمود محمد، مرجع سابق، ص15.

(3) الضمور، عبدالله، القانون الواجب التطبيق على عقد العمل الدولي، المرجع السابق، ص442.

(4) نصّت المادة (4) من قانون العمل الأردني رقم8 لسنة 1996على أنه " أ – لا تؤثر أحكام هذا القانون على أي حق من الحقوق التي يمنحها للعامل أي قانون آخر أو عقد عمل أو اتفاق أو قرار إذا كان أي منها يرتب للعامل حقوقا أفضل من الحقوق المقررة له بموجب أحكام هذا القانون، ب – يعتبر باطلاً كل شرط في عقد أو اتفاق سواء أبرم قبل هذا القانون أو بعده يتنازل بموجبه أي عامل عن أي حق من الحقوق التي يمنحها إياه هذا القانون."

نظّم المشرّع الأردني في قانون حماية المُستهلك لسنة 2017 [1] حيث أورد في أحكامه قواعدَ تتعلق بحماية المُستهلك، وتلزم المزوّد بالتزامات في مواجهته بالإضافة إلى أحكام تحمي المُستهلك من الشروط التعسفية، إذ يطبّق هذا القانون في حال نشوء نزاع داخليّ لا يشوبه عنصرٌ أجنبي، فالقانون الوطني هو القانون المطبق، إلا في حال كان عقد الاستهلاك دولياً، لم ينظّم المشرّع أيّ نصوصٍ خاصةٍ لحماية المُستهلك في ظل العقود الدولية مِن خِلال قواعد إسنادٍ تؤشر للقانون الواجب التطبيق.

إلا أنّ المشرّع ترك الأمر للقاضي بالاستناد إلى قاعدةِ الإسناد التي تسري على الالتزامات التعاقدية وهي المادة (20) من القانون المدني الأردني، تطبّق هذه القاعدة على الالتزامات التعاقدية بشكلٍ عام، إلا أنّ عقود المستهلكين لها طبيعة خاصة وقدسية مختلفة لدى المجتمع الدولي الخاص بشكلٍ خاص؛ لأنّ حماية الطرفِ الضعيفِ ورعايةِ مَصالح الأفرادِ هي الغاية من وجود القانون الدولي الخاص.

لذلك؛ نظّمت اتفاقية روما في المادة الخامسة منها لسنة 1980 والمادة (1) من تنظيم روما لسنة 2008، بأنّ القانون الواجب التطبيق على عقود المُستهلكين هو قانونُ مكان إقامة المُستهلك [2]، في حال الاتفاق الصريح بين طرفي العقد على أن يتم تطبيق قانون يرتضوه، لكن بوضع قيد على ألا يحرم هذا القانون المُستهلك من الحماية المقررة له في القواعد الآمرة من قانون مكان إقامته، بناء على ما سبق؛ إنّ التنظيم لم يستبعد قانون الإرادة في ظلّ الاتفاق الصريح، إلا أنّه قيّد إرادة الأطراف لضمان حماية المُستهلك، وفي حال لم يتفق الأطراف يُطبّق قانون مكان إقامة المُستهلك.

---

(2) قانون حماية المستهلك الأردني رقم (7) لسنة 2017.

(1) العبودي، نورس، مرجع سابق، ص59.

المبحث الثاني
الاختيار الضِمني لقانون العقد الدولي

استقر فِقه القانون الدولي الخاص على إخضاع العقدِ الدولي إلى قانون الإرادة حيث انتهجت أغلب التشريعات الوطنية والقضاء لمختلفِ دول العالم هذا الإسناد [1]، وذلك بمنح إرادة الأطرافِ الحق في اختيار قانون وطني لدولةٍ مُعيّنةٍ يحكم الرابطة العقدية، ويبررُ ذلك بأنّ هذه القاعدة تحمي توقّعات الأطراف وتحقق الأمان القانوني لهم، كما اعترف القانون الدولي باختصاصِ الدول بوضع قواعدَ قانونيةٍ تنظّم علاقاتِ الأفراد.

ممّا يوصلنا إلى فكرة تنظيم الدولة لقواعد إسنادٍ تعطي أطراف العقد الدولي الحق في اختيار القانون الذي سيطبّق على علاقتهم العقدية، بالرغم من وجود جانبٍ من الفقهِ انتقد إسناد العقد الدولي لقانون الإرادة، مُبرراً ذلك بأنّ العقد يحكمهُ القواعد التي تضعها السلطة المختصة، وعليه؛ لا يجوز أن يكون للأطراف دور في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، لأنّ في هذا الفرض يكون العقد في مركز أقوى من القانون، إلا أنّ هذا النقد غير دقيق وتمّ ردّه بأنّ يتم منح إرادة الأطراف الحق بناءً على قاعدةِ إسناد تتضمّن ذلك وعليه تكون الإرادة مُقيدة بقاعدةِ الإسناد. [2]

نصّ القانون المدني الأردني في المادة (20) في شأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية على " يَسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنًا، فإن اختلفا سَرى قانون الدولة التي تمّ فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان خِلاف ذلك".

---

(2) ياقوت، محمود محمد، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص143.

(1) حرب، رند سامر سليمان (2012). القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي في فلسطين، مرجع سابق، ص58.

يتبيّن من النصّ التشريعي الأردني أنّ المشرّع قد أسندَ العقد الدولي إلى:

1) ضابط إسنادٍ أساسي وهو إرادة المتعاقدين بغضّ النظر عن طريقه التعبير عن هذه الإرادة، وعليه أخضع العقد للقانون المُختار صراحةً بوصفه القانون الأساسي الذي عيّنته إرادة المتعاقدين.
2) ضوابط تكميلية في حال سكوتِ أطرافِ العقد عن الاختيار في المواطن المشترك للمتعاقدين إن وجد، أو مكان إبرام العقد.

أما حالة غياب نصّ صريح يوضّح القانون المُختار صراحةً، فإنه يُصار إلى الكشف عن الإرادة الضِمنية، وهذا ما نصّ عليه المشرّع المصري بالعجز الأخير من المادة (19) بشكلٍ صريح في الشطر الأخير "... هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبيّن من الظروف أنّ قانونًا آخر هو الذي يُراد تطبيقه"، أما المشرّع الأردني لم ينصّ على ذلك صراحة.

بناءً على ما تقدم؛ إنّ اختيار قانون العقد قد يكون صريحاً، مِن خِلال الإشارة إلى القانون الواجب التطبيق صراحةً من قبل المتعاقدان والذي سيحكم علاقتهم العقدية، إلا أنّه يُثار التساؤل حول القانون الواجب التطبيق على العقدِ الدولي في حالةِ غِياب النصّ الصريح، وقد انطوى العقد على إرادةٍ ضِمنيةٍ، فما مَدى اعتداد الفقه الدولي الخاص بالإرادة الضِمنية في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي؟

انقسم الفقه إلى قسمين حول الاعتداد بالإرادة الضِمنية إلى اتجاهٍ رافضٍ للإرادة الضِمنية، والآخر مؤيدٌ ومعتدٌ بالإرادةِ الضِمنية، وعليه؛ سيتم تناول ما يلي:

المطلب الأول
الاتجاه الرافض للإرادة الضِمنية

اختلفت الآراء الفقهية حول الاعتداد بإرادة الأطراف الضِمنية حول اختيارها القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، حيث ذهب جانبٌ من الفقهِ إلى عدم الاعتداد بالإرادة الضِمنية، وعليه؛ يجبُ على المتعاقدين أن يختاروا القانون الواجب التطبيق بشكلٍ صريح، أما في حال لم يتم الاختيار الصريح لا يكون للقاضي أن يبحث عن الإرادة الضِمنية، وإنما عليه أن يتصدّى مباشرة لتركيز الرابطةِ العقديةِ وإسنادها للقانون الأوثق صلةً بهذه الرابطة. (1)

برّر أنصارُ هذا الاتجاه عدم اعتدادهم للإرادة الضِمنية، أنّ غياب الاتفاق الصريح يعني عدم اتفاق أطرافِ التعاقد على قانونٍ يحكم رابطتهم العقدية، ممّا يعني إسناد القاضي للعقدِ إلى القانون الأوثق صلة، وهو ما يخضع سلطة القاضي لرقابة من المحكمة العليا لإعمالهِ قاعدة من قواعد التنازع وهي إسنادُ العقد الدولي للقانون الأوثق صلةً، وعلى العكس فيما لو تمّ تخويل القاضي للبحث عن إرادة الأطرافِ الضِمنية، ممّا يعني عدم إخضاعهِ لرقابة المحكمة العليا لأنّ عملية استخلاص الإرادة الضِمنية أمرٌ تقديري يعودُ لخبرة وتقدير القاضي، وعليه؛ قد يؤدّي استخلاصُ القاضي إلى نتائج تُخل بتوقعاتِ أطرافِ التعاقد وتُخل في الأمان القانوني الذي ينشدونه. (2)

ترى الباحثة أنّ ما ذهب إليه أصحابُ الاتجاه المعارض للإرادة الضِمنية، اتجاهٌ ينافي المبدأ القانوني للإرادة الضِمنية وذلك لاعتبار الإرادة الضِمنية إرادةً حقيقية، وتعدّ مَسلكًا ايجابيًا طالما تم إخضاع العقدُ الدولي لقانون الإرادة، لابدّ من الاعتداد بالإرادة الضِمنية لترتيبها ذات الأثر القانوني

---

(2) صادق، هشام، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص426.

(1) ياقوت، محمود محمد، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص141.

الذي ترتبه الإرادة الصريحة، ومن جانبٍ آخر إنّ ما ذهب إليه أصحابُ هذا الاتجاه حول تبريرهم لرفضِ الاعتراف بالإرادة الضِمنية هو أنّ عملية استخلاص الإرادة تخضعُ لتقدير القاضي غير منطقي، لإخضاعهم العقد في حالةِ غياب الاختيار الصريح للتركيز الموضوعي وإسنادهِ العقد للقانون الأوثق صلة، وهو ما يؤدّي لنفس النتيجة وهي الإخلال بتوقعات بالأطراف.

المطلب الثاني
الاتجاه المؤيّد للإرادة الضِمنية

إنّ الأصل في اختيار أطرافِ التعاقد القانون الواجب التطبيق على العقدِ الدولي يكون قد تم التعبير عنه صراحةً، إلا أنّه في حال غياب الاختيار الصريح قد يتبيّن من ظروفِ العقدِ ومُلابساته أنّ إرادة الأطرافِ اتجهت لتطبيق قانون مُعيّن ضِمنيًا، والإرادة الضِمنية كما تمّ توضيحها في الفصل الثاني من الدراسةِ هي إرادة حقيقية وموجودةٌ وتسلك مَسلكًا إيجابيًا، إذ لا يُمكن تجاهلها في حال انطوى العقد على وجودها، لابد للقاضي الكشفُ عنها عن طريق قرائن توضّح اتجاه الأطراف حول القانون الواجب التطبيق، إذ تعدّ إرادة ينبغي الاعتداد بها وعدم تجاهلها. [1]

يذهب الاتجاه المؤيد للإرادة الضِمنية أنه في حال غِياب الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، على القاضي أن يستخلصَ إرادة الأطراف على نحوٍ مؤكد، إذ يتصدّى للكشفِ عنها وفقًا لهذا النظر عن طريق قرائن يستدل بها توصلهُ لإرادة المتعاقدين المؤكدة حول القانون الواجب التطبيق على عقدهم الدولي. [2]

---

(2) الشافعي ثامر داود، مرجع سابق، ص93.

(1) فرج، طرح البحور (2000). تدويل العقد، دراسة تحليلية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، ص50.

ساوى أنصارُ الاتجاه المؤيّد للإرادة الضِمنية هذا الاتجاه بين الاختيار الصريح والاختيار الضِمني لقانون العقد، ويشترط للاعتداد بالإرادة الضِمنية أن يتم استخلاصها بصورة على نحوٍ مؤكّد من نصوصِ العقدِ أو ظروفِ التعاقد كالعقود النموذجية التي تنتمي إلى دولة مُعيّنة، كوثيقة التأمين التي تنتمي إلى هيئة اللويدز الدولية والمعروفة أنها تخضع إلى القانون الإنجليزي وهو ما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين الضِمنية في حال لم ينصّ العقد بشكلٍ صريح، وحالة إبرام عقدٍ يرتبط بعقدٍ سابق، وتم اختيار القانون الواجب التطبيق في العقد السابق، حيث تتمثل الإرادة الضِمنية للأطرافِ في تطبيق القانون المُختار في العقدِ السابق على العقدِ اللاحق له. [1]

ووفقاً لهذا الاتجاه؛ أخذت اتفاقية روما لسنة 1980 في شأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية الاعتداد بالإرادة الضِمنية وساوت بينها وبين الاختيار الصريح من حيث الأثر القانوني بشرط أن يتم استخلاصُ الإرادة الضِمنية بطريقةٍ مؤكدةٍ، ونصّت في المادة (1/3) من الاتفاقية على " يكونُ اختيار المتعاقدين لقانون العقدِ صريحًا أو مُستخلصًا بطريقة مؤكدة من نصوص العقدِ أو ظروفِ الحال".

وعليه؛ اتجهت الاتفاقيات الدولية للاعتداد بالإرادة الضِمنية، حيث اعترفت بالإرادة الضِمنية اتفاقية لاهاي لسنة 1955 في شأن القانون واجب التطبيق على البيع الدولي للمنقولات المادية، ونصّت على ضرورة أن يكون اختيار الأطراف لقانون العقد "صريحًا أو مُستخلصًا على سبيل الحتم من نصوص العقد" [2]، وفقاً لهذا النصّ وضعت الاتفاقية قيدًا على سُلطة القاضي في استخلاص الإرادة الضِمنية، على أن يستخلصها بصورةٍ مؤكدةٍ لا يترك مجالاً للشك فيه، إلا أنّ اتفاقية لاهاي

---

(2) فرج، طرح البحور، مرجع سابق، ص52.

(3) المادة 2/2 من اتفاقية لاهاي لسنة 1955.

لسنة 1978 خفّفت من تقييد القاضي باستخلاص الإرادة بشكلٍ حتمي ومؤكّد، حيث نصّت المادة (2/5) من الاتفاقية على وجوبِ أن يكون اختيارُ قانون العقد "صريحاً أو يُمكن استخلاصهُ بتأكيدٍ معقولٍ وظروف الحال"، وعليه؛ أصبح من الجائز أن يستخلصَ القاضي الإرادة من خارج نصوص العقد كما لو أبرم عقدًا لاحقًا لاتفاقٍ سابق. [1]

وبالنسبة لاتفاقية روما لسنة 1980 قد اتخذت موقفًا مشابهًا من مسار اتفاقية لاهاي، ونصّت في المادة (1/3) من الاتفاقية على " يكون اختيار المتعاقدين لقانون العقد صريحًا أو مُستخلصًا بطريقةٍ مؤكدةٍ من نصوص العقد أو ظروفِ الحال"، وفقاً لهذا النصّ اختلفت اتفاقية روما عن اتفاقية لاهاي فيما يخصّ سُلطة القاضي في استخلاص الإرادة الضِمنية، حيث أتاحت له أن يستخلصها إما من نصوص العقد، أو من ظروف التعاقد. إلا أنّ اتفاقية لاهاي أتاحت للقاضي أن يستند إلى نصوص العقد أو ظروفِ التعاقد أو الجمع ما بين نصوص العقد وظروف التعاقد لاستخلاص الإرادة الضِمنية.

وبالرجوع لموقف المشرّع المصري والمشرّع الأردني حول الاعتدادِ بالإرادة الضِمنية، أشار المشرّع المصري صراحةً إلى الاعتداد بالإرادة الضِمنية للمتعاقدين وذلك في العجز الأخير من المادة (19) من القانون المدني المصري " أو يتبيّن من الظروف أنّ قانونًا أخر هو الذي يُراد تطبيقه" يتبيّن من النص أنّ المشرّع المصري منح القاضي السلطة التقديرية لاستخلاص الإرادة الضِمنية للمتعاقدين للوصول إلى القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، مُستعيناً بظروفِ التعاقد وهي حيثيات العقد وجنسية المتعاقدين وغيرها من القرائن التي سيتم تناولها بشكلٍ مفصّل، حيثُ جاء في الحكم رقم (1051) لسنة 2013 الصادر عن المحاكم الاقتصادية المصرية حيث نصّت المادة (19) مدني

(1) صادق، هشام، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص431.

على أنه "1- يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولية التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنًا، فإن اختلفا سَرى قانون الدولة التي تمّ فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبيّن من الظروف أنّ قانونًا آخر هو الذي يُراد تطبيقه ..."، **يدل على أنه يتعيّن الوقوفُ ابتداءً على ما تتجه إليه إرادة المتعاقدين الصريحة أو الضِمنية لتحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزاماتِ التعاقدية**، فإذا لم يُفصِح المتعاقدان وجبَ تطبيق قانون الموطن المشترك وإلا فقانون الدولة التي تمّ فيها العقد " [1].

ترى الباحثة أنه يُستفاد من هذا الحكم أنّ المشرّع بعبارة " ما لم يتبيّن من الظروف أنّ قانونًا آخر يُراد تطبيقه " هي الاختيار الضِمني لقانون العقد حيث يتعيّنُ على القاضي الوقوف على الإرادة الصريحةِ ومن ثم الضِمنيةِ وفي حال لم يختار المتعاقدون القانون الواجب التطبيق على العقد يطبّق القاضي قواعدَ الإسنادِ الجامدةِ والمتمثلةِ بقانون الموطن المشترك إذا اتحدا موطنًا، فإن اختلفا فقانون الدولة التي تمّ فيها العقد، في حين لم يرد المشرّع الأردني في المادة (20) من القانون المدني الأردني هذه العبارة " أو يتبيّن من الظروف أنّ قانونًا آخر هو الذي يُراد تطبيقه "، واكتفى المشرّع الأردني بعبارة " هذا ما لم يتفق المتعاقدان على غير ذلك "، ولم يُحدد نوع هذا الاتفاق صريحًا أم ضِمنيًا، وفي حال أطلقنا كلمة "الاتفاق" ليشمل الاتفاق الصريح والاتفاق الضِمني لا يوجد معايير واضحة ومُحددة يستندُ إليها القاضي لاستخلاص الإرادة الضِمنية.

وترى الباحثة أنّ طبيعة اختلاف الإرادة الصريحة عن الضِمنية تلزمنا أن نفرّق ما بينهما، حيث لا يمكن أن نُطلق جملة " ما لم يتفق التعاقدان على غير ذلك " التي وردت في المادة (20/1) من القانون المدني الأردني لتشمل الإرادة الضِمنية، فالإرادة الضِمنية تستشفى وتستخلصُ عن طريق

---

(1) الحكم رقم (1051) لسنة 2013 الصادر عن المحاكم الاقتصادية المصرية بتاريخ 31/3/2014.

دلالاتٍ وظروفٍ، حيث يتم التعبير عنها بشكلٍ غير مُباشرٍ، على عكسِ الإرادة الصريحة التي يتم الوصول إليها بشكلٍ مباشر، كان على المشرّع أن يعتدّ بشكلٍ صريحٍ بالإرادة الضِمنية للمتعاقدين خاصة أنّ أغلبَ التشريعات العربية اعتدّت بالإرادةِ الضِمنيةِ للمتعاقدين، وانتهجت نهجَ التشريع المصري. [1]

(1) نصّت المادة (25/1) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 على " 1– يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها المواطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنا، فإذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبيّن من الظروف أن قانوناً آخر يراد تطبيقه. وتقابلها المادة (20) من القانون المدني السوري رقم (84) لسنة 1949.

الفصل الرابع
الضوابط التشريعية والقضائية للإرادة الضِمنية

يحدد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي مِن خِلال اختيار القانون من قبل الأطراف بشكلٍ صريح أو بشكلٍ ضِمني، يتمّ تطبيق أحكام القانون المُختار صراحةً في حال نشأ أيّ نزاع مُتعلق بالرابطة العقدية، أما في حالِ غِياب الاختيار الصريح لقانون العقدِ من قِبل أطرافِ التعاقد فإنّ القاضي يتصدّى للبحثِ عن إرادةِ المتعاقدين الضِمنية عن طريق قرائنَ يستندُ إليها القاضي لاستخلاص الإرادة المتعاقدين الضِمنية للوصول إلى القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، أما في حال لم يتمكّن القاضي من الكشفِ عن الإرادة الضِمنية لعدم كفاية القرائن المُستند عليها، يمكن للقاضي أن يَستند إلى ضوابط إسنادٍ جامدةٍ وقواعدَ إسنادٍ مرنةٍ لتحديد القانون الواجب التطبيق على الرابطة العقدية.

وعليه؛ ستتناول الدراسة في هذا الفصل الضوابط التشريعية والقضائية التي سيتم تطبيقها في حال انطوى العقد على إرادةٍ ضِمنيةٍ اتجهت لتطبيق قانون مُعيّن، وعليه؛ ستتناول الكشفَ عن الإرادة الضِمنية (مبحث أول)، كما ستتناول تطبيق ضوابط الإسناد التكميلية لاستخلاصِ الإرادة الضِمنية (مبحث ثانٍ).

المبحث الأول
الكشف عن الإرادة الضِمنية

يقوم القاضي بالكشف عن الإرادة الضِمنية في حال انطوى العقد على وجودها، حيث يستخلص إرادة الأطراف على نحو مؤكد، إذ يتصدى للكشف عنها وفقا لهذا النظر عن طريق قرائن يستدل بها توصلهُ لإرادة المتعاقدين المؤكدة حول القانون الواجب التطبيق على عقدهم الدولي، سيتناول هذا المبحث أهم القرائن التي يستند إليها القاضي للوصل إلى إرادة المتعاقدين حول القانون المختار من قبلهم، كما سيتناول مدى استناد القاضي إلى مبادئ القانون الدولي الخاص لمعرفة القانون الذي اتجهت إليه إرادة المتعاقدين الضِمنية.

وعليه؛ سيتناول هذا المبحث:

المطلب الأول
قرائن الإرادة الضِمنية

يُعدّ تحديدُ القانون الواجب التطبيق في ظل وجود الإرادة الضِمنية عملية دقيقة، لاعتباراتٍ تقيّد القاضي في استخلاص هذه الإرادة بشكلٍ معقول، ويَملك القاضي السلطة التقديرية في استخلاص إرادة الأطراف الضِمنية من نصوصِ العقد أو ظروفِ التعاقد ومُلابساته وحسب ما اتجهت إليه اتفاقية روما حول استناد القاضي على جميع نصوص العقدِ أو ظروفِ التعاقد، حيث يكشفُ القاضي عن الإرادة الضِمنية مِن خِلال ذاتيةٍ مُستمدةٍ من العقد ذاته كالجنسية المشتركة أو الموطن المُشترك أو شرط الاختصاص القضائي، وقرائن خارجية مُستمدة من ظروفِ تعاقد العقد، ومَسلك المتعاقدين

اللاحق على إبرام العقدِ حيث تُعتبر هذه المؤشراتُ خاصة تكشف وتوصل القاضي إلى إرادةِ المتعاقدين الضِمنية. [1]

تقوم قرائن عامة إلى جانب القرائن الخاصة تمكّن القاضي من الكشفِ عن إرادة الأطراف الضِمنية كمكان إبرام العَقد أو مكان تنفيذ العقدِ المتفق عليه مُسبقًا عند التعاقد، إلا أنّ القرائن العامة أسّست ذلك على أنّ مكان الإبرام أو مكان التنفيذ تتوافق وإرادة المتعاقدين الضِمنية، ولكن هذا الرأي قد انتقد لإنها لا تعبر عنها انما تستند على قواعد ملزمة كمكان إبرام أو تنفيذ العقد دون الاعتداد بإرادة المتعاقدين وهي إرادة حقيقية ويفترض أن يتم استخلاصها بشكلٍ دقيق [2]، وعليه؛ يتم الاستنادُ على قرائن خاصةٍ تكون مستمدة من ذاتية العقد أو خارجية تستمدُ من ظروفِ التعاقد، وكما سيتم بيانها:

أولاً: مكان تنفيذ العقد

يُعدّ مكان تنفيذ العقد من العناصر التي ترتكز فيها الرابطة العقدية حيث تعدّ الهدف الأساسي الذي يسعى إليه أطرافُ الرابطة العقدية لترتيب الأثر القانوني فيه، كما أنّ قانون مكان التنفيذ هو القانون المُطبّق على أثر العقدِ كإجراءاتِ الاثباتِ والتنفيذ. [3]

كما أكّد الفقيه سافييني فيما يخصّ مكان تنفيذ العقد (أن كل التزام ما هو إلا نتاجُ عوامل واضحة، ويَجري تنفيذه في مكان مُعيّن، وفق عوامل هي الأخرى معروفة وواضحة، ومن ثم يمكن تركيز العقد في مَحل التنفيذ). [4]

---

(2) فرج، طرح البحور، مرجع سابق، ص51.

(3) صادق، هشام، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص426.

(4) الشافعي ثامر داود، مرجع سابق، ص95.

(5) عشوش، أحمد عبدالحميد (1990). قانون العقد بين الثبات واليقين واعتبارات العدالة، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، مصر، ص113.

وخلاصة ما تقدّم؛ يُعدّ مكان التنفيذ قرينة مهمة على ارتضاء المتعاقدين ضِمنيًا لتطبيق قانون دولة التنفيذ على الرابطة العقدية، إلا أنّ جانبًا من الفقه يشير إلى أنّ مؤشر قانون مكان التنفيذ قد يتعذّر تطبيقه، وذلك في الفروض التي تتعدد فيهل أماكن تنفيذ العقد وتكون أكثر من دولة، أو في حالة عدم تحديد مكانٍ للتنفيذ بشكلٍ مُسبقٍ عند إبرام العقد. [1]

ترى الباحثة أنّ قرينة مكان التنفيذ تعدّ قرينة مُهمة وقوية للإرادة الضِمنية إلا أنّ القاضي لا يُمكن أن يستند عليها واعتباره القانون الذي اتجهت إليه الإرادة الضِمنية في الفرض الذي تتعددُ به أماكن تنفيذ العقد؛ ممّا يجعل تحديد القانون الواجب التطبيق مُعقدًا.

ثانياً: شرط الاختصاص القضائي

يمكن لأطراف العقد الدولي أن يتفقوا على إخضاع النزاعات التي قد تنشأ فيما يخصّ العقد الدولي إلى محكمةٍ تابعةٍ لدولةٍ مُعيّنة، حيث تكون هي المختصة للنظر في أيّ نزاع ينشأ بمناسبة العقد الدولي الذي أدرج فيه هذا الشرط، إنّ إدراج شرطٍ يُحدد الاختصاص القضائي لمحكمةٍ تابعةٍ لدولةٍ مُعيّنة يوضّح مَدى حِرص المتعاقدين على إخضاع الرابطة العقدية إلى قانون هذه الدولة، وذلك يُعدّ دلالة واضحة على اتجاه إرادة المتعاقدين لتطبيق قانون هذه الدولة على الرابطة العقدية.[2]

يُعدّ اتفاق الأطراف على اخضاع نزاعاتهم المتعلقة بالعقد الدولي لقضاء أو محكمين لدولة مُعيّنة إشارة إلى مُحافظة أطرافِ الرابطة العقدية على الجانب الاقتصادي للعقد، وارتباطه بأحكام وقوانين هذه الدولة، على ألا يحمل هذا الاتفاق نية الهروب من قواعد آمرة تابعةٍ لأي دولةٍ أُخرى ترتبط بالرابطةِ العقدية ارتباطًا وثيقًا. [3]

---

(2) صادق، هشام، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص425.

(3) خليل، خالد عبدالفتاح (2002). حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ص91.

(1) الشافعي ثامر داود، مرجع سابق، ص96.

وبتطبيق قرينة الاختصاص القضائي ما قضت به محكمه استئناف باريس 26 الأول عام 1962 بأنّ اتفاق المتعاقدين على طرح المُنازعات التي تثور في آثار العقد لدى محكّمين في دولة مُعينة يُعدّ من أقوى الأماراتِ دلالة على قصدهما خضوع العقد إلى قانون هذه الدولة. [1]

ترى الباحثة؛ يُعدّ شرط الاختصاص القضائي قرينة ذات وزنٍ وقيمةٍ في استخلاص إرادة المتعاقدين الضِمنية، لكن في بعض الأحيان قد لا تكون أساسًا يعتمدُ عليه لتحديد القانون الواجب التطبيق، إلا إذا استندت إلى قرائن أخرى تؤكّد ما اتجهت إلى هذه القرينة، وتعبّر عن نية الأطراف تماشياً وانسجاماً مع هذه القرينة، كما هو الحال في اشتراك قرينة الاختصاص القضائي مع قرينة تؤكّد ارتباط العقدِ بشكلٍ وثيقٍ مع هذا القانون.

ثالثاً: الجنسية المشتركة

أخذ القضاء الفرنسي بالجنسية المشتركة، حيث طبّق قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين في حالةِ سكوتِ الإرادة، إلا أنّ القضاء الفرنسي الحديث لا يعتدُ بالجنسية المشتركة كقرينةٍ للكشفِ عن الإرادة الضِمنية إلا إذا اقترنت بقرينةٍ أخرى. [2]

أما المشرّع الإيطالي فقد أخذ بقانون الجنسية المشتركة عند سُكوتِ الإرادة عن اختيار الواجب التطبيق على العقد، أما حالة اختلاف الجنسية فقد أسندها المشرّع الإيطالي لقانون بلدِ الإبرام، وعليه؛ نصّ في المادة (25) من القانون المدني الإيطالي لسنة 1942 على " في حالة غياب اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق على عقودهم فإنّ الالتزامات الناشئة من هذه العقود تكون محكومة

---

(2) عبدالله، عز الدين (1986). القانون الدولي الخاص– في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي، ط9، ج2، الهيئة المصرية العامة للكتب، ص431.

(3) صادق، هشام، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص420.

بقانون الجنسية المشتركة للطرفين إذا اتحدا جنسية، فإنّ هذه الالتزامات تكون محكومة بقانون دولةٍ محل إبرام العقد ". [1]

كما اتجهت تشريعات نحو الاعتماد على الجنسية المشتركة في حالة سكوت الأطراف عن اختيار قانون العقد حيث يتم تطبيقها على العقد مِن خِلال قاعدة إسناد معروفة مُسبقاً، وهو إسنادُ إلزامي يطبّق في حالةِ سُكوت الإرادة.

ترى الباحثة، أنّ قرينة الجنسية المشتركة قد تكون قرينة يستدل بها القاضي لاستخلاص إرادة الأطراف، ولكن لا تكفي للاستنادِ عليها في الكشف عن إرادةٍ ضِمنيةٍ في العقد، حيث لا تعتبر قرينة أساسية يعتمدُ عليها منفردة، إلا إذا تم الاستناد على أكثر من قرينة تؤكد نيّة الأطرافِ تطبيق قانون الجنسية المشتركة، وكما أنّ عنصر الجنسية لا يُعتبر عنصرًا مؤثرًا في جميع أنواع العقود الدولية كعقود التجارة الدولية، إلا أنّه عنصرٌ فعالٌ ومؤثرٌ في عقود الأحوال الشخصية. ويستند عليه بشكلٍ أساسي في إسنادِ مثل هذه العقود، أما في مجال عقود التجارة الدولية فإنّ مثل هذا العنصر نظّمته التشريعات كضابط إسنادٍ إلزامي يطبّقه القاضي على العقد الدولي في حالة سُكوتِ الأطرافِ عن اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي.

رابعاً: ارتباط العقد مع عقدٍ سابق له

قد يُبرم الأطراف عقدًا يرتبط بعقدٍ سابق له، حيث يعتد بقانون العقد السابق ويُعتبر اتجاه الإرادة الضِمنية للأطراف لتطبيقهِ على العقد اللاحق له موضوع النزاع، وعليه؛ يُعتبر عقد الوكالة الذي يُعدّ ضماناً للدين المقرر بمقتضى العقد الأصلي يطبّق عليه القانون الأصلي، وكذلك فيما لو اتفق

(2) الشافعي ثامر داود، مرجع سابق، ص98.

الأطراف على تعديلاتٍ على العقد الأصلي فيطبّق في هذه الحالة القانون الذي يحكم العقد الأصلي.[1]

يعتمدُ القاضي قرائن أخرى للكشفِ عن إرادة الأطرافِ الضِمنية لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، كاللغةِ التي تمّ تحرير العقد بها، أو تحرير العقد لدى موثق رسمي أو أمام أحدِ القناصل التابعة لدولةٍ مُحددةٍ، وعملة الوفاء التابعة لدولة مُحددةٍ [2]. تعدّ هذه القرائن ضعيفة يمكن للقاضي أنّ يستند عليها لاستخلاص الإرادة الضِمنية مدعومة بقرائن أخرى تؤكّد اتجاه المتعاقدين حول القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي.

كما أنّ جميع القرائن السابقة يجبُ أن يعتد بها القاضي بشكلٍ نسبي وذلك بالأخذ بعين الاعتبار الطبيعة الذاتية للعقد، حيث ينفرد كل عقدٍ بطبيعةٍ خاصةٍ، تكمُن مُهمة القاضي استخلاص الإرادة الضِمنية من العقد [3]، مِن خِلال تحليل الخصائص الذاتية للعقد والترجيح بين عناصر العقدِ الأكثر ملائمة وتأثيراً فيه حَسب طبيعتهِ الخاصة، وذلك للوصول إلى القانون الذي يُعبّر عن إرادة المتعاقدين الضِمنية. [4]

---

(2) صادق، هشام، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص333.

(3) المرجع السابق، ص421.

(4) الشافعي ثامر داود، مرجع سابق، ص101.

(1) ياقوت، محمود محمد، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص153.

المطلب الثاني
تطبيق مبادئ القانون الدولي الخاص

نصّت المادة (25) من القانون المدني الأردني على " تتبع مبادئ القانون الدولي الخاص فيما لم يَرد في شأنهِ نصّ في المواد السابقةِ من أحوال تنازع القوانين"، نظّمت هذه المادة حالة عدم وجود نصّ في شأن حالةٍ من أحوال التنازع، كما وضّحت المذكرة الإيضاحية للمادة (25) من القانون المدني الأردني أن المادة تحيل في ذلك إلى مبادئ القانون الدولي الخاص وهو ما قررته المادة (1/103) من الدستور الأردني إذ نصّت على " تمارس المحاكم النظامية اختصاصاتها في القضاء الحقوقي والجزائي وفق أحكام القوانين النافذة المفعول في المملكة على أنه في مسائل الأحوال الشخصية للأجانب أو في الأمور الحقوقية والتجارية التي قضت العادة في العرفِ الدولي بتطبيق قانون بلادٍ أخرى بشأنها ينفذ ذلك القانون بالكيفية التي ينصّ عليها القانون".

وبالرجوع لقاعدة الإسناد الناظمة للالتزامات التعاقدية لم ينصّ المشرّع على استخلاص القانون الواجب التطبيق على العقدِ في حال انطوى على اختيار ضِمني، على عكس المشرّع المصري الذي أورد في عجز المادة (19/1) عبارة " أو يتبيّن من الظروف أنّ قانونًا آخر هو الذي يُراد تطبيقه" كما جاءَ بالمذكرة الإيضاحية لهذه المادة " أنّ المشرّع قد اختار صيغة مَرنة لا تقطع على القضاء سبيل الاجتهاد ولا تحول دون الانتفاع من كل تطوّر مُقبل في حركة الفقه، وقد قرنَ المشرّع هذه الصيغة بنصوصٍ خاصة بعضها يعين اختصاصاً تشريعياً آمراً بالنسبة لعقود مُعيّنة وبعضها يضع قرائن يستخلصُ منها الإرادة عند عدم الاتفاق، وبعض آخر يعين اختصاصاً تشريعياً لمسائل تتعين بتنفيذ العقود" [1]، كما جاء بالطعن رقم 383 الصادر عن محكمة النقض المصرية ما يلي "حيث

(1) المذكرة الايضاحية للقانون المدني المصري لسنة 1948، تم الاطلاع عليه بتاريخ 20/2/2024 من موقع قسطاس (On-Line) , available : https;//www.qistas.com

إنّ المادة (19) من القانون المدني تنصّ على " يَسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، فإن اختلفا موطناً يَسري قانون الدولة التي تمّ فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبيّن من الظروف أنّ قانوناً آخر هو الذي يُراد تطبيقه. ومن حيث أنّ الجامعة الأمريكية بالقاهرة هي هيئة أمريكية أنشئت في أمريكا لمُمارسة نشاطها التعليمي في مصر، أي أنها هيئة أجنبية مركز إدارتها الرئيسي الفِعلي في الخارج وتباشر نشاطها الرئيسي في مصر، وأنّ الأساتذة الأجانب العاملين بالجامعة الأمريكية بالقاهرة تربطهم علاقة تعاقدٍ مباشرة مع المركز الرئيسي لهذه الهيئة بالخارج، أي أنّ الموطن المشترك للمتعاقدين هو الولايات المتحدة الأمريكية وهي البلد التي تُبرم فيها عقودهم، فضلاً عن أنه على مقتضى أحكام هذه العقود يتم سداد جانبٍ من المرتب بالدولار، وكذلك مكافآت ترك الخدمة، وتنظّم هذه العقود أحكام التعاقد والضمان الاجتماعي على الأساس المتبع في القوانين الأمريكية، الأمر الذي يُستخلص منها أيضًا أنّ إرادة المتعاقدين انصرفت في حقيقة الأمر إلى إخضاع العقدِ المذكور إلى القانون الأمريكي، ومن ثم لا تسري في شأنهم أحكام القانون رقم (63) لسنة 1964 بإصدار قانون التأمينات الاجتماعية". [1]

صدرَ هذا الطعن بشأنِ عدم سريان أحكام قانون التأميناتِ الاجتماعية المصري وتطبيق القانون الأمريكي على أساس أنّ إرادة المتعاقدين اتجهت إلى إخضاع العقد إلى أحكام القانون الأمريكي، كما يُلاحظ أنّ محكمة النقضِ استخلصت هذه النتيجة بناءً على أكثر من قرينةٍ من قرائن الإرادة

(1) الطعن رقم (383) لسنة 39 ق جلسة بتاريخ 30/4/1975، مكتب فني 26 رقم الجزاء 1، ص873، تم الاطلاع عليه بتاريخ https://www.eastlaws.com (On-Line), available: 22/2/2024.

الضِمنية، الموطن المشترك للمتعاقدين، بلد الإبرام، وعملة الوفاء، تم الاعتماد على هذه القرائن مُجتمعة والوصول إلى أنّ إرادة المتعاقدين اتجهت لتطبيق القانون الأمريكي.

وبالرجوع لموقفِ المشرّع الأردني ووفقاً للمادة (25) من القانون المدني الأردني يُخول القاضي الرجوع إلى مبادئ القانون الدولي الخاص لتطبيق أيّ من هذه المبادئ في حالة عدم وجود نصّ، وبالرجوع لمشكلةِ الدراسة وهي عدم وجود قواعد إسنادٍ يستدل بها القاضي للكشفِ عن الإرادة الضِمنية للمتعاقدين، يمكنُ للقاضي أن يلجأ لهذه القاعدة، حيث تسمحُ له أن يبحث عن مؤشراتِ الإرادة الضِمنية وأن يستندَ عليها للكشف عن القانون الذي اتجهت إليه إرادة المتعاقدين، كما يكون للقاضي أن يستند إلى قاعدة التركيز الموضوعي في حالِ تعذّر وصوله للإرادة الضِمنية.

المبحث الثاني
تطبيق ضوابط الإسناد التكميلية لاستخلاص الإرادة الضِمنية

يلجأ القاضي إلى ضوابط إسنادٍ تكميلية في حال لم يتوصل إلى إرادة المتعاقدين الضِمنية لعدم كفاية القرائن التي انطوى عليها العقد، أو في حالة لم يتمكّن للوصول إلى القانون الواجب التطبيق يستعينُ بضوابط تساعدهُ للوصول إلى القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، وذلك إما أن تكون هذه الضوابط مَرنة تعتمدُ على تقدير القاضي وتراعي الخصائص العقدية لكل نوع من أنواع العقود، أو ضوابط جامدةٍ مُحددةٍ مُسبقاً ومُنظمة من قبل المشرّع الوطني حيث يلتزمُ القاضي بتطبيقها بشكلٍ مُباشر. وللتفصيل كما سيتم بيانه:

المطلب الأول
الإسناد المرن للرابطة العقدية

الأصل أنّ القاضي يلجأ إلى الإسنادِ الجامدِ أو الإسنادِ المرن للرابطة العقدية في حالةِ غياب إرادة أطرافِ العقد الصريحة أو الضِمنية عن اختيار القانون الواجب التطبيق على الرابطة العقدية، إلا أنّ ليس هناك ما يمنع القاضي من الاستعانة بمعايير إسنادٍ مرنة تمكنهُ من استخلاص الإرادة الضِمنية بشكلٍ مؤكد بالإضافة إلى وجود قرائن تدل على اتجاه للإرادة الضِمنية وهو ما اتجهت إليه اتفاقية روما لسنة 1980 بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، حيث خوّلت القاضي أن يستعينَ بِمعيار الأداء المميز كمجرّد قرينة للوصول للقانون الأكثر صِلة بالعقد مِن خِلال تحليل جميع ظروفِ التعاقدِ وملابساته، إلا أنّ الاتفاقية أدخلت بعض التعديلات بعدَ أن تحولت إلى التوجيه الأوروبي رقم 2008/593، حيث أصبح هذا المعيار ضابط إسنادٍ يستعينُ بها القاضي في حالة سُكوتِ الأطرافِ عن اختيار قانون العقد الدولي، وهو ما سيتم بيانه كالتالي:

أولاً: الأداء المميز كضابط إسناد العقد الدولي

تقوم فكرة الأداء المميز على التصدّي للتركيز الموضوعي للرابطة العقدية، مِن خِلال تحليل فئةٍ مُعيّنةٍ من العقود ذات الطبيعةِ الواحدة وتحديد الأداء المميز فيها، أي الأداء الذي نفّذ فيه الالتزام الأساسي والذي يميزه عن غيره من الالتزامات الذي يفرضها العقد. [1]

يختلفُ كل عقدٍ بأداء مميز مختلفٍ عن غيره من العقود، وعلى هذا النحو لابد من الكشفِ عن الأداء الرئيسي في كل عقد، ويكون ذلك وفقاً للوزن القانوني للأداء الرئيسي في العقد، إذ يكون هذا الأداء مِعيارًا لإسنادِ العقدِ وفقاً للمكان الذي يؤدّي فيه وظيفته الاقتصادية والاجتماعية، وعادة ما يكون مكان إقامة المدين بالأداءِ المميز. [2]

تخضع العقود ذات الطبيعة الواحدة لقانون محل إقامة المدين بالأداء المميز فيها في حال كان شخصاً طبيعياً، أما في حال كان شخصًا معنويًا فيخضع لقانون الدولة التي يوجد فيها مركز الإدارة الرئيسي وهي الأماكن التي يفترض أنها محلٌ لهذا الأداء. [3]

تجدر الإشارة إلى أنّ تحديد الالتزام الرئيسي أو الأداء المميز في العقود الملزمة لجانبٍ واحدٍ هو أداء الملتزم بالعقد، بينما العقود الملزمة الجانبين فالأداء المميز فيها هو الالتزام الذي يقابل الدفع النقدي كتقديم خدمةٍ أو تسليم بضاعةٍ، ولا يقصد منها الالتزام بدفع مقابل نقدي حتى ولو كانت قيمة الالتزام الأخير تزيدُ عن قيمة الالتزام الأول، أما بالنسبة لالتزام كل من الطرفين بالالتزام النقدي كما

---

(2) صادق، هشام، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص563.

(3) الفضل، عبدالسلام علي والعتوم، نعيم علي (2019). منهج الأداء المميز في تحديد القانون الدولي، مجلة علوم الشريعة والقانون، م46، ع1، م1، ص565.

(4) صادق، هشام (2003). دروس في تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، ص350.

في حالة القرض، تكون العِبرة بأداء التزام المقرض [1]، وذلك يعود لأنّ المقابل النقدي في أغلبِ الحالات لا يمثّل الأداء المميز إذ لا يمكن أن يُحدد طبيعة العقد، أما الالتزام المقابل له غالباً ما يُميّز العقد عن غيره، فالتزام البائع بتسليم المبيع والتزام الناقل بنقل البضائع أو الأشخاص والتزام المقاول بأداءِ الخدمة أو عملٍ، جميعها تعتبر أداءاتٍ مُميزة يقابلها التزام نقدي. [2]

يُبرر أنصارُ اتجاه الأداء المميز أنّ هذا المعيار يقوم على أساس تنظيم قانوني تفصيلي للالتزامات، وعليه؛ يكون الالتزام المدين بالأداء المميز هو الطرف الأكثر نشاطًا في موضوع العقد وفعاليته، ويُعتبر أداءهُ أكثر تعقيداً من أداء الطرف الآخر الذي يكون عادةً دفع نقدي إذ لا يتحمّل هذا الأخير مخاطر تنفيذ أدائه كالذي يتحمّله المدين الأداء المُميز، وعليه؛ يُعتبر تطبيق قانون المدين بالأداء المُميز أكثر ملائمة المتعاقدين، بما يتناسبُ مع توقعاتهم المشروعة. [3]

يُعدّ الإسناد لمعيار الأداء المُميز إسنادًا مرنًا ويُحقق العدالة، إذ عالج جمود الإسناد الجامد لضوابط مُحددة مُسبقاً على كافة أنواع العقود، كما يَحمي هذا الاتجاه توقعات الأطرافِ المشروعةِ وصون الأمان القانوني لديهم، كما يوفّر لأطرافِ التعاقد العلم المُسبق بالقانون المُطبّق على العقدِ في حالةِ غياب الإرادة عن الاختيار، يُعتبر مكان إقامة المدين بالأداء المميز مكان إقامته وقتَ إبرام العقد حتى لا تثار أي مشاكل فيما لو تغيّر مكان الإقامة، إذ يوفّر الاستقلال والثبات في معرفة القانون المطبّق على العقد الدولي. [4]

---

(2) داوس، امين (2001). تنازع القوانين في فلسطين، دار الشروق، عمان، الأردن، ص138.

(3) العبودي، نورس عباس (2016). الأداء المميز وأثره على عملية الإسناد، دار السنهوري، بيروت، لبنان، ص22.

(4) الفضل، عبدالسلام علي والعتوم، نعيم علي، مرجع سابق، ص566.

(1) صادق، هشام، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص592.

ثانياً: الموقف التشريعي من ضابط الأداء المميز

أخذت التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية والقضاء بمعيار الأداء المُميز لتحديد القانون الواجب والتطبيق على العقدِ الدولي في حالةِ سكوت الأطراف عن اختيار قانون العقد الدولي، بالنسبة للاتفاقيات الدولية اتجهت اتفاقية روما لسنة 1980 والتوجيه الأوروبي الذي حلّ محل اتفاقية روما رقم 2008/593 والمسمّى "روما 1" الصادر عن المجلس الاوروبي والبرلمان الأوروبي بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، تبنّت اتفاقية روما لسنة 1980 بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية منهج الأداء المميز كمبدأ لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، بالإضافة لنظرية التركيز الموضوعي، حددت المادة (4) من اتفاقية روما لسنة 1980 القانون الواجب التطبيق في حالةِ غياب الاختيار الصريح أو الضِمني بصورة مؤكدة، حيث تقضي في الفقرة الأولى من المادة أنّ القانون الواجب التطبيق في هذه الحالة هو القانون الأكثر ارتباطاً بالرابطة العقدية [1]، وعليه؛ يجبُ على القاضي أن يبحث في جميع عناصر الرابطة العقدية وجميع ظروفِ وملابساتِ العقد، نصّت الفقرة الثانية من نفس المادة على ضابط الأداء المميز كقرينةٍ لصعوبة تحديد القانون الأوثق صلة بالعقد، وذلك بأنّ قانون بلدِ إقامة المدين بالأداء المميز هو القانون الأكثر ارتباطاً بالعقد [2]، كما أوردت استثناء في الفقرة الخامسة من نفس المادة "ما لم يتبيّن

---

(2) تنص المادة 4 /ا من اتفاقية روما لسنة 1980 على " إذا لم يتم تحديد قانون العقد وفقاً للمادة (3)، يخضع العقد لقانون الدولة الأكثر ارتباطاً به .."

"Article (4/1) of Rome Convention on The Law Applicable to Contractual Obligations On 1980 says: 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. …"

(3) تنص الفقرة 2 من المادة (4) من اتفاقية روما على أنه" مع مراعاة الفقرة 5 من هذه المادة، يفترض ان العقد الأكثر ارتباطاً بالدولة التي يقع فيها الإقامة المعتادة للطرف الذي يورد الالتزام المميز وقت إبرام العقد. أو محل إقامته المعتاد، أو إدارتها المركزية في حالة كانت شخصاً معنوياً ...".

Article (4/2) of Rome Convention On The Law Applicable To Contractual Obligations On 1980 says: "Subject to the provisions of paragraph 5 of this Article، it shall be presumed that the contract is most closely connected with the country where the party who is to effect the performance which is characteristic of the contract has، at the time of conclusion of the contract، his habitual residence، or، in the case of a body corporate or unincorporate، its central administration …".

من ظروفِ ومُلابساتِ العقد أنّ هناك قانونًا آخر أكثر ارتباطًا من قانون مكان إقامةِ المدين بالأداء المميز". [1]

ترى الباحثة من النصّ أنّ مِعيار الأداء المميز هو مُجرّد قرينة للوصول إلى القانون الأوثق صلة، كما أنّ القاضي يتجاهل قانون مكان إقامة المدين بالأداء المميز إذا تبيّن له من ظروف التعاقد أنّ هناك قانونًا آخر مُرتبط بالعقد بشكلٍ أوثق، بالإضافة إلى أنّ هذا الحل يُعطي القاضي مرونة أكثر في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي في حال غياب النصّ الصريح وعدم قدرة القاضي للوصول إلى الإرادة الضِمنية بشكلٍ مؤكد.

يُعدّ موقف اتفاقية روما بشأن تركيز الرابطة العقدية والبحث عن القانون الأكثر اتصالاً بالعقد، مبدأ جاء به الفقيه "لاغارد" حيث يقوم على أساس إسنادِ الرابطة العقدية للقانون الأكثر ارتباطاً بها، وذلك مِن خِلال تحليل عناصر العقد والتركيز على العنصر الذي يمثل مركز الثقل من بين العناصر الأخرى بالعقد. [2]

وأكّدت على هذا الاتجاه محكمة النقض الفرنسية في أحد قراراتها سنة 2015، في قضية تتمثل وقائعها في إِبرام عقد قرض مصرفي في إيطاليا، بين مصرف إيطالي ومركز إدارته الرئيسة في إيطاليا، وشخص فرنسي الجنسية مقيمٌ في إيطاليا، حيث تمّ ضمان القرض بعقدِ كفالةٍ مع شخصٍ فرنسي ومقيم في فرنسا، وعند تخلّف المقترض عن الوفاء رفع المصرف مُطالبة ضد الكفيل أمامَ

---

(2) نصّت الفقرة 5 من المادة (4) من اتفاقية روما على انه" لا تنطبق الفقرة 2 إذا لم يكن بالإمكان تحديد الأداء المميز، يتم تجاهل الافتراضات في الفقرات 2 و 3 و 4 إذا تبين من الظروف ككل أنّ العقد مرتبط بشكل أوثق بدولة أخرى"

Article (4/2) of Rome Convention On The Law Applicable To Contractual Obligations On 1980 says: "Paragraph 2 shall not apply if the characteristic performance cannot be determined، and the presumptions in paragraphs 2، 3 and 4 shall be disregarded if it appears from the circumstances as a whole that the contract is more closely connected with another country."

(1) الفضل، عبدالسلام علي والعتوم، نعيم علي، مرجع سابق، ص570.

القضاء الفرنسي، طبّقت المحكمة الفرنسية القانون الفرنسي على عقد الكفالة واستندت إلى المادة (4) الفقرة (2) لعدم تحديدِ عقد الكفالة القانون الواجب التطبيق على عقد الكفالة، وعليه؛ تمّ تطبيق القانون الفرنسي باعتباره قانون مكان إقامة المدين بالأداء المميز، إلا أنّ محكمة النقض الفرنسية رفضت هذا الحكم واستندت إلى الفقرة (5) من نفس المادة على اعتبار أنّ القانون الإيطالي هو القانون الأكثر ارتباطاً بالعقد، كون عقد الكفالة قد حُرّر في إيطاليا وتمت كتابته باللغة الإيطالية، بالإضافة إلى أنه حُرّر بمناسبة عقدِ القرض الذي حُرّر أيضاً في إيطاليا من قبل طرفان يقيمان فيها [1]، وعليه؛ تبيّن للقاضي أنّ قانون مكان إقامة المدين بالأداء المميز ليس القانون الأكثر صلة بالعقد لذلك تم استبعاده، واعتمد القاضي أنّ القانون الإيطالي هو القانون الأوثق صلة بعقد الكفالة وهو القانون الواجبُ التطبيق على الرابطة العقدية.

يلاحظ أنّ القاضي استندَ إلى قرائن أساسية كانت بالنسبة له أقوى من تطبيق مِعيار الأداء المُميز كون الكشف عنها أدّى إلى قانون واحد، كاللغةِ وتحرير عقد الكفالة بمناسبةِ عقد القرض الذي يُطبّق عليه القانون الإيطالي، بالإضافةِ لمكان إبرام العقد، فقد انطوى العقدُ على إرادة ضِمنية تمثلت بهذه القرائن لتطبيق القانون الإيطالي، حيث يُعتبر القانون الأكثر ارتباطاً بالرابطة العقدية.

اتجهت الاتفاقية إلى هذا المسار حيث منحت القاضي مُرونة أكثر عند تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، بالإضافةِ إلى تحقيق الأمان القانوني لأطرافِ التعاقد مِن خِلال احترام توقعاتهم المشروعة، إلا أنّ بعض الفقه كان له رأي مُخالفٌ وذلك يتمثل بصعوبة هذا النهج في ظل وجود الاستثناء في الفقرة الخامسةِ من المادةِ الرابعةِ من اتفاقيةِ روما، ممّا يسمحُ للقاضي أن يبحثَ

---

(2) الموقع الرسمي لمحكمة النقض الفرنسية

https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/842_16_32

أشار إليه: الانباري، أحمد حميد، سكوت الإرادة عن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، مرجع سابق، ص100.

عن القانون الأكثر صلةً مِن خِلال التصدّي إلى قرائن مختلفة كمكان الإبرام، أو الجنسية المشتركة، أو تحرير العقدِ بلغةٍ مُعيّنةٍ أو غيرها من القرائن التي سبق وتناولتها الدراسة، ومن ثم يقوم القاضي بتحديد مركز ثقل الرابطة العقدية وإسنادِ العقد الدولي في قانون مركز الثقل، أما في حالةِ لم يجد القاضي قانونًا أكثر صلة من قانون مكان إقامة المدين بالأداء المميز فعليهِ أن يطبّقه [1]، لذلك يذهبُ هذا الاتجاه إلى أنّ الشرط الاستثنائي في الفقرة الخامسةِ من المادة من اتفاقية روما يجبُ إعماله بعد تعذّر إعمالِ مِعيار الأداء المُميز الوارد في المادة (2/4).

وعليه؛ جاء في تنظيم روما 1 لسنة 2008 تعديل لهذه المادة، حيث أدرجَ التنظيم قائمة لعقود مُعيّنةٍ وحدد القانون الذي يحكمها، إذ إنّ تحديد القانون الواجب التطبيق على القائمة المذكورة قد تم بناءً على مبدأ الصلة الأكثر ارتباطاً بالعقد، ومن ثم نصّ التنظيم في الفقرة الثانية على أنه " إذا كان العقد غير مشمولٍ بموجبِ الفقرة الأولى [2]، أو إذا كانت عناصر العقد من النقاط أ–ح الواردة في الفقرة الأولى، فإنّ العقد يخضعُ في هذه الحالة إلى قانون الدولة التي يوجد فيها مكان الإقامة المُعتاد

---

(2) عبدالعال، عكاشة، محمد (1945). قانون العمليات المصرفية الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، ص72.

(1) تنص المادة 1/4 من تنظيم روما على انه " في حالة لم يتم اختيار القانون الواجب التطبيق وفقاً للمادة 3 ودون الاخلال بالمواد من 5 إلى 8، يتم تحديد القانون الذي يحكم العقد على النحو التالي:

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

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

ج. يكون عقد الحق العقاري أو عقد إيجار المبنى محكوما بقانون البلد الذي يقع فيه المبنى.

د. يصرف النظر عن النقطة (ج). فإن إيجار الممتلكات غير المنقولة التي تم الدخول فيها لأغراض شخصية مؤقتة لمدة أقصاها ستة أشهر متتالية يخضع لقانون البلد الذي يقيم فيه المالك اقامته المعتادة، شريطة أن يكون المستأجر وهو شخص طبيعي، وأن يكون مقر إقامته المعتاد في ذلك البلد نفسه.

هـ. تخضع اتفاقية الامتياز (Franchising) لقانون البلد الذي يقيم فيه الحاصل على الامتياز بصفه اعتيادية. و . تخضع اتفاقية التوزيع لقانون البلد الذي يقيم فيه الموزع بصفة اعتيادية.

ز. فإن عقد بيع السلع بالمزاد يخضع لقانون البلد الذي يجري فيه المزاد، إذا أمكن تحديد ذلك المكان وكما أوردت في الفقرة (2) من نفس المادة وفي الحالات التي لا يشمل فيها العقد الفقرة 1 أو عندما تكون عناصر العقد مشمولة بأكثر من نقطة من النقاط (أ) إلى (ح) من الفقرة 1، يكون العقد محكوما بقانون البلد الذي يقيم فيه طرف الأداء المميز عادة. "

للطرف الذي سيقوم بالأداء المُميز في العقد"، كما تصدّى التنظيم في الفقرة 3 و 4 من المادة (4) الاستثناءات فيما يتعلق بالفروض التي يتبيّن فيها للقاضي إذا كان هناك قانونٌ آخرٌ أكثر ارتباطًا وصلة بالعقد، أو في حال تعذّر تحديد القانون الواجب التطبيق وفقاً الحالات المنصوص عليها في الفقرة 1 و2 من المادة (4)، حيث تمّ تخويل القاضي العودة إلى تركيز الرابطةِ العقديةِ بناءً على ظروفِ ومُلابساتِ العقد.

ترى الباحثة أنّ تحديد القانون الواجب التطبيق بموجب مِعيار الأداء المميز يعتبرُ من أكثر الضوابط مُرونة، بحيث يتيح للقاضي الاستنادُ إلى ظروفِ التعاقد كحالة استثنائية، وتؤيد الدراسة اتجاه تنظيم روما لوجود استثناء لجوء القاضي إلى ظروف العقد ومُلابساته، فيما لو انطوى العقد على قرائن تدل على وجودِ قانون أكثر صِلة بالرابطة العقدية من قانون مكان إقامة الأداء المميز، مع مُراعاة تنظيمهِ لبعض العقود، ممّا يضعُ حدودًا لتوسّع القاضي عند تصدّيه لعمليةِ البحث عن ظروفِ التعاقد لجميع أنواع العقود، ممّا يخل بالأمان القانوني الذي ينشده أطرافُ التعاقد، بالمقابل إعطاء القاضي هذه السلطة في حال كان هناك قانونٌ أكثر ارتباطاً بالعقد أو حالة تعذّر إعمال مِعيار الأداء المميز.

أخذ المشرّع الأردني بقاعدة القانون الأكثر صلة في المادة (36 /2) من قانون التحكيم رقم (31) لسنة 2001 حيث نصّ على " ب / إذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع طبّقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه الأكثر اتصالاً بالنزاع". وعليه؛ في حال كان النزاع معروضًا أمام هيئة تحكيم، يمكن للمحكّم في حال كان هناك

قانون أكثر اتصالاً بالعقد، يتم تطبيق القواعد الموضوعية من هذا القانون. كما اتخذ المشرّع المصري ذات الموقف وتقابلها المادة (39/2) من قانون التحكيم المصري لسنة 1994. [1]

يُعدّ هذا الاتجاه مرنًا يتيحُ للمحكّم البحث عن القانون الأكثر اتصالاً في العقد في حالةِ غيابِ اختيار أطراف التعاقد حول القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، وفي قرار تمييز رقم 2023/4674 أكّدت محكمة التمييز على تطبيق القانون الأكثر صِلة بالعقد في حال غياب الاتفاق من قبل أطراف العقد، حيث جاء في قرار تمييز تأييد لحكم هيئة التحكيم بتطبيق القانون الأكثر اتصالاً بالعقد " وبتطبيق ما تقدّم على دعوانا الحاضرة، وبالرجوع إلى البند الخامس من الشروط المرجعية والقواعد الإجرائية، نجد أنّ الطرفين اتفقا على تطبيق قانون التحكيم ودون الاتفاق على تطبيق قانون مُعيّن أو قواعد خاصة مُعيّنة على النحو المقصود في المادتين (36) أو (4/أ/49) من قانون التحكيم، **وعليه؛ فيكون من إطلاقات هيئة التحكيم تطبيق النص العقدي أو القانوني الذي ترى وجه انطباقه على الدعوى والأكثر اتصالاً بموضوع النزاع تطبيقاً لحكم المادة (36/ب) من قانون التحكيم**، ولا تملك محكمتنا مُراقبة مدى صحة تطبيقها أو تفسيرها لهذه المواد القانونية أو العقدية، أو تخطئتها في عدم تطبيق مواد مُعيّنة ترى المستدعية أنه كان من الأجدر تطبيقها على النزاع أو تخطئتها في استنادها على مادةٍ عقديةٍ أو قانونيةٍ مُعيّنةٍ وتطبيقها لها من عدمه لكونها تعتبر من إطلاقات هيئة التحكيم، وتخرج عن نِطاق رقابة محكمتنا لتعلّقها بالرقابة الموضوعية على صحةِ قضاء هيئة التحكيم". [2]

---

(2) المادة (39/2) من قانون التحكيم المصري لسنة 1994 نصّت على " وإذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه الأكثر اتصالاً بالنزاع ".

(3) قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم (4674) لسنة 2023 (هيئة خماسية) بتاريخ 2020/08/27–2023.

المطلب الثاني
الإسناد الجامد للرابطة العقدية

تحدد ضوابط الإسناد الجامدة قانون العقد بشكلٍ مُسبق ممّا يتيح لأطرافِ التعاقد المُعرفة السابقةِ للقانون الذي سيحكم العقد في حالةِ غياب اختيارهم لقانون العَقد ممّا يحقق لهم الأمان القانوني صونًا لتوقعاتهم حول تطبيق قانونٍ يضمن لهم حقوقهم. [1]

أخذ المشرّع الأردني بالإسناد الجامِد للرابطةِ العقديةِ حيث نصّت المادة (20) من القانون المدني الأردني على أنه "يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إن اتحدا موطنًا، فإن اختلفا سرى قانون الدولة التي تمّ فيها العقد.."

أسند المشرّع العقد الدولي لقواعد إسنادٍ جامدةٍ في حال سكوتِ الأطرافِ عن اختيار القانون الواجب التطبيق.

وكما تناولت الدراسة اعتماد القاضي على عِدة قرائن للكشف عن الإرادة الضِمنية والوصول إلى القانون الواجب التطبيق، إلا أنّها قد لا تكون كافية للاستناد عليها وحدها ويُمكن اللجوء إلى القانون الذي يختاره القاضي ليكون هو القانون الذي سيحكم العقد، والذي يتوصل إليه مِن خِلال ضوابط مختلفة اما مِن خِلال ضوابط مرنة كالأداء المميز أو اللجوء لمبادئ القانون الدولي الخاص، ومِن خِلال تنظيم المشرّع لضوابط مُحددة مسبقاً يطبقها القاضي بشكلٍ مباشر على العقد ليصبحَ هو القانون الواجب التطبيق على النزاع المعروض، كقانون الموطن المشترك، أو قانون بلدِ إبرام العقد أو قانون بلد التنفيذ.

---

(1) صادق، هشام، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص550.

أولاً: قانون الموطن المشترك

عرفت المادة (1/39) من قانون المدني الأردني أنّ الموطن هو " المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة "، كما يُعبّر الموطن للشخص الاعتباري " يُعتبر المكان الذي يُباشر فيه الشخص تجارة أو حرفة موطِنًا بالنسبة إلى إدارة الأعمال المتعلقةِ بهذه التجارة أو الحرفة ". [1]

أسند المشرّع العقد الدولي لقانون الموطن المشترك لأطرافِ العقد وذلك في حالةِ سكوتِ المتعاقدين عن اختيار القانون العقد صراحة أو في حال تعذّر الوصول إلى الإرادة الضِمنية.

يعود أساسُ إسناد المشرّع لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين إلى أهميةِ الموطن في المُعاملاتِ المالية، حيث يُعدّ المكان الذي يقيم به الشخص ترتكز فيه نشاطاته التجارية والاجتماعية والمالية وأيضًا التصرفات القانونية، ويُعدّ هذا المكان أكثر ارتباطاً به. [2]

كما يُبرر بعض الفقه أنّ اختيار المشرّع لقانون الموطن وليس قانون الجنسية يعودُ إلى أسبابٍ مفادها أنّ الموطن هو المكان الذي يُمارس فيه شخصٌ أعماله المعتادة، وعليه تكون تمثل مصالح الأطراف المشتركة. [3]

من أهم مزايا إسناد العقد لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين حماية توقعات الأطرافِ المشروعة، وذلك يعودُ إلى الأصل الفلسفي لفقهِ القانون الدولي الخاص حول صَون توقّعات الأطراف وتحقيق لأطراف العقد الامان القانوني مِن خِلال توافر العلم المُسبق للقانون الذي سيطبّق على العقد في حالة غياب الاختيار، كما أنّ تطبيق قانون الموطن المشترك قد تتوقعه الأطراف، لذلك لا يخلّ بتوقعاتهم ويعودُ ذلك لمعرفتهم بأحكام قانون موطنهم. [4]

---

(2) المادة (40) من القانون المدني الأردني.

(3) حرب، رند سليمان، مرجع سابق، ص133.

(4) المجاهد، طارق عبدالله عيسى (2001). تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية، أطروحة دكتوراه، جامعة بغداد، بغداد، ص146.

(1) إبراهيم، أحمد إبراهيم (1992). القانون الدولي الخاص تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ص555.

إلا أنّ جانبًا آخر من الفقه انتقد إسنادَ العقد الدولي لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين بشكلٍ جامد، لأنه يردّ عليه سلبياتٍ من شأنها لا يكون هذا الضابط فعّالاً في حالة عدم اشتراك الأطرافِ في موطن واحد، ونتيجة لذلك يكون قانون الموطن المشترك لا ينطبق على الرابطة العقدية إلا في حال اشتراك المتعاقدين في موطن واحد، أما من ناحيةٍ أخرى تختلف قواعد القانونية المنظمة لاكتساب وفقدان الموطن، وعليه؛ يؤدّي إلى نتيجة مفادها صعوبة تحديد الموطن أو إثباته، كما أنّ قانون الموطن المشترك لا يُعبّر عن مركز ثِقل الرابطة العقدية في كل العقود فضلاً عن رغبةِ أطرافِ العقدِ بتطبيق قانون آخر حتى لو اتحدا موطنًا. (1)

يُعدّ عنصر الموطن المشترك عنصرًا مُحايدًا في عقود المُعاملات التجارية، كما أنّ هذا الضابط فيما لو اسند معه قرائن أخرى يُساعد القاضي على الكشف عن الإرادةِ الضِمنيةِ. (2)

ترى الباحثة أنّ قانون الموطن المشترك لأطراف الرابطة العقدية قد يحقق الامان القانوني لأطراف العقد لتوافر العلم المُسبق لديهم حول القانون الواجب التطبيق على العقد في حالة السكوت، إلا أنّه لا يُعبّر عن مركز ثِقل الرابطةِ العقديةِ على جميع أنواع العقود وبالتالي لا يمكن للقاضي أن يَستند إليه في حال كان هناك إرادة ضِمنية غير مؤكدة لاتصافِ هذا الضابط بالجمود، كما تؤيّد الباحثة اختيار المشرّع إسنادَ الرابطة العقديةِ لقانون الموطن المشترك وليس لقانون الجنسية المشتركة وذلك لأسبابٍ تعودُ إلى وجود مصالح مشتركة في المكان المعتاد لإقامة الطرفين.

---

(2) صادق، هشام (1997). الموجز في القانون الدولي الخاص، الفنية للطباعة والنشر، الإسكندرية، مصر، ص310.

(1) صادق، هشام، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص551.

ثانياً: قانون بلد إبرام العقد

حدّد المشرّع الأردني ضابط إسناد آخر في حالة سكوتِ الأطراف عن اختيار قانون العقد أو في حالة اختلاف المتعاقدين موطناً، حيث أسند العقد الدولي إلى قانون بلدِ إبرام العقد ويبرر الفقه هذا الاتجاه ان قانون بلد الإبرام يُعدّ القانون الأقوى صلة بالعقد، وهو المكان الذي يربط العقد "محل ميلاده الأول" [1]، إذ لا يمكن فصل العقد بأقوى صلة به، كما ان تطبيق قانون بلد الإبرام يحقق وحد القانون الواجب التطبيق على جوانب العقد الشكلية والموضوعية. [2]

من التطبيقات القضائية لإسناد العقد الدولي إلى قانون بلد الإبرام حيث قررت محكمة التمييز الأردنية في قرارها رقم 2021/1382 حيث جاء فيه " وتجدُ محكمتنا أنّ المميز والمميز ضدّها لم يتخذا موطناً حتى يتسنّى تطبيق القانون المشترك للعاقدين، وحيث إنّ المميز والمميز ضدّها اختلفا في الموطن **فإنّ قانون الدولة التي سرى فيه التعاقد هو الواجب التطبيق،** وحيث أنّ الثابت أنّ مكان انعقاد العقد هو في جمهورية مصر الأمر الذي ينبني على ذلك وجوب تطبيق أحكام قانون العمل المصري على هذه الواقعة ... وحيث أنّ المحكمة طبّقت أحكام قانون الدولة التي سرى فيها التعاقد فيكون قرارها متفقاً وحكم القانون، ولا ترد عليه أسبابُ الطعن التمييزي ويتعيّن ردّها ". [3]

يواجه ضابط بلدِ الإبرام سلبيات في ظل التعاقد عن طريق الإنترنت أو الهاتف أو البريد، ممّا يصعبُ معه تحديد بلد الإبرام لاختلافِ مكان الايجاب ومكان القبول ومكان العلم بالقبول، يتم الرجوع

---

(2) المجاهد، طارق عبدالله عيسى، مرجع سابق، ص147.

(3) صادق، هشام، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص554.

(4) قرار محكمة التمييز بصفتها الحقوقية رقم (1382) لسنة 2021 (هيئة خماسية) بتاريخ 2021/04/26.

إلى الأحكام العامةِ حسب قانون الوطني [1]، للقاضي المعروض عليه النزاع لتحديد مكان العقد وذلك لأنّ القانون المكيف للعلاقة القانونية. [2]

ومن جانب آخر يُعتبر تحديدُ مكان إبرام العقد في ظل التعاقد بين غائبين عملية دقيقة نظراً لاعتمادها تبادل الإرادة فضلاً عن صعوبة تحديد مكان الإبرام في حال اختلفت الأماكن التي صدر منها الايجاب والقبول، وأماكن علم القبول ممّا يؤدّي إلى نتيجة مفادها عدم وحدة القانون كما اتجه بعض الفقه. [3]

ترى الباحثة بأنّ قانون محل الإبرام وإن كان مرتبطًا بالعقد بشكلٍ وثيق كونه مكان إنشائه، إلا أنّه لا يُعبّر عن مصالح المتعاقدين المشتركة حيث لا ترتكز في هذا المكان المصالح المالية والاجتماعية وتصرفات القانونية للمتعاقدين، والذي من شأنه أن يشكّل صعوبة في الإسناد إلى قانون محلّ الإبرام على أساس أنّ هذا القانون الأكثر صِلة بالرابطة العقدية، ومن جهة أخرى إنّ محل الإبرام وان كان يحقق وحدة القانون المطبّق على جوانب العقد الشكلية والموضوعية، إلا أنّه لا يمثل أو لا يتصل بالعقد بصلةٍ وثيقةٍ خصوصًا لو تم إبرامه في مكان مُعيّن بالصدفةِ، حيث لا يكون هناك اي اتصال بهذا المكان من الناحية المعنوية أو المادية للأطراف، فضلاً عن صعوبة تحديد مكان الإبرام إن كان التعاقد بوسائل التواصل الإلكتروني، ولذلك يختلف أو لا يشكل هذا القانون مركز ثِقلٍ الرابطة العقدية لجميع أنواع العقود.

---

(2) بالنسبة للمشرع الأردني نصّت المادة 101 من القانون المدني الأردني على " إذا كان المتعاقدان لا يضمهما حين العقد مجلس واحد يعتبر التعاقد قد تم في المكان وفي الزمان اللذين صدر فيهما القبول ما لم يوجد اتفاق أو نصّ قانوني يقضي بغير ذلك."

(3) حرب، رند سليمان، مرجع سابق، ص133.

(1) صادق، هشام، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص555.

يُعدّ منهج الإسناد الجامد من قبل التشريعات ومن قبل الفقه وما يؤدّي إليه من عدم مراعاةٍ للطبيعةِ الذاتية للعقود المختلفة، ممّا يصعبُ تنفيذه في حال في حالات تم ذكرها وانتقدها بعض الفقه في المبحث السابق، أدّى إلى اتجاه فقه القانون الدولي الخاص المُعاصر إلى الإسناد المرن للرابطة العقدية، ممّا يسمحُ باختلاف هذا الإسناد لكل طائفة من طوائف العقود، وعليه؛ فضّل هذا الاتجاه أن يتصدّى لفكرة القانون الأوثق صِلة مِن خِلال تحديد طبيعة العقد الذاتية وهو ما يسمحُ بالإسنادِ المُستقل لكل فئةٍ من العقود ذات الطبيعة الواحدة، حيث يقيم هذا الاتجاه معايير للوصول إلى القانون الأوثق صِلة بالعقد كالأداء المميز.

ثالثاً: قانون بلد التنفيذ

أخذت بعض التشريعات بالإسناد لقانون بلدِ التنفيذ في حال سكوتِ الإرادة عن اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، لم يأخذ المشرّع الأردني بقانون بلدِ الإبرام كضابطِ إسنادٍ على العقد الدولي.

تناولت الدراسة سابقاً أنّ الفقه القديم أكّد على أنّ قانون بلد الإبرام يمثل مركز الثقل للرابطة العقدية، حيث ترى الباحثة أنّ أساس إسناد العقد الدولي لقانون بلد الإبرام وبلد التنفيذ في بداية القرن التاسع عشر، يختلف عن أساس إسناد العقد الدولي لقواعد جامدة معروفة مُسبقاً لدى أطرافِ التعاقد، حيث يعودُ أساسُ الإسنادِ الأول كتبرير لقاعدةٍ من قواعد التنازع لا دورَ للإرادة في اختيارها، إلا أنّ الإسناد الأخير يعودُ أساسه إلى قاعدةِ إسنادٍ توفّر للأطرافِ العِلم المُسبق للقانون الذي سيتم تطبيقه على العقد في حاله سكوتهم عن اختيار قانون العقد.

اتجهت بعض التشريعات لإسناد العقد الدولي إلى قانون مكان تنفيذه، كونه المكان الذي ترتكز بهِ مصالحُ الأطراف، كما أنّ العقد ينتج أثره القانوني في هذا المكان، وفضلاً عن استجابته لاتجاهاتِ

فقهِ القانون الدولي الخاص بأنه المكان الذي ترتكز به العناصر المادية، بالإضافة إلى توفير العِلم المُسبق لأطراف العقدِ ممّا يُحقق توقعاتهم ومصالحهم المشروعة. [1]

إلا أنّ هذا الإسناد لم يَسلم من الانتقاد وذلك في حال تعدد أماكن تنفيذ العقد، فيما يتعلق ببعض أنواع من العقود التي يكون تنفيذها بأكثر من مكانٍ واحد، ممّا يجعل العلاقة العقدية أمام تعدّد القوانين جميعها ترتبط بالعقد، ممّا يؤدّي إلى عدم وحدة القانون لجوانب العقد ولا يكفل انسجامه.[2]

ترى الباحثة بأن قانون بلدِ التنفيذ يرتبط بالرابطة العقدية بشكلٍ وثيق، ويمثل مكان ارتكاز الرابطة العقدية، كما أنّ إسنادَ العقد الدولي لبلد تنفيذ العقد عادةً يحقق مصالح الأطراف، وترى الباحثة أنّ قانون بلد تنفيذ العقد من أقوى ضوابط الإسنادِ الجامدِ حيث يوفّر العلم المُسبق للأطرافِ بالقانون الذي سيحكم الرابطة العقدية في حالة السكوت.

بالرجوع للمادة (20) من قانون المدني الأردني اعتمد المشرّع الإسناد الجامد للرابطةِ العقديةِ في حاله سكوتِ الأطرافِ عن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، حيث نظّم ضوابط إسنادٍ جامدةٍ توفّر العِلم المُسبق لدى أطراف العقد بالقانون الواجب تطبيقه في حاله السكوت، ويعود إسنادُ العقد في هذه الحالة إلى قانون الموطن المشترك للأطراف ولقانون بلدِ الإبرام كونها هذه الضوابط تمثل مركز ثِقل الرابطة العقدية وهي الأكثر صِلة للرابطةِ العقديةِ.

أما في حالةِ عدم قدره القاضي الكشف عن الإرادة الضِمنية وذلك مِن خِلال استنادهِ إلى المادة رقم (25) من القانون الأردني " تتبع مبادئ القانون الدولي الخاص فيما لم يَرد في شأنهِ نصّ في

(2) حافظ السيد، السيد عبدالمنعم (2010). عقد التأجير التمويلي الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية مصر، ص185.

(8) صادق، هشام، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص560.

المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين" مِن خِلال البحث عن قرائن الإرادة الضِمنية والاستناد إلى ضوابط مرنةٍ كالأداءِ المميز أو القواعد الدولية الخاصة، يمكن أن يسندَ العقد إلى ضوابط إسناد جامدة في حال اتحدا أطراف العقد موطناً، أو قانون بلد إبرام العقد، إلا أنّه كان من الأولى على أن يتم تنظيم الإرادة الضِمنية ضِمن قاعدة الإسنادِ الناظمةِ للالتزاماتِ التعاقديةِ كما نظّمها المشرّع.

وعليه؛ ليس هناك ما يمنعُ من تطبيق قواعد إسنادٍ جامدةٍ في حال تعذّر الكشفِ عن إرادة المتعاقدين الضِمنية، إلا أنّ الإسناد مِن خِلال ضوابط جامدةٍ في ظلّ وجود إرادة ضِمنيةٍ لا يؤدّي إلى نتائج مُرضية لأطراف التعاقد، وقد تُخِلّ بالأمان القانوني لهم، ولا تعبّر عن الإرادةِ الحقيقيةِ التي ينطوي العقد عليها.

الفصل الخامس
الخاتمة والنتائج والتوصيات

بعد أن تناولنا موضوع ضوابط الإرادة الضِمنية في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، مِن خِلال البحث بقواعد الإسناد الناظمة للالتزامات التعاقدية بشكلٍ عامٍ ومدى كفايتها من تنظيم الإرادة الضِمنية بشكلٍ خاص، وما استقرت عليه التشريعات الوطنية واتجاه فقه القانون الدولي الخاص، توصّلت الدراسة إلى عِدّة نتائج وتوصيات.

أولاً: النتائج

1. الإرادة الضِمنية هي طريقة من طرق التعبير عن إرادة المتعاقدين حول اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم الدولي، حيث يُعبّر عن هذا الاختيار بطريقة غير مباشرة ويتم استنباطه مِن خِلال ظروف التعاقد أو التصرفات التي يقوم بها الأطراف، إلا أنّ هذه التصرفات أو الظروف لا تعتبرُ بحدّ ذاتها تعبيرًا مباشرًا عن اختيار القانون الواجب تطبيقه على علاقتهم العقدية، إنما يتم الاستهداءُ بها للكشفِ عن إرادة المتعاقدين الحقيقية.
2. أخذ المشرّع الأردني بالجمع ما بين النظرية الشخصية مِن خِلال منح أطرافِ التعاقدِ كامل الحرية باختيار القانون الواجب التطبيق على العقدِ الدولي دون وضع أيّ قيودٍ على القانون المختار بأن يكون له صِلة بالعقد، وما بين النظرية الموضوعية بمنح هذه الإرادة الحرية بموجب القانون وتحت سلطانهِ دون الخروج عن الأحكام الآمرة.
3. تعدّ دولية العقد، أي ارتباط العقد بنظام قانوني أو أكثر، شرطاً لإعمالِ قاعدة من قواعد التنازع وهي قانون الإرادة، وبموجبها يتم منح أطرافُ التعاقد الحرية باختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي.

4. في حال غياب الاختيار الصريح لقانون العقد الدولي، يبحثُ القاضي عن الإرادةِ الضِمنيةِ لأطرافِ التعاقد مِن خِلال التصدّي لقرائن يستعينُ بها للوصول إلى القانون الذي اتجهت إرادة المتعاقدين الضِمنية لاختياره، إذا لم تكن هذه القرائن كافية يمكن للقاضي أن يستند إلى ضوابط إسنادٍ تكميليةٍ للوصول إلى الإرادة الضِمنيةِ بشكلٍ مؤكدٍ.
5. إنّ قواعد الإسناد الجامدة كالجنسيةِ المشتركةِ وقانون بلدِ التنفيذ تؤدّي إلى تطبيق قانون لا يمثل مركز ثِقل الرابطة العقدية، ممّا يوصلنا إلى نتيجة مفادُها عدم فاعلية الإسناد المُسبق للرابطة العقدية.
6. يراعي الإسناد عن طريق الأداء المميز الطبيعة المختلفة للعقود، حيث يضمنُ للمتعاقدين تطبيق قانونٍ يمثل مركز ثِقل الرابطة العقدية، ممّا يحقق الأمان القانوني الذي ينشدوه.

ثانياً: التوصيات

1. توصي الدراسة بتبنّي مِعيار الأداء المُميز كضابط إسنادٍ مرنٍ للكشفِ والبحث عن القانون الأوثق صِلة بالعقد، في حال غياب الاختيار الصريح أو تعذّر الوصول إلى الإرادة الضِمنية عِوضاً عن عملية الإسناد الجامد.

2. توصي الدراسة بتعديل نصّ المادة (20) من القانون المدني الأردني لسنة 1976 المنظمة للالتزامات التعاقدية، ليشمل البحث عن الإرادة الضِمنية مِن خِلال ظروف التعاقد، لتصبحَ الفقرة الأولى من المادة (20) كالاتي " يسري على الالتزامات التعاقدية، قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنًا، فإن اختلفا موطنًا سَرى قانون الدولة التي تمّ فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبيّن من الظروف أنّ قانونًا آخر هو الذي يُراد تطبيقه ".

قائمة المراجع

أولاً: الكتب

إبراهيم، أحمد إبراهيم (1992). القانون الدولي الخاص تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر.

بني يونس، جميل محمد (2012). مفهوم الإرادة ودورها في القانون الخاص، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع.

حافظ السيد، السيد عبدالمنعم (2010). عقد التأجير التمويلي الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية.

خليل، خالد عبدالفتاح (2002). حماية المُستهلك في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهر

خليل، خالد عبدالفتاح (2016). تعاظم دور الإرادة في القانون الدولي الخاص (دراسة مقارنة)، الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة.

داوس، امين (2001). تنازع القوانين في فلسطين، عمان: دار الشروق للنشر والتوزيع.

داوودي، غالب علي (2019). القانون الدولي الخاص–تنازع القوانين، ط2، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع.

الساعدي، جليل (2020). العنصر النفسي في العقد–دراسة مقارنة، (رسالة ماجستير غير منشورة)، جامعة بغداد للدراسات العليا، بغداد، العراق.

سلامة، أحمد عبدالكريم (2008). الأصول في التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية، القاهرة.

سلامة، أحمد عبدالكريم (2008). قانون العقد الدولي مفاوضات العقود الدولية قانون الإرادة وازمته، القاهرة: دار النهضة العربية.

سلامة، أحمد عبدالكريم (2018). العقد الدولي الطليق: بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية –دراسة تأصيلية انتقادية، ط2، القاهرة: دار النهضة العربية، القاهرة.

السنهوري، عبدالرزاق (1952). الوسيط في شرح القانون المدني، ط1، القاهرة: دار النشر للجامعات المصرية.

السنهوري، عبدالرزاق أحمد (1998). نظرية العقد، ط2، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية.

السنهوري، عبدالرزاق (1998). شرح القانون المدني الجديد – مصادر الالتزام، ج1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان.

الشافعي، تامر داود (2021). دور الإرادة في تحديد الاختصاص التشريعي في العقد الدولي، ط1، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر.

شبي، كريم مزعل وآخرون (2018). مباحث في القانون الدولي الخاص تنازع القوانين ،منشورات زين الحقوقية، بيروت ،لبنان، ط1

صادق، هشام (2001). القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، ط2، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر.

صادق، هشام (2003). دروس في تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر.

صادق، هشام (1997). الموجز في القانون الدولي الخاص، الفنية للطباعة والنشر، الإسكندرية، مصر.

صادق، هشام (1974). تنازع القوانين دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر.

الصانوري، مهند أحمد (2001). دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن.

الضرير، الصديق محمد الأمين (1995). الغرر وأثره في العقود والفقه الإسلامي، مجموعة دلة البركة، جدة.

عبدالعال، عكاشة محمد (2012). القانون التجاري الدولي العمليات المصرفية الدولية، دار الجامعة الجديد، الإسكندرية، مصر.

عبدالله، عز الدين (1986). القانون الدولي الخاص– في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي، ط9، ج2، الهيئة المصرية العامة للكتب.

العبودي، عباس (2014). تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الاحكم الأجنبية، دار السنهوري، بغداد، العراق.

العبودي، نورس عباس (2016). الأداء المميز وأثره على عملية الإسناد، دار السنهوري، بيروت.

عشوش، أحمد عبدالحميد (1990). قانون العقد بين الثبات واليقين واعتبارات العدالة، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، مصر.

عمر، أحمد مختار (2008). معجم اللغة العربية المعاصرة، م1، ط1، عالم الكتب، القاهرة.

الفار، عبدالقادر (2018). مصادر الالتزام، دار الثقافة، عمان، الأردن.

الفضل، منذر (1992). النظرية العامة للالتزامات – مصادر الالتزام، دار الثقافة، عمان، الأردن.

الفيومي، أحمد بن محمد بن علي (2008). المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، ج3، ط2، مكتبة الايمان، المنصورة، مصر.

مرقص، سليمان (1956). نظرية العقد، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، مصر.

منصور، أمجد محمد (2011). النظرية العامة للالتزامات– مصادر الالتزام، دار الثقافة، عمان، الأردن.

منصور، محمد حسين (د.ت). العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر.

المواجدة، مراد محمود (2010). التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط1، عمان، الأردن.

الهداوي، حسن (1993). تنازع القوانين وأحكامه في القانون الدولي الخاص الأردني، ط1، دار مجدلاوي، عمان، الأردن.

ياقوت، محمود محمد (2004). الروابط العقدية بين النظرية الشخصية والموضوعية، دار الفكر العربي، الإسكندرية، مصر.

ياقوت، محمود محمد (2004). حُرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر.

ثانياً: الأطاريح والرسائل الجامعية

الأنباري، أحمد حميد (2017). سكوت الإرادة عن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي – دراسة مقارنة، (رسالة ماجستير غير منشورة)، جامعة الشرق الأوسط، كلية القانون، عمان، الأردن.

بوخالفة، عبدالكريم (2015)، نِطاق تطبيق قانون الإرادة في عقود التجارة الدولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، الجزائر.

حرب، رند سامر سليمان (2012). القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي في فلسطين، (رسالة ماجستير غير منشورة)، الجامعة العربية الامريكية للدراسات العليا، جنين، فلسطين.

حسن، محمد جلال ورحيم، بختيار صديق (2000). القانون الواجب التطبيق على منازعة التحكيم الالكتروني – دراسة مقارنة، بغداد: دار احياء التراث العربي.

فرج، طرح البحور (2000). تدويل العقد– دراسة تحليلية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر.

المجاهد، طارق عبدالله عيسى (2001). تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية، (أطروحة دكتوراه)، جامعة بغداد.

ثالثاً: الأبحاث والمجلات العلمية

الضمور، عبدالله ،القانون الواجب التطبيق على عقد العمل الدولي، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، ع 30.

العبودي، عباس ويوسف، كاظم حمادي (2019). النظرية العامة للإرادة الضِمنية–دراسة مقارنة، مجلة العلوم القانونية، كلية القانون في جامعة بغداد، ع 5.

الفضل، عبدالسلام علي والعتوم، نعيم علي (2019). منهج الأداء المميز في تحديد القانون الدولي، مجلة علوم الشريعة والقانون، م46، ع1، م1.

القرالة، حمد ياسين (2017). التعبير الضِمني عن الإرادة دراسة مقارنة، مجلة علوم الشريعة والقانون، ع 44.

ياقوت، محمود محمد (2000). معايير دولية العقد، مجلة روح القوانين.

رابعاً: القرارات القضائية

الحكم رقم (1051) لسنة 2013الصادر عن المحاكم الاقتصادية المصرية تاريخ 31/3/2014.

الطعن رقم 383 لسنة 39 ق جلسة بتاريخ 30/4/1975، مكتب فني 26 رقم الجزاء 1، ص 873.

قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم (4674) لسنة 2023 (هيئة خماسية) تاريخ 2020/08/27-2023.

قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم (4722) لسنة 2021 (هيئة ثلاثية) تاريخ 17/10/2021.

قرار محكمة التمييز بصفتها الحقوقية رقم (1382) لسنة 2021 (هيئة خماسية) تاريخ 2021/04/26.

قرار محكمة التمييز بصفتها الحقوقية رقم (3174) لسنة (2022 هيئة ثمانية) تاريخ 19/10/2022.

خامساً: القوانين والاتفاقيات الدولية

اتفاقية لاهاي لسنة 1955 في شان القانون الواجب التطبيق على البيع الدولية للمنقولات المادية.

اتفاقية لاهاي لسنة 1978 في شان القانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية.

الدستور الأردني لسنة 1952.

قانون التحكيم الأردني رقم (31) لسنة 2001.

قانون التحكيم المصري لسنة 1994.

قانون العمل الأردني رقم (8) لسنة 1996.

القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976.

القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948.

قانون حماية المُستهلك الأردني رقم (7) لسنة 2017.

معاهدة روما لسنة 1980 المعدلة بموجب للائحة التنفيذية رقم 593/2008 للبرلمان الأوروبي والمجلس المؤرخ 17 يونيو 2008 بشأن القانون المنطبق على الالتزامات التعاقدية.

سادساً: المواقع الإلكترونية

http://www.islamweb.net.

http://www.qistas.com.

http;//www.eastlaws.com.

https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/842_16_32