مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية

اسم المقال: خضوع التصرف القانوني الانفرادي لقانون الإرادة
اسم الكاتب: محمد جسام ابراهيم خلف، أ.د. سعد حسين عبد
رابط ثابت: https://political-encyclopedia.org/index.php/library/9759
تاريخ الاسترداد: 2026/11/01 11:52 +03

الموسوعة السياسيّة هي مبادرة أكاديمية غير هادفة للربح، تساعد الباحثين والطلاب على الوصول واستخدام وبناء مجموعات أوسع من المحتوى العلمي العربي في مجال علم السياسة واستخدامها في الأرشيف الرقمي الموثوق به لإغناء المحتوى العربي على الإنترنت.
لمزيد من المعلومات حول الموسوعة السياسيّة - Encyclopedia Political، يرجى التواصل على info@political-encyclopedia.org

استخدامكم لأرشيف مكتبة الموسوعة السياسيّة - Encyclopedia Political يعني موافقتك على شروط وأحكام الاستخدام المتاحة على الموقع https://political-encyclopedia.org/terms-of-use

تم الحصول على هذا المقال من موقع مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية ورفده في مكتبة الموسوعة السياسيّة مستوفياً شروط حقوق الملكية الفكريّة ومتطلبات رخصة المشاع الإبداعي التي ينضوي المقال تحتها.

Journal of Anbar University for Law and Political Sciences
مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية
P. ISSN: 2706-5804 E.ISSN: 2075-2024
Volume 15- Issue 2- September. 2025
المجلد ١٥- العدد ٢ – ايلول ٢٠٢٥

Subjection of the individual legal act to the law of will

[1] Muhammad Jassim Ibrahim Khalaf [2] Prof. Dr. Saad Hussein Abdul Official Email
University of Fallujah / College of Law
1: Email: law.h2424@uofallujah.edu.iq
2: Email: saadlaw93@uofallujah.edu.iq

Abstract:

Unilateral legal actions are considered voluntary sources of obligation, and since these actions are characterized by an international character, this requires specifying the applicable law with regard to the obligation arising from them in cases of conflict of laws, but this matter is not embodied in Iraqi law and the majority of other laws .

This study concluded that it is possible to apply the law of will contained in Article (25) of the Iraqi Civil Code to unilateral legal actions, but it is not an appropriate control for them, because of the problems it raises that may lead to the interest of the disposer prevailing at the expense of the beneficiary. This study suggested adopting The officer of the place of conclusion of the disposition, and if not, then the officer of the residence of the originator of the disposition, as basic controls for governing these dispositions as they are more valid to apply to them than the law of will .

DOI https://doi.org/10.37651/aujlps.2024.154930.1391

Submitted: 25/10/2024
Accepted: 5/11/2024
Published: 1/9/2025

Keywords:
Legal action
unilateral action
law of will.

©Authors, 2024, College of Law University of Anbar. This is an open-access article under the CC BY 4.0 license (http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).

خضوع التصرف القانوني الانفرادي لِقانون الإرادة

[١] محمد جسام ابراهيم خلف [٢] أ.د سعد حسين عبد
[١] جامعة الفلوجة / كلية القانون

الملخص:

تُعتبر التصرفات القانونية الانفرادية من مصادر الإلتزام الإرادية، وحيث تَتصف هذه التصرفات بالصفة الدولية فإن ذلك يَستوجب تعيين القانون الواجب التطبيق بِصدد الإلتزام الناشئ عنها في أحوال تنازع القوانين، ولكن هذا الأمر لم يَتجسد في القانون العراقي وغالبية القوانين الأُخرى.

وقد توصلت هذه الدراسة إلى أمكانية تَطبيق قانون الإرادة الوارد في المادة (٢٥) من القانون المدني العراقي على التصرفات القانونية الانفرادية إلا أنهُ ليس بالضابط المُلائم لها، لما يُثير من إشكالات والتي قد تؤدي إلى تَغليب مصلحة المتصرف على حساب المُستفيد، وقد اقترحت هذه الدراسة إعتماد ضابط محل إبرام التصرف، فإن لم يَكُن فضابط محل إقامة مُنشئ التصرف، كضوابط أساسية لِحُكم هذه التصرفات كونها أكثر صلاحية للإنطباق عليها من قانون الإرادة.

الكلمات المفتاحية: التصرف القانوني ، التصرف الانفرادي، قانون الإرادة.

المقدمة

أولًا: التعريف بموضوع البحث:

يَعترف القانون للأطراف بِحق اختيار القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية التي تَنشأ بَينهم ضمن ميدان العلاقات الخاصة الدولية، وهذا الاعتراف يأتي بعد أن أعترف القانون للعقد بالقدرة على خلق قواعد قانونية وإن كانت فَردية مُنذ أن أعتمد القانون على مبدأ سلطان الإرادة، وهذا المبدأ نَصت عليه غالبية التشريعات العربية والغربية في قوانينها، وهو ما جاء في المادة (٢٥) من القانون المدني العراقي والتي نَصت في فَقرتها الأولى على أنه" يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، فإذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا مالم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف ان قانوناً آخر يراد تطبيقه"، ومن خِلال هذا النص يَتضح أن المُشرع العراقي أعتد أساساً بإرادة المتعاقدين الصريحة، وفي حالة غياب مثل هذه الإرادة، فَعلى القاضي أن يَستخلص إرادة الأطراف الضمنية من الظروف المصاحبة للعقد، أما إذا انعدم الاختيار ولم يَستطع القاضي المرفوع أمامه النزاع الوصول إلى الإرادة الضمنية للأطراف فحينئذ يَضطلع القاضي بِمُهمة تحديد القانون وذلك عن طريق التركيز الموضوعي للعقد،

فيأخذ بالضابطين الإحتياطيين التقليديين واللذان يتم تطبيقهما على سبيل التدرج، وهما الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، فان اختلفا تَعيّن الأخذ بِقانون الدولة التي تم فيها إبرام العقد.

هذا بالنسبة للعقود أما التصرفات القانونية الانفرادية فَلم يَرد بِشأنها نَص خاص يُخضِعَها لِقانون الإرادة من حيث القانون الواجب التطبيق، بإستِثناء الإحالة التي وَردت في المادة (٢/١٨٤) من القانون المدني العراقي والتي تَقول بِسريان الأحكام الخاصة بالعقد على التصرف الانفرادي إلا ما تَعلق منها بضرورة وجود إرادتين مُتطابِقتين لإنشاء الإلتزام.

ثانيًا: أهمية موضوع البحث

تَكتسب قواعد تنازع القوانين أهمية خاصة بزيادة التبادل في العلاقات عبر الدول، وفي وقتنا الحاضر تَبرُز أهمية دراسة القانون الواجب التطبيق على التصرفات القانونية الانفرادية بازدياد وأتساع صور التصرفات الانفرادية، وساهمت في ذلك وسائل الاتصال الحديثة مثل الفضائيات التي كثيرًا ما تَبُث برامج ومسابقات تتضمن وعودًا بجوائز تصل إلى أشخاص ينتمون إلى بُلدانٍ مُختلفة، كما يَصدُر عن الكثير من الجامعات ومراكز البحث ودور النشر والمجلات إعلانات عن جَوائز للأبحاث والمنشورات قد تَصل إلى أشخاص لا يُقيمون في البلد الذي تنتمي له الجِهة المُعلِنة عن الجائزة أو لا يَحمِلون جنسيته، ورُغم التوجهات الحديثة للإعتراف بالإرادة المنفردة كونها مصدر من مصادر الإلتزام إلا أن مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على هذه التصرفات تُركت دون نص يِحكُمها صراحة، وهو الأمر الذي أعطى لِهذا الموضوع أهمية خاصة خصوصًا وأن الإرادة المنفردة بدأت بالظهور كمصدر رئيسي من مصادر الإلتزام كما بدأت تَلعب دورًا كبيرًا في إنشاء الإلتزامات وترتيب آثار قانونية عليها.

ثالثًا: اشكالية البحث

من الإحالة الواردة في المادة (٢/١٨٤) من القانون المدني العراقي ومن مضمون المادة (١/٢٥) من القانون المدني العراقي تَنبع إشكالية هذه الدراسة، فَعندَ تطبيق مضمون ضابط قانون الإرادة الوارد في المادة (١/٢٥) على التصرفات القانونية الانفرادية تثور أسئلة أهمها:

عن أي إرادة نتحدث؟ فإذا كانت الإرادة المقصودة في العقود هي إرادة طرفي التصرف فَهل يُمكن تطبيق هذا الضابط على التصرفات الانفرادية في ضوء وجود إرادة واحدة لا ثاني لها على خلاف العقود، وما هو الأساس القانوني لتطبيق قانون الإرادة على التصرفات القانونية الانفرادية في ظل عدم وجود نص صريح يوجب تطبيق هذا القانون على

هذا النوع من التصرفات القانونية، وكيف تكتسب التصرفات القانونية الانفرادية للصفة الدولية والتي تُثير تنازع القوانين.

رابعًا: نطاق البحث

يقتصر نطاق هذا البحث على بيان مدى إمكانية تطبيق ضابط قانون الإرادة الوارد في قاعدة الإسناد الخاصة بالعقود على التصرفات القانونية الانفرادية، وبيان كيفية اكتساب هذه التصرفات للصفة الدولية، وبيان مدى مُلائمة هذا القانون لحُكم التصرفات القانونية الانفرادية.

خامسًا: منهجية البحث

نستخدم في هذه الدراسة المنهج الاكثر اتباعا في مجال القانون الدولي الخاص، وهو منهج تحليلي لقواعد القانون الدولي الخاص العراقي والقانون المُقارن، والذي سنحاول من خلاله تتبع النصوص والاحكام والآراء الفقهية المتعلقة بموضوع الدراسة، ومحاولة تحليلها ومقارنتها بالقوانين والتشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية، لاسيما في مجال العلاقات الخاصة الدولية.

سادسًا: خطة الفكرة محل الدراسة

في بحث موضوع خضوع التصرف القانوني الانفرادي لقانون الإرادة نُقسم هذه الدراسة على ثلاثة مباحث، نبحث في المبحث الأول دولية التصرفات القانونية الانفرادية، وفي المبحث الثاني نبحث إمكانية تطبيق قانون الإرادة، في حين نبحث في المبحث الثالث التشكيك في مدى مُلائمة قانون الإرادة.

I. المبحث الأول

دولية التصرفات القانونية الانفرادية

لا يُثار تنازع القوانين إلا إذا كانت العلاقة الخاصة المطروحة أمام القضاء ذات صِفة دَولية، لِكون العلاقات ذات الروابط الداخلية لا تُثير مُشكلة تَنازع القوانين، بِخلاف العلاقات التي تَتَسم بِطابع دَولي، حيثُ أن الأولى تَخضع للقوانين الداخلية التي تُطَبق عليها بِشكل مُباشر دونَ الحاجة لإستشارة قواعد الإسناد، في حين أن إستشارتها واجبة لتحديد القانون المختص بِحكم الثانية[1]، وَلم يُحدد المُشرع العراقي المَقصود بالتصرف القانوني الدَولي بِصورتيه العَقد

(١) د. هشام علي صادق، *القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية*، الإسكندرية: دار الفكر الجامعي، ٢٠١٤)، ص٥٠.

الدَولي والتَصرف الانفرادي الدَولي، بل تَركه لإجتهاد الفقه والقضاء[١] بِما يَتجسد من صور للتصرفات القانونية الدَولية الخاصة، وكل ما ورد هو نص المادة (٢٥) من القانون المدني العراقي[٢] التي بَينت القانون المُختص بِحكم العلاقة التعاقدية في إطار تنازع القوانين من حيث المكان[٣]، وقد ذهب إتجاه فقهي وقضائي إلى ان هناك معياران للعقد الدولي هُما كُل من المعيار القانوني والمعيار الإقتصادي[٤]، وهناك إتجاه فقهي آخر يذهب إلى جمع المعيارين السابقين في معيار واحد[٥] لتحديد ما إذا كان العقد دولياً من عدمه[٦]، ولإحالة المادة (١٨٤) من القانون المدني العراقي بصدد الأحكام الخاصة بالتصرفات الانفرادية إلى الأحكام الخاصة

(١) قرار محكمة التمييز في ١٩٧٧/١٠/١٨حيث صدر في قضية تتلخص وقائعها حول عقد أبرم بين سائق عراقي مع عامل سوري في سوريا لغرض القيام بإصلاح السيارة العائدة للعراقي لقاء مبلغ من المال وامتنع العراقي عن دفع الاجور التي في ذمته، وقد قام السوري برفع دعوى ضد السائق امام محكمة تلعفر مطالباً الحكم له بالمبلغ المستحق في ذمة العراقي ، إلا ان محكمة التمييز قررت نقض الحكم، وقالت في حيثيات الحكم" لما كان الالتزام التعاقدي موضوع الدعوى قد نشأ عن عقد مدني تم ابرامه في سوريا بين عراقي وسوري فتسري في هذه الحالة احكام القانون السوري، بوصفه قانون الدولة التي ابرم العقد فيها تطبيقاً لنص المادة ١/٢٥من القانون المدني العراقي"، ينظر: م.م ازهار محمود لهمود، "القانون الواجب التطبيق في منازعات العقود الدولية"، *بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية- جامعة تكريت- كلية الحقوق- قسم القانون*، مج٩، ع٣٤، (٢٠٢٠): ص١٨٤

(٢) يُنظر ما يقابل هذا النص في القوانين العربية نص المادة (١٩)، من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ النافذ والمعدل، ونص المادة (١/٢٠)، من القانون المدني السوري لعام ١٩٤٩، ونص المادة (١/٢٠)، من القانون المدني الأردني لعام ١٩٧٦، ونص المادة (١/١٩)، من القانون المدني الليبي لعام ١٩٦٣، ونص المادة (٣٠)، من القانون المدني اليمني رقم (١٩) لسنة ١٩٩٢، ونص المادة (١/٥٩)، من قانون تنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي الكويتي رقم (٥) لعام ١٩٦١، ونص المادة (٣/١١)، من قانون المعاملات المدني السوداني لعام ١٩٤٩، ويلاحظ ان هذه التشريعات بتقنينها للحكم السابق تكون قد استرشدت بما قننه المشرع المصري، والذي بدوره قد استعان في تقنينه لحكم المادة (١٩)، بالمشرع الياباني، المادة السابعة من قانون سنة ١٨٩٨ بشأن القواعد العامة في تطبيق القوانين، والمادة (٩)، من القانون البولندي الخاص بالتنازع الدولي للقوانين لعام ١٩٢٦، والمادة (٢٥)، من القانون المدني الايطالي لعام ١٩٤٢الملغي أما القانون الدولي الخاص الإيطالي الحالي الصادر عام ١٩٩٥ فأنه يُخضِع الالتزامات التعاقدية في المادة (٥٧)، منه لاتفاقية روما الصادرة في ١٩ حزيران ١٩٨٠ بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، يُنظر في ذلك د. عز الدين عبد الله، *القانون الدولي الخاص*، ج٢، ط٤، (القاهرة: دار النهضة العربية، ١٩٦٢)، ص٣٨٣ وما بعدها. د. نافع بحر سلطان، *القانون الدولي الخاص الإيطالي- ترجمة عربية للنص الفرنسي والإنجليزي*، ط١، (بغداد: مكتبة السنهوري، ٢٠٢٣)، ص٦٩.

(٣) م.م ازهار محمود لهمود، المرجع نفسه، ص١٨٤.

(٤) د. احمد عبد الكريم سلامة، *القانون الدولي الخاص*، ط١، (القاهرة: دار النهضة العربية، ٢٠٠٨)، ص ٩٦١.

(٥) ذهب جانب من الفقه الى الأخذ بالمعيار القانوني والاقتصادي معاً لتحديد دولية العقد وهذا ما تبناه القضاء الفرنسي الحديث عند التصدي لمدى دولية العقد . وبناء عليه لا يمكن اعتبار العقد دولياً إلا إذا استوفى الصفة الدولية وفقاً لمتطلبات المعيارين معاً. طيار محمد السعيد، "معايير تدويل عقود التجارة الدولية"، *بحث منشور في مجلة المُفكر- جامعة محمد خيضر بسكرة – كلية الحقوق والعلوم السياسية- الجزائر*، ع١٦، (٢٠١٧): ص٦١٠.

(٦) وهذا المعيار لا يمكننا الأخذ به لتحديد دولية التصرفات القانونية الانفرادية إلا إذا صلح كل من المعيار القانوني والمعيار الاقتصادي للإنطباق على التصرفات القانونية الانفرادية.

بالعقود إلا ما يتعلق منها بِضرورة تَوافر إرادتين[١]، وأن القول بإخضاعها لقانون العقد من حيث القانون الواجب التطبيق، يَطرح تساؤلاً حول إتصافها بالصِفة الدَولية، فهل يصلح كل من المعيار القانوني والمعيار الإقتصادي للإنطباق على التصرف الانفرادي؟ ومتى تَكتَسب التصرفات الانفرادية للصِفة الدَولية؟ ولِبيان ذلك وللوقوف عليه بِشكل أَدق نُقسم هذا المبحث على مطلبين، نَتناول في المطلب الأول مدى صلاحية المعيار القانوني للإنطباق على التصرفات القانونية الانفرادية، وفي المطلب الثاني مدى صلاحية المعيار الاقتصادي للانطباق على التصرفات القانونية الانفرادية.

I.أ. المطلب الأول

مدى صلاحية المعيار القانوني للإنطباق على التصرفات القانونية الانفرادية

تُعتبر مسألة معيار العقد الدَولي من أكثر المسائل التي تُثير جَدلاً واسِعاً في الفقه وأحكام القانون المُقارن، فالفقه يَكاد يَجمع على المُعضِلة الجَمّة التي تواجِهُه لِوَضع معيار مَضبوط للعقد الدَولي، ويَختلف الفقه بشأن المعيار الواجب إتِباعُه في تَحديد دَولية العقد كَشرط لإعمال قواعد القانون الدَولي الخاص، ويُعتَبر من أَهم المعايير التي أخذ بها الفقه في تَحديد دَولية العقد هو المعيار القانوني، والذي يَحظى بتأييد الفقه التقليدي وجانب من الفقه الحديث أو المُعاصر، وَلِمعرفة مدى صلاحية هذا المعيار للأخذ بِه في تَحديد دَولية التصرفات الانفرادية، كان لِزاماً علينا التعريف بالمعيار القانوني، ثُم نُطَبِق المعيار القانوني على التصرفات القانونية الانفرادية وحسب الفقرات الآتية:

أولًا: **التعريف بالمعيار القانوني:** يَقوم هذا المعيار على فكرة أساسية هي أن العقد يُعتبر دَولياً إذا تَضمن عُنصراً أجنبياً، سواء اتصل هذا العُنصر بإبرامه أو تَنفيذه أو بِموطن أطرافه أو جنسيتهم[٢]، كما لو أُبرمَ عقد بيع بضائع في العراق بَينَ عِراقي ومَصري على بضائع موجودة في الأُردن، على أن يَدفع ثَمنها في العراق. فهذا العقد يَتسم بالطابع الَدولي لاتصال عَناصره بِدول ثلاثة، أي بأكثر من نظام قانوني واحد.

وقد أختلف أنصار هذا المعيار في مَدى فاعلية العَناصر الأجنبية المتطرقة للرابطة العقدية وأثرها على إتسام العقد بالصِفة الدَولية[٣] ، حيثُ أتَجه الفقه التقليدي أتِجاهاً موسعاً في

(١) ووردت هذه الإحالة ايضاً في المادة (٢٥١)، من القانون المدني الاردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦، والمادة (٢٢٠)، من القانون المدني الكويتي رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠، بينما يُلاحظ خلو القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ من نص مقابل لهذه المواد.

(٢) د. احمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص٩٦٢.

(٣) د. محمود محمد ياقوت، *حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق*، (الإسكندرية: منشأة معارف،٢٠٠٤)، ص٤٠.

تَسويتهِ بَين العناصر القانونية للرابطة العقدية بِحيث يَترتب على تَطرُق الصِفة الأجنبية لأيٍ منها إكتساب العقد للطابع الدَولي المُبرر لِخضوعه لأحكام القانون الدَولي الخاص[١]. ويَتسم المعيار القانوني لدَولية العقد وفق هذا التيار الفقهي بالجمود لِكونه يَجُر إلى إعمال قَواعد القانون الدولي الخاص بِمجرد وجود عُنصر أجنبي في الرابطة العقدية، بِصرف النظر عن فاعلية هذا العنصر، أو طَبيعته القانونية[٢].

ولهذا السبب، ذَهب إتجاه ثان تَبناه جانب من الفقه المُعاصر إلى التفرقة بينَ عناصر الرابطة العقدية التي قد تَتطرق إليها الصِفة الأجنبية بَين العناصر الفاعلة أو المؤثرة والعناصر غير الفاعلة أو المحايدة . وتبعاً لذلك إذا لَحِقت الصِفة الأجنبية عُنصراً غير مؤثر، فهذا لا يُكسب العقد الصِفة الدَولية، فالجنسية الأجنبية للمُتعاقد تَعد عُنصراً ضَعيفاً وغير فاعلاً في عقود المعاملات المالية بِصفة عامة، فهي لا تَصلُح في ذاتها أساساً كمعيار لدَولية العقد، إلا في الحالات التي تَجتمع فيها مع العناصر الأُخرى[٣].

ويَتضح مما سَبق ان القاضي عندما يُكيف العلاقة المطروحة أمامه، يُحدد فيما إذا كانت ذات طابع دَولي وتَخضع لأحكام القانون الدَولي الخاص و تَجُر إلى إعمال قواعد التنازع، أَم أنها ذات طابع داخلي وتَخضع لقانون القاضي الوطني دونَ اللجوء الى قواعد تَنازع القوانين. وتَكييف العلاقة العقدية وفق هذا النهج هو مسألة قانونية دَقيقة للغاية وهو ما يُحتم إخضاعها لِرقابة مَحكمة التمييز. وتَزداد أهمية هذه الرقابة بَعد أن رَفض الفقه الحديث المؤيد للمعيار القانوني لدولية العقد رأي الفقه التقليدي المُساوي بينَ العناصر القانونية للرابطة العقدية، مُفرقاً بينَ العناصر المؤثرة والمُحايدة، وهي مسألة نسبية تَتوقف على طبيعة العقد ونوعية المُشكلة المُسببة للنِزاع[٤].

ثانيًا: تطبيق المعيار القانوني على التصرفات القانونية الانفرادية: من الممكن اكتساب التصرفات الانفرادية الصِفة الدَولية وفقاً للمعيار القانوني في حال تَضمنت عُنصراً أجنبياً، سواء كان ذلك العُنصر جنسية من صَدَرَ عنه التصرف، أو المُستفيد، أو مَوطنهم، أو مَكان صُدور التصرف، أو تَنفيذه[٥]، فمن الممكن أن يَتضمن التصرف الانفرادي جميع حالات

(١) د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص٦٢.
(٢) د. هشام علي صادق، المرجع نفسه، ص٦٣.
(٣) كوتار شوقي، "مفهوم العقد الدولي"، *مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية، مجلة مستقلة غير تابعة لأية مؤسسة عامة أو خاصة*، ع ٧ ، (٢٠١٤): ص١٣٩.
(٤) أحمد، ربحي، "العقد في القانون الدولي الخاص"، *بحث منشور في المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية – جامعة تيسمسيلت – كلية الحقوق – الجزائر*، مج ٧، ع ١، (٢٠٢٢): ص ٧٣٧.
(٥) د. فراس يوسف الكساسبة، "صلاحية قانون العقد للتطبيق على التصرفات الانفرادية عند تنازع القوانين"، *جامعة الإمارات العربية المتحدة- كلية القانون، مجلة الشريعة والقانون*، مج ٥، ع ٥٣، (٢٠١٣): ص٢٧٦.

العُنصر الأجنبي المُتَقدم ذِكرها لِيَكون تَصرفاً انفرادياً دَولياً، كما لو أجرى شخص عراقي مُقيم في الأُردن تصرفاً انفرادياً، أو كان أُردنياً ومُقيماً في العراق وأجرى هذا التصرف فيه، أو كان المُستفيد من هذا التصرف شَخصاً أجنبياً، فجميع هذه الحالات يَسود فيها تصور اكتساب التصرف الانفرادي للصِفة الدَولية، والتي تَتطلب إعمال قواعد الإسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع.

I.ب. المطلب الثاني

مدى صلاحية المعيار الإقتصادي للإنطباق على التصرفات القانونية الانفرادية

فَضَل جانب من الفقه الحديث الأخذ بالمعيار الإقتصادي بدلاً من المعيار القانوني في تَحديد دَولية العقد، ومما لا شَك فيه ان تَطبيق كُل معيار يؤدي إلى نَتيجة مُغايرة عن تَطبيق معيار آخر، كون المعيار القانوني يَستَند إلى ضوابط إسناد يتم الكشف عنها من خِلال التَحليل والبحث مثل الجنسية ومحل التنفيذ، أما المعيار الإقتصادي فإنه يَتَطلب بحث مجموع العملية التعاقُدية من الناحية الإقتِصادية أي حركة تَداول الأموال والقيم عَبرَ الحدود فَيعتمد على إعتِبارات تُسمى مَصالح التجارة الدَولية، وللكَشف عما إذا كان المعيار الإقتصادي صالِحاً للأخذ به في تَحديد دَولية التصرفات القانونية الانفرادية من عَدَمه، سنُعَرف المعيار الإقتصادي، ومن ثُم نُطبق المعيار الإقتصادي على التصرفات القانونية الانفرادية وحسب الفقرات الآتية:

أولًا: التعريف بالمعيار الإقتصادي: أَدت الإنتقادات الموجهة للمعيار القانوني لتَحديد دَولية العقد إلى أن تَكونَ حافزاً للفقه للبحث عن معيار آخر، وفي هذا الصَدد بانَ المعيار الاقتصادي الذي مَر بمراحل ثلاث:

المرحلة الأولى: وفيها يُعتبر دَولياً كل عقد يَستَتبع مَد وَجزر للبَضائع و رؤوس الأَموال عِبرَ حدود دَولتين أو أكثر، حيث ظَهرت هذه الفِكرة لأول مرة في القضاء الفرنسي بعد انتهاء الحرب العالمية الأولى بِسنوات قليلة على يد نقيب المحامين matter وذلك بشأن قضية طُرحت على محكمة النَقض الفرنسية في ١٩٢٧/٥/١٧، ووفقاً للمفهوم السابق يَعد العقد دَولياً إذا أستَتبع حركة مد وجزر عبرَ حدود دَولتين أو أكثر، وبِخلافة لا يَعد دَولياً ولو تَطرق إليه عُنصر أجنبي آخر(١).

المرحلة الثانية: وفيها يُعتبر العقد دَولياً كُل عقد يَتعدى بِتَبِعاته وآثاره الاقتصاد الداخلي للدولة، وظَهرت هذه الفكرة بعد فكرة السيدmatter السابقة وذلك في حكم لمحكمة النقض

(١) أحمد، ربحي، العقد في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص٧٣٩.

الفرنسية بتاريخ ١٩٣٤/٢/١٤ والذي أعتَبرت فيه المحكمة أن العقد يَعد دَولياً في حال ارتبط بِعملية تَتعدى نِطاق الاقتصاد الداخلي[١].

المرحلة الثالثة: وفيها يُعتبر دَولياً العقد الذي يَرتبط بِوثوق بِمصالح التجارة الدَولية، وهذه الفكرة اتَبعها القضاء الفرنسي في العديد من أحكامه وبِخاصة في صلاحية شرط التحكيم في العقود الدَولية، فكل عقد يَتعلق أو يؤدي إلى المَساس بمصالح التجارة الدَولية يُمكن الإتفاق على إخضاع ما يَنجم عنهُ من مُنازعات لقضاء التحكيم والإفلات من القضاء الوطني، ويَصح مثل هذا الإتفاق دونَ الحاجة للبحث عن القانون الواجب التطبيق[٢].

ولَم يَسلم هذا المعيار من النقد حيث إنتَقده بِشدة بَعض الفقه ويَرون عدم صلاحيته كمعيار يُحَدَد العقد الدَولي بِموجبه، وذلك بسبب قيامه على فكرة إقتصادية لا قانونية حيث إنه يَعتمد على موضوع العقد دون ظروفه هذا من جانب، ومن جانب آخر يَرونَ أن المعيار الاقتصادي هو شرط وليس معياراً إبتَدَعه القضاء الفرنسي لِتطبيق حلول معينة فرضتها استراتيجيات قانونية وسياسية خاصة بالقانون الفرنسي[٣]، هذا من جانب ومن جانب ثان يَصعُب تَحديد المَقصود بِحركة المَد والجزر للقيم الاقتصادية عَبر حدود الدول أو تَعدي آثار ونطاق العقد حدود الاقتصاد الداخلي أو ارتباطه بِمصالح التجارة الدَولية، ومن جانب ثالث هناك من المعاملات الدولية ما لا يَستتبع إنتقال للقيم الاقتصادية ورؤوس الأَموال كالمقاصة التي تجري بين المصارف، وهو ما يؤدي إلى إخراج الكثير من العقود ذات الطابع الدولي من نطاق تنازع القوانين على الرغم من توافر العُنصر الأجنبي لِكونها لا تتصل بمصالح التجارة الدَولية وهذا السبب تم الحكم عليه بالضيق أي إنه معيار ضيق [٤]، فضلاً على أنه لم يُضف جديداً بل هو مُجرد تَطبيق للمعيار القانوني ، فإن تبادل السلع والخدمات بين أكثر من دولة يُسبغ صفة الَدولية على العقد لِوجود عُنصر أجنبي فيه والمُتمثل في آثار العقد أو تَنفيذه و التي تمتد خارج حدود الدولة التي نشأ فيها العقد[٥]، فالمعيار الاقتصادي كما شَبهه أحد الباحثين

(١) أحمد ربحي، المرجع نفسه، ص٧٣٩.
(٢) د. احمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص٩٦٢.
(٣) كما ان الفقه الفرنسي نفسه يؤكد ان تعريف العقد الإقتصادي الدولي بمعرفة القضاء يعتبر تعريفاً فرنسياً بالمعنى الدقيق أي أنه يرتبط بالدرجة الأولى بالظروف الاقتصادية للمجتمع الفرنسي، مما يستفاد منه ان هذا التعريف ممكن ان يختلف ايضا من دولة الى اخرى واستنادا الى هذا المنطق لا يتأتى القول بأن معيار العقد الدولي يرتكز على تعريف فرنسي لان هذا يتناقض مع فكرة عمومية العقد الدولي التي يجب أن تعتبر واحدة في كل الدول، ومن هنا تبدو قيمة المعيار القانوني وأهميته. د. منير عبدالحميد، *الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي*، ج١، (الإسكندرية: منشأة المعارف، ٢٠٠٠)، ص٣١.
(٤) أحمد ربحي، العقد في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص٧٤٠.
(٥) د. حسام الدين فتحي ناصيف، *عقود الوسطاء في التجارة الدولية، دراسة للقواعد المادية وقواعد التنازع التي تحكم تلك العقود في ضوء التشريعات المقارنة والقضاء والاتفاقيات الدولية*، (القاهرة: دار النهضة العربية، ٢٠٠٢)، ص١٨.

الفرنسيين هو بِمثابة دائرة صَغيرة توجد داخل دائرة كبيرة وهي المعيار القانوني، فالمعيار الاقتصادي هو جزء من المعيار القانوني ومكون من مكوناته وتابع له وليس مُستقلاً أو قائماً بذاته[١].

ثانيًا: تطبيق المعيار الإقتصادي على التصرفات القانونية الانفرادية: أن تطبيق هذا المعيار بِكافة تَفاصيله على التصرف الانفرادي يعد أشبه بالمستحيل، فَمِنَ النادر وجود تصرفات انفرادية تُحقق مَصلحة التجارة الدَولية وتَهدف إلى نَقل الأموال والخدمات عبر الحدود[٢]، فالصورة الغالبة تكون العقود فيها الوسيلة الوحيدة لِنقل رؤوس الأموال والبضائع والخدمات بينما التصرفات الانفرادية يَصعُب تَصورها في أي من هذه العمليات، وأن كانت هناك بعض التصرفات الانفرادية لها صِلة بالتجارة الدَولية فأنها غالباً ما تكون متصلة بالعقد بشكل او بآخر،" فعلى سبيل المثال تحرير الأوراق التجارية، وإن كان تصرفاً انفرادياً إلا أَنهُ لا يَعد خروجاً على هذه القاعدة، حتى وأن أدى ذلك إلى نقل رؤوس الأموال عبر الحدود، لأن تحرير الأوراق التجارية ليس عملاً قائماً بذاته، بل يستهدف تغطية إلتزام مُنشِؤه العقد"[٣].

إلا أن من المُمكن أن تَكتسب التصرفات الانفرادية طِبقاً لهذا المعيار الصِفة الدَولية في حالة تجاوزها النطاق الوطني، وإن كان ذلك أشبه إلى حدٍ ما بالمعيار القانوني[٤].

ونحن نُرجح الأخذ بالمعيار القانوني في تحديد دَولية التصرف القانوني الانفرادي وعدم الخَوض في المعيار الإقتصادي، لكون المعيار القانوني يَكفل وحدة الحلول ويُحقق الأمان القانوني[٥].

ومما يَجدُر بنا الإشارة إليه ان إستِحالة تَطبيق المعيار الإقتصادي على التصرفات القانونية الانفرادية يؤدي بنا إلى عدم إمكانية الإنتقال للمعيار المزدوج الذي يَشترط لتحديد دولية التصرف الانفرادي إستيفاءه الصفة الدولية وفقا لمعطيات المعيارين معاً.

---

(١) بلمعلم محمد، "المعيار القانوني كمعيار وحيد لتحديد دولية العقد وتحديد القانون الواجب التطبيق أثنا سير إجراءات التحكيم"، *منشورات مجلة المهن القانونية والقضائية - سلسلة قانون الأعمال والممارسة القضائية*، ع ٥,٦ ، (٢٠١٩): ص٦٨.

(٢) د. فراس يوسف الكساسبة، صلاحية قانون العقد للتطبيق على التصرفات الانفرادية عند تنازع القوانين، مرجع سابق، ص٢٩٦.

(٣) د. فراس يوسف الكساسبة، المرجع نفسه، ص٢٩٦.

(٤) صادق حمد خشوش، "التصرفات الانفرادية في العلاقات الخاصة الدولية"، (اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق بجامعة المنصورة، ٢٠٢١)، ص٥٥.

(٥) د. منير عبدالحميد، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي، مرجع سابق، ص٣١.

II. المبحث الثاني

إمكانية تطبيق قانون الإرادة

من الثابت ان القاضي المَعروض أمامه النزاع لا يذهب إلى تَطبيق قانون الإرادة بوصفه ضابطاً للإسناد في مجال العقود والمعاملات المالية الدولية المَنصوص عَليه في قاعدة الإسناد في قانونه إلا بعد ان يفحص العلاقة المطروحة ويتأكد من إتسامها بالصِفة الدَولية التي هي شرط لازم لإعمال قاعدة الإسناد، وسَبق وأن بَيّنا أنه من الممكن اكتساب التصرفات الانفرادية الصِفة الدَولية وفقاً للمعيار القانوني في حال تَضمنت عُنصراً أجنبياً، والإرادة المقصودة الواردة بِقاعدة الإسناد الخاصة بالعقود هي إرادة طَرَفي العقد، أما بالنسبة للتصرفات الانفرادية فأن عَدم وِجود إرادة أُخرى تُقابِل إرادة من صَدر عَنه التصرف الانفرادي يُحَتِم القول بأن الإرادة المَقصودة هي إرادة من صَدر عنه التصرف الانفرادي وَحدها[١]، فالتصرفات الانفرادية تَتم بالإرادة المنفردة للمُتَصرف دون تَوقف على قَبول، وتحديد قانون الإرادة قد يَكون بِشكل صَريح أو بِشكل ضمني[٢]، وَلِبيان كَيفية التحديد الصريح و الضمني لِقانون الإرادة نُقَسم هذا المبحث على مطلبين، نَبحث في المطلب الأول منه التحديد الصريح لِقانون الإرادة، وفي المطلب الثاني نَبحث التحديد الضمني لِقانون الإرادة.

II.أ. المطلب الأول

التحديد الصريح لِقانون الإرادة

يُقصد بالتَحديد الصَريح لِقانون الإرادة في مجال تَنازع القوانين تَولي الأطراف تَعيين القانون الواجب التطبيق بِشكل صريح إعمالاً لِقاعدة الإسناد التي جَعلت من هذه الإرادة ضابط إسناد أصلي يَتم من خِلاله تَعيين القانون المُختَص[٣]، ويَتم ذلك وِفقاً لأشكال تَتناسب مع طبيعة هذا الإختيار بإدراج شَرط في العقد يُحدد فيه الأطراف القانون الواجب التطبيق وهو ما

(١) د. فراس يوسف الكساسبة، صلاحية قانون العقد للتطبيق على التصرفات الانفرادية عند تنازع القوانين، مرجع سابق، ص ٢٩٨.

(٢) وما يحسب لصالح المشرع العراقي انه لم يأخذ بما يسمى بالإرادة المفترضة التي يقصد بها تلك الإرادة التي يسندها القضاء إلى أطراف العقد الدولي عند عدم وجود الإرادة الصريحة أو الضمنية في اختيار قانون العقد، بعبارة أخرى ان القاضي المرفوع أمامه النزاع وفي الحالة التي لا يقوم فيها أطراف العقد الدولي باختيار القانون الواجب التطبيق بشكل صريح أو ضمني، فانه سوف يقوم باختيار القانون الذي كانوا سيختارونه لو فكروا أو انتبهوا لمسألة اختيار قانون العقد، د. احمد عبد الكريم سلامة، *قانون العقد الدولي، مفاوضات العقود الدولية – قانون الإرادة وأزمته*، (القاهرة: دار النهضة العربية، ٢٠٠٨)، ص١٩٨.

(٣) معاشو عمار، "الضمانات في العقود الاقتصادية الدولية في التجربة الجزائرية"، (أطروحة دكتوراه مقدمة إلى معهد العلوم القانونية والإدارية بجامعة الجزائر، ١٩٩٨)، ص٢٦.

يُسمى بِشرط الإختِصاص التَشريعي[١]، أو في إتفاق مُستقل عن العقد سواء كانَ مَكتوباً أو شَفوياً، وحتى لو كانَ ذلك أمام المحكمة المُختصة وقبلَ الفصل في النزاع تَيسيراً على أطراف العلاقة العقدية وتَحقيقاً لِفعالية قاعدة الإسناد التي تُسند العقد الدَولي لِقانون الإرادة[٢]، فَهُناك حالات كثيرة لا يختار الأطراف فيها القانون الواجب التطبيق على عقدهم لَحظة إبرام العقد ويُحدد في وقت لاحق كما لو كانوا يَجهلون أنهم يُبرِمون عَقداً دَولياً، أو أن طَبيعة العقد عِند إبرامه هو عقد داخلي وتَغير أحد عناصره لاحِقاً وأُلحِقَ بِهِ عُنصُراً أجنبياً، أو أنهم قَصدوا تَجاهُل تحديد القانون الواجب التطبيق حتى لا يؤدي إلى عَرقلة إتمام إبرام العقد، فَفي مثل هذه الحالات يُمكن للأطراف الإتفاق لاحِقاً على القانون الواجب التطبيق لأن قاعدة الإسناد تَمنَحَهُم هذا الأختيار دونَ أن تُحدد زمن مُمارَسة هذا الحق.

يَتضح مما سَبق أن التحديد الصريح لِقانون الإرادة يَتَخذ أحد شكلين، أما أن يكون كِتابةً سواء كان ذلك عِندَ إبرام العقد أو في إتفاق مُستَقل يكون بَين لَحظة إبرام العقد لغاية عَرض النزاع على القضاء، أو أن يكون التحديد الصريح بِصِفة شَفوية وإن كانت هذه الحالة الأخيرة تَطرح صعوبات في إثبات القانون المُختار[٣].

بَل أنهُ مِنَ الجائز للأطراف تَغيير القانون الذي تَم الإتفاق عليه مُسبقاً، فَلهم أن يَعدلوا عن تَطبيق القانون الأول إلى تَطبيق القانون الجديد شَريطة عَدم الإضرار بِحقوق الغير حَسنيّ النية الذينَ بَنوا توقعاتِهم على القانون الأول المُراد العدول عنه[٤]، وقد نَصت على إمكانية تَعديل الاختيار العديد من التشريعات، ومنها مجموعة القانون الدولي الخاص السويسري لعام ١٩٨٧ في المادة (٢/١١٦) والتي تقضي بأن "اختيار القانون يمكن إجراؤه أو تعديله في أي وقت وإذا كان لاحقاً على إبرام العقد فيرتد أثره إلى لحظة إبرام العقد ..."، واخذ بهذا الحل المُشرع الألماني في القانون الدولي الخاص الصادر عام ١٩٨٦ في المادة (٢/٢٧)، وهو عين الحل الذي أخذت به اتفاقية روما لعام ١٩٨٠ في المادة (٢/٣) والتي نصت على انه "يجوز

(١) د. احمد عبدالكريم سلامة، *علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع*، ط١، (المنصورة: مكتبة الجلاء الجديدة، ١٩٩٦)، ص١٠٩٥.

(٢) د. احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص١٨٠.

(3) AL QUDAH Maen, Exécution de contrat de vente international de merchandise, Etude comparative du droit français et droit Jordanian, Thése pour le doctorat en droit, Université de Reims Champagne-Ardenne, France, 1992, p 78.

(٤) فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، *الوسيط في القانون الدولي الخاص*، ج٢، بدون طبعة، (القاهرة: دار النهضة العربية، ١٩٧٤)، ص٣٧٣.

للأطراف، في أي وقت الاتفاق على إخضاع العقد لقانون آخر غير ذلك الذي كان يحكمه سابقاً"[١].

وَيَتسم ضابط الاختيار الصريح لقانون العقد بأنه يُحقق عُنصر الأمان القانوني بالنسبة لأطراف العلاقة العقدية، لِمَعرِفَتهم مُسبقاً القانون الذي سَيُطبق على عقدهم إذا ما نَشبَ نزاع بَينهم[٢].

وإذا كان للأطراف حق اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي بموجب قاعدة الإسناد المنصوص عليها في المادة (١/٢٥) من القانون المدني العراقي، إلا ان التساؤل يثار حول مدى إلتزام القاضي بِتطبيق القانون الذي يَتفق عليه الأطراف حتى لو كان مُنقطع الصلة بالعقد، وبعبارة أخرى أتكون الإرادة مطلقة في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، أم هي مُقيدة بِضرورة وِجود صِلة بين العقد والقانون المختار؟ إن الإجابة على هذان التَساؤل تَكون من خِلال مَضمون نص المادة (١/٢٥) من القانون المدني العراقي، فَنص هذه المادة صَريح في وِجوب تَطبيق القانون المختار، إلا ان ذلك لا يَعني التَسليم بِفكرة النظرية الشخصية[٣] وإطلاق حُرية الأطراف من كل قيد، وبالمقابل فانه لا يوجد تقييد على حرية الأطراف إلى درجة حرمانهم من حرية الاختيار، كما ذهب إلى ذلك أنصار نظرية التركيز بحيث يقتصر دور الإرادة في مجرد تركيز العقد في مكان معين وفقاً لظروف التعاقد وملابساته، فأن خرجت الإرادة عن دورها في تركيز العقد في مكان معين تَعيّن على القاضي عدم الاعتداد بها وتركيز العقد في المكان الذي يُمثل مركز الثقل في العلاقة العقدية[٤] ، فالمُشرع وإن كان قد خول للإرادة حق أختيار القانون الذي يَخضع له العقد إلا أنه لَم يَمنحها الحق في تَحرير العقد من الخضوع لأحكام هذا القانون[٥].

وَبِناءً على ما سَبق فالمُتَصرف بالإرادة المنفردة يُمكنه تَحديد القانون الواجب التطبيق على تَصرُفِه الانفرادي بإرادتهِ المنفردة، سواء كان التَحديد بِشكل مكتوب عِندَ إبرامه التصرف الانفرادي أو في مُحرر لاحق مُستَقل يَكون بين لحظة إبرام التصرف لِغاية عرض

(١) د. احمد عبد الكريم سلامة، *القانون الدولي الخاص النوعي*، ط١، (القاهرة: دار النهضة العربية، بلا تاريخ نشر)، ص٨٣-٨٤.
(٢) د. اشرف وفا محمد، "عقود التجارة الالكترونية في القانون الدولي الخاص"، *المجلة المصرية للقانون الدولي، الجمعية المصرية للقانون الدولي*، المجلد السابع والخمسون، (٢٠٠١): ص٢٠١.
(٣) يُخرِج أنصار النظرية الشخصية العقود الدولية من دائرة التنازع فهي عقود تفلت من تنازع القوانين وتزاحمها ولا تخضع لغير سلطان الإرادة، د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص١٠٨.
(٤) طارق عبد الله عيسى المجاهد، "تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية (دراسة مقارنة)"، (أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون بجامعة بغداد، ٢٠٠١)، ص١٣٠.
(٥) د. هشام علي صادق، *القانون الدولي الخاص*، (الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٠٤)، ص٣٤٦.

النِزاع على القضاء، أو بِشكل شَفوي ويَقع على عاتق المُتَصرف عبء إثبات تَحديده للقانون الواجب التطبيق على تصرفه الانفرادي، إلا أن القانون المُختار من قبل المُتَصرف بالإرادة المنفردة يجب أن يكون على علاقة بالتَصرف، وذلك ضمانة لحقوق من وجه إليه التصرف، لان المُتَصرف قد يَختار قانون يَصُب في مَصلَحته دون إعتبار لِمصلحة المُستفيد من التَصرف، فَوجود علاقة بين القانون المُختار والتَصرف هو ضمانة لحقوق من وجه إليهم التَصرف، فهي تَحد من حالات اختيار المُتَصرف لقانون يكون مُجحِفاً لحقوق المُستفيدين[١].

كما وَيجوز للمُتَصرف بالإرادة المنفردة أن يَعدل عن تَطبيق القانون الذي أختاره سابِقاً إلى تَطبيق قانون آخر بدلاً عَنه، بشرط أن لا يَضر بِحقوق الغير حَسنيّ النية الذين بَنوا تَوقُعاتِهم على القانون الذي تَم العدول عنه.

II.ب. المطلب الثاني

التحديد الضمني لقانون الارادة

قد يقوم الأطراف بِتَحديد القانون الواجب التطبيق بِصفة صَريحة ففي هذه الحالة لا يَثور أي إشكال فالقاضي يُطَبق القانون المُحَدد من قبل الأطراف، لكن الإشكال يَثور عندما لا يقوم أطراف العقد الدولي بِتَضمين عَقدهم شرط الإختِصاص التَشريعي، أي أن العقد لا يَتَضمن شَرطاً صريحاً يُحدد القانون الواجب التطبيق، وهذا لا يعني إنتِهاء كل دور لَهم، فإلى جانب الإرادة الصريحة هُناك إرادة ضمنية، وهي إرادة يَنبغي إعتبارها وعدم تجاهُلَها، لأنها إرادة حقيقية تُـنَـبئ عن مَيّل واضح وإن كان كامِناً إلى نِظام قانوني مُعين بِحيث نَكون أمام تحديد ضمني لقانون العقد[٢].

وتَعتَـد القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية بالإرادة الضمنية بجانب الإرادة الصريحة في إختيار القانون الذي يحكم العقد[٣]، وهو ما تُصرح به المادة (١/٢٥) من القانون المدني العراقي بنصها "... أو يتبين من الظروف ان قانوناً آخر يراد تطبيقه" فعبارة " أو يتبين من

(١) د. فراس يوسف الكساسبة، صلاحية قانون العقد للتطبيق على التصرفات الانفرادية عند تنازع القوانين، مرجع سابق، ص ٣٠٣.
(٢) د. احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص١٩٤.
(٣) انظر نص المادة (١/١٩)، من القانون المدني المصري، والمادة (١/٣٥)، من القانون الدولي الخاص النمساوي لعام ١٩٧٩، والمادة (١/٢٧) من القانون الدولي الخاص الألماني لعام ١٩٨٦، والمادة (٢/١١٦) من القانون الدولي الخاص السويسري لعام ١٩٨٧، ونص القانونين الأخيرين يقترب إلى حد كبير من نص المادة (١/٣)، من اتفاقية روما لعام ١٩٨٠ والذي يقضي بأن "يسري على العقد القانون الذي يختاره الأطراف ويجب ان يكون هذا الاختيار صريحاً أو يستخلص بطريقة مؤكدة من أحكام العقد أو من ظروف القضية" .

الظروف" تعني الإرادة الضمنية في تَعيين القانون[١]، إلا أن المُشرع تَكلم عن الإرادة الضمنية بِطَريقة مُبهمة، فَلم يُبَيّن ماهي العناصر التي يُمكن الإستناد إليها لإستخلاص هذه الإرادة الضمنية، كما أنه لَم يُـشِر إلى أي قَيد على هذه الإرادة[٢].

ومن أجل إستِخلاص الإرادة الضمنية يَتَعيّن على القاضي أن يَسترشد بما أستقر عليه الإجتهاد القضائي والفقهي على وجود عدة قرائن على الإرادة أو النيّة الضمنية بخصوص قانون العقد، والمعتاد أن لا يكتفي بواحدة منها للدلالة على تلك الإرادة أو النية، بل يتم الجمع بين أكثر من قرينة على حسب الأحوال[٣].

وعلى ضوء ذلك يَجب أن يَستند البحث عن الإرادة الضمنية إلى عناصر موضوعية تَجد أساساً لَها في نصوص العقد ذاته وفي مُلابسات القضية، وذلك حتى يُمكن تَفادي التوصل إلى إرادة مُفتَرضة تُنسَب إلى الأطراف في حين أنهُ في حَقيقة الأمر لا تتوافر هذه الإرادة لديهم[٤]، إذاً القرائن التي يكشف بها القاضي عن التحديد الضمني بَعضُها يُستَخلصها من نصوص العقد ذاته والبَعض الآخر يُستَخلص من ظروف التعاقد وملابساته.

ومن القرائن التي تُستخلص من خلال نصوص العقد ذاته، كأن يَتم تَحرير العقد بِلُغة مُعينة كالفرنسية أو الألمانية مثلاً فَيُمكن القول بانصراف نية الأطراف إلى خضوع عقدهم للقانون الفرنسي أو الألماني على حَسب اللغة المُستخدمة في نصوص العقد وإن كانت هذه القرينة تَبعية ضَعيفة تحتاج لِغيرها مَعها للقول بوجود إرادة ضمنية[٥]، أو تَضمين العقد أحكام وقواعد مُستمدة من قانون دولة مُعينة لتنظيم جانب مُهم في العقد[٦]، أو مكان إبرام العقد أو مكان تنفيذه، وأساس ذلك ان قانون دولة الإبرام والتنفيذ من القوانين التي يَسهُل على الأطراف العلم بأحكامها والتي يُفتَرض إتجاه إرادتهم الى تَطبيقه في غالب الأحوال[٧]، أو إتفاق الأطراف على تَفويض محكمة مُعينة الأختصاص بمنازعات العقد، وهي من القرائن ذات الوزن والقيمة في إستخلاص قانون الإرادة الضمنية فَمن يَختار القاضي يَختار قانونه،

(١) عوني محمد الفخري، *إرادة الإختيار في العقود الدولية التجارية والمالية*، ط١، (بغداد: مكتبة السنهوري، ٢٠١٢)، ص١٣٣.
(٢) د. محمد عبدالخالق عمر، *القانون الدولي الخاص الليبي*، (القاهرة: دار النهضة العربية، ١٩٧١)، ص ٤٠١.
(٣) عوني محمد الفخري، إرادة الإختيار في العقود الدولية التجارية والمالية، مرجع سابق، ص١٣٣.
(٤) د. اشرف وفا محمد، *الوسيط في القانون الدولي الخاص*، ط١، (القاهرة: دار النهضة العربية، ٢٠٠٩)، ص٣٥٢.
(٥) د. السيد عبدالمنعم حافظ السيد، *قانون الالتزامات التعاقدية الخاصة الدولية*،ط١، (الإسكندرية: مكتبة الوفاء القانونية، ٢٠١٨)، ص٨٧.
(٦) د. هشام علي صادق، *تنازع القوانين*، ط٢، (الإسكندرية: منشأة المعارف، بدون تاريخ)، ص٦٧٣.
(٧) د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص٣٣٦-٣٣٧.

كما وتتضمن إشارة إضافية تؤكد ان أختيار الأطراف لمحاكم تلك الدولة يَشمل إختيار قانونها[١]، كما ويُعد اللجوء إلى قضاء التحكيم وأختيار مُحَكميْن يُمارسون نشاطاتهم في مَكان مُعين قرينة دالة على إنصراف إرادة أطراف العقد إلى أختيار القواعد السارية في هذا المكان لِتُطبق على عقدهم[٢]، وأيضاً مما يُستخلص منه الإرادة الضمنية تَحرير العقد لدى موثق رسمي في دولة مُعينة أو أمام أحد القناصل يُفيد بأختيار قانون الدولة التي يَتبَعها الموثق الرسمي أو القنصل، ومكان وعملة الوفاء تُعتبر أيضا من القرائن التي يَستدل بها القاضي رضا الأطراف بإخضاع عقدهم لقانون دولة العُملة[٣]، ونَرى عدم صلاحية الأخذ بِقرينة عُملة عُملة الوفاء في التحديد الضمني لقانون الإرادة، لأنه غالباً ما يَتم أختيار الدولار الأمريكي كعملة للوفاء في الوقت الحاضر في إطار تعاملات التجارة الدولية وبالأخص في البلدان العربية لأستقرار القوة الشرائية له، فمن غير المعقول إختيار أطراف العقد لِقانون لا يعرفون شيئاً عنه.

أما إذا استَحال على القاضي الكشف عن التحديد الضمني لِقانون الإرادة من خِلال نصوص العقد، يَلجأ القاضي إلى الإستِعانة بالظروف المُحيطة بالعقد، فَوجود عقد سابق بين المُتعاقدين حُددَ فيه القانون الواجب التطبيق بِشكل صَريح يُمكن أن يَعتَبرَهُ القاضي دالً على خضوع العقد اللاحق للقانون الذي خَضع لَهُ العقد الأول المُبرم بَينَهُما، مالَم يَتبين إتجاه إرادة الأطراف إلى أختيار قانون آخر ليحكم العقد[٤]، ومن الظروف المُلابسة مبدأ التصحيح والجنسية المشتركة للمتعاقدين، حيث يُعتبر مبدأ تَصحيح العقد حسب رأي بعض من الفقهاء من القرائن يُمكن من خلالها التوصل إلى نية الأطراف في التحديد الضمني لقانون الأرادة " حيث قدر القضاء الامريكي بهذا الخصوص انه لو كان أحد القوانين المرتبطة بالعقد يؤدي إلى إبطاله على خلاف القانون الآخر، فانه يفترض أن ارادة المتعاقدين قد اتجهت إلى تطبيق هذا الاخير بوصفه القانون المصحح للعقد، إذ لا يتصور أن يختار المتعاقدون قانونا يبطل عقدهم"[٥]، أما بالنسبة للجنسية المشتركة للمتعاقدين وإن كانت بعض القوانين عَقدت على أساسها الاختصاص لقانون الدولة التي يتبعها المتعاقدان بجنسيتهما إلا ان البعض يرى أن الاستدلال بها كقرينة أساسية للوصول إلى التحديد الضمني لقانون الإرادة يَعتريه الكثير من

(١) د. احمد عبدالكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع، مرجع سابق، ص١١٠٠.
(٢) د. السيد عبدالمنعم حافظ السيد، قانون الالتزامات التعاقدية الخاصة الدولية، مرجع سابق، ص٨٨.
(٣) احمد حميد الانباري، "سكوت الارادة عن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي"، (رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق بجامعة الشرق الاوسط، الاردن، ٢٠١٧)، ص٧٦-٧٧.
(٤) تكليت زوينة، "القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية الالكترونية"، (رسالة ماجستير مقدمة مقدمة الى كلية الحقوق بجامعة الجزائر(١)، ٢٠١٠-٢٠١١)، ص٢١.
(٥) د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص٣٣٥.

الصعوبات كون هذا المعيار يؤدي دوره الاساسي وبصفة جوهرية في مسائل الأحوال الشخصية بينما تَنعدم هذه الصفة في مجال العقود الدولية[١].

ونرى عدم الإعتِداد مُطلقاً بقرينة الجنسية المُشتركة للوصول إلى التحديد الضمني لقانون الإرادة، كون واقعة إتحاد اطراف العقد بجنسية واحدة لا دخل لإرادتهما في حدوثها فَكيف يُمكن إعتبارها قرينة على إرادتِهما الضمنية.

وعلى ضوء ما تَقدم فأنه يُمكن أن يُعتَد بِعدد من القرائن للكشف عن التحديد الضمني لقانون الإرادة للمُتَصرف بالإرادة المنفردة، كَقرينة أختيار محكمة دولة معينة لِتكون مُختَصة بالفصل في أي نزاع ينشأ بشأن التصرف الانفرادي، أو توثيق التصرف لدى موثق رسمي في دولة معينة أو أمام أحد القناصل، أو أنه أبرمَ تصرفاً انفراديا في وقت سابق وحدد بشكل صريح القانون الواجب التطبيق عليه، أو اللغة التي وَثق بها هذا التصرف.

ومن القرائن التي نرى أمكانية الأخذ بها للكشف عن التحديد الضمني لِقانون الإرادة هي الوسيلة التي أعلنَ بِها المُتَصرف عن تَصرُفه، فَمن يُعلن عن وعد بجائزة بأحدى الصحف أو الإذاعات أو القنوات المحلية يُمكن القول بإنصراف نيَّته إلى خضوع تصرفه للقانون المحلي لتلك الوسيلة التي أعلن بها.

وعلى العموم فأن استخلاص التحديد الضمني لقانون الإرادة مسألة واقع يستقل بها قاضي الموضوع دون أن يَخضع لرقابة محكمة التمييز طالما أنه قد علل حُكمه بأسباب مَنطقية ومعقولة[٢].

وبناءً على ما تَقدم فقانون إرادة المُتَصرف بالإيجاب المُلزِم والوعد بجائزة والوقف والإبراء من الدين هو الواجب التطبيق عند تنازع القوانين سواء حُدِدَ هذا القانون صراحةً أو ضِمناً، وأيضاً يكون واجباً للتطبيق قانون إرادة المُكتتب في رأس مال شركة المُساهمة على إلتزامه بالبَقاء على إكتِتابه أَبان فترة تأسيس الشركة[٣]، وقانون إرادة المصرف على إلتزامه بِخطاب الضمان قِبل المُستفيد، أما الكفالة الشخصية فتخضع لِقانون إرادة الكفيل في القوانين التي تَعتبرها تصرفاً انفرادياً.

(١) د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص٣٨٩. طارق عبد الله عيسى المجاهد، تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص١٣٩.
(٢) د. احمد عبدالكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع، مرجع سابق، ص١١٠١.
(٣) يتعهد المُكتتب عند اكتتابه في رأسمال الشركة بالانضمام إليها وبأداء قيمة الأسهم التي اكتتب فيها على أن ينفّذ التزامه بمجرد توقيعه على نشرة الاكتتاب، و الشركة عند التأسيس لم تكتمل شخصيتها المعنوية وبالتالي لا تملك أهلية التعاقد، ينظر/ عبد السلام زعرور، "الإكتتاب في رأس مال شركة مساهمة: بين العقد والإرادة المنفردة"، *بحث منشور في مجلة الحقوق والعلوم السياسية بجامعة عباس لغرور خنشلة*، ع٨، ج٢، (٢٠١٧): ص٩٠٣.

III. المبحث الثالث

التشكيك في مدى مُلائمة قانون الإرادة

لَم يَرد ضمن قواعد الإسناد نصًا يَقول بِتطبيق قانون الإرادة على التصرفات القانونية الانفرادية، وهو ما يولد شكًا عن مدى جواز ذلك، فَلا يُمكِننا تَطبيق قانون الإرادة على التصرفات القانونية الانفرادية مالَم يَكُن هناك أساس قانوني لِهذا التَطبيق، كما أنه إذا أردنا تَطبيقهُ تَظهر معوقات تُعرقل تَطبيقه على التصرفات القانونية الانفرادية، ولِبيان الأساس القانوني لتطبيق قانون الإرادة على التصرفات القانونية الانفرادية ومعوقات تَطبيقه، نقسم هذا المبحث على مطلبين، نَبحث الأساس القانوني لتطبيق قانون الإرادة على التصرفات القانونية الانفرادية في المطلب الأول منه، والمطلب الثاني نَبحث فيه معوقات تطبيق قانون الإرادة على التصرفات القانونية الانفرادية.

III.أ. المطلب الأول

الأساس القانوني لتطبيق قانون الإرادة على التصرفات القانونية الانفرادية

إن الأساس القانوني الذي يَتم الإستِناد إليه في تَبرير تَطبيق قانون الإرادة الذي وَرد في قاعدة الإسناد الخاصة بالعقود على التصرفات القانونية الانفرادية في ظل عدم وجود قاعدة إسناد مُتَخصصة تَحكم هذه الأخيرة، يَكمُن في الأمر الذي أستقرت عليه قوانين مدنية عديدة بِصورة عامة من سريان الأحكام الخاصة بالعقود على التصرفات القانونية الانفرادية، عدا ما يَتَعلق من تِلك الأحكام بِضرورة وِجود إرادتين مُتَطابِقتين لِنِشوء الإلتِزام[١]، حَيثُ نَصت المادة (١٨٤) في الفقرة (٢) من القانون المدني العراقي على أنه" ويسري عليها[٢] ما يسري على العقد من الأحكام إلا ما تعلق منها بضرورة وجود إرادتين متطابقتين لإنشاء الإلتزام"، كما ونصت الفقرة (١) من المادة (٢٥١) من القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦ على أنه" تسري على التصرف الإنفرادي الأحكام الخاصة بالعقود إلا ما تعلق منها بضرورة وجود إرادتين متطابقتين لنشوء العقد وذلك مالم ينص القانون على غير ذلك"، وأيضاً نصت الفقرة (٢) من المادة (٢٢٠) من القانون المدني الكويتي رقم (٦٧) لسنة ١٩٨٠ على أنه" فإن قضى القانون بنشوء الإلتزام أو بتعديله أو بأنقضائه بمقتضى التصرف الصادر بالإرادة المنفردة، سرى على هذا التصرف ما يسري على العقد بوجه عام من أحكام القانون، إلا ما كان منها متعارضا مع قيام التصرف على الإرادة الواحدة وعلى الأخص ماتعلق بتوافق إرادتي طرفي

(١) د. علي عادل محمد، "القانون الواجب التطبيق على الالتزام الناشئ عن الارادة المنفردة"، *بحث منشور في مجلة الحقوق بجامعة الكويت*، مج ٤٢، ع١، (٢٠١٨): ص٣١١.
(٢) أي على التصرفات الانفرادية.

العقد"، في حين جاءت نصوص القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ خالية من نص مُقابل لِهذه النصوص، مما يُمكن القول معه بإنتفاء الأساس القانوني للإستناد إلى قاعدة الإسناد الخاصة بالعقود في التطبيق على التصرفات القانونية الانفرادية[١].

ويذهب بعض من الفقه إلى القول بأن التصرفات القانونية الانفرادية بوصفها مصدرًا للإلتزام تأخذ نفس حُكم الإلتزامات التعاقدية فَتخضع من حيث الموضوع لِقانون الإرادة ومن حيث الشكل لِقانون المحل[٢].

فبِموجب النَص الذي يَقضي بِسريان الأحكام الخاصة بالعقود على التصرفات القانونية الانفرادية يُطبق القاضي على النزاع المعروض أمامه إذا ما تَعلق بتصرف قانوني انفرادي دولي قانون الإرادة الصريحة إذا كانَ قد تمَ تَحديدهُ صراحةً، فإن إنتَفى التحديد الصريح لِقانون الإرادة يبحث القاضي عن التحديد الضمني لِهذا القانون، من خِلال القرائن المُستَخلصة من خِلال بنود التصرف ذاته، أو من ظروفه و مُلابَساته كما بَيّنا سابِقًا.

ونَرى أن الأساس القانوني لإخضاع التصرف القانوني الانفرادي لِقانون الإرادة هو نفسه الأساس القانوني لإخضاع العقد لقانون الإرادة، فالقانون مُنذُ أن أعتَمدَ على مبدأ سُلطان الإرادة وتَرك للأفراد حُرية تَنظيم عقودهم وتَضمينها من الشروط ما يَكفُل تَحقيق مَصالِحَهُم في علاقات القانون الداخلي وتمديده العمل بمبدأ سُلطان الإرادة إلى ميدان العلاقات والإتفاقات ذات العُنصر الأجنبي، فَكما أن للمتعاقدين حرية بناء وإنشاء عقدهم فَلهُم أيضاً بخصوص التصرفات القانونية الدولية حُرية إختيار القانون الذي يَحكُم تصرفاتهم الإرادية[٣]، فالتصرفات الإرادية تَشمل التصرف العقدي والتصرف الانفرادي، فإذا كانت تلك التصرفات والعقود تتصل بأكثر من نظام قانوني، فهذا لا يعني أنها توجد في فراغ قانوني، بل لابدَ لها أن تَخضع في تَكوينها، وشروطها، وآثارها لقانون مُعيّن، وتَحديد ذلك القانون يُترَك لإرادة من قام بالتصرف العقدي أو الانفرادي، فَلَهُم إختيار القانون الواجب التطبيق على تصرفهم، وبِهذا يُمكِنُنا القول بأن إخضاع التصرف القانوني الانفرادي لِقانون الإرادة يَجد أساسه في مبدأ سُلطان الإرادة الذي اعتَمدهُ القانون.

(١) د. علي عادل محمد، القانون الواجب التطبيق على الالتزام الناشئ عن الارادة المنفردة، مرجع سابق، ص٣١١.

(٢) د. محمد عبدالخالق عمر، القانون الدولي الخاص الليبي، مرجع سابق، ص ٣٩٨. د. علي علي سليمان، *مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري*، ط٥، (بن عكنون- الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، الساحة المركزية، ١٩٨٠)، ص١٠٦. د. السيد عبدالمنعم حافظ السيد، قانون الالتزامات التعاقدية الخاصة الدولية، مرجع سابق، ص٨.

(٣) د. احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص١٥٦.

III.ب. المطلب الثاني

معوقات تطبيق قانون الإرادة على التصرفات القانونية الانفرادية

ان عَدم وجود قاعدة إسناد خاصة بالتصرفات القانونية الانفرادية تُشير إلى القانون الواجب التطبيق عليها، تَجعل من تَطبيق قاعدة إسناد مُتَخصصة بوضع قانوني آخر وإن كان يَشتَبه معها في كَثير مِن الخصائص عليها عُرضةً لِعدم صلاحية هذا التطبيق بِسبب المعوقات التي تَقف أمام هذا التطبيق والتي يَصعُب إجتيازها كونها توجد في نص قانوني قائم، حَيثُ يَذهب رأي إلى أن النصوص القانونية التي يَتم الإستناد إليها في تَبرير تطبيق قانون الإرادة على التصرفات القانونية الانفرادية والتي وردت في المادة (١/١٨٤) من القانون المدني العراقي، والمادة (١/٢٥١) من القانون المدني الأردني، والمادة (٢/٢٢٠) من القانون المدني الكويتي والتي تَم ذِكرُها سابِقاً هي التي تَقف بِذاتِها عائِقاً أمام إمكانية تطبيق قانون الإرادة على التصرفات القانونية الانفرادية[١]، ومرجع ذلك أن نصوص المواد سالِفة الذكر وإن كانت تُقرر سَريان الأحكام الخاصة بالعقود على التصرفات القانونية الانفرادية إلا أنها استثنت من هذا السريان الأحكام التي تتعلق بوجود إرادتين مُتَطابقتين لِنشوء الإلتزام، وحيث أن مضمون ضابط الإرادة المقصود في قاعدة الإسناد الخاصة بالعقود من حيث الموضوع هو الإتفاق الصريح أو الضمني للمُتعاقدين على تحديد القانون الواجب التطبيق لكي يَنشأ الإلتزام بِخضوع العقد للقانون المُحدد، بِمعنى تَطَلُّب وجود إرادتين مُتَطابِقَتين مُتَجِهتين لِتعيين القانون الواجب التطبيق على عقد مُحدد، والذي هو بِذاته من الأمور المُستَثناة في النصوص المُشار إليها، وعليه فأنه من غير المُمكن أن يُستَند إلى إرادة من يصدر عنه التصرف الانفرادي وحدها في تعيين القانون الواجب التطبيق عليه واعتِبار ذلك مما يقتضيه العمل بموجب أحكام النصوص القانونية المُشار إليها، بل أن ما استثنته تِلك النصوص ينطبق في شأن إعمال ضابط قانون الإرادة على التصرفات القانونية الانفرادية، ولذلك يَبدو عدم إمكانية تطبيق قانون الإرادة الوارد في قاعدة الإسناد الخاصة بالعقود من حيث الموضوع على التصرفات القانونية الانفرادية[٢].

ونرى أن هذا الرأي وإن كان لَهُ مِنَ الوَجاهةِ مالَهُ إلا أنه لم يأخذ بنظر الاعتبار ان قاعدة الاسناد التي وردت في المادة (٢٥) من القانون المدني العراقي وما يقابلها من مواد[٣]، وضعت أساساً لِحكم التصرفات العقدية ذات الصفة الدولية وان تَطبيقها حرفياً على التصرفات

---

(١) د. علي عادل محمد، القانون الواجب التطبيق على الالتزام الناشئ عن الارادة المنفردة، مرجع سابق، ص٣١٩.

(٢) د. علي عادل محمد، القانون الواجب التطبيق على الالتزام الناشئ عن الارادة المنفردة، مرجع سابق، ص٣١٩.

(٣) انظر ما يقابل هذا النص في القوانين العربية نص المادة (١٩)، من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ النافذ والمعدل، ونص المادة (١/٢٠)، من القانون المدني السوري لعام ١٩٤٩، ونص المادة (١/٢٠)، من القانون المدني الأردني لعام ١٩٧٦، ونص المادة (١/١٩)، من القانون المدني الليبي لعام ١٩٦٣، ونص المادة (٣٠)، من القانون المدني اليمني رقم (١٩) لسنة ١٩٩٢، ونص المادة (١/٥٩)، من قانون تنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي الكويتي رقم (٥) لعام ١٩٦١، ونص المادة (٣/١١)، من قانون المعاملات المدني السوداني لعام ١٩٤٩.

الانفرادية لا يَصلُح مطلقاً للإختلاف في عدد الإرادات التي تُنشئ التصرف العقدي عن التصرف الانفرادي، ولإعمال ضابط قانون الإرادة الوارد في هذه القاعدة يجب أن يُفسر تَفسيراً يوافق طبيعة التصرفات الانفرادية فالمُشرع عندما نَص على "مالم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانونا آخر يراد تطبيقه" هو أشار بهذا النص إلى قانون الإرادة فنعمل بِفكرة ضابط قانون الإرادة وهي إرادة مُنشئ التصرف بأختيار القانون الذي يَحكم تَصَرُفه سواء كان التصرف عقدياً أو انفرادياً، فالإحالة الواردة في المادة (١٨٤) من القانون المدني العراقي تُحيلنا إلى الضوابط الموجودة في المادة (٢٥) من القانون ذاته وليس إلى عدد الإرادات التي يَتَطلبُها العمل بِهذا الضابط وِفقاً لِهذه المادة وهو ما تَستَثنيه المادة المُحيلة، وبهذا التفسير يُمكِننا تجاوز العائق الذي يقف أمام تَطبيق قانون الإرادة على التصرفات القانونية الانفرادية الذي أشار إليه الرأي السابق.

إلا أنه وعلى الرُغم من أمكانية تطبيق قانون الإرادة على التصرفات القانونية الانفرادية إلا أنه ليسَ بالضابط المُلائم لها، على خلاف الأمر بالنسبة للعقود وذلك لِسببين: أولهما: اذا كانت بعض العقود لا تخضع لِقانون الإرادة فقط لحماية الطرف الضعيف في العقد مثل عقود العمل وعقود الإيجار وعقود المستهلكين بحجة أن الطرف القوي قد يَفرض بإرادته القانون الذي يَحكم العقد لِينال بِذلك شَيئاً من حقوق الطرف الضعيف، فإذا كان هذا الحال في العقود فهل من المُلائم إخضاع التصرف الانفرادي لِقانون الإرادة على الرُغم من وجود إرادة واحدة فقط، أما إرادة من تَرتب له الحق بِمُقتضى التصرف الانفرادي فلا وجود لَها ولا يُعتد بِها عِند صدور التصرف رُغمَ أن إختيار القانون الواجب التطبيق من قِبل مُنشئ التصرف قَد يَمس بِحقوقها فيما بعد[١].

أما السَبب الثاني يَكمُن في الخلاف الفقهي الدائر حول مسألة حُرية الأطراف بأختيار القانون الواجب التطبيق، فالفقه الغالب يرى أن للأطراف مُطلق الحرية في أختيار القانون الذي يحكم تَصرفهم، سواء كان القانون المُختار له صلة بالتصرف أو لا تكون له مثل هذه الصلة[٢]، أما بالنسبة للبعض الآخر فَيُقيّد إختيار القانون بوجود صلة بين القانون المُختار والتصرف[٣]، وتكمن أهمية ذلك في أمكانية الحد من تَحكم المُتصرف بأختيار قانون يَصُب في مصلحته لِحُكم تصرفه دون إعتبار لمصلحة المُستفيد من التصرف، فإطلاق العنان للمُتصرف لِيختار من القوانين ما يشاء ليُطبق على التصرف من شأنه أن يَفتح الباب أمامه للبحث عن

(١) د. فراس يوسف الكساسبة، صلاحية قانون العقد للتطبيق على التصرفات الانفرادية عند تنازع القوانين، مرجع سابق، ص٣٠٢.
(٢) د. اشرف وفا محمد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص٣٦٢.
(٣) د. حسن الهداوي، *القانون الدولي الخاص- تنازع القوانين*، ط٢، (عمان: مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، ١٩٩٧)، ص١٥٠.

قانون يَصُب في مصلحته ويَختاره لِحكم تصرفه، رُغم أن العدالة قد تكون في قانون آخر غير الذي أختاره المُتصرف[١].

- ونَتفق مع ما ذَهب إليه الرأي أعلاه، ونرى أنهُ بالإمكان تَطبيق قانون الإرادة على التصرفات القانونية الانفرادية، لأن بدون الأخذ بهذا الرأي معناه تَرك القاضي يواجه إشكالية عند تَحديد القانون الواجب التطبيق، مع عدم وجود نص يُحدد ضابط الإسناد في التصرفات الانفرادية، مع إقرارنا بأن ضابط قانون إرادة المُتَصرف ليس بالضابط المُلائم للأسباب السابق ذِكرُها. ولذلك نَقترح على المشرع تنظيم المسألة بِنص صَريح يُحدد ضابط الإسناد وفق محل إبرام التصرف القانوني الانفرادي، فإن لم يكن فضابط قانون محل إقامة مُنشئ التصرف القانوني الانفرادي، كضوابط أساسية لأنها أكثر صلاحية للتطبيق على هذه التصرفات.

الخاتمة

نَختتم هذه الدراسة بأبرز ما توصلنا إلية من نتائج هامة وما يُبنى عليها من مُقترحات، وعلى النحو الآتي:

أولًا: النتائج

١- من الممكن أن تكتسب التصرفات الانفرادية الصِفة الدَولية وفقاً للمعيار القانوني في حال تَضمنت عُنصراً أجنبياً، سواء كان ذلك العُنصر جنسية من صَدَرَ عنه التصرف، أو المُستفيد، أو مَوطنهم، أو مَكان صُدور التصرف، أو تَنفيذه.
٢- إستِحالة تَطبيق المعيار الإقتصادي على التصرفات القانونية الانفرادية لِكون من النادر وجود تصرفات انفرادية تُحقق مَصلحة التجارة الدَولية وتَهدف إلى نَقل الأموال والخدمات عبر الحدود، وهو ما يؤدي بنا إلى عدم إمكانية الإنتقال للمعيار المزدوج الذي يَشترط لتحديد دولية التصرف الانفرادي إستيفاءه الصفة الدولية وفقا لمعطيات المعيارين معاً.
٣- للمُتَصرف بالإرادة المنفردة تَحديد القانون الواجب التطبيق على تَصرُفِه الانفرادي بإرادتهِ المنفردة، سواء كان التَحديد بِشكل مكتوب عِندَ إبرامه التصرف الانفرادي أو في مُحرر لاحق مُستَقل يَكون بين لحظة إبرام التصرف لِغاية عرض النِزاع على القضاء، أو بِشكل شَفوي ويَقع على عاتق المُتَصرف عبء إثبات تَحديده للقانون الواجب التطبيق على تصرفه الانفرادي.

(١) د. فراس يوسف الكساسبة، المرجع نفسه، ص٣٠٣-٣٠٤.

٤- يجوز للمُتَصرف بالإرادة المنفردة أن يَعدل عن تَطبيق القانون الذي أختاره سابِقاً إلى تَطبيق قانون آخر بدلاً عَنه، بشرط أن لا يَضر بِحقوق الغير حَسنيّ النية الذين بَنوا تَوقُعاتِهم على القانون الذي تَم العدول عنه.

٥- في حال تَخلُف التحديد الصريح لِقانون الإرادة فأنه يُمكن أن يُعتَد بِعدد من القرائن للكشف عن التحديد الضمني لقانون الإرادة للمُتَصرف بالإرادة المنفردة.

٦- ان الأساس القانوني لإخضاع التصرف القانوني الانفرادي لِقانون الإرادة يتجسد بمبدأ سُلطان الإرادة الذي اعتَمدهُ القانون.

٧- على الرُغم من أمكانية تطبيق قانون الإرادة على التصرفات القانونية الانفرادية إلا أنه ليسَ بالضابط المُلائم لها، لكون المُتصرف قد يختار قانون يمس بحقوق من ترتب له الحق بِمُقتضى التصرف القانوني الانفرادي، كما وإن إطلاق العنان للمُتصرف لِيختار من القوانين ما يشاء ليُطبق على التصرف من شأنه أن يَفتح الباب أمامه للبحث عن قانون يَصُب في مصلحته ويَختاره لِحكم تصرفه، رُغم أن العدالة قد تكون في قانون آخر غير الذي أختاره المُتصرف.

ثانيًا: المقترحات:

١- نقترح على المُشرع العراقي الإهتمام بِتحديد القانون الواجب التطبيق على التصرفات القانونية الانفرادية، وذلك بإيراد نَص صريح يُعالج هذه المسألة، أو في الحد الأدنى أن يوضح ما إذا كانت ضوابط المادة (٢٥) من القانون المدني العراقي هي التي تخضع لِحُكمها هذه التصرفات.

٢- ونقترح على المُشرع العراقي عند إيراد نص بِصدد القانون الواجب التطبيق على التصرفات القانونية الانفرادية، أن يستبعد ضابط قانون الإرادة من ضوابط القانون الواجب التطبيق على التصرفات القانونية الانفرادية، وذلك لعدم مُلائمة هذا الضابط لما يُثير من مُشكلات التي قد تنشأ نتيجةً لإعتماد هذا الضابط، وإعتماد ضابط قانون محل إبرام التصرف القانوني الانفرادي، فإن لم يكن فضابط قانون محل إقامة مُنشئ التصرف القانوني الانفرادي، كضوابط أساسية لأنها أكثر صلاحية للتطبيق على هذه التصرفات.

المصادر

القرآن الكريم

أولًا: الكتب

١. احمد عبد الكريم سلامة، *القانون الدولي الخاص النوعي*، ط١، القاهرة: دار النهضة العربية، بلا تاريخ نشر.

٢. حسام الدين فتحي ناصيف، *عقود الوسطاء في التجارة الدولية، دراسة للقواعد المادية وقواعد التنازع التي تحكم تلك العقود في ضوء التشريعات المقارنة والقضاء والاتفاقيات الدولية*، القاهرة: دار النهضة العربية، ٢٠٠٢.

٣. حسن الهداوي، *القانون الدولي الخاص- تنازع القوانين*، ط٢، عمان: مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، ١٩٩٧.

٤. السيد عبدالمنعم حافظ السيد، *قانون الالتزامات التعاقدية الخاصة الدولية*،ط١، الإسكندرية: مكتبة الوفاء القانونية، ٢٠١٨.

٥. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، ج٢، ط٤، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٢.

٦. *علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع*، ط١، المنصورة: مكتبة الجلاء الجديدة، ١٩٩٦.

٧. علي علي سليمان، *مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري*، ط٥، بن عكنون-الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، الساحة المركزية، ١٩٨٠.

٨. عوني محمد الفخري، *إرادة الإختيار في العقود الدولية التجارية والمالية*، ط١، بغداد: مكتبة السنهوري، ٢٠١٢.

٩. فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، *الوسيط في القانون الدولي الخاص*، ج٢، بدون طبعة، القاهرة: دار النهضة العربية، ١٩٧٤.

١٠. *القانون الدولي الخاص*، ط١، القاهرة: دار النهضة العربية، ٢٠٠٨.

١١. *قانون العقد الدولي، مفاوضات العقود الدولية – قانون الإرادة وأزمته*، القاهرة: دار النهضة العربية، ٢٠٠٨.

١٢. *القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية*، الإسكندرية: دار الفكر الجامعي، ٢٠١٤.

١٣. محمد عبدالخالق عمر، *القانون الدولي الخاص الليبي*، القاهرة: دار النهضة العربية، ١٩٧١.

١٤. محمود محمد ياقوت، *حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق*، الإسكندرية: منشأة معارف، ٢٠٠٤.

١٥. منير عبدالحميد، *الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي*، ج١، الإسكندرية: منشأة المعارف، ٢٠٠٠.
١٦. نافع بحر سلطان، *القانون الدولي الخاص الإيطالي*، ترجمة عربية للنص الفرنسي والإنجليزي، ط١، بغداد: مكتبة السنهوري، ٢٠٢٣.
١٧. هشام علي صادق، *القانون الدولي الخاص*، الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٠٤.
١٨. هشام علي صادق، *تنازع القوانين*، ط٢، الإسكندرية: منشأة المعارف، بدون تاريخ.

ثانيًا: الرسائل والاطاريح:

١. احمد حميد الانباري، "سكوت الارادة عن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي"، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق بجامعة الشرق الاوسط، الاردن، ٢٠١٧.
٢. تكليت زوينة، "القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية الالكترونية"، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق بجامعة الجزائر(١)، ٢٠١٠-٢٠١١.
٣. صادق حمد خشوش، "التصرفات الانفرادية في العلاقات الخاصة الدولية"، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق بجامعة المنصورة، ٢٠٢١.
٤. طارق عبد الله عيسى المجاهد، "تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية (دراسة مقارنة)"، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون بجامعة بغداد، ٢٠٠١.
٥. معاشو عمار، "الضمانات في العقود الاقتصادية الدولية في التجربة الجزائرية"، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى معهد العلوم القانونية والإدارية بجامعة الجزائر، ١٩٩٨.

ثالثًا: البحوث القانونية

١. ازهار محمود لهمود، "القانون الواجب التطبيق في منازعات العقود الدولية"، بحث منشور في *مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية- جامعة تكريت- كلية الحقوق- قسم القانون*، مج٩، ع٣٤، (٢٠٢٠).
٢. اشرف وفا محمد، "عقود التجارة الالكترونية في القانون الدولي الخاص"، *المجلة المصرية للقانون الدولي، الجمعية المصرية للقانون الدولي*، المجلد السابع والخمسون، (٢٠٠١).
٣. أمحمد، ربحي، "العقد في القانون الدولي الخاص"، بحث منشور في *المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية – جامعة تيسمسيلت – كلية الحقوق – الجزائر*، مج ٧، ع ١، (٢٠٢٢).
٤. بلمعلم محمد، "المعيار القانوني كمعيار وحيد لتحديد دولية العقد وتحديد القانون الواجب التطبيق أثنا سير إجراءات التحكيم"، *منشورات مجلة المهن القانونية والقضائية - سلسلة قانون الأعمال والممارسة القضائية*، ع ٥,٦ ، (٢٠١٩).
٥. طيار محمد السعيد، "معايير تدويل عقود التجارة الدولية"، بحث منشور في *مجلة المُفكر- جامعة محمد خيضر بسكرة – كلية الحقوق والعلوم السياسية- الجزائر*، ع١٦، (٢٠١٧).

٦. عبد السلام زعرور، "الإكتتاب في رأس مال شركة مساهمة: بين العقد والإرادة المنفردة"، *بحث منشور في مجلة الحقوق والعلوم السياسية بجامعة عباس لغرور خنشلة*، ع٨، ج٢، (٢٠١٧).
٧. علي عادل محمد، "القانون الواجب التطبيق على الالتزام الناشئ عن الارادة المنفردة"، بحث *منشور في مجلة الحقوق بجامعة الكويت*، مج ٤٢، ع١، (٢٠١٨).
٨. فراس يوسف الكساسبة، "صلاحية قانون العقد للتطبيق على التصرفات الانفرادية عند تنازع القوانين"، *جامعة الإمارات العربية المتحدة- كلية القانون، مجلة الشريعة والقانون*، مج ٥، ع ٥٣، (٢٠١٣).
٩. كوتار شوقي، "مفهوم العقد الدولي"، *مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية، مجلة مستقلة غير تابعة لأية مؤسسة عامة أو خاصة*، ع ٧ ، (٢٠١٤).

رابعًا: المراجع الاجنبية:

1-AL QUDAH Maen, Exécution de contrat de vente international de merchandise, Etude comparative du droit français et droit Jordanian, Thése pour le doctorat en droit, Université de Reims Champagne-Ardenne, France.