

January 2013

Validity of Contract Law Applicable to Unilateral Acts within a Conflict of Laws.

firas kasassbeh

Associate professor of civil law- College of Law - UAEU, kasassbeh@uaeu.ac.ae

Follow this and additional works at: https://scholarworks.uaeu.ac.ae/sharia_and_law



Part of the [Conflict of Laws Commons](#)

Recommended Citation

kasassbeh, firas (2013) "Validity of Contract Law Applicable to Unilateral Acts within a Conflict of Laws.," *Journal Sharia and Law*: Vol. 2013 : No. 53 , Article 5.

Available at: https://scholarworks.uaeu.ac.ae/sharia_and_law/vol2013/iss53/5

This Article is brought to you for free and open access by Scholarworks@UAEU. It has been accepted for inclusion in Journal Sharia and Law by an authorized editor of Scholarworks@UAEU. For more information, please contact sljournal@uaeu.ac.ae.

Validity of Contract Law Applicable to Unilateral Acts within a Conflict of Laws.

Cover Page Footnote

Dr. Firas Yousef Al-Kasasba Assistant Professor of Civil Law Faculty of Law, Al-Yarmouk University
kasassbeh@uaeu.ac.ae

د. فراس يوسف الكساسبة (*)

صلاحية قانون العقد للتطبيق على التصرفات الانفرادية عند تنازع القوانين*

ملخص البحث

لم تحظ مسألة القانون واجب التطبيق على التصرفات الانفرادية المتضمنة لعنصر أجنبي بالاهتمام من قبل صانعي القانون وشراحه. ورغم أن القانون الأردني قد جعل من الإرادة المنفردة مصدراً عاماً من مصادر الحقوق فإنه هو الآخر قد سار على ذات النهج، تاركاً هذه المسألة دون نص صريح يعالجها، فكان لا بد من إخضاعها لما تخضع له العقود بهذا الخصوص وذلك استناداً للقواعد العامة التي تقضي بخضوع التصرفات الانفرادية لما تخضع له العقود باستثناء اشتراط وجود إرادتين.

وقد بحثت هذه الدراسة في مدى صلاحية تطبيق قانون العقد على التصرفات الانفرادية عند تنازع القوانين مكانياً، وذلك من جهتين: إمكانية تطبيق ضوابط الإسناد الخاصة بالعقود على التصرفات الانفرادية ومدى ملاءمة القوانين المختصة وفقاً لها لحكم هذه التصرفات.

(*) أستاذ القانون المدني المساعد، كلية القانون - جامعة اليرموك.
* أجاز للنشر بتاريخ ٢٣/١٠/٢٠١١.

المقدمة

تعتبر التصرفات الانفرادية من مصادر الالتزام، غير أن موقعها بين هذه المصادر يختلف من نظام قانوني لآخر. ففي حين لا تعرف بعض القوانين التصرفات الانفرادية كمصدر من مصادر الالتزام، أو تكتفي بالأخذ ببعض صورها، كالوعد بجائزة، دون أن تجعلها مصدراً عاماً للالتزام، اهتم القانون الأردني بالإرادة المنفردة جاعلاً إياها مصدراً عاماً من مصادر الالتزام، ومفرداً المواد من ٢٥٠ إلى ٢٥٣ من القانون المدني الأردني (القانون المدني فيما بعد) لتنظيم القواعد العامة فيها، بينما خصص المادتين ٢٥٤ و ٢٥٥ من ذات القانون لمعالجة أهم صورها وهو الوعد.

وتأتي التصرفات الانفرادية في القانون الأردني في المقام الأول بين مصادر الالتزام، لأن الأصل في التصرفات في الفقه الإسلامي، الذي استند إليه القانون الأردني، ليس العقد بل الإرادة المنفردة باعتبار أن التصرفات تتم وفقاً له بإيجاب فقط، إذا كان من شأنها أن ترتب التزاماً في جانب الطرف الملتزم الذي صدر عنه الإيجاب فقط، فكان "العقد نفسه، وهو إيجاب وقبول، يقوم التزام كل طرف فيه على إرادته دون اعتبار لإرادة الطرف الآخر"^(١).

(١) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني، ج ١، ص ٢٦١، وانظر أيضاً عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج ١، ٤٤ (١٩٩٨). والحقيقة أن هذه هي وجهة نظر المدرسة الألمانية التي تعتد بالإرادة المنفردة كمصدر من مصادر الالتزام. فبرغم أن القانون الألماني لم يأخذ بالإرادة المنفردة كمصدر عام من مصادر الالتزام بل كمصدر خاص في حالات معينة على سبيل الحصر، شأنه في ذلك شأن الكثير من القوانين العربية مثل القوانين: المصري والعراقي =

[د. فراس يوسف الكساسبة]

ويلاحظ على القواعد الخاصة بتنازع القوانين في غير قانون، ومنها القانون الأردني، تجاهلها للقانون واجب التطبيق على الإرادة المنفردة؛ حيث لم تخصها بحكم يبين القانون الواجب التطبيق عليها، في حين خصت بعض صورها بأحكام تبين ذلك. وفي هذه الدراسة سنحاول بيان القانون واجب التطبيق على الإرادة المنفردة، وما يثيره ذلك القانون من إشكالات عند التطبيق تتعلق بإمكانية تطبيق ذلك القانون ومدى ملاءمته لحكم الإرادة المنفردة، وهو ما أشير إليه في عنوان البحث بصلاحيته التطبيق.

أهمية البحث:

تكتسب قواعد تنازع القوانين أهمية خاصة بزيادة التبادل في العلاقات عبر الدول. وفي وقتنا الحاضر، تبرز أهمية دراسة القانون واجب التطبيق على الإرادة المنفردة بازدياد واتساع صور التصرفات الانفرادية، وساهمت في ذلك وسائل الاتصال الحديثة مثل الفضائيات التي كثيرا ما تبث برامج ومسابقات تتضمن وعودا بجوائز تصل إلى أشخاص ينتمون إلى بلدان مختلفة، كما يصدر عن الكثير من الجامعات ومراكز البحث ودور النشر والمجلات إعلانات عن جوائز للأبحاث والمنشورات قد تصل إلى أشخاص لا يقيمون في البلد الذي تنتمي له الجهة المعلنة عن الجائزة أو لا يحملون جنسيته.

=والكويتي واللبناني، فإن هنالك نظرية مشهورة في المدرسة الألمانية تذهب إلى أن العقد ليس مصدرا مستقلا من مصادر الالتزام، بل هو اجتماع لإرادتين منفردتين يلتزم فيه المدين بمقتضى إرادته المنفردة، انظر سمير تناغو، مصادر الالتزام، ٢٠٤ وما بعدها (٢٠٠٩)، منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات، ج١، ٣٢٩، ٣٣٠ (١٩٩٥)، وانظر السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج١، المجلد الثاني، ١٤٤٤ وما بعدها (٢٠٠٠).

[صلاحية قانون العقد للتطبيق على التصرفات الانفرادية عند تنازع القوانين]

وأهمية هذه الدراسة تتبع من هذا كله ومن الإشكاليات التي يثيرها تطبيق المادة ١/٢٠ من القانون المدني على التصرفات الانفرادية كما هي مبينة تالياً. وعلاوة على ذلك، تتميز هذه الدراسة بتفردتها في معالجة القانون واجب التطبيق على الإرادة المنفردة مع ما يطرحه ذلك من تساؤلات؛ إذ غالباً ما يتجاهل شراح القانون الدولي الخاص ممن قرأنا لهم هذا الموضوع، وفي أحسن الأحوال ذكر بعضهم^(٢) التصرفات الانفرادية إلى جانب العقود كمنشأاً للالتزامات الإرادية ثم لم يذكرها بعد ذلك ناهيك عن معالجتها بشكل مستقل، ففهم من ذلك أن ما يسري على العقود يسري عليها .

إشكالية البحث:

أحال المشرع الأردني بشأن أحكام التصرفات الانفرادية إلى الأحكام الخاصة بالعقود إلا ما يتعلق منها بوجوب توافر إرادتين؛ حيث أوجبت المادة ٢٥١ من القانون المدني أن "تسري على التصرف الانفرادي الأحكام الخاصة بالعقود، إلا ما تعلق منها بضرورة وجود إرادتين متطابقتين لنشوء العقد، ما لم ينص القانون على غير ذلك". وإن مما يقتضيه هذا الحكم أن تخضع التصرفات الانفرادية ذات الطابع الدولي (المتضمنة لعنصر أجنبي) لذات القانون الذي يحكم العقود. وعند البحث في القانون واجب التطبيق على العقود من ناحية الموضوع نجد أن قاعدة التنازع المنصوص عليها في المادة ٢٠ من القانون المدني قد قضت بأنه: "١- يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحداً موطناً فإن اختلفا سري قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق

(٢) حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، ١٤٥ (٢٠٠٥).

[د. فراس يوسف الكساسبة]

المتعاقدان على غير ذلك. ٢- على أن قانون موقع العقار هو الذي يسري على العقود التي أبرمت في شأن هذا العقار". وبتطبيق مضمون المادة ١/٢٠ سالفه الذكر على الإرادة المنفردة يتضح أن القانون الذي يحكمها ليس واحداً، بل هو مختلف وفق ضابط متدرج لا على سبيل التخيير. فالقاضي عند تعرضه لتصرف انفرادي متضمن لعنصر أجنبي عليه أن يطبق القانون المختار، فإن لم يوجد وجب عليه الرجوع إلى قانون الموطن المشترك، فإن لم يوجد رجع إلى قانون مكان إبرام التصرف، ما لم يكن التصرف وارداً على عقار فعندئذ يجب تطبيق قانون مكان وجود العقار.

ومن الإحالة الواردة في المادة ٢٥١ ومن مضمون المادة ١/٢٠ تتبع إشكالية هذا البحث، فعند تطبيق مضمون المادة ١/٢٠ على التصرفات الانفرادية تثور أسئلة أهمها: كيف يمكن تطبيق الضوابط المتدرجة للوصول إلى القانون واجب التطبيق؟ فبخصوص الضابط الأول وهو ضابط الإرادة يتبادر إلى الذهن السؤال الآتي: عن أي إرادة نتحدث؟ فإذا كانت الإرادة المقصودة في العقود هي إرادة طرفي التصرف فهل يمكن تطبيق هذا الضابط على التصرفات الانفرادية في ضوء وجود إرادة واحدة لا ثاني لها على خلاف العقود. وذات السؤال يتكرر بصدد الضابط الثاني، إذ كيف يكون هناك موطن مشترك رغم عدم وجود طرف آخر في التصرف، أو أن للمسألة تصوراً مختلفاً في حالة الإرادة المنفردة؟ أما بالنسبة للضابط الثالث فإن السؤال المبدئي هو: هل يتصور الحاجة إلى هذا الضابط من حيث الأساس؟ بمعنى، لو أولنا الموطن في حالة الإرادة المنفردة على أنه موطن من صدر عنه التصرف -والحقيقة أن هذا هو التأويل المتاح- فهل تتصور إمكانية

[صلاحية قانون العقد للتطبيق على التصرفات الانفرادية عند تنازع القوانين]

الانتقال إلى ضابط مكان الإبرام في ضوء أن الموطن في هذه الحالة متحقق دائماً لكون لكل شخص مكان يتوطن فيه إلا في النادر من الحالات. أما السؤال الثاني فيتعلق بكيفية تطبيق ضابط مكان الإبرام على التصرف الانفرادي، فقد أشارت المادة ١/٢٠ إلى قانون الدولة التي تم فيها العقد كضابط ثالث يلجأ إليه عند البحث في القانون واجب التطبيق على العقد، ومن المعلوم أن مكان تمام العقد هو المكان الذي تتلاقى فيه الإرادتان باعتبار أن العقد وليد إرادتين، ومن ثم فإنه لا يمكن أن يكون المكان الذي صدر فيه الإيجاب، بل هو المكان الذي تلاقى فيه الإيجاب والقبول. وهنا نتساءل: كيف يمكن أن نطبق ضابط مكان تمام العقد على الإرادة المنفردة في ضوء اختلاف مفهوم تمام التصرف في حالة الإرادة المنفردة عنه في حال العقد كما مضت الإشارة؟

كل ما تقدم يشير إلى مشكلة يمكن أن نلخصها في السؤال الآتي: هل من الممكن تطبيق قاعدة الإسناد المودع حكمها المادة ١/٢٠ من القانون المدني على الإرادة المنفردة؟

والمشكلة لا تقف عند هذا الحد، فعلى فرض أننا توصلنا إلى إمكانية تطبيق ما جاء في المادة ١/٢٠ على الإرادة المنفردة بعد تفسيرها تفسيراً يوافق طبيعة الإرادة المنفردة التي تقوم على إرادة واحدة، فهل ما جاء في تلك المادة ملائم للتطبيق على الإرادة المنفردة؟ فإذا كان المشرع يختار للعلاقة الضابط الأكثر ملاءمة لها، فهل تعتبر الضوابط الواردة في تلك المادة على الترتيب التي هي عليه الأكثر ملاءمة لحكم الإرادة المنفردة؟ فإذا كانت الإجابة عن هذا السؤال بالنفي فما هي الضوابط المناسبة للتطبيق على الإرادة المنفردة وكيف يكون ترتيبها (في حال التعدد)؟

نطاق البحث:

تبحث هذه الدراسة في صلاحية قاعدة التنازع الواردة في المادة ١/٢٠ من القانون المدني الأردني للتطبيق على الإرادة المنفردة، وهي تنصب على القواعد العامة في الإرادة المنفردة إضافة إلى صورتها الأهم، أي الوعد، وهي التي لم يكتب لها أن تحظى بتنظيم في قواعد تنازع القوانين؛ لذلك؛ فإن بعض صور الإرادة المنفردة تخرج عن نطاق هذه الدراسة لكون القانون الذي يحكمها معين إما بنص صريح في القانون كما في حالتي الوصية والطلاق، أو وفقا لمبادئ القانون الدولي الخاص كما في حالة تحرير الأوراق التجارية. فالوصية^(٣) تخضع بنص القانون لقانون الموصي وقت موته من حيث الموضوع، ووقت الإيصاء أو لقانون البلد الذي تمت فيه من حيث الشكل^(٤)، أما الطلاق فيخضع لقانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت الطلاق^(٥). وأما تحرير الأوراق التجارية فقد تركه المشرع دون قانون يحكمه وهو يخضع للسائد من مبادئ القانون الدولي الخاص، مع ملاحظة أن الفقه قد اختلف حول القانون الذي يخضع له^(٦)؛ ذلك أنه وإن كانت القواعد الخاصة

(٣) مع ملاحظة أن فقهاء المسلمين يعتبرون الوصية عقداً، انظر، مصطفى السباعي، الأحوال الشخصية في الأهلية والوصية والتركات، ١٩١ (١٩٧٨). ولعل هذا مرده إلى اعتبارهم الوصية قائمة على ركنين هما: الإيجاب من الموصي والقبول من الموصى له بعد وفاة الموصي، أما القانون فيعدها إرادة منفردة قائمة على إيجاب الموصي، وما القبول إلا شرط للزومها وثبوت ملكية الموصى به، انظر، بدران أبو العينين بدران، المواريث والوصية والهبّة في الشريعة الإسلامية والقانون، ١٣٠ (١٩٩٠).

(٤) انظر المادة ١٨ من القانون المدني.

(٥) انظر المادة ٢/١٤ من القانون المدني.

(٦) هذا بالنسبة لآثار الالتزام الصرفي الذي هو مدار البحث؛ حيث اختلف في القانون الذي تخضع له بين اتجاه يرى خضوعها لقانون واحد، هو محل الوفاء بالنسبة للبعض من أنصار هذا الاتجاه، وقانون محل إنشاء الورقة بالنسبة للبعض الآخر منهم، واتجاه ثان يرى وجوب خضوع كل التزام مصدره الورقة التجارية للضابط المتدرج المعين بموجب المادة ١/٢٠ من القانون المدني، أي =

[صلاحية قانون العقد للتطبيق على التصرفات الانفرادية عند تنازع القوانين]

بها، سواء أكانت قواعد إسناد أم قواعد موضوعية، قد جرى الاتفاق عليها في اتفاقيات جنيف ١٩٣٠م، التي أخذ الأردن بما جاء فيها دون أن ينظم إليها، إلا أن هذه الاتفاقية لم تغط جميع المسائل الخاصة بالأوراق التجارية^(٧).

ويخرج كذلك عن نطاق هذه الدراسة التصرفات الانفرادية التي تعد جزءاً من العقد كما هو الحال بالنسبة لإنهاء العقد في العقود غير اللازمة، كعقدي الوكالة والإعارة، والإيجاب الملزم للذين يعدان من التصرفات الانفرادية لكنهما مشمولان بحكم المادة ١/٢٠ من القانون المدني لكونهما جزءاً من عملية التعاقد^(٨). ونفس الشيء يقال عن الإبراء من الالتزامات العقدية وإجازة العقد الموقوف وقبول المنتفع لما اشترط لمصلحته والإشعار بإنهاء العقد في عقد العمل التي تعد من التصرفات الانفرادية؛ حيث تخضع جميعها للقانون الذي يحكم العقد لكونها جزءاً منه بغض النظر عن كونه بالنسبة لبعضها ليس هو ذاته المنصوص عليه في المادة ١/٢٠ سالف الذكر، كما هو الحال بالنسبة للإشعار في عقد العمل الذي يخضع كتصرف انفرادي لقانون مكان التنفيذ الذي يحكم عقد العمل.

= أن التزام الساحب يسري عليه القانون المختار، فإن لم يوجد فقانون الموطن المشترك، فإن لم يوجد فقانون مكان الإبرام، وهذا يسري على الالتزامات التي تنشأ عن كل عملية تظهير للورقة التجارية، أما بالنسبة لشكل الالتزام فقد أخضعت اتفاقية جنيف لسنة ١٩٣٠م لقانون محل الإبرام، في حين تخضع الأهلية لقانون بلد محرر الورقة التجارية (أو قانون البلد الذي صدر فيه الالتزام (مادة ٢/١٣٠ من قانون التجارة الأردني))، انظر تفصيل ذلك حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، ١٤٣، ١٤٤ (٢٠٠٥).

(٧) سعيد البستاني، القانون الدولي للإسناد التجارية، ٢٠، ٢١، ٢٢ و ٦٠ (٢٠٠٦).

(٨) فؤاد رياض وآخرون، تنازع القوانين من حيث المكان وأحكام فضه في القانون اليمني، ٣٦٥-٣٦٧ (١٩٨٩)، سامي منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، ٥٥٤، ٥٦٨ (١٩٩٤).

[د. فراس يوسف الكساسبة]

ومن المسائل الأخرى التي لا تغطيها هذه الدراسة لعدم وجود فراغ أو إشكالية في تنظيمها أهلية من صدر عنه التصرف الانفرادي، التي تخضع لقانون البلد الذي ينتمي إليه بجنسيته وفقاً للمادة ١/١٢ من القانون المدني، وحالة جمعيات وشركات الشخص الواحد والوقف^(٩) التي تخضع وفق المادة ٢/١٢ لقانون مركز الإدارة الرئيسي الفعلي، ما لم تكن قد باشرت نشاطها الرئيسي في الأردن فيطبق عندئذ القانون الأردني، وشكل التصرف الانفرادي الذي يخضع لحكم المادة ٢١ من القانون المدني التي تخضع العقود في شكلها لضابط متعدد على سبيل التخيير مكون من المكان الذي تم فيه التصرف، والقانون الذي يخضع له التصرف من حيث الموضوع وقانون موطن المتعاقدين وقانونهما الوطني المشترك، فحتى لو أثار تطبيق هذه الضوابط على الشكل ما أثاره تطبيق قانون العقد على التصرف الانفرادي من حيث الموضوع؛ فإن تطبيقها على سبيل التخيير ووجود ضابط المكان الذي تم فيه التصرف بينها يحسم المسألة كونه ضابطاً سهلاً للتطبيق على التصرف الانفرادي، مما ينفي وجود إشكالية بشأن القانون واجب التطبيق على شكل التصرف الانفرادي.

وبناء على ما تقدم فإن البحث سيقسم على النحو الآتي:

المبحث الأول: صلاحية قاعدة الإسناد الخاصة بالعقود للانطباق على الإرادة المنفردة.

(٩) يعتبر إنشاء الجمعيات والشركات المكونة من شخص واحد، والوقف من التصرفات الانفرادية. وفي الأردن، أجازت المادة ٨/ب من قانون الجمعيات والهيئات الاجتماعية رقم ٥١ لسنة ٢٠٠٨م إنشاء جمعية من شخص واحد، كما أجازت المادة ٥٣/ب من قانون الشركات رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٧م تسجيل شركة ذات مسؤولية محدودة من شخص واحد.

[صلاحية قانون العقد للتطبيق على التصرفات الانفرادية عند تنازع القوانين]

المطلب الأول: ضابط الإرادة.

المطلب الثاني: الضابطان المكانيان (الموطن المشترك ومكان الإبرام).

المبحث الثاني: تطوير قانون العقد ليحكم الإرادة المنفردة.

المطلب الأول: المفاضلة بين قانون الموطن المشترك وقانون مكان الإبرام.

المطلب الثاني: توظيف ضوابط أخرى للوصول إلى قانون أكثر ملاءمة لحكم

الإرادة المنفردة.

المبحث الأول

صلاحية قاعدة الإسناد الخاصة

بالعقود للانطباق على الإرادة المنفردة

سنتولى في هذا المبحث بيان إمكانية تطبيق قاعدة الإسناد الخاصة بالعقود على التصرفات الناشئة عن إرادة منفردة، وفي الوقت ذاته تقدير ملاءمة هذه القاعدة للتطبيق على تلك التصرفات. وحيث إن قاعدة الإسناد الخاصة بالعقود قد أخذت بثلاثة ضوابط مرتبة على سبيل التتابع وهي: الإرادة ثم الموطن المشترك ثم مكان الإبرام فسيتم بحث هذا الموضوع في مطلبين، نخصص الأول منهما للحديث حول صلاحية تطبيق ضابط الإرادة على التصرفات الانفرادية، بينما نعالج في الثاني صلاحية الضابطين المكانيين المتمثلين في الموطن المشترك ومكان الإبرام لحكم تلك التصرفات.

المطلب الأول ضابط الإرادة

لقد أصبح مستقرا أن القانون المختص في حكم العقود هو القانون الذي تشير إليه إرادة طرفي العقد^(١٠)، وهذا ما قضت به المادة ١/٢٠ من القانون المدني المذكورة سالفاً، حيث جعلت القانون المختار من قبل طرفي العقد الضابط الأول الذي يركن إليه في تعيين القانون المختص في حكم العقد الدولي.

ويؤدي إخضاع العقد الدولي للقانون المختار إلى احترام إرادة المتعاقدين إضافة إلى كونه قانوناً واضحاً يلبي توقعاتهما فيما ستؤول إليه نتيجة النزاع فيما لو حصل، مما يبعث فيهم الثقة والحافز لإجراء التصرفات العابرة للدول دون خوف من مفاجآت القانون واجب التطبيق على النزاع^(١١).

والمقصود بالعقد الدولي هو ذلك العقد الذي يحقق مصلحة التجارة الدولية، أو يتضمن عمليات تتجاوز النطاق الاقتصادي الداخلي، أو ينجم عنه انتقال للبضائع والخدمات ورؤوس الأموال بين الدول، وهذا حسب المعيار الاقتصادي الذي يرتبط بوظيفة العقد وغايته، أما وفق المعيار القانوني فهو الذي يتضمن عنصراً أجنبياً

(١٠) فؤاد رياض وآخرون، تنازع القوانين من حيث المكان وأحكام فضه في القانون اليمني، ٣٤٥-٣٤٧ (١٩٨٩). وقد ترسخ هذا المبدأ في القانون الأوروبي واعترف به من قبل معهد القانون الدولي كأحد مبادئ القانون الدولي الخاص، انظر،

A Flessner, H Verhagen, Assignment in European Private International Law 21 (2006).

(11) A Flessner, H Verhagen, Assignment in European Private International Law 21 (2006), F Ferrari, S Leible (Eds), Rome I Regulation, the Law applicable to Contractual Obligations in Europe. 54 (2009).

[صلاحية قانون العقد للتطبيق على التصرفات الانفرادية عند تنازع القوانين]

يتمثل في جنسية احد أطرافه أو موطنه أو مكان إبرام العقد أو تنفيذه.^(١٢)

ويكون العقد دولياً، أيضاً، إذا تم اختيار القانون في ضوء احتياجات التجارة الدولية؛ إذ يلحظ أن كثيراً من المعاملات الدولية صارت تخضع لعقود نموذجية لتجارة معينة، ومن ذلك مثلاً العقود الواردة على الحبوب، فإذا أبرم العقد طبقاً لعقد نمذجي واختير القانون الذي يخضع له ذلك النموذج ليحكم العقد توافرت الصلة بين العقد والقانون المختار وكان العقد بذلك دولياً.^(١٣)

إن القول بخضوع التصرفات الانفرادية لما تخضع له العقود من حيث القانون واجب التطبيق يثير السؤال عن الحالة التي تتصف بها التصرفات الانفرادية بالصفة الدولية. فمما لا شك فيه أنه ليس كل ما ورد أعلاه بشأن دولية العقد والمعايير التي يستند إليها في تمييز العقد الدولي عن العقد الوطني يصلح لأن يطبق على التصرفات وليدة الإرادة المنفردة. فمن غير الممكن تطبيق المعيار الاقتصادي بجميع تفاصيله على الإرادة المنفردة؛ إذ يندر أن تكون هنالك تصرفات انفرادية تحقق مصلحة التجارة الدولية وتكون غايتها نقل رؤوس الأموال والبضائع والخدمات عبر الحدود^(١٤). ففي الغالب، تكون العقود وحدها وسيلة نقل رؤوس الأموال والبضائع والخدمات لا التصرفات الانفرادية، وإن كان مثل هذا النقل قد

(١٢) محمد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، ١٧٦-١٧٨ (٢٠٠٩).

(١٣) حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، ١٥٠ (٢٠٠٥)، هذا وقد اختلفت الآراء حول ماهية العقد الدولي، انظر تفصيل ذلك، طالب موسى، قانون التجارة الدولية، ٢٦ وما بعدها (٢٠٠٥)، محمد بلمعلم، مفهوم العقد الدولي في إطار الاتفاقيات الدولية،

<http://www.lawjo.net/vb/showthread.php/t=8396>

(١٤) ونرى أن تحرير الأوراق التجارية، وإن كان تصرفاً انفرادياً، ليس خروجاً عن هذه القاعدة، حتى وإن أدى ذلك إلى نقل رؤوس الأموال عبر الحدود لأن تحرير الأوراق التجارية ليس عملاً قائماً بذاته، بل يستهدف تغطية التزام منشؤه العقد.

[د. فراس يوسف الكساسبة]

يقع عملا عن طريق الإرادة المنفردة دون أن يستهدف من صدرت عنه هذه الإرادة تحقيق مصلحة التجارة الدولية. وهذا ينطبق أيضا على دولية العقد المستمدة من خضوع العقد لنموذج مستند لقانون بلد معين، والتي لا يتصور انطباقها على التصرفات الانفرادية.

أما دولية العقد المستندة إلى المعيار الاقتصادي من زاوية تجاوز العمليات التعاقدية للنطاق الوطني فيمكن أن تتحقق في الإرادة المنفردة كما في العقود. وكذلك الحال إذا استندت دولية العقد إلى المعيار القانوني؛ إذ يمكن أن يكون التصرف الانفرادي متضمنا لعنصر أجنبي سواء أكان ذلك العنصر جنسية من صدر عنه التصرف أم موطنه أم مكان صدور التصرف أم تنفيذه.

ويثير القول بإخضاع التصرفات الإرادية لما تخضع له العقود التساؤل عن الإرادة المقصودة في هذه الحالة. ففي العقود، فإن الإرادة المقصودة هي إرادة أطراف العقد، حيث إن اختيار القانون واجب التطبيق على العقد هو اتفاق يخضع لما تخضع له الاتفاقات سواء أتم في ذات العقد أم في اتفاق لاحق، فيطلب فيه الإيجاب والقبول المتطابقان الصادران عن إرادة حرة غير معيبة بعيب من عيوب الرضا. وإذا كان الأمر كذلك، فإن أحد طرفي العقد لا يمكنه أن يستقل باختيار القانون واجب التطبيق على العقد دون موافقة من الطرف الآخر، وهذا ما يحصن حقوق أطراف العقد من أن تمس جراء اختيار قانون مجحف بحقوق أحد الطرفين للانطباق على العقد، وربما يكون هو ما سمح بأن تفرّد العقود دون غيرها من العلاقات القانونية بضابط الإرادة، فهل هذا كله متصور بالنسبة للتصرفات الانفرادية؟ الحقيقة إن عدم وجود إرادة أخرى إلى جانب إرادة من صدر عنه

[صلاحية قانون العقد للتطبيق على التصرفات الانفرادية عند تنازع القوانين]

التصرف الانفرادي يحتم القول بأن الإرادة المقصودة هنا هي إرادة من صدر عنه التصرف وحدها. فالتصرفات الانفرادية كما تشير المادة ٢٥٠ من القانون المدني تتم بالإرادة المنفردة للمتصرف دون توقف على القبول. فالتصرف الانفرادي "تصرف قانوني يترتب التزاما في ذمة شخص بالإرادة المنفردة لهذا الشخص"^(١٥)، أو هو "عمل قانوني يتمثل بتعبير عن الإرادة يتم وينتج آثاره بإرادة صاحبه وحدها"^(١٦). وبهذا تختلف التصرفات الانفرادية عن العقود، حيث لا يوجد الالتزام في الأخيرة، إلا من الوقت الذي يقبل فيه الموجب إليه الإيجاب الموجه إليه من الموجب، أما في التصرف الانفرادي فإن الالتزام يوجد من الوقت الذي يفصح فيه المدين عن إرادته دون حاجة إلى صدور إرادة مقابلة من الدائن^(١٧)، ومن هذا الوقت لا يجوز لمن صدر عنه التصرف الرجوع فيه، وبهذا قضت المادة ٢٥٢ من القانون المدني التي جاء فيها: "إذا استوفى التصرف الانفرادي ركنه وشروطه فلا يجوز للمتصرف الرجوع فيه ما لم ينص القانون على غير ذلك"^(١٨).

ورغم أن المادة ٢٥٣ قد ربطت بعض التصرفات الانفرادية بإمكانية الرد أو حتى بوجوب القبول، وذلك بتمييزها بين ثلاثة أنواع من التصرفات الانفرادية كالآتي: "١- إذا كان التصرف الانفرادي تمليكاً فلا يثبت حكمه للمتصرف إليه إلا بقبوله. ٢- وإذا كان إسقاطاً فيه معنى التملك أو كان إبراء من دين فيثبت حكمه

(١٥) أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني، ٢٧٣ (٢٠١٠).

(١٦) عدنان السرحان، نوري خاطر، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية، ٣٢٩ (٢٠٠٨).

(١٧) أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني، ٢٧٤ (٢٠١٠).

(١٨) ومثل ذلك الوصية حيث يجوز للموصي الرجوع فيها إلى حين وفاته، انظر، إبراهيم الشديفات، أحكام الوصية وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية الأردنية، ١٦، ١٧ (٢٠٠٧)، الياس ناصيف، الوصية، ج ٢، الوصية للمسلمين وفي القانون الدولي الخاص، ١٧٠ وما بعدها (٢٠٠٧).

[د. فراس يوسف الكساسبة]

للمتصرف إليه، ولكن يرتد برده في المجلس. ٣- وإذا كان إسقاطا محضا فيثبت حكمه ولا يرتد بالرد؛ فإن ذلك لا يغير من حقيقة التصرف الانفرادي الذي يبقى تصرفا ناتجا عن إرادة منفردة، ولا ينقلب عقدا حتى لو توقفت الاستفادة منه على إرادة أخرى، أو القيام بإجراء لاحق كالقبول؛ لأن القبول قد صادف إرادة تامة فانتفع بها^(١٩). فإمكانية الرد في حالة الإرادة المنفردة ليست مفروضة لغايات إنشاء التصرف، بل لأنه لا يجوز أن يجبر أحد على أن يكسب حقا رغما عنه^(٢٠).

وبهذه المثابة، فإن القول بأن ما ينطبق على العقد ينطبق على التصرف الانفرادي يجعل الأخير خاضعا للقانون الذي يختاره من صدر عنه ذلك التصرف، وهذا قد يلحق ضررا بمن رتب لهم التصرف حقوقا.

وقد يقال بأن من وجه إليه التصرف الانفرادي قد يكون على علم بالقانون واجب التطبيق، فمثلا من يوجه إليهم إعلان عن جائزة قد يكونون على علم بالقانون واجب التطبيق؛ حيث إن اختيار القانون الذي سيحكم التصرف الانفرادي عند إعلان الجائزة من قبل من صدر عنه الإعلان يعد جزءا من ذلك الإعلان، فلا يجوز بعد ذلك لمن وجه إليه الإعلان وقام بالعمل المطلوب الاحتجاج بأن القانون المختار من قبل من صدر عنه الإعلان مجحف بحقوقه؛ لأنه كان يعلم بالقانون الذي سيطبق على هذا التصرف بحكم علمه بتفاصيل الإعلان، غير أنه يرد على ذلك بالآتي:

(١٩) عبد القادر الفار، مصادر الالتزام، ١٧١ (٢٠٠٦).

(٢٠) توفيق فرج، النظرية العامة للالتزام، ٣٤٧ (١٩٩٣).

[صلاحية قانون العقد للتطبيق على التصرفات الانفرادية عند تنازع القوانين]

أولاً: إن من قام بالعمل المطلوب يستحق الجائزة حتى وإن كان لا يعلم بالوعد بالجائزة من الأساس. والمقصود، إن الشخص قد لا يعلم بالوعد بالجائزة من الأصل، ومن باب أولى ألا يعلم بالقانون المختار من قبل من صدر عنه التصرف، ومع ذلك يترتب له حق في مواجهة من صدر عنه الإعلان، إذا قام بالعمل المطلوب قبل أن يعدل الواعد عن وعده، أو خلال فترة يعينها القانون من تاريخ العدول^(٢١). ومن هذه الزاوية؛ فإنه لا حجة لمن قد يقول بأن من قام بالعمل على علم بالقانون المختار للتطبيق على الوعد بالجائزة بحكم علمه بصدور الوعد عن الواعد.

ثانياً: قد لا يكون اختيار القانون من قبل من صدر عنه التصرف صريحاً يعلمه الجمهور الذين وجه إليهم الوعد. فإذا قلنا بأن ما ينطبق على العقد ينطبق على التصرف الانفرادي من جهة القانون واجب التطبيق وجب أن نعلم بأنه لا يشترط أن يجيء اختيار القانون واجب التطبيق صريحاً، بل قد يكون الاختيار ضمناً يستشف مثلاً من اللغة التي كتب بها العقد، أو من اختيار محاكم بلد معين لتكون هي المختصة في حال وقوع نزاع أو من استعمال عملة لبلد ما^(٢٢).

ثالثاً: إمكانية تغيير القانون الذي أراد من صدر عنه التصرف أن يخضع له ذلك التصرف. فقد يعمد من وعد بجائزة إلى اختيار قانون يحله من التزاماته في

(٢١) تنص المادة ٢٥٥ من القانون المدني على أن: "١- من وجه للجمهور وعداً بجائزة يعطيها عن عمل معين، وعين له أجلاً التزم بإعطاء الجائزة لمن قام بهذا العمل ولو قام به دون نظر إلى الوعد بالجائزة. ٢- وإذا لم يعين الواعد أجلاً للقيام بالعمل جاز له الرجوع في وعده بإعلان للجميع على ألا يؤثر ذلك في حق من أتم العمل قبل الرجوع في الوعد...".

(٢٢) ممدوح عبد الكريم، القانون الدولي الخاص، ١٦٦ (٢٠٠٥)، حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، ١٥٢ (٢٠٠٥).

[د. فراس يوسف الكساسبة]

مواجهة من يقوم بالعمل المطلوب. فإذا سلمنا بخضوع التصرف الإرادي لما يخضع له العقد وإذا سلمنا أيضا بأن العبرة في التصرفات الانفرادية بإرادة من صدر عنه التصرف دون غيره؛ فإن بالإمكان تغيير القانون الذي اختاره من صدر عنه التصرف بإرادته هو أيضا. فمن المعلوم أن طرفي العقد إذا ما اختارا قانونا ليحكم العقد فإنهما يستطيعان استبدال هذا القانون بقانون آخر، أو إلغاء الاختيار وترك الأمر على أصله دون اختيار قانون جديد^(٢٣).

فهل من المقبول بعد ذلك أن يسري مثل هذا الحكم على التصرفات الانفرادية؟ نعتقد أن الجواب عن التساؤل يجب أن يكون بالنفي، وحجتنا في ذلك تتمثل في نقطتين:

الأولى: إذا كانت بعض العقود لا تخضع لقانون الإرادة فقط حماية لطرف ضعيف في العقد، ومن ذلك عقود العمل وعقود المستهلكين وعقود الإيجار^(٢٤)،

(٢٣) محمد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، ١٨٢ (٢٠٠٩). وانظر المادة ٢/٣ من اتفاقية روما الأوروبية ١٩٨٠ الخاصة بالقانون واجب التطبيق على الالتزامات العقدية. وقد أقر مجمع القانون الدولي حق الأطراف في تغيير القانون المختار، انظر أشرف محمد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، ٥٥٧ (٢٠٠٩).

(٢٤) وذلك ضمن ما يسمى بقواعد البوليس أو القواعد ذات التطبيق الضروري، وهي القواعد التي تتميز بالصفة الأمرة على الصعيد الدولي، والمنتمية إلى القانون الداخلي، لكنها تنتم بطابعها الأمر الذي وصل درجة ينبغي معها تطبيقها على العلاقات التي تحكمها تطبيقاً مباشراً بغض النظر عن كون هذه العلاقات وطنية صرفة أو متضمنة لعنصر أجنبي، انظر تفصيل ذلك، هشام صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، ٥٧٤ وما بعدها (١٩٩٥)، وانظر أيضا محمد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، ٦٧ وما بعدها (٢٠٠٩). ولا تفوت الإشارة إلى أن اتفاقية روما لسنة ١٩٨٠م المبرمة في نطاق الاتحاد الأوروبي بشأن القانون واجب التطبيق على العقود قد جعلت الإرادة هي محل الاعتبار عند البحث في القانون واجب التطبيق دون أن تستثني من ذلك عقود العمل وعقود المستهلكين، فإن سكتت الإرادة عن الاختيار كان قانون الدولة التي يقوم فيها العامل بعمله بشكل اعتيادي، أو قانون الدولة التي يوجد فيها مركز =

[صلاحية قانون العقد للتطبيق على التصرفات الانفرادية عند تنازع القوانين]

بحجة أن الطرف القوي قد يفرض بإرادته القانون الذي يحكم العقد ليهضم بذلك شيئاً من حقوق الطرف الضعيف في العقد، نقول فإذا كان هذا هو الحال في العقود؛ حيث الإيرادتان تعملان جنباً إلى جنب بحيث لا ينشأ العقد ولا ينتهي ولا يعدل إلا باجتماع هاتين الإرادتين، وإن كانت إحدهما اضعف من الأخرى، وإذا كان من غير الممكن أن نجعل لإرادة المستفيد من التصرف الانفرادي جزءاً من ضابط الإرادة (قانون الإرادة)؛ لأنه لا دور لها في التصرف الانفرادي، على خلاف الحال في العقود، ناهيك عن كونها غير معلومة في كثير من الأحيان وقت بروز التصرف الانفرادي إلى حيز الوجود، كون صاحبها قد لا يكون هو نفسه معلوماً حينئذٍ، فهل من المنطقي أن يخضع التصرف الانفرادي لقانون الإرادة رغم أنه لا توجد سوى إرادة واحدة، أما الإرادة الأخرى، ونقصد إرادة من ترتب له حق بمقتضى التصرف الانفرادي، فلا وجود لها ولا عبرة بها عند صدور التصرف رغم أن هذا التصرف سيمس بحقوقها فيما بعد؟

الثانية: ما زالت مسألة حرية الأطراف في اختيار القانون واجب التطبيق مدار خلاف في الفقه. فغالب الفقه يرى أن أطراف العقد (من صدر عنه التصرف إذا طبقنا ذلك على الإرادة المنفردة) لهم مطلق الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق على التصرف، ويستوي عندئذٍ أن تكون للقانون المختار صلة بالتصرف

=المؤسسة في حالة العامل الذي يعمل في أكثر من دولة هو القانون المختص بالنسبة لعقود العمل، وقانون السكن الاعتيادي هو القانون المختص بالنسبة لعقود المستهلكين (مع بعض الاستثناءات). غير أن اختيار قانون معين لحكم العلاقة سواء أكان بخصوص عقود العمل أم بخصوص عقود المستهلكين لا يعني بحال حرمان العامل أو المستهلك من الحقوق التي يخولها إياه القانون الذي كان سيطبق لولا اختيار قانون آخر ليحكم العلاقة (انظر المواد ٣، ٤، ٥ و ٦ من الاتفاقية المذكورة، وانظر أيضاً حازم الصمادي، المسؤولية في العمليات المصرفية الإلكترونية، ١٨١ (٢٠٠٣).

[د. فراس يوسف الكساسبة]

وَأَلَّا تَكُونُ لَهُ مِثْلُ هَذِهِ الصَّلَةِ^(٢٥). أَمَا بِالنِّسْبَةِ لِلْبَعْضِ الْآخَرَ مِنَ الشَّرَاحِ فَإِنَّ الْقَانُونَ الْمُخْتَارَ لِيُحْكَمَ تَصَرُّفًا مَا يَجِبُ أَنْ يَكُونَ عَلَى صِلَةٍ بِذَلِكَ التَّصَرُّفِ، وَبِذَلِكَ فَإِنَّ الْإِرَادَةَ لَيْسَ لَهَا الْحُرِيَّةَ الْمَطْلُوقَةَ فِي اخْتِيَارِ الْقَانُونَ الَّذِي سِيُحْكَمُ التَّصَرُّفِ^(٢٦). وَيُمْكِنُ رَدَّ الْخِلَافِ حَوْلَ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ إِلَى مَدْرَسَتَيْنِ فِي الْفِقْهِ، فَبِحَسَبِ الْمَدْرَسَةِ الْمَوْضُوعِيَّةِ فَإِنَّ الْإِرَادَةَ مَجْرَدُ مُؤَشِّرٍ عَلَى مَرْكَزِ الثَّقَلِ فِي الْعَقْدِ، وَمَنْ ثَمَّ فَإِنَّهُ إِذَا تَبَيَّنَ لِلْقَاضِي أَنَّ مَرْكَزَ الثَّقَلِ فِي الْعَقْدِ يَكْمُنُ فِي غَيْرِ مَا اخْتَارَتْهُ الْإِرَادَةُ كَانَ لَهُ أَنْ يَنْتَقِيَ قَانُونًَا آخَرَ لِيُحْكَمَ الْعَقْدَ غَيْرِ مَا اخْتَارَتْهُ الْإِرَادَةُ، أَمَا فِي رَأْيِ الْمَدْرَسَةِ الشَّخْصِيَّةِ فَإِنَّ لَلْإِرَادَةَ أَنْ تَخْتَارَ أَيَّ قَانُونٍَ تَشَاءُ بَغْضِ النَّظَرِ عَنْ ذَلِكَ كُلِّهِ^(٢٧).

وَلِلْخِلَافِ حَوْلَ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ أَهْمِيَّةٌ تَكْمُنُ فِي مَدَى إِمْكَانِيَّةِ الْحَدِّ مِنْ تَحْكَمِ مِنْ صَدْرِ عَنْهُ التَّصَرُّفِ فِيمَا يَنْطَبِقُ عَلَى التَّصَرُّفِ مِنْ أَحْكَامِ قَانُونِيَّةٍ بِاخْتِيَارِ قَانُونٍَ يَلَائِمِ مَصْلَحَتِهِ هُوَ دُونَ اعْتِبَارِ لِمَصْلَحَةِ الْمُسْتَفِيدِينَ مِنَ التَّصَرُّفِ، وَذَلِكَ عَنْ طَرِيقِ حَرْمَانِهِ مِنَ التَّهَرُّبِ مِنَ التَّزَامَاتِ الْمَفْرُوضَةِ عَلَيْهِ سِنْدًا لِلتَّصَرُّفِ إِلَّا فِي حَالِ تَمَّ اخْتِيَارِ قَانُونٍَ عَلَى عِلَاقَةٍ بِالتَّصَرُّفِ. فَلَوْ قَدَّرَ لِلاتِّجَاهِ الَّذِي يَرَى وَجُوبَ وَجُودَ عِلَاقَةٍ بَيْنَ الْقَانُونَِ الْمُخْتَارِ وَالتَّصَرُّفِ أَنْ يَرْجَحَ لَكَانَ فِي ذَلِكَ ضَمَانَةٌ لِحُقُوقِ مَنْ وَجَّهَ إِلَيْهِمُ التَّصَرُّفَ إِلَى الْقَدْرِ الَّذِي يَكُونُ فِيهِ الْقَانُونَُ الْمُخْتَارَ الَّذِي لَا عِلَاقَةَ لَهُ بِذَلِكَ التَّصَرُّفِ مَجْهًا بِحُقُوقِهِمْ. أَمَا وَأَنَّهُ لَيْسَ مِنَ الْمَسْلَمِ بِهِ أَنَّ هَذَا الْإِتِّجَاهُ هُوَ

(٢٥) انظر، أشرف محمد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، ٥١٣ (٢٠٠٩)، موسى عيود، الوجيز في القانون الدولي الخاص المغربي، ٣٠١ (١٩٩٤)، ونائل مساعدة، الاختصاص القضائي والتشريعي للعقود الإلكترونية في القانون الأردني، مجلة المنارة للبحوث والدراسات، العدد الثامن، المجلد الثالث عشر، ١٧٥ (٢٠٠٧).

(٢٦) حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، ١٥٠ (٢٠٠٥).

(٢٧) انظر تفصيل ذلك، سامي منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، ٤٩١ وما بعدها (١٩٩٤)، هشام صادق، تنازع القوانين، ٣٣٩ وما بعدها (٢٠٠٧).

[صلاحية قانون العقد للتطبيق على التصرفات الانفرادية عند تنازع القوانين]

الراجح، بل إن العكس هو الصحيح كما مضت الإشارة؛ فإنه لا مناص من القول بأن إطلاق العنان لمن صدر عنه التصرف ليختار من القوانين ما يشاء لينطبق على التصرف من شأنه أن يفتح الباب على مصراعيه أمامه للبحث عن قانون يصب في مصلحته ليختاره حكماً فيما صدر عنه من تصرف، رغم أن العدالة قد تكون في قانون آخر غير الذي اختاره.

وبهذا نصل إلى نتيجة مفادها أنه ورغم كون قانون الإرادة ممكن التطبيق على التصرفات الانفرادية، إلا إنه ليس بالضابط الذي يلائمها على خلاف الأمر بالنسبة للعقود، لذا فإن السؤال الذي يتبادر إلى الذهن: أي ضابط يصلح لأن يحكم التصرفات الانفرادية؟ أترأه ذاته الضابط المكاني المطبق بالنسبة للعقود، في حال لم يوجد قانون مختار، والمتمثل بقانون الموطن المشترك ومكان إبرام التصرف على سبيل التتابع؟ وفي المطلبين الآتين سنتناول مدى صلاحية هذين الضابطين لأن يطبقا على التصرفات الانفرادية.

المطلب الثاني**الضابطان المكانيان (الموطن المشترك ومكان الإبرام)****الفرع الأول****ضابط الموطن المشترك**

جعلت المادة ٢٠ من القانون المدني الموطن المشترك للمتعاقدين الضابط الثاني الذي يلجأ إليه للوصول إلى القانون المختص بحكم العقد المتضمن لعنصر أجنبي وذلك في حال لم تشر إرادة أطراف العقد صراحة أو ضمناً إلى قانون معين ليحكمه. غير أن ترتيب ضابط الموطن المشترك، وجعله في المقام الثاني بعد قانون الإرادة وقبل قانون مكان الإبرام، رغم التسليم به فقهاً كما رأينا في السابق، ليس

[د. فراس يوسف الكساسبة]

محل استقرار في قضاء محكمة التمييز؛ إذ فسرت المحكمة في قرار لها^(٢٨) نص المادة ٢٠ تفسيراً فريداً بحيث إن الاستثناء الوارد فيها لمصلحة قانون الإرادة لا ينصرف إلا لقانون مكان الإبرام، وبذلك فإن قانون الإرادة لا يقدم إلا على قانون مكان الإبرام أما قانون الموطن المشترك فإنه مقدم على الاثنين.

والذي يرجح في نظرنا أن قانون الموطن المشترك للمتعاقدین يقع في المقام الثاني بعد قانون الإرادة، وحببتنا في ذلك أن إعطاء الاختصاص للقانون الموطن المشترك يقوم كما هو معلوم على اعتبار الإرادة المفترضة للمتعاقدین، فإذا كان أطراف العقد متوطنين في بلد واحد فيفترض أنهم قد اتفقوا على الاحتكام إلى قانون ذلك البلد^(٢٩). أما إذا قضت إرادة أولئك الأطراف فعلاً باختيار قانون معين لحكم العقد فإن الافتراض يزول ولا يبقى له محل في مواجهة ما هو قائم حقيقة.

وقبل أن ندلف إلى موضوع هذا المطلب المتمثل في بيان مناسبة ضابط الموطن لحكم الإرادة المنفردة فإن سؤالاً يطرح نفسه كالآتي: عن أي موطن مشترك نتحدث المادة ٢٠؟ من المعلوم أن الموطن ينقسم إلى موطن أصلي وموطن أعمال وموطن قانوني وموطن مختار^(٣٠). فأما الموطن الأصلي فهو ذلك المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة، ومثل هذا الموطن قد يتعدد، فمن المتصور أن يتردد شخص بين

(٢٨) تمييز حقوق رقم ١٩٨٨/٦٧ منشورات مركز عدالة الإلكتروني www.adaleh.com

(٢٩) ممدوح عبد الكريم، القانون الدولي الخاص، ١٧٠ (٢٠٠٥).

(٣٠) نشأت الأخرس، شرح قانون أصول المحاكمات المدنية، ٢٤٢ وما بعدها (٢٠٠٨). مع ملاحظة أنه يوجد اتجاه في الفقه يرى أن للموطن في القانون الدولي الخاص مفهومين مختلفين عن مفهوم الموطن في القانون الداخلي، في حين يوجد اتجاه آخر، نحن معه، يدعو إلى وحدانية مفهوم الموطن في العلاقات الخاصة الداخلية والدولية؛ بحيث إن تحديد الموطن في القانون الدولي الخاص يتم بإعمال مفهوم الموطن الذي تنبأه القانون الداخلي بصدد الحالات القانونية الوطنية، انظر تفصيل ذلك عكاشة عبد العال، تنازع القوانين، ٧٤٩ وما بعدها (٢٠٠٤).

[صلاحية قانون العقد للتطبيق على التصرفات الانفرادية عند تنازع القوانين]

عدة أماكن للإقامة فيها، كأن يتزوج رجل امرأتين تقيمان في مكانين مختلفين، وهو يتردد على هذين المكانين، فيقيم في كل واحد منهما ما قدر له أن يقيم، فيكون له موطن في كل منهما^(٣١). وأما موطن الأعمال فهو ذلك المكان الذي يمارس فيه الشخص حرفة أو يتعاطى فيه تجارة أو يؤدي فيه وظيفة^(٣٢)، ويعبر عنه البعض بمحل الإقامة^(٣٣). أما الموطن القانوني فهو موطن النائب عن المفقود والغائب والناصر والمحجور عليه بسبب العقل، كالولي على عديم الأهلية أو ناقصها^(٣٤). وبالنسبة للموطن المختار فهو ذلك الموطن الذي يختاره الشخص لغايات تنفيذ عمل قانوني وتكون العبرة به بالنسبة لكل ما يتعلق بهذا العمل، كأن يتعاقد شخص على شراء عقار ويختار مكتب محاميه موطناً له بخصوص عملية الشراء وما قد ينشأ عنها من نزاعات، والموطن المختار لا يثبت إلا كتابة^(٣٥). فأى أنواع الموطن المذكورة مقصود بنص المادة ٢٠؟

وجواباً عن هذا السؤال، فإن قواعد القانون الخاصة بالتفسير تقضي بأن المطلق يجري على إطلاقه ما لم يقر الدليل على التقييد نصاً أو دلالة. ومن ثم، فإنه مهما

- (٣١) جاء في المادة ١٧ من قانون أصول المحاكمات المدنية رقم ٢٤ لسنة ١٩٨٨: "الموطن هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة... ويجوز أن يكون للشخص في وقت واحد أكثر من موطن أو محل عمل وفي أحوال التعدد يتساوى الجميع".
- (٣٢) جاء في المادة ١٧ من قانون أصول المحاكمات المدنية رقم ٢٤ لسنة ١٩٨٨: "... ومحل العمل هو المكان الذي يباشر فيه الشخص تجارة أو حرفة، أو يقوم على إدارة أمواله فيه وبالنسبة للموظف والعامل هو المكان الذي يؤدي فيه عمله عادة...".
- (٣٣) حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، ٢٤٩، ٢٥٠ (٢٠٠٥).
- (٣٤) جاء في المادة ١٨ من قانون أصول المحاكمات المدنية رقم ٢٤ لسنة ١٩٨٨: "موطن القاصر والمحجور عليه والمفقود والغائب هو موطن من ينوب عنه قانوناً...".
- (٣٥) وهذا ما قضت به المادة ١٩ من قانون أصول المحاكمات المدنية رقم ٢٤ لسنة ١٩٨٨م بقولها: "يجوز اتخاذ موطن مختار لتنفيذ عمل قانوني معين، ويكون الموطن بالنسبة لكل ما يتعلق بهذا العمل، إلا إذا اشترط صراحة قصره على أعمال دون أخرى، ولا يجوز إثبات وجود الموطن المختار إلا بالكتابة".

[د. فراس يوسف الكساسبة]

يكن الموطن الذي اشترك فيه أطراف العقد فإن ضابط الإسناد المتمثل في الموطن المشترك للمتعاقدين يكون قد تحقق. فلو تعاقد شخص متوطن في الأردن فعليا مع سوري له موطن مختار في الأردن متعلق بهذا العقد كان القانون الأردني هو القانون المختص في حكم هذا العقد باعتباره قانون الموطن المشترك للمتعاقدين، هذا ما لم يختار المتعاقدان قانوناً آخر لينطبق على العقد.

والآن وقد بينا مفهوم الموطن الوارد في المادة ٢٠ من القانون المدني فإن السؤال الأهم هو: ما مدى صلاحية ضابط الموطن لحكم التصرفات الانفرادية إعمالاً لقاعدة خضوع التصرفات الانفرادية لما تخضع له العقود؟ بخلاف الحال بالنسبة لضابط القانون المختار، فإن إخضاع التصرفات الانفرادية لقانون الموطن لا يلقى اعتراضاً لدينا، بل لعله يعد أكثر ملاءمة لحكم التصرفات الانفرادية مقارنة مع العقود. ولا غرو أن تجعله اتفاقية روما الأوروبية ١٩٨٠م الخاصة بالقانون واجب التطبيق على الالتزامات العقدية دالتهما على محل الأداء المميز في العقد بما يجعله القانون الأوثق صلة بالعقد، الأمر الذي يحتم الأخذ به عند عدم الاتفاق على قانون لحكم العقد^(٣٦)، فموطن البائع بناء على ذلك هو محل الأداء المميز في عقد البيع، وهو واجب التطبيق ما لم يتفق على خلافه^(٣٧).

غير أن الإشارة تلزم إلى أنه لا يمكن تطبيق ضابط الموطن المشترك في ميدان التصرفات الانفرادية، إلا بعد إدخال بعض التحوير عليه؛ إذ لا يوجد طرف آخر في التصرف الانفرادي، بل هو طرف واحد هو الملتزم، فالعبرة إذاً بموطن من

(٣٦) انظر المادة ٤ من الاتفاقية.

(٣٧) هشام صادق، تنازع القوانين، ٣٥٢ (٢٠٠٧).

[صلاحية قانون العقد للتطبيق على التصرفات الانفرادية عند تنازع القوانين]

صدر عنه التصرف دون سواه.

إلا أن هنالك خشية من ضياع حقوق من وجه إليه التصرف الانفرادي في حالة الأخذ بضابط موطن من صدر عنه التصرف، إذا قام هذا الأخير بتغيير موطنه. فقد يحدث عمليا أن يقوم من وجه وعدا بجائزة إلى الجمهور بتغيير موطنه ليحكم التصرف قانون جديد قد لا يحفظ لمن وجه إليهم الوعد حقوقهم. وفي هذا الصدد نفرق بين حالتين، الحالة الأولى: إذا جرى تغيير الموطن بحسن نية، بعد صدور الإعلان أو قبله، فإن هذا التغيير لا مشكلة فيه وتكون العبرة بالموطن الذي اتخذته الشخص وقت صدور الإعلان؛ لأن التصرف الانفرادي باعتباره مصدرا من مصادر الحقوق الشخصية يتم بمجرد التعبير عن الإرادة (الإعلان للجمهور في حالة الوعد بجائزة)، أما ما قد يلحق ذلك من قبول أو إجراءات فقد سبق أن أشرنا أنها لا تدخل في كيان التصرف ذاته، بل هي خارجة عنه، وهذا ما يميز التصرف الانفرادي الذي لا يحتاج إلى قبول لقيامه عن العقد الذي يحتاج إلى قبول. الحالة الثانية: إذا كان تغيير الموطن قد تم قبل صدور الإعلان بسوء نية، أي أن من صدر عنه التصرف (الوعد) لم يغير موطنه إلا بغرض التهرب من قانون موطنه الأول؛ فإن هذا يعد غشا نحو القانون، الأمر الذي يوجب الاحتكام إلى قانون الموطن الأول صاحب الاختصاص، وعدم الأخذ بما يقضي به قانون الموطن الجديد الذي تم الوصول إليه عن طريق الغش؛ وذلك استنادا لفكرة الغش نحو القانون المأخوذ بها في القانون الأردني، رغم أن المشرع لم يخصصها بحكم صريح لكنها شاعت فأصبحت من مبادئ القانون الدولي الخاص، والمادة ٢٥ من القانون المدني توجب الأخذ بمبادئ القانون الدولي الخاص فيما لم يرد بشأنه نص من مسائل تنازع القوانين مكانيا^(٣٨).

(٣٨) انظر غالب الداودي، القانون الدولي الخاص الأردني، ٢٢٤ (١٩٩٦)، ممدوح عبد الكريم، القانون الدولي الخاص، ٢٠٦ (٢٠٠٥)، عكاشة عبد العال، تنازع القوانين، ٤٩٢، ٤٩٣ (٢٠٠٤).

الفرع الثاني

ضابط مكان الإبرام

جاء مكان إبرام العقد، بمقتضى المادة ٢٠ من القانون المدني، في الترتيب الثالث بعد قانون الإرادة وقانون الموطن المشترك للمتعاقدين. فإذا لم يتفق أطراف العقد على قانون ليحكم العقد الذي أبرموه وكانوا غير متحدين موطناً؛ فإن قانون مكان إبرام العقد هو القانون الذي يجب أن يطبقه القاضي على العقد محل النزاع المعروف أمامه. ويقصد بمكان الإبرام المكان الذي التقى فيه إيجاب الموجب بقبول القابل^(٣٩)، فإن كان المتعاقدان لا يجمعهما مكان وزمان واحد، كأن يتم التعاقد عن طريق الهاتف أو بتبادل الرسائل أو بالوسائل الإلكترونية، فإن العقد ينعقد في زمان ومكان صدور قبول القابل حتى وإن لم يعلم به الموجب، وذلك وفق ما جاء في المادة ١٠١ من القانون المدني^(٤٠). وفي حال التعاقد عن طريق الوسائل

- (٣٩) وفي حال كان العقد مكتوباً عد مكان توقيع العقد هو مكان انعقاده، انظر تمييز حقوق رقم ٢٠٠٣/٨٣٩ منشورات مركز عدالة الإلكتروني www.adaleh.com
- (٤٠) أخذ القانون الأردني بخصوص مكان وزمان انعقاد العقد بين غائبين بنظرية صدور (إعلان) القبول؛ حيث قضت المادة ١٠١ من القانون المدني بأنه: "إذا كان المتعاقدان لا يضمهما حين العقد مجلس واحد يعتبر العقد قد تم في المكان والزمان اللذين صدر فيهما القبول ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك"، في حين أخذت بعض القوانين بنظريات أخرى، ومن ذلك القانون المصري الذي أخذ بنظرية العلم بالقبول والقانون الإنجليزي الذي أخذ بنظرية تصدير القبول واتفاقية فينا لعام ١٩٨٠ الخاصة بالبيع الدولي للبضائع التي أخذت بنظرية استلام القبول، للمزيد، انظر يوسف عبيدات، نظرية تصدير القبول: لماذا هي الأكثر ملاءمة لتحديد زمان ومكان انعقاد العقد في التعاقد بين غائبين، دراسة لنص المادة ١٠١ من القانون المدني الأردني، مجلة أبحاث اليرموك، العدد الثالث، المجلد الثالث والعشرون، ١١٠٧-١١١٠ (٢٠٠٧)م. وقد استند القانون الأردني في موقفه هذا إلى المذهب الحنفي، وشذ بذلك عن السائد في فقه القانون المدني الحديث، ولقي بسبب هذا الموقف نقداً من قبل بعض شراح القانون الأردني، انظر يوسف عبيدات، نظرية تصدير القبول: لماذا هي الأكثر ملاءمة لتحديد زمان ومكان انعقاد العقد في التعاقد بين غائبين، دراسة لنص المادة ١٠١ من القانون المدني الأردني، مجلة أبحاث اليرموك، العدد الثالث، المجلد الثالث والعشرون، ١١٠١-١١٢٦ (٢٠٠٧)، منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات، ١٣٩، ١٣٨ (١٩٩٥).

[صلاحية قانون العقد للتطبيق على التصرفات الانفرادية عند تنازع القوانين]

الإلكترونية (العقد الإلكتروني) فقد جعلت المادة ١٨ من قانون المعاملات الإلكترونية رقم ٨٥ لسنة ٢٠٠١ العبرة لا لمكان صدور القبول فعلياً، بل لمقر عمل القابل الذي يعتد به كمكان صدور للقبول بغض النظر عن مكان صدور القبول الفعلي، فإن لم يوجد تكون العبرة لمكان إقامة القابل ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك، وفي حال كان للقابل أكثر من مقر عمل تكون العبرة للمقر الأقرب صلة بالمعاملة فيعتبر مكانا لصدور القبول، فإن تعذر الترجيح وجب الأخذ بمقر العمل الرئيس كمكان لصدور القبول.

ويعزز التاريخ من صلاحية قانون مكان الإبرام لحكم التصرفات المتضمنة لعنصر أجنبي. فلو عدنا إلى الورا إلى ما قبل عهد ديمولان (Dumoulin)^(٤١)، إلى مدرسة الحواشي الإيطالية تحديداً، لوجدنا أن العقود الدولية كانت تحكم بقانون مكان إبرامها^(٤٢). ويجد إعطاء الاختصاص لقانون مكان الإبرام -في ذلك العصر- مبرره فيما أشار إليه كورتوس (Curtous) من أن مكان إبرام العقد هو المكان الذي انصرفت إليه إرادة المتعاقدين الضمنية لحكم العقد المبرم بينهما^(٤٣).

(٤١) محام فرنسي ينسب إليه القول بخضوع العقد لقانون الإرادة، فقد استفتى الزوجان "دي جاني" هذا المحامي بشأن جواز إخضاع نظام زوجيتهما المالي للأعراف المطبقة في موطن زوجيتهما وقت زواجهما فأجابهما بجواز ذلك على اعتبار أن النظام المالي للزوجية هو من طائفة العقود ولا ينتمي للأموال. وقد استند ديمولان في إخضاعه العقود لقانون موطن الزوجية وقت الزواج على أساس أنه القانون الذي ذهبت الإرادة الضمنية للزوجين إلى تطبيقه. فإذا كان العقد يخضع -في زمان ديمولان- لقانون مكان الإبرام باعتباره القانون الذي اتفق المتعاقدان ضمناً على اختياره فإنه يكون لهما، بحسب ديمولان، أن يختارا قانون مكان آخر لحكم ذلك العقد. وقد مكنت هذه الفتوى الزوجين من إخضاع العقد للقانون الذي انصرفت إليه إرادتهما وهو قانون موطن الزوجية وقت الزواج وتجنباً بذلك الأعراف السائدة في المقاطعات المختلفة التي تواجدت بها أموالهما، فؤاد رياض وآخرون، تنازع القوانين من حيث المكان وأحكام فضه في القانون اليمني، ٣٤٧، ٣٤٨، (١٩٨٩).

(٤٢) حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، ٣٧ (٢٠٠٥).

(٤٣) هشام صادق، تنازع القوانين، ٣٣١ (٢٠٠٧)، فؤاد رياض وآخرون، تنازع القوانين من حيث المكان وأحكام فضه في القانون اليمني، ٣٤٧، (١٩٨٩).

وبتطبيق مبدأ خضوع التصرفات الانفرادية لما تخضع له العقود؛ فإن قانون مكان الإبرام يكون واجب التطبيق على الإرادة المنفردة إذا دخلها عنصر أجنبي وفق الترتيب المعين في المادة ١/٢٠ من القانون المدني، وهذا يستدعي التعرف إلى مكان الإبرام في التصرف الانفرادي. إن إبرام العقد يكون بتمامه أي بتلاقي الإيجاب والقبول المتطابقين، ومن هذا الوقت يصير كلا المتعاقدين أو أحدهما (في حال العقد الملزم لجانب واحد) ملزماً بما التزم به، أما التصرف الانفرادي فيكون ملزماً لمن صدر عنه من وقت تعبيره عن إرادته بغض النظر عما إذا كان التصرف يحتاج إلى قبول أو إجراء لاحق، كما سبق القول. ففي حالة الوعد بجائزة فإن الواعد يصبح ملزماً بما وعد بمجرد إعلانه عن إرادته، واستوفى هذا الإعلان شروط الوعد بجائزة المنصوص عليها قانوناً. فإذا صدر إعلان موجه إلى الجمهور يتضمن إرادة باتة عن جائزة يفرضها المعلن لمن يقوم بعمل معين صار الأخير ملزماً بالجائزة في مواجهة من ينجز ذلك العمل. وبتطبيق هذا، فإن قام شخص بتسليم ورقة مكتوبة تتضمن إعلاناً عن جائزة لمن يقوم بعمل معين إلى محاميه ليتولى المحامي صياغته بلغة قانونية سليمة، أو إلى وكيله لينشره عبر وسيلة من وسائل النشر؛ فإن مثل هذا التعبير عن الإرادة لا يعتبر وعداً بجائزة حتى وإن علم بعض الأفراد بمضمون الإعلان ما لم تجر إذاعته إلى الجمهور، فمن هذه اللحظة فقط نكون أمام وعد بجائزة ملزم لصاحبه، ومن وقت النشر وفي مكان الصحيفة أو الإذاعة يكون الوعد قد تم. وفي أغلب الأحوال يندمج مكان الإبرام بالموطن؛ إذ عادة ما يصدر التصرف الانفرادي في موطن من صدر عنه، لكن ذلك لا يمنع من أن يصدر في مكان آخر كما في حال اختلاف موطن من صدر عنه الوعد بجائزة عن مكان الصحيفة أو الإذاعة أو الفضائية التي أعلن فيها الوعد.

[صلاحية قانون العقد للتطبيق على التصرفات الانفرادية عند تنازع القوانين]

أما إذا جرى التعبير عن الإرادة المنفردة بوسائل الكترونية فإن ذات الحكم الوارد في المادة ١٨ المذكور سالفًا يسري في هذه الحالة، بمعنى، أن مقر عمل من صدرت عنه الإرادة المنفردة يعتبر هو مكان الإبرام في هذه الحالة، فإن لم يوجد له مقر عمل فمكان إقامته، فإن كان له أكثر من مقر عمل وجب الاعتداد بالمقر الأقرب صلة بالتصرف الانفرادي، فإن تعذر الترجيح اعتبر مقر العمل الرئيس هو مكان الإبرام.

وهكذا، فإن ضابط مكان الإبرام يصلح بلا شك لحكم التصرفات الانفرادية وذلك من جهة إمكانية التطبيق ومن جهة الملاءمة، مع أن ملاءمته لحكم هذه التصرفات تعترضها عقبتان:

الأولى: تغيير الشخص للمكان المفترض أن يصدر فيه التصرف قبل أن يصدر عنه التصرف رغبة منه في التهرب من أحكام قانون هذا المكان. إن مثل هذا التغيير قد يقع عملاً لكن علاجه يكمن في فكرة الغش نحو القانون التي سبقت الإشارة إليها، والتي تفضي إلى إحباط الغاية التي رمى إليها من صدر عنه التصرف عند اختياره لمكان آخر ليصدر فيه التصرف رغبة في التهرب من أحكام القانون الذي كان من المفروض صدوره فيه، حيث يترتب على ثبوت الغش عدم الأخذ بقانون مكان التصرف الجديد وإعمال القانون المراد التهرب من أحكامه.

العقبة الثانية: هي الأهم، وتتمثل بحجب ضابط الموطن في التصرفات الانفرادية لضابط مكان الإبرام. فإذا سلمنا بأن ما ينطبق على العقود من حيث القانون المختص ينطبق على التصرفات الانفرادية، تكون ضوابط الإسناد بترتيبها في العقود هي ذاتها واجبة الإعمال بشأن التصرفات الانفرادية باستثناء ضابط الإرادة

[د. فراس يوسف الكساسبة]

الذي رأينا استبعاده حيث بَانَ عواره كون الأخذ به يُلحق الإجحاف بحقوق المستفيدين من الإرادة المنفردة. وقد رأينا عند دراستنا لضابط الموطن المشترك أن الأخذ به لا يستقيم في ميدان التصرفات الانفرادية، إلا إذا اعتبرنا أن المقصود به موطن من صدر عنه التصرف وذلك للحجة التي أوردناها في حينه. وبناءً على ذلك؛ فإن هذا الضابط يتميز بشأن التصرفات الانفرادية بميزة تجعله يختلف عنه في حالة العقود، وهي أنه متحقق على الأغلب في حالة التصرفات الانفرادية؛ لأنه موطن من صدر عنه التصرف فهو موطن شخص واحد، والأشخاص سواء أكانوا طبيعيين أم معنويين لهم موطن يتخذونها، ويندر أن نجد من بينهم من لا يتخذ موطنًا، أما في حالة العقود فإن ضابط الموطن يتعلق بأطراف العقد جميعا الذين يجب أن يتحدوا موطنًا، فإن اختلفت مواطنهم لم يكن هنالك مجال للأخذ بهذا الضابط. وهكذا؛ فإن فرصة تحقق ضابط الموطن تبدو ضئيلة في حالة العقود بما يسمح بالانتقال إلى ضابط مكان الإبرام. أما في حالة التصرفات الانفرادية فلأن ضابط الموطن يقع في المرتبة الثانية، أي قبل ضابط مكان الإبرام، وأنه لا يمكن الانتقال من ضابط الموطن إلى ضابط مكان الإبرام إلا في غياب ضابط الموطن؛ ولأن هذا غير متحقق إلا في حالة نادرة أشد الندرة؛ حيث يدأب شخص على التنقل من مكان لآخر دون أن يكتب له استقرار في مكان ما لحظة صدور التصرف من قبله^(٤٤)؛ فإن مؤدى ذلك كله أن يحجب ضابط الموطن ضابط مكان الإبرام في الأغلب من الحالات.

(٤٤) فكما أن الموطن قد يتعدد فإنه قد لا يوجد. فقد لا يتخذ بعض الأشخاص، ونقصد الأشخاص الطبيعيين بالطبع، موطنًا لهم، وذلك نظرا لتنقلهم الدائم بين أماكن وبلدان مختلفة، ومثال ذلك في وقتنا الراهن العجر والبدو غير المتوطنين.

[صلاحية قانون العقد للتطبيق على التصرفات الانفرادية عند تنازع القوانين]

إن صعوبة، إن لم تكن استحالة، الأخذ بضابط مكان الإبرام بوجود ضابط الموطن في التصرفات الانفرادية تحتم التخلي عن أحدهما والتمسك بالأصلح منهما، أو إيجاد حل يمكن من خلاله الأخذ بالضابطين معا دون الاصطدام بعقبة حتمية حجب أحد الضابطين للآخر، وهذا يستوجب ترجيح أحد الضابطين على الآخر، أو البحث عن مقارنة تسمح بالأخذ بالضابطين معا وفق ترتيب معين، وهو ما سنتولاه في المبحث القادم.

المبحث الثاني**تطوير قانون العقد ليحكم الإرادة المنفردة**

بان لنا في المبحث السابق أن قانون العقد بضوابطه الثلاثة يصلح للتطبيق على الإرادة المنفردة إذا ما تم إدخال بعض التحوير عليه بما يتناسب مع التصرفات الانفرادية القائمة على إرادة واحدة، هذا من جهة الإمكانية. أما من جهة الملاءمة فقد بدا جليا أن ضابط الإرادة في قانون العقد لا يلائم الإرادة المنفردة بخلاف الضابطين المكانيين المتمثلين بضابطي الموطن ومكان الإبرام، إلا أن الأخذ بهذين الضابطين على الترتيب المنصوص عليه في العقود غير ملائم بشأن التصرفات الانفرادية لاختلاف صفة الموطن في العقود عنها في التصرفات الانفرادية. ففي حين أن ضابط موطن المتعاقدين غير متحقق في أغلب الأحيان في حالة العقود؛ لأن المتعاقدين قد لا يجمعهما موطن واحد، الأمر الذي يسمح بالانتقال في كثير من الحالات إلى الضابط الذي يليه وهو ضابط مكان الإبرام؛ فإنه متحقق في الغالبية الساحقة من الحالات في التصرفات الانفرادية؛ لأن العبرة بموطن من صدر عنه التصرف وحده، أي أنه موطن شخص واحد متحقق الوجود إلا فيما ندر. وبناء عليه؛ فإن ضابط مكان الإبرام (مكان صدور التصرف في التصرفات الانفرادية) لا

[د. فراس يوسف الكساسبة]

لزوم له بالنسبة للتصرفات الانفرادية في ظل الترتيب الراهن، إلا لتغطية الحالة التي ينعدم فيها المواطن، وهي حالة نادرة الحصول.

وفي المقابل؛ فإن الأخذ بضابط مكان الإبرام يؤدي إلى أن تؤول الأمور إلى الأخذ بضابط واحد هو ضابط مكان الإبرام المتحقق دائماً، إلا في الحالات التي يمتنع الأخذ بالقانون المختص بموجبه لعدة ما مثل مخالفته للنظام العام.

وأمام هذا كله؛ فإنه أيّ ما كان الضابط الذي سيؤخذ به من هذين الضابطين فإنه سيؤدي إلى حجب الضابط الآخر إلا استثناء، ومن هنا، وجبت المفاضلة بين هذين الضابطين للأخذ بالأكثر ملاءمة منهما ولترك الآخر كضابط احتياطي، وهذا ما سنتناوله في المطلب الأول. أما المطلب الثاني فسنخصصه للبحث في صلاحية ضوابط أخرى للتطبيق على التصرفات الانفرادية عسى أن تعوض عن ضابط الإرادة الذي مضت الإشارة إلى عدم صلاحيته لحكم الإرادة المنفردة.

المطلب الأول

المفاضلة بين قانون المواطن المشترك

وقانون مكان الإبرام

عند المفاضلة بين ضابطي المواطن ومكان الإبرام نجد أن لكل من الضابطين المذكورين حسناته وعيوبه مع أفضلية لضابط مكان الإبرام، وهذا سيكون له أثره في الحل الذي نقترحه، والذي سنورده بعد الموازنة بين الضابطين.

وباستعراض حسنات ضابط المواطن، نجد أنه يمتاز على ضابط مكان الإبرام بسهولة تنفيذ الأحكام الصادرة وفقاً للقانون المختص بمقتضاه. ففي حالة الوعد بجائزة، مثلاً، وعندما يصدر حكم لمصلحة أحد الجمهور ممن وجه الوعد بجائزة

[صلاحية قانون العقد للتطبيق على التصرفات الانفرادية عند تنازع القوانين]

إليهم وفق قانون موطن من صدر عنه الوعد وأراد أن ينفذ هذا الحكم فإنه سيلجأ إلى تنفيذ الحكم في بلد هذا الأخير، وعندها سيصادف الحكم سهولة في التنفيذ من قبل المحاكم ودوائر التنفيذ في ذلك البلد لكونه قد صدر وفقاً لقانون البلد الذي تنتمي إليه، وهذا على عكس الحال بالنسبة لضابط مكان الإبرام؛ إذ ليس من المضمون أن يلاقي الحكم الصادر وفقاً لقانون مكان إعلان الوعد عن الجائزة مثلاً (على فرض اختلاف موطن من وعد بالجائزة عن مكان الإعلان) سهولة في التنفيذ في موطن من وعد بها، فقد لا تطمئن محاكم بلد الموطن إلى هذا الحكم كونه لم يصدر وفقاً لقوانينها، ناهيك عن أنه قد تعترضه صعوبات عدة قد تحول دون تنفيذه على الإطلاق ومنها مخالفته للنظام العام في بلد الموطن.

وفي المقابل، نجد أن الأخذ بضابط الموطن يعني الأخذ بقانون قد لا يكون من السهل على المستفيدين من التصرف التعرف عليه بخلاف قانون مكان الإبرام. فقد يقيم الشخص في بلد ويصدر الإعلان عن الجائزة في بلد آخر، أو قد يكون من وجه إليهم الإعلان على علم بموطن من صدر باسمه الإعلان ثم لا يستفيدون من ذلك لكون الموطن المعتبر قانوناً هو خلافه، كما هو الحال بالنسبة لموطن القاصرين، فقد سبقت الإشارة إلى أن العبرة بموطن من ينوب عنهم قانوناً، وهذا الموطن قد لا يسهل التعرف عليه؛ لأن المطلوب معرفة شخص النائب عن من صدر التصرف باسمه.

وتأسيساً على ذلك، ولذات السبب الذي لأجله تم استبعاد ضابط الإرادة، والمتمثل في المحافظة على حقوق المستفيدين من التصرف الانفرادي؛ فإننا نرجح ضابط مكان الإبرام أي المكان الذي جرى فيه الإعلان عن التصرف، وذلك دون التخلي

[د. فراس يوسف الكساسبة]

عن ضابط الموطن بحيث يكون هو الضابط المختص في كل حالة يتعذر فيها تطبيق ضابط مكان الإبرام، كما في الحال التي يجري فيها الإعلان عن الجائزة مثلا في بلد معين رغبة في التهرب من أحكام قانون بلد آخر. ففي مثل هذه الحالة يجب استبعاد قانون مكان الإعلان عن الجائزة، الذي تم الوصول إليه بطريق الغش وتطبيق القانون الذي تم التهرب منه. غير أنه يستحيل على القاضي في هذه الحالة تحديدا تبين القانون الذي تم الهروب من أحكامه؛ لأن ذلك يتعلق بنية من صدر عنه الوعد وحده، التي يتعذر التحقق منها لاستحالة تحديد المكان الذي كان سيتخذ، بحسن نية، مكانا لصدور الإعلان؛ لذلك؛ فإن القانون الأكثر ملاءمة للتطبيق في هذه الحالة هو قانون موطن من صدر عنه الوعد؛ لأن الأصل في الوعد أن يعلن في موطن من يصدر عنه.

غير أننا نتساءل في الختام عن حصافة ابتسار الضوابط التي تحكم التصرفات الانفرادية بضابطي الموطن و مكان الإبرام، وذلك على خلاف الحال بالنسبة للعقود التي تحكمها ثلاثة ضوابط متدرجة، فهل يمكن تسخير ضوابط أخرى قد تكون ملائمة لحكم التصرفات الانفرادية إلى جانب ضابطي مكان الإبرام والموطن وفق ترتيب معين؟ إن الإجابة عن هذا التساؤل ستكون محل المعالجة في المطلب الثاني.

المطلب الثاني

توظيف ضوابط أخرى في سبيل قانون

أكثر ملاءمة لحكم الإرادة المنفردة

في هذا المطلب سنبحث ونقدر إمكانية تطبيق ضوابط أخرى من غير ما جاءت به المادة ١/٢٠ من القانون المدني إلى جانب ضابطي مكان الإبرام والموطن،

[صلاحية قانون العقد للتطبيق على التصرفات الانفرادية عند تنازع القوانين]

وذلك في ضوء ما توصلنا إليه في المبحث السابق من عدم صلاحية الأخذ بضابط الإرادة في ميدان التصرفات الانفرادية وخاصة في الوعد بجائزة، الأمر الذي حرمانا من احد الضوابط، لا بل من الضابط الأول الذي درجت الكثير من التشريعات على الأخذ به بصفة أصلية لتعيين القانون المختص في العقود. وفي الوقت عينه، سنتولى بيان موقع الضوابط المقترحة في حال الأخذ بها إلى جانب ضابطي مكان الإبرام والموطن. وسنتناول ذلك في ثلاثة فروع على النحو الآتي: ضابط القانون الأكثر ملاءمة، ثم ضابط الجنسية وأخيرا ضابط قانون القاضي.

الفرع الأول**ضابط القانون الأكثر ملاءمة**

يرى بعض الفقه عدم ربط بعض العلاقات القانونية بقانون ما، بل إعطاء القاضي صلاحية تطبيق القانون الأكثر ملاءمة عليها. وقد اعتنق جانب من فقه القانون الدولي الخاص المعاصر والقضاء في إنجلترا وفرنسا في مرحلة ما هذه الفكرة في إطار ما يسمى بالإسناد المرن للرابطة العقدية الذي لم يقف عند حدود التركيز الموضوعي للرابطة العقدية المستند إلى الطبيعة الذاتية للعقد، بل تعدى ذلك ليعتمد في إسناد العلاقة على ظروف التعاقد وملابساته في كل عقد على حدة، وهذا ما سمح بتنوع الإسناد من عقد لآخر حتى في نطاق العقود ذات الطبيعة الواحدة^(٤٥).

وقد نادى بعض الشراح بتطبيق فكرة القانون الأكثر ملاءمة على الالتزامات غير التعاقدية أيضاً، فبحسب الأصل فإن هذه الالتزامات تخضع لمكان وقوع الفعل

(٤٥) هشام صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، ٤٢٦ وما بعدها (١٩٩٥).

المنشئ للالتزام^(٤٦)، باعتبار أن الفعل الضار يعد خرقاً للقوانين السارية في ذلك المكان، إلا أن اتجاهاً ظهر في الولايات المتحدة الأمريكية أيده بعض الفقه الفرنسي رأى إخضاع الفعل الضار إلى قاعدة أكثر مرونة يطبق فيها "القانون الملائم للعمل غير المشروع"، ويتم بناء عليها إخضاع العلاقة لقانون محل وقوع الفعل الضار مع الأخذ بعين الاعتبار ضوابط إسناد أخرى كالجنسية والموطن^(٤٧).

وقد تكرر طرح هذه الفكرة في ميدان الأحوال الشخصية؛ حيث نادى جانب من الفقه المصري بخضوع الحضانة للقانون الأكثر ملاءمة، أو ما اصطلح على تسميته بالقانون الأصلح لحماية الطفل وتأمين رعايته^(٤٨)، وذلك في مواجهة الاتجاه الغالب الذي يقول بوجود خضوعها لقانون جنسية الزوج وقت الزواج باعتبارها أثراً من آثار الزواج، أو النسب واتجاهات أخرى منها ما يرى خضوعها للقانون الذي يحكم الطلاق أو التطلق، أي قانون جنسية الزوج (أب الصغير) وقت التطلق^(٤٩)، ومنها ما يوجب خضوعها لقانون جنسية الولد^(٥٠).

والسؤال بصدد التصرفات الانفرادية: هل بالإمكان إفساح المجال أمام القاضي ليحدد القانون واجب التطبيق فيما يراه أكثر ملاءمة لحكم النزاع سيراً على خطى ما اقترح بشأن الالتزامات العقدية وفقاً للاتجاه الذي أشرنا إليه في صدر هذا الفرع؟

(٤٦) وهذا ما أخذ به القانون الأردني في المادة ١/٢٢ من القانون المدني.

(٤٧) حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، ١٦١ (٢٠٠٥).

(٤٨) أشرف محمد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، ٣٦٧ وما بعدها (٢٠٠٩).

(٤٩) أشرف محمد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، ٣٣٨، ٣٣٩ (٢٠٠٩)، فؤاد رياض وآخرون،

تنازع القوانين من حيث المكان وأحكام فضه في القانون اليمني، ٢٩٢ (١٩٨٩)، محمد المصري،

الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، ١٥٠ (٢٠٠٩).

(٥٠) موسى عبود، الوجيز في القانون الدولي الخاص المغربي، ٢٦٢ (١٩٩٤).

[صلاحية قانون العقد للتطبيق على التصرفات الانفرادية عند تنازع القوانين]

ونحن هنا لا نطرح ضابط القانون الأكثر ملاءمة كضابط وحيد، بل إلى جانب الضوابط الأخرى أي ضابطي مكان الإبرام والموطن. ولكن، هل يمكن لقانون آخر غير قانون الوطن ومكان الإبرام أن يكون أكثر ملاءمة لحكم التصرفات الانفرادية؟ ثم أليست الإرادة المنفردة متعلقة بمصالح خاصة ينبغي ألا يعطى القضاء مجالاً للتحكم في آثارها أكثر مما يعطى لأطرافها، مع الإشارة في هذا المقام إلى أننا، باستبعادنا لضابط الإرادة، لم نترك مجالاً حتى لمن صدر عنه التصرف الانفرادي للتحكم في القانون واجب التطبيق عليه؟ وفوق ذلك كله، أليس عدم معرفة القانون واجب التطبيق قبل رفع الدعوى في حالة الأخذ بالقانون الأكثر ملاءمة، باعتبار أن القانون واجب التطبيق يحدده القاضي الناظر في الدعوى، وعقبة أخرى تقف في وجه الأخذ بهذا الضابط؟ وهي أنه لو قيل بأن القانون الأكثر ملاءمة هو مجرد ضابط تكميلي إلى جانب ضابطي مكان الإبرام والموطن، بحيث لا يلجأ إليه إلا في الحالة التي يتعذر فيها تطبيق أي منهما، فإن السؤال الذي تتبغى الإجابة عنه: ما هي الحالة التي يتعذر فيها تطبيق ضابطي مكان الإبرام والموطن ويمكن بالتالي تطبيق قانون آخر غير هذين القانونين؟، آخذين بعين الاعتبار أننا نتكلم هنا عن إرادة منفردة لا عن عقد، ومن ثم فإن ضابط الوطن متحقق في الغالبية العظمى من الحالات، أما ضابط مكان الإبرام المتمثل في مكان صدور التصرف فمتحقق دائماً.

إن كل ما سبق يشير إلى وجود عوائق في وجه الأخذ بالقانون الأكثر ملاءمة كضابط يعتد به عند البحث في القانون واجب التطبيق على التصرفات الانفرادية. ولكن ألا توجد حالات لا يؤخذ بها بقانون مكان الإبرام؛ لأنه قد تم الوصول إليه غشا ومن ثم يجب الأخذ بقانون الوطن لعدم إمكان الأخذ بالقانون الذي أراد من

[د. فراس يوسف الكساسبة]

صدر عنه التصرف التهرب من أحكامه أي قانون المكان الذي كان يجب صدور التصرف منه، كما تقضي فكرة الغش نحو القانون؛ لأن ذلك أمر يتعلق بنية من صدر عنه التصرف التي يستحيل الوصول إليها؟ فماذا لو كان قانون الموطن مخالفا للنظام العام في الأردن؟ هنالك من يقول بوجود الأخذ بقانون القاضي، أي القانون الأردني في هذه الحالة، لا باعتباره القانون الأكثر ملاءمة بل باعتباره القانون الاحتياطي^(٥١)؛ إذ لا بد من وجود قانون يحكم النزاع في نهاية المطاف. والسؤال المطروح هنا: ماذا لو كان هنالك قانون أكثر ملاءمة لحكم النزاع من قانون القاضي، أنأخذ به أم ترانا نتمسك بقانون القاضي؟ الجواب في نظرنا أن يترك الأمر للقاضي في هذه الحالة ليجتهد عن القانون الأكثر ملاءمة فإن وجده طبقه وإن لم يجده أو وجد أنه هو ذاته قانونه الوطني أخذ بقانونه في هذه الحالة. ولعلنا نجد في الفرع القادم مثالا لما يعد قانونا أكثر ملاءمة لحكم التصرفات الانفرادية من قانون القاضي.

الفرع الثاني

ضابط الجنسية

يعد قانون الجنسية المشتركة أحد القوانين المقترحة للتطبيق على النزاعات العقدية ذات الطابع الدولي جنبا إلى جنب مع قانون مكان الإقامة المشتركة، وذلك في حال عدم الاتفاق على قانون مختار^(٥٢). وضابط الجنسية المشتركة للمتعاقدين هو أحد الضوابط التي تبناها المشرع الأردني إلى جانب ضوابط أخرى عند

(٥١) حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، ١٦٢ (٢٠٠٥).

(٥٢) وذلك بتطبيق قواعد التنازع في قانون بلد الإقامة أو الجنسية للوصول إلى القانون واجب التطبيق، انظر تفصيل ذلك، فوزي سامي، التحكيم التجاري الدولي، ١٨٧ (٢٠٠٨).

[صلاحية قانون العقد للتطبيق على التصرفات الانفرادية عند تنازع القوانين]

معالجته للقانون واجب التطبيق على التصرفات من حيث الشكل، فقد جاء في المادة ٢١ من القانون المدني: "تخضع العقود ما بين الأحياء في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه، ويجوز أيضا أن تخضع للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطني المشترك".

ويجمل بنا أن نشير، قبل أي شيء آخر، إلى أن حكم هذه المادة لا يسري على العقود فقط، بل على التصرفات الانفرادية أيضا بدلالة حصر الحكم الوارد فيها بالعقود بين الأحياء. وقد أريد من هذا النص استثناء الوصية^(٥٣)، فلو كان النص لا يسري إلا على العقود لما كان هنالك من حاجة للنص على استثناء الوصية التي هي من التصرفات الانفرادية^(٥٤). وأهم من ذلك، أن الوصية هي التي أثارت بحث موضوع الشكل لدى المدرسة الإيطالية القديمة لأول مرة؛ حيث أخضع شكل الوصية لقانون محل صدورها، ومن الوصية انتقل هذا الحكم إلى بقية التصرفات القانونية^(٥٥).

إن المشرع وهو يأخذ بضابط معين بصفة أصلية مع الأخذ بضوابط أخرى بصفة احتياطية يقصد ربط العلاقة بالقانون الأكثر صلة بها، فإن لم يتسن إعماله تم الانتقال إلى الضوابط الأخرى وفق ترتيب يرتبط بصلة كل منها بالعلاقة محل المعالجة^(٥٦). وقد لاحظنا أن المشرع الأردني لا يعتد بضابط الجنسية عند الحديث

(٥٣) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني، ج ١، ص ٤٩.

(٥٤) وهذا هو رأي الأستاذين باتيفول ولجاردي فيما يتعلق بخضوع شكل التصرف الانفرادي لقاعدة الإسناد الخاصة بشكل العقود، انظر،

H Batiffol, P Lagarde, Droit International Privé 331 (1985).

(٥٥) علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ٨٤ (١٩٩٣).

(٥٦) فؤاد رياض وآخرون، تنازع القوانين من حيث المكان وأحكام فضه في القانون اليمني، ١٠٩ (١٩٨٩).

[د. فراس يوسف الكساسبة]

عن القانون واجب التطبيق على العقود من جهة الموضوع، فهل يعني ذلك أن الجنسية لا علاقة لها بالعقد من هذه الجهة بينما تتوافر هذه الصلة بالنسبة للموطن؟ ثم كيف تتوافر هذه الصلة بخصوص الشكل ولا تتوافر بخصوص الموضوع؟

من المعروف أن الأخذ بضابط الموطن يعني الركون إلى أطراف العقد باعتبارهم العنصر الأهم في العلاقة، غير أن اعتبار أطراف العقد العنصر الأهم في العلاقة لا يعني بالضرورة الأخذ بضابط موطن هؤلاء الأطراف، بل قد يؤخذ بضابط الجنسية، وهذا ما فعله المشرع الأردني بخصوص مسائل الأحوال الشخصية من أهلية وزواج وطلاق ونفقة وولاية ووصاية وقوامة وميراث ووصية^(٥٧). والفيصل في ذلك هو كون الدولة مصدرة أو مستوردة للسكان، فإن كانت مصدرة للسكان فإن المشرع يعمد إلى اختيار ضابط الجنسية لكي يتابع قانونها من يحملون جنسيتها أينما حلوا، أما في حال كانت مستقبلة للسكان فإن مشرعها ينتقي ضابط الموطن ليساعد بذلك على اندماج الأجانب المقيمين في دولته في مجتمعها^(٥٨). وتطبيق هذه الفلسفة على الوضع القائم في الأردن يمكن القول بأن الأردن من الدول الطاردة للسكان والجازبة لهم في الوقت ذاته، ففي حين يقيم في الأردن مئات الآلاف من اللاجئين الذين وفدوا إليه من البلدان المجاورة التي تشهد، أو شهدت في الماضي اضطرابات أدت إلى تهجير بعض سكانها كفلسطين والعراق ولبنان إضافة إلى العمالة غير المدربة من مصر وبعض دول شرق آسيا كالهند وباكستان واندونيسيا والفلبين، فإن الكثير من أبناء هذا البلد يسعون للحصول

(٥٧) انظر المواد من ١٢-١٨ من القانون المدني.

(٥٨) فؤاد رياض وآخرون، تنازع القوانين من حيث المكان وأحكام فضه في القانون اليمني، ١٠٨ (١٩٨٩)، عكاشة عبد العال، تنازع القوانين، ٢٣ (٢٠٠٤).

[صلاحية قانون العقد للتطبيق على التصرفات الانفرادية عند تنازع القوانين]

على فرص وظيفية أو حياتية أفضل في دول الخليج العربي ودول أوروبا الغربية وأمريكا وأستراليا. وهكذا؛ فإن ضابطي الموطن والجنسية يقفان على قدم المساواة من هذه الجهة بحيث يصح القول: إن للأردن مصلحة في الأخذ بكليهما إذا أمكن، إذ يستفاد من ضابط الموطن في تطبيق القانون الأردني على السكان المتواجدين في الأردن بغض النظر عن جنسياتهم، بينما يلاحق القانون الأردني وفق ضابط الجنسية الأردنيين أينما حلوا.

وفضلاً عن ذلك، فإن جنسية المتعاقدين، مثلها مثل مكان إبرام والموطن، تعد أحد عناصر المعيار القانوني المثبت للصفة الدولية للعقد، الأمر الذي تقدم بيانه عند الكلام عن معايير دولية العقد، كما أنها إحدى القرائن التي يمكن الاستعانة بها للوصول إلى قانون الإرادة في حال عدم اختيار القانون واجب التطبيق صراحة^(٥٩).

ومن هنا يمكن التساؤل: هل يمكن توظيف ضابط الجنسية كأحد الضوابط التي يمكن الأخذ بها في التصرفات الانفرادية دون حصر الأمر بالشكل؟ ثم جنسية من هي المقصودة في هذا المقام؟ أهى جنسية من صدر عنه التصرف أم جنسية من صدر التصرف لمصلحته؟ إن الأخذ بضابط الجنسية سيرا على نهج ما أخذ به المشرع بالنسبة لشكل العقد يحتم القول بأن جنسية من صدر عنه التصرف الانفرادي هي التي يجب الاعتداد بها فيما لو قدر الأخذ بضابط الجنسية كضابط من الضوابط التي يعول عليها عند البحث في القانون واجب التطبيق على التصرفات الانفرادية. فضابط الجنسية المشتركة الذي يحكم العقود من حيث شكلها المقصود به جنسية الأطراف المتعاقدة لا غيرهم، حتى وإن تأثر هؤلاء الأعيان بذلك العقد بشكل

(٥٩) موسى عبود، الوجيز في القانون الدولي الخاص المغربي، ٣٠١ (١٩٩٤)، فؤاد رياض وآخرون، تنازع القوانين من حيث المكان وأحكام فضه في القانون اليمني، ٣٤٧ (١٩٨٩).

من الأشكال. فعلى سبيل المثال، لو كان العقد محل النزاع عقد تأمين وثار نزاع حول شكله، وكان أطراف هذا النزاع هم شركة التأمين (المؤمن) والمؤمن له والمستفيد، وكان المؤمن والمستفيد من جنسية واحدة بينما كان المؤمن له من جنسية مختلفة فإنه ليس بالإمكان الاعتداد بضابط الجنسية المشتركة للمؤمن والمستفيد؛ لأن العبرة بالجنسية المشتركة بالنسبة لأطراف العقد والمستفيد ليس منهم، فأطراف العقد هم المؤمن والمؤمن له اللذان لو اتحدا في الجنسية لكان بالإمكان الركون إلى قانون جنسيتهما عند تقدير صحة شكل العقد. وهذا يعني بالنتيجة أن شكا يدور حول ملاءمة ضابط الجنسية المطبق على العقود من حيث شكلها عند الحديث عن التصرفات الانفرادية من حيث الموضوع؛ لأن ذلك قد يؤدي إلى ضيم يلحق من رتب التصرف حقوقا لمصلحتهم؛ لأن ذلك يعني تطبيق قانون من صدر عنه التصرف وهو قانون قد لا يعرفونه وقد لا تربطهم به رابطة من أي نوع. غير أن ذلك لا يستدعي استبعاد ضابط الجنسية على الإطلاق، بل يوجب البحث عن مقاربة يمكن من خلالها الاستفادة من هذا الضابط الذي هو في التصرفات صنو لضابط الموطن من حيث الأهمية. إن المقاربة التي نعتقد أن الأخذ بها يحقق الإنصاف لأطراف المعادلة جميعا تتحقق إذا ما أخذ بضابط الجنسية المشتركة بالنسبة لمن صدر عنه التصرف ومن رتب التصرف لهم حقوقا إن اتحدوا في الجنسية.

ولكن يبقى السؤال عن ترتيب هذا الضابط بين الضوابط التي تحكم التصرفات الانفرادية من حيث الموضوع. وصار واضحا كما بينا من قبل أن قانون مكان الإبرام هو الأفضل لحكم التصرفات الانفرادية لذلك فهو مقدم في نظرنا على القانون الشخصي سواء أكان قانون الموطن أم قانون الجنسية. أما إن تعذر أعمال

[صلاحية قانون العقد للتطبيق على التصرفات الانفرادية عند تنازع القوانين]

قانون مكان الإبرام لسبب من الأسباب التي ذكرناها سابقاً، أو لغيرها من الأسباب؛ فإنه يجب الانتقال إلى الضوابط الشخصية أي ضابطي الموطن والجنسية، ونرى أن ضابط الموطن مقدم في هذا المقام على ضابط الجنسية أولاً؛ لأن ثبوت الاختصاص لقانون الجنسية رهين في اقتراحنا باتحاد جنسية من صدر عنه التصرف مع جنسية من رتب التصرف لهم حقاً، وثانياً لعدم سهولة معرفة جنسية من صدر عنه التصرف من قبل من رتب التصرف حقوقاً لهم مقارنة بالموطن الذي يتخذ من المظاهر الخارجية ما يدل عليه؛ لذلك نرى أن ضابط جنسية يأتي في المرتبة الثالثة بعد ضابط مكان الإبرام الذي يأتي في المقام الأول، وضابط الموطن الذي يأتي في المرتبة الثانية. ودون أدنى شك فإن الجنسية المشتركة تشكل في هذه الحالة الضابط الأكثر ملاءمة لحكم الإرادة المنفردة بعد ضابطي مكان الإبرام والموطن.

الفرع الثالث**ضابط قانون القاضي**

يعطى الاختصاص لقانون القاضي في حكم بعض العلاقات القانونية ذات الصفة الأجنبية. وهذا الاختصاص قد يكون أصلياً كما هو الحال بالنسبة للإجراءات؛ حيث قضت المادة ٢٣ من القانون المدني بأن "يسري قانون البلد الذي تقوم فيه الدعوى، أو تباشر فيه إجراءاتها على قواعد الاختصاص وإجراءات التقاضي"، وكما هو الحال بالنسبة للتكييف الذي يخضع وفقاً للمادة ١١ من القانون المدني للقانون الأردني^(٦٠). وفي حالات أخرى يكون هذا الاختصاص احتياطياً، أي أن

(٦٠) قال جانب من الفقه بخضوع مسألة تكوين العقد لقانون القاضي باعتبارها مسألة تكييف في مقابل آثار العقد التي تخضع لقانون الإرادة، فواد رياض وآخرون، تنازع القوانين من حيث المكان =

[د. فراس يوسف الكساسبة]

الاختصاص في الأصل يكون لقانون آخر غير قانون القاضي، لكن عقبة وقفت في وجه القانون المختص حالت دون تطبيقه، فلم يكن من مناص سوى تطبيق قانون القاضي وإلا بقي النزاع دون قانون يحكمه^(٦١)، وهذا هو المأخوذ به في حالة وقوع فعل ضار (تصادم) بين واسطتين (سفينتين أو طائرتين) في أعالي البحار، أو في أجواء لا تخضع لسلطة أي دولة^(٦٢)، وكذلك في حال عدم تطبيق القانون الأجنبي بسبب مخالفته للنظام العام في دولة القاضي، وفي حالة تعذر معرفة مضمون القانون الأجنبي.

- وأحكام فضه في القانون اليمني، ٣٥٣ وما بعدها (١٩٨٩). غير أن السائد فقها خضوع تكوين العقد لقانون الإرادة كما هو شأن آثار العقد.
- (٦١) وعلى هامش هذا الموضوع، نشير إلى أن الفقه قد اصطلح على التعبير عن اختصاص قانون القاضي في مثل هذه الحالات بالاختصاص الاحتياطي لقانون القاضي، لكننا نختلف معهم في هذا باعتبار أن الأصل في الأمور، وإعمالاً لمبدأ سيادة الدولة التي يشكل تطبيق القانون الوطني أحد مظاهرها، ألا يطبق القاضي قانون آخر غير قانون بلده على المسائل التي تعرض عليه لكن ولا اعتبارات العدالة وضرورات امتداد العلاقات عبر الدول جرى التساهل بحيث يمكن تطبيق قانون أجنبي على العلاقة إذا ما كان هذا القانون هو الأكثر ملاءمة لحكمها وذلك فيما يتعلق بالعلاقات المنتمية إلى القانون الخاص دون سواها. وعلى هذا الأساس؛ فإنه عند العودة لتطبيق قانون القاضي فإننا لا ننظر إلى اختصاص قانون القاضي على أساس أنه اختصاص احتياطي بل هو عودة للأصل؛ لذلك، نفضل عبارة "العودة إلى قانون القاضي" على مصطلح "الاختصاص الاحتياطي لقانون القاضي".
- (٦٢) وقد اختلفت الآراء اختلافاً كبيراً بصدد القانون واجب التطبيق في مثل هذه الحالة، ففي حين رأى البعض وجوب تطبيق قانون القاضي باعتباره القانون صاحب الاختصاص الاحتياطي كما ذكرنا، رأى آخرون وجوب تطبيق قانون البلد الذي تنتمي إليه الوساطة التي سببت الضرر، ورأى غيرهم وجوب إعطاء المضرور الحق في الاختيار بين قانون الوساطة التي سببت الضرر وقانون الوساطة التي لحقها الضرر، بينما دعا فريق رابع إلى تطبيق قانون العلم المشترك. أما المحاكم الإنجليزية فقد ذهبت إلى تطبيق ما سمته القانون البحري العام على هذه الحالة، أي الأعراف البحرية التي استقر العمل بها في مختلف الدول. وبالمثل، اختلف الفقه حول القانون الذي يخضع له تحديد مقدار التعويض فرأى بعض الشراح أنه لا يخضع للقانون المحلي، بل لقانون القاضي، هشام صادق، تنازع القوانين ٤٢١ وما بعدها و ٤٤٥ (٢٠٠٧).

[صلاحية قانون العقد للتطبيق على التصرفات الانفرادية عند تنازع القوانين]

ويتسم تطبيق القانون الوطني (قانون القاضي) بميزة اليسر والسهولة؛ حيث إن القاضي الوطني يعلم مضمون قانونه، ولا يحتاج من ثم إلى وقت أو جهد يضنيه، أو نفقات تبذل في سبيل الوصول إلى هذا القانون أو تفسيره، بخلاف القانون الأجنبي الذي لا يجد القاضي فوق ذلك أي ميل نحوه أو رغبة في تطبيقه.^(٦٣)

غير أنه، وبشكل عام، يعتري إعطاء الاختصاص لقانون القاضي عيوب أهمها، أولاً: أن يحكم أطراف العلاقة بقانون قد لا يربطهم به أي رباط مع ما قد يجره ذلك من مجافاة للعدالة التي تعد أهم أسباب وجود فكرة تنازع القوانين^(٦٤)؛ لأن إعطاء الاختصاص للقانون الوطني لمجرد كونه قانون القاضي الناظر في النزاع يؤدي إلى حرمان أطراف العلاقة من قانون آخر هو الأكثر ملاءمة وارتباطاً بموضوع النزاع، ثانياً: احتمالية رفض المحاكم أو الجهات المختصة بالتنفيذ في الدولة الأجنبية المطلوب التنفيذ لديها، إما لوقوع الأموال المراد التنفيذ عليها أو الأشخاص المطلوب التنفيذ في مواجهتهم في دائرتها، تنفيذ الحكم الصادر وفقاً لقانون القاضي مخالفة ذلك الحكم ما هو مقرر في قانونها^(٦٥)، وأخيراً وليس آخراً، يؤدي الأخذ

(٦٣) ممدوح عبد الكريم، القانون الدولي الخاص، ٣١ (٢٠٠٥).

(٦٤) هنالك اعتبارات أخرى تقف خلف السماح بتطبيق قانون أجنبي أمام المحاكم الوطنية، منها مثلاً المجاملة و تشجيع التجارة الدولية والمعاملة بالمثل وحماية الحقوق المكتسبة وضمان تنفيذ الحكم الصادر عن المحكمة الوطنية فضلاً عن الاعتبارات التاريخية، انظر تفصيل ذلك ممدوح عبد الكريم، القانون الدولي الخاص، ٣١-٣٣ (٢٠٠٥)؛ لذلك فقد تسوئل فيما إذا كانت المحاكم الإنجليزية تطبق القانون الأجنبي استناداً إلى اعتبارات العدالة أو على أساس فكرة المجاملة، A Levontin, Choice of Law and Conflict of Laws 1 (1976) فأجاب بعض شراح القانون الإنجليزي على هذا التساؤل، وبعد استعراض أحكام المحاكم الإنجليزية خلال مائة عام، بأن الاعتبارات التي تقف خلف تطبيق قانون أجنبي لديها هي مزيج من الأمرين معاً، انظر : J O'Brien, Conflict of Laws, 7 (1999)

(٦٥) ممدوح عبد الكريم، القانون الدولي الخاص، ٣١ (٢٠٠٥).

[د. فراس يوسف الكساسبة]

بقانون القاضي إلى عدم معرفة أطراف العلاقة للقانون الذي يحكم العلاقة إلا بعد رفع الدعوى^(٦٦).

الحقيقة: أن المحاكم في الدول الأخرى لن تستمع إلى أوامر المشرع الأردني التي تلزم المحاكم الأردنية فقط؛ لذلك، يجب ألا نبحت في إعطاء الاختصاص لقانون القاضي على الإطلاق وبغض النظر عن كون هذا القاضي، بل يجب أن نحصر المسألة في نطاق القانون الأردني؛ لذلك، فإن المهم عملياً أن نبحت في مدى ملاءمة إعطاء الاختصاص للقانون الأردني في نظر النزاعات المتعلقة بالإرادة المنفردة إذا رفعت الدعوى في الأردن، وثبت الاختصاص بنظرها للمحاكم الأردنية.

ونبني على هذا الأساس السؤال الآتي: هل يمكن الأخذ بالقانون الأردني، الذي هو قانون القاضي، بصفة أصلية أو احتياطية بخصوص التصرفات الانفرادية؟ في الواقع إن الأخذ بقانون القاضي بصفة أصلية لا احتياطية ليحكم التصرفات الانفرادية يصعب الدفاع عنه؛ ذلك لأن الحالات التي أعطي فيها الاختصاص لقانون القاضي، ونعني هنا إجراءات الدعوى وإجراءات التحفظ والتنفيذ، قد تم ذلك لكون القواعد التي تحكمها تعد من النظام العام بسبب ارتباطها بالمصلحة العامة والنظام الاجتماعي للدولة فلا يجوز الخروج عليها^(٦٧)، فهذه القواعد تهدف إلى

(٦٦) ويعد حق أطراف العلاقة في معرفة القانون واجب التطبيق عليها من الاعتبارات التي حرصت اتفاقية روما على أخذها بعين الاعتبار عند تحديدها للقانون واجب التطبيق على العقود، انظر،

F Ferrari, S Leible (Eds), Rome I Regulation, the Law applicable to Contractual Obligations in Europe 28-30 (2009).

(٦٧) حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، ٢٥٥ (٢٠٠٥).

[صلاحية قانون العقد للتطبيق على التصرفات الانفرادية عند تنازع القوانين]

النهوض بوظيفة من أهم وظائف الدولة، ألا وهي أداء العدالة على أحسن وجه، وهذا لا يكون إلا استناداً للقواعد التي قررتها تلك الدولة ورأت أنها كفيلة بتحقيق هذا الهدف^(٦٨).

أما حالة الاختصاص الاحتياطي لقانون القاضي فإنها منبئة الصلة بالسؤال المطروح في هذا الفرع والذي يدور فقط حول الاختصاص الأصلي؛ لأن اختيار قانون القاضي في حالة الاختصاص الاحتياطي لا يتم لكون ذلك القانون هو الأنسب لحكم العلاقة، بل لاستحالة تطبيق القانون المختص أصلاً، وفي نهاية المطاف؛ فإن تلك العلاقة تحتاج إلى قانون يحكمها، وكان هذا القانون هو قانون القاضي؛ إما تفضيلاً له عن سائر القوانين غير الملائمة لحكم العلاقة باعتباره، وإن كان هو أيضاً غير ملائم لحكم العلاقة، قانون المحكمة الناظرة في النزاع، أو على أساس العودة إلى الأصل؛ لأن تطبيق القانون الأجنبي خروج على الأصل الذي يلزم المحكمة بالرجوع إلى قانونها الوطني في كل النزاعات التي تعرض عليها. وبهذا، فإن ما يسري على كافة العلاقات ذات الصلة الأجنبية يسري على التصرفات الانفرادية، ففي كل مرة يتعذر فيها تطبيق القانون الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد إما لعدم إمكانية معرفة مضمونه، أو لمخالفته للنظام العام فإنه يلجأ إلى قانون القاضي ليستند الحكم من قواعده لا باعتباره القانون الأكثر ملاءمة بل للاعتبارات التي ذكرناها آنفاً.

ولكن، هل يعني كل ما سبق أن قانون القاضي لا يمكن أن يجد له طريقاً لحكم التصرفات الانفرادية بصفة أصلية؟ من المعلوم أن الدول عند تنظيمها لقواعد تنازع

(٦٨) انظر فؤاد رياض وآخرون، تنازع القوانين من حيث المكان وأحكام فضه في القانون اليمني، ٢٥٧ (١٩٨٩).

[د. فراس يوسف الكساسبة]

القوانين من حيث المكان تميل إلى قانونها أحياناً، ويصلح تنظيم قواعد التنازع في مسائل الزواج في القانون الأردني مثلاً على ذلك، فبعد أن عينت المادتان ١٣ و ١٤ من القانون المدني القوانين واجبة التطبيق على مسائل الزواج وهي: قانون كل من الزوجين بالنسبة لشروط الزواج الموضوعية وقانون الزوج وقت الزواج بالنسبة لآثار الزواج وقانون الزوج وقت الطلاق بالنسبة للطلاق ووقت رفع الدعوى بالنسبة للتطبيق، استتنت المادة ١٥ من ذات القانون من حكم المادتين السابقتين الحالة التي يكون فيها أحد الزوجين أردنياً؛ إذ يعطى الاختصاص في هذه الحالة للقانون الأردني^(٦٩). والسؤال هنا: هل يمكن أن نطبق ذات الحكم على التصرفات الانفرادية، فيكون الاختصاص للقانون الذي تشير إليه قاعدة الإسناد، أي قانون مكان صدور التصرف فإن لم يوجد فقانون موطن من صدر عنه التصرف (حسب رأينا الذي اقترحناه فيما سبق)، فإن لم نتمكن من تطبيق هذين الضابطين أخذنا بالقانون الأكثر ملاءمة، إلا إذا كان من صدرت عنه الإرادة أو المستفيد منها أردنياً؟

الحقيقة أنه، وقبل الإجابة عن هذا السؤال، لا بد من التعرض للسبب الذي لأجله أعطي الاختصاص لقانون القاضي فيما يتعلق بمسائل الزواج إذا كان أحد الزوجين أردنياً، هل هو مجرد المحاباة للقانون الوطني عودة إلى الأصل، أو بدافع تسهيل مهمة القاضي الناظر للنزاع، أو هو الرغبة في حماية الطرف الوطني في العلاقة؟

(٦٩) ومن ذلك أيضاً ما قرره القانون الفرنسي من خضوع مسائل الحالة والأهلية لقانون الجنسية، إلا بالنسبة للأجانب المتوطنين في فرنسا لمدة زادت على خمس سنوات فيطبق قانون الموطن الذي هو القانون الفرنسي، فؤاد رياض وآخرون، تنازع القوانين من حيث المكان وأحكام فضه في القانون اليمني، ١١٠ (١٩٨٩).

[صلاحية قانون العقد للتطبيق على التصرفات الانفرادية عند تنازع القوانين]

لا يخفى أن الهدف في هذه الحالة هو حماية الطرف الوطني في العلاقة، ولو كان الهدف هو مجرد محاباة القانون الوطني، أو تسهيل قيام القاضي بمهمته لانطبق هذا الحكم على سائر العلاقات القانونية ولم يكن من مبرر لأن تخص حالات محددة بهذا الحكم، ولوجدنا مثله في مسائل التركات إذا كان أحد الورثة أردنياً، وفي الالتزامات غير التعاقدية إذا كان احد الأطراف أردنياً، وفي الوصية إذا كان الموصى له أردنياً، وكذا في بقية المسائل كلما كان أحد أطرافها أردنياً.

ويحق التساؤل إذا ما أردنا أن نطبق الحكم نفسه الوارد في المادة ١٥ المذكورة على التصرفات الانفرادية عما يبرر إعطاء الاختصاص للقانون الأردني إذا كان أحد أطراف التصرف أردنياً دوناً عن الكثير من العلاقات القانونية؟ في الواقع، إن ذات الحجة التي تبرر الاستثناء الوارد في المادة ١٥ يمكن أن تساق هنا لتفتح الباب أمام تطبيق قانون القاضي بشرط أن يكون الطرف الوطني بحاجة إلى الحماية التي يقرها القانون الوطني. ولكي يتمتع هذا الطرف بهذه الحماية فإن ذلك يستلزم أمرين: الأول أن يكون هو الطرف الضعيف في العلاقة، وهذا يتحقق بالنسبة لمن صدر التصرف لمصلحته وليس لمن صدر عنه التصرف، وهذا بخلاف العقود التي يفترض أن المدين هو الطرف الضعيف فيها فيما عدا عقود الإذعان التي يكون المذعن هو الطرف الضعيف فيها دائماً كان أو مديناً. ومرد ذلك أن التصرف هنا هو وليد إرادة منفردة تتحكم في صدوره من حيث المبدأ وتتحكم بترتيب آثاره على خلاف الحال بالنسبة للعقود. والأمر الثاني أن تكون الحماية الممنوحة بموجب قانون القاضي (القانون الأردني) أفضل من تلك التي يمنحها القانون الذي تشير إليه قاعدة الإسناد. ولا بأس حينئذٍ من القول: بأن القانون الأردني يختص بحكم التصرفات الانفرادية حيث يكون من وجه إليه التصرف أردنياً، إلا في الحال التي

[د. فراس يوسف الكساسبة]

يمنح فيها القانون الذي تشير إليه قاعدة الإسناد في الأصل حقوقاً أفضل من تلك التي يمنحها القانون الأردني. وفي هذه الحالة يكون القانون الأردني هو الأكثر ملاءمة بعد ضابطي مكان الإبرام والموطن، خاصة إذا كان الأردن هو مكان تنفيذ التصرف الانفرادي (مكان تنفيذ العمل في حالة الوعد بجائزة)، باعتبار ما لمكان التنفيذ من أهمية في مجال التصرفات الإرادية جعلت منه في مرحلة ما الضابط المعتمد عليه في تعيين القانون واجب التطبيق على العقود.

الخاتمة

حقا إن مسائل القانون الدولي الخاص، وبخاصة تنازع القوانين، مما يصعب الخوض فيه. وتعد منطقة التصرفات الإرادية من أعقد المسائل عند البحث في القانون واجب التطبيق، وذلك في ضوء اختلاف وجهات النظر فقها وقضاء حول القانون واجب التطبيق عليها من جهة، وباعتبار التطور الذي تشهده سواء أكان على صعيد صور التصرفات التي تشملها أم على صعيد الأفكار المطروحة في حل التنازع المتعلق بهذه التصرفات.

وقد حاولنا في هذه الدراسة أن نسبر جانبا مسكوتاً عنه في منطقة التصرفات الانفرادية، ألا وهو القانون واجب التطبيق على التصرفات الناشئة عن إرادة منفردة. وقد خلصنا في نهاية البحث إلى جملة من النتائج نوردتها تالياً تتبعها التوصيات.

النتائج:

أولاً: تعد التصرفات الانفرادية من التصرفات الإرادية إلى جانب العقد، وتتفاوت أهميتها كمصدر من مصادر الحق باختلاف قوانين الدول. فمن هذه القوانين ما لا يعترف بها كمصدر من مصادر الحق، ومنها ما يعترف بأهم صورها دون أن يتخذها مصدراً عاماً للحق، ومنها ما يعتبرها مصدراً عاماً للحق، والقانون الأردني ينتمي إلى الطائفة الأخيرة.

ثانياً: لم يرد في القانون الأردني ما يشير إلى القانون واجب التطبيق على التصرفات الانفرادية رغم أن القانون الأردني قد اتخذ منها مصدراً عاماً للحق، كما أشرنا، ورغم أن الفقه الإسلامي الذي يعد الأساس الذي بني عليه القانون المدني

الأردني يعول كثيراً عليها؛ بحيث إن كثيراً مما يعتبر عقداً في الفقه الغربي يتم بالإرادة المنفردة في الفقه الإسلامي.

ثالثاً: ليس بالإمكان، في ضوء ما سبق، إلا القول بأن الإحالة المقررة في المادة ٢٥١ من القانون المدني إلى أحكام العقد بشأن التصرفات الانفرادية تشمل أيضاً موضوع القانون واجب التطبيق. ومن ثم؛ فإن ذات الضابط المتدرج الخاص بالعقود المتضمن في المادة ١/٢٠ من القانون المدني، والقائم على الإرادة ثم الموطن المشترك ثم مكان الإبرام، هو ما يسري على التصرفات الانفرادية.

رابعاً: عند فحص صلاحية قانون العقد المبني على الضابط الثلاثي المتدرج وجدنا أنه ممكن التطبيق على التصرفات الانفرادية، وذلك إذا أولنا الإرادة والموطن على أنهما إرادة وموطن من صدر عنه التصرف الانفرادي، وأولنا مكان الإبرام على أنه مكان صدور ذلك التصرف، أما من جهة الملاءمة فقد وجدنا أن ضابط الإرادة لا يصلح الأخذ به في ميدان التصرفات الانفرادية لمضاره الشديدة بحقوق المستفيدين من التصرف، بخلاف ضابطي الموطن ومكان الإبرام الملائمين لحكم هذه التصرفات.

خامساً: لما استقر الرأي بنا على وجوب استبعاد ضابط الإرادة من الضوابط التي تحكم التصرفات الانفرادية بقي لدينا الضابطان المكانيان المذكوران آنفاً. وفي التصرفات الانفرادية، تحديداً؛ فإن الأخذ بأحد هذين الضابطين يؤدي عملياً إلى حجب الضابط الآخر إلا في النادر من الحالات. وقد حتم هذا الوضع المفاضلة بين الضابطين المذكورين للأخذ بالأكثر ملاءمة منهما، وإبقاء الآخر ضابطاً احتياطياً؛

[صلاحية قانون العقد للتطبيق على التصرفات الانفرادية عند تنازع القوانين]

حيث وجدنا أن ضابط مكان الإبرام هو الأكثر ملاءمة في مجال التصرفات الانفرادية.

سادساً: ترتب على استبعاد ضابط الإرادة خسارة هذا الضابط بما ينتقص من الضوابط المتاحة في التصرفات الانفرادية إلى اثنين عوضاً عن ثلاثة في العقود. ومن هنا، كان لا بد من البحث عن ضوابط أخرى يمكن أن تكون ملائمة لحكم التصرفات الانفرادية ليؤخذ بها بشكل وترتيب معين بعد الضابطين المكانيين، وقد وجدنا ضاللتنا في ضوابط: القانون الأكثر ملاءمة والجنسية وقانون القاضي، حيث يمكن الأخذ بضابط القانون الأكثر ملاءمة في حال عدم التمكن من تطبيق ضابطي مكان الإبرام والموطن على التوالي، ويعد ضابط الجنسية المشتركة لمن صدر عنه التصرف والمستفيد منه هو الضابط الأكثر ملاءمة، فإن اختلفا جنسية كان القانون الأردني هو القانون المختص إذا كان المستفيد من التصرف أردنياً.

التوصيات:

أولاً: نشير على مشرعنا بوجوب الاهتمام بالقانون واجب التطبيق على التصرفات الانفرادية، وذلك بإفراد نص يعالج هذه المسألة، أو في الحد الأدنى بيان ما إذا كان حكم المادة ١/٢٠ من القانون المدني هو واجب التطبيق عليها، وإذا كان كذلك نشير عليه باستبعاد القانون الذي تعينه الإرادة من حكم التصرفات الانفرادية لما في ذلك من إجحاف قد يلحق حقوق المستفيدين من التصرف، وفي ذات الوقت نرى ضرورة توضيح المقصود بالموطن المشترك، ومكان الإبرام في حالة التصرفات الانفرادية.

[د. فراس يوسف الكساسبة]

ثانياً: نقتراح على مشرعنا الأخذ بضابط القانون الأكثر ملاءمة فيما يخص التصرفات الانفرادية، وذلك بعد ضابطي مكان الإبرام والموطن بما يسمح للقاضي بأخذ ظروف كل قضية على حدة، على أن يعتبر قانون الجنسية المشتركة لمن صدر عنه التصرف والمستفيد منه هو القانون الأكثر ملاءمة، وإلا فهو القانون الأردني إن كان المستفيد من التصرف أردنياً.

ثالثاً: نوصي زملائنا من الباحثين وشراح القانون بإيلاء مسألة القانون واجب التطبيق على التصرفات الانفرادية الاهتمام الكافي عند بحثهم للتنازع المكاني للقانون، وذلك لسد الفراغ الحاصل حالياً في هذه المنطقة.

قائمة المراجع

المراجع العربية

- إبراهيم الشديفات، أحكام الوصية وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية الأردنية، ط١، عمان: دار يافا العلمية (٢٠٠٧).
- أشرف محمد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، ط١، القاهرة: دار النهضة العربية (٢٠٠٩).
- إلياس ناصيف، الوصية، ج ٢، الوصية للمسلمين وفي القانون الدولي الخاص، ط٢، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية (٢٠٠٧).
- أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني، ط٤، عمان: دار الثقافة (٢٠١٠).
- بدران أبو العينين بدران، المواريث والوصية والهبة في الشريعة الإسلامية والقانون، الإسكندرية: مؤسسة شباب الجامعة (١٩٩٠).
- توفيق فرج، النظرية العامة للالتزام، ط٣، بيروت: الدار الجامعية (١٩٩٣).
- حازم الصمادي، المسؤولية في العمليات المصرفية الإلكترونية، ط١، عمان: دار وائل (٢٠٠٣).
- حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، ط١، عمان: دار الثقافة (٢٠٠٥).
- سامي منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، ط١، بيروت: دار العلوم العربية (١٩٩٤).
- سعيد البستاني، القانون الدولي للإسناد التجارية، ط١، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية (٢٠٠٦).

- سمير تناغو، مصادر الالتزام، ط ١، الإسكندرية: مكتبة الوفاء القانونية (٢٠٠٩).
- طالب موسى، قانون التجارة الدولية، ط ١، عمان: دار الثقافة (٢٠٠٥).
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج ١، ط ٣، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية (٢٠٠٠).
- عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج ١، ط ٢، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية (١٩٩٨).
- عبد القادر الفار، مصادر الالتزام، ط ١، عمان: دار الثقافة (٢٠٠٦).
- عدنان السرحان، نوري خاطر، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية، ط ١، عمان: دار الثقافة (٢٠٠٨).
- عكاشة عبد العال، تنازع القوانين، ط ١، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية (٢٠٠٤).
- علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ط ٤، الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية (١٩٩٣).
- غالب الداودي، القانون الدولي الخاص الأردني، الكتاب الأول، في تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، ط ١: (١٩٩٦).
- فؤاد رياض، سامية راشد، عنايت ثابت، تنازع القوانين من حيث المكان وأحكام فضه في القانون اليمني، القاهرة: دار النهضة العربية (١٩٨٩).
- فوزي سامي، التحكيم التجاري الدولي، ط ١، عمان: دار الثقافة (٢٠٠٨).

[صلاحية قانون العقد للتطبيق على التصرفات الانفرادية عند تنازع القوانين]

- محمد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، ط ١، عمان: دار الثقافة (٢٠٠٩).
- محمد بلمعلم، مفهوم العقد الدولي في إطار الاتفاقيات الدولية، <http://www.lawjo.net/vb/showthread.php/t=8396>
- مصطفى السباعي، الأحوال الشخصية في الأهلية والوصية والتركات، ط ٥، دمشق: المطبعة الجديدة، دمشق (١٩٧٨).
- ممدوح عبد الكريم، القانون الدولي الخاص، ط ١، عمان: دار الثقافة (٢٠٠٥).
- منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات، ج ١، ط ٣، عمان: دار الثقافة (١٩٩٥).
- موسى عبود، الوجيز في القانون الدولي الخاص المغربي، ط ١، الدار البيضاء: المركز الثقافي العربي (١٩٩٤).
- نائل مساعدة، الاختصاص القضائي والتشريعي للعقود الإلكترونية في القانون الأردني، مجلة المنارة للبحوث والدراسات، العدد الثامن، المجلد الثالث عشر، ١٧٥، المفرق: جامعة آل البيت، (٢٠٠٧).
- نشأت الأخرس، شرح قانون أصول المحاكمات المدنية، ج ١، ط ١، عمان: دار الثقافة (٢٠٠٨).
- هشام صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، الإسكندرية: منشأة المعارف (١٩٩٥).
- هشام صادق، تنازع القوانين، الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية (٢٠٠٧).

[د. فراس يوسف الكساسبة]

- يوسف عبيدات، نظرية تصدير القبول: لماذا هي الأكثر ملاءمة لتحديد زمان ومكان انعقاد العقد في التعاقد بين غائبين، دراسة لنص المادة ١٠١ من القانون المدني الأردني، مجلة أبحاث اليرموك، العدد الثالث، المجلد الثالث والعشرون، ١١٠١، اربد: جامعة اليرموك، (٢٠٠٧).
- المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني.

المراجع الأجنبية

- A Flessner, H Verhagen, Assignment in European Private International Law, Munchen: Sellier, European Law Publishers (2006).
- A Levontin, Choice of Law and Conflict of Laws, Leyden: Sijthoff International Publishing Company (1976).
- F Ferrari, S Leible (Eds), Rome I Regulation, the Law applicable to Contractual Obligations in Europe, Munchen: Sellier, European Law Publishers (2009).
- H Batiffol, P Lagarde, Droit International Privé, 7 édition, Paris: Librairie général de droit de jurisprudence (1985).
- J O'Brien, Conflict of Laws, 2nd ed, London : Cavendish Publishing (1999).