القانُونُ الواجبُ التطبيقِ علَى الإرادةِ المنفردةِفِي ظلِ القانُونِ الدوليّ الخاصِ (دراسة تحليلية في القانون العراقي)

أ.م.د رغد عبد الأمير مظلوم

كلية القانون والعلوم السياسية/ جامعة ديالى

تاريخ استلام البحث ٢٠٢٣/١/٢ تاريخ قبول البحث ٢٠٢٣/١/٢٩ تاريخ نشر البحث ٢٠٢٣/٣/٣٠

https://doi.org/10.61353/ma.0120363

إنَّ الإرادة المنفردة المشوبة بعنصر أجنبي قد يثور بشأنها نزاع معين مما يتطلب تحديد القانون الواجب التطبيق على مثل هذا النوع من التصرفات، التي تتم بإرادة منفردة واحدة وقد ازدادت أهمية هذا الموضوع ولاسيما بعد زيادة حالات الوعد بجائزة من طرف في دولة معينة ويتم تنفيذه من طرف آخر مستفيد من هذه الجائزة والذي يكون من دولة أخرى مما يتطلب تحديد القانون الواجب التطبيق من خلال تحديد قاعدة الإسناد التي تحدد القانون الواجب التطبيق على الإرادة المنفردة، إذ لا يوجد نص قانوني صريح في القوانين العراقية ، وعلى وجهه التحديد في القانون المدني العراقي يحدد القانون الواجب التطبيق على الإرادة المنفردة مما يتطلب الرجوع إلى القواعد العامة الواردة في نص المادة (٢٥) والتي تحدد قواعد الإسناد التي تخضع لها العقود الدولية ، ولكن باستثناء قاعدة قانون الإرادة (القانون المختار) الذي لا يمكن تطبيقه على الإرادة المنفردة ، وذلك للصفة التي تمتاز بها الإرادة المنفردة ، والتي تتم بإرادة طرف واحد على العكس من العقود الدولية التي تتم بإرادة الطرفين المتعاقدين، إذا يمكن جعل قانون الموطن من صدر عنه التصرف هو من الضوابط الأصلية ، والأكثر ملاءمة لحكم الإرادة المنفردة ، وفي تعذر معرفته يمكن اللجوء إلى ضابط مكان الإبرام ، فضلاً عن وجود بعض الضوابط الاحتياطية التي يمكن للقاضي اللجوء إليها في الأحوال التي تنعدم فيها الضوابط الأصلية.

The unilateral will tainted by a foreign element may erupt in a specific dispute, which requires defining the applicable law for this type of behavior that takes place with one unilateral will. From this award, which is from another country, which requires determining the applicable law by defining the base of attribution that determines the law applicable to the individual will, since there is no explicit legal text in Iraqi laws, specifically n the Iraqi civil law that specifies the law applicable to the individual will which requires reference to the general rules, contained in the text of Article (25), which define the rules of attribution to which international Contracts are subject but with the exception of the rule of the law of will (the chosen law), which cannot be applied to the individual will, due to the characteristic of the individual will, which is carried out by the will of one party. In contrast to international contracts, which are done by the will of the two contracting parties, if the domicile law can be considered as one of the original and most compelling controls. It is important for the rule of the individual will and in the inability to know it, it is possible to resort to the control of the place of conclusion, in addition to the existence of some precautionary controls that the judge can resort to in cases where the original controls are absent.

الكلمات المفتاحية: قواعد الإسناد، الإرادة المنفردة، قانون الإرادة، الموطن المشترك، مكان الإبرام.

المقدمة

الإرادة المنفردة سبب في إنشاء الالتزام ، وحيث يتصف التصرف الإرادي المنفرد بالصفة الدولية فإنَّ ذلك يستوجب تعيين القانون الواجب التطبيق ، مما يتطلب ايجـــاد قاعدة تنازع (قاعدة إسناد) تحدد القانون الواجب التطبيق على التصـــرفات الإرادية المنفردة الدولية من حيث الموضـــوع، فالقانون العراقي وعلى وجه التحديد في القانون المدني العراقي لا يطبق على موقف قانوني ينظم العلاقات القانونية ذات العنصـر الأجنبي ، إذ يتوجب الرجوع إلى قاعدة الإسـناد الخاصـة بالعقود الدولية من حيث الموضـوع ، وإنَّ الشـرع العراقي لم ينظم مسـألة تحديد القانون الواجب التطبيق على التصـرفات الصـادرة بإرادة منفردة تاركاً الأمر إلى القواعد العامة ، التي تخضـع لها العقود الدولية من حيث ضـوابط الإسـناد الأصـلية والواردة في نص المادة (٢٥) من القانون المدني العراقي باستثناء قانون الإرادة (القانون المختار)، الذي يشترط فيه توفر إرادة الطرفين، وأنَّ مثل هذه الإرادة لا وجود لها في التصـرفات المنفردة ؛ لأنَّ الصـفة السـائدة فيها وكما سـبق القول صـفة الإرادة الواحدة المنفردة ، على الرغم من أنَّ المشرّع العراقي جعل هذا النوع من التصرفات مصدراً من مصادر الحق ، أي مصدراً من مصادر الالتزام مع اختلاف التشريعات بوصفها مصدراً من مصادر الحق ومن لا يعترف لها بذلك .

أهمية البحث :

تكمن أهمية البحث في تحديد القانون الواجب التطبيق على التصـرفات الناشـئة بإرادة منفردة ذات العنصر الأجنبي نظراً لزيادة هذا النوع من التصرفات في الآونة الأخيرة بسبب انفتاح العالم بعضه على بعض عبر وسـائل التواصـل الإلكترونية الحديثة عن طريق قيام بعض الأفراد بإرادتهم المنفردة بالوعد بجائزة لأشـخاص قد ينتمون لدول مختلفة ، أو قد تتم عن طريق الوعد بجائزة البحوث أو مؤلفات من قبل بعض دور النشـــر ، التي تحصـــل على امتيازات معينة لبعض الأشـــخاص والمؤلفين ، قد ينتمون لدول مختلفة ، مما ينبغي تسـليط الضوء على هذه التصرفات التي تصدر بإرادة منفردة أي بإرادة من صدر عنه التصرف والذي قد يكون هو في دولة معينة والطرف المستفيد من دولة أخرى ، قد يثور بشـأنها تنازع بين قانون هاتين الدولتين مما يتطلب تحديد القانون الواجب التطبيق على هذه التصرفات والتي بدور هذا القانون الواجب التطبيق أن يضع الحلول للمشكلات التي قد تثور بشأن التصرفات الصادرة بإرادة منفردة .

إشكالية البحث :

يتسم البحث بالإشكاليات الآتية ، وهي :

١- هل توجد قواعد إســناد محدودة في القوانين العراقية ، ولاســيما في القانون المدني العراقي تحدد القانون الواجب التطبيق على التصرفات الصادرة بإرادة منفردة .

٢- هل يمكن الأخذ بنصّ المادة (١/٢٥) في القانون المدني العراقي ، التي تطبق على العقود الدولية وتطبيقها على تصرفات الإرادة المنفردة .

٣- هل يمكن اللجوء إلى الضوابط الخاصة بالعقود الدولية نفسها ونطبقها على التصرفات الصادرة بالإرادة المنفردة (كالوعد بجائزة) مثلاً ، كضابط الإرادة أو ضابط الموطن المشترك أو ضابط مكان الإبرام والتي نص عليها المشرّع العراقي كضوابط أصلية يستعين بها القاضي لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية .

٤- هل يوجد ضوابط احتياطية أخرى بالإضافة إلى الضوابط الأصلية التي يمكن أن توصل القاضي للقانون والواجب التطبيق على الإرادة المنفردة وهل القوانين العراقية نصت عليها.

وللإجابة على كل هذه التساؤلات، أخذنا على عاتقنا دراسة هذا الموضوع للتوصل إلى المطلوب عبر المباحث الواردة في البحث.

منهجية البحث :

إنّ المنهج المتبع هو المنهج (التحليلي) في ضوء القوانين العراقية ، عبر البحث في النصوص العراقية وتحليلها بما ينسجم مع الطبيعة الخاصة للتصرفات الصادرة بإرادة منفردة ، وبناءً على ذلك تم تقسيم هذا البحث إلى المبحثين الآتيين ، تناول المبحث الأول مدى صلاحية قاعدة التنازع الخاصة بالعقود على الإرادة المنفردة وقسم إلى مطلبين ، الأول : ضابط إرادة المتعاقدين ، والثاني: عن الضوابط الأصلية . أمّا المبحث الثاني فتناولت فيه قاعدة التنازع الأكثر ملاءمة لحكم الإرادة المنفردة وتم تقسيمه أيضاً إلى مطلبين، المطلب الأول : المفاضلة بين ضوابط الإسناد في الإرادة المنفردة ، والثاني : عن الضوابط الاحتياطية لحكم الإرادة المنفردة.

المبحث الأول

مدى صلاحية قاعدة التنازع الخاصة بالعقود على الإرادة المنفردة

الإرادة المنفردة سبب في إنشاء الالتزام ، وحيث يتضمن التصرف الانفرادي بالصفة الدولية فإنَّ ذلك يستوجب تعيين القانون الواجب التطبيق بصدد الالتزام الناشئ عن أحوال تنازع القوانين ، ولكن هذا الأمر لم يتجسد في القوانين بصورة عامة والقوانين الخاضعة للمقارنة على وجه التحديد ، مما يتطلب إعمال قاعدة الإسناد الخاصة بالعقود على الالتزامات الناشئ ابتداءً عن الإرادة المنفردة من حيث الموضوع في القانون المدني العراقي ،وبناءً على ذلك قسم هذا المبحث إلى المطلبين الآتيين، تناول الأول ضابط إرادة المتعامدين وفي الثاني الضابط المكاني.

المطلب الأول

ضابط إرادة المتعاقدين

أصبح من المبادئ المستقرة إنَّ القانون المختص في حكم العقود هو القانون الذي تتجه إليه إرادة المتعاقدين في العقد[١]. وهذا ما نصت عليه المادة (٢٥) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ إلى أنَّه : " ١- 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 ما لم يتفق المتعاقدان أو تبين من الظروف إنَّ قانوناً آخر يراد تطبيقه" . إذ جعلت المادة المذكورة أعلاه 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 ، فضلاً عن كونه قانوناً واضحاً يلبي توقعاتهما ، فيما سيؤول إليه نتيجة النزاع فيما لو حصل ، مما يمنحهم الثقة والحافز لإجراء تصرفات قانونية صحيحة تتجاوز حدود الدولة التي عقد فيها دون خوف من مفاجآت القانون الواجب التطبيق على النزاع[٢] .

والعقد الدولي على وفق المعيار الاقتصادي هو ذك العقد الذي يحقق مصلحة التجارة الدولية ، أو يتضمن عمليات تتجاوز النطاق الاقتصادي الداخلي أو ينجم من حركة انتقال البضائع والخدمات ورؤوس الأموال بين الدول . أمّا معناه على وفق المعيار القانوني فهو ذلك العقد الذي يتضمن عنصراً أجنبياً يتمثل جنسية أحد أطرافه أو موطنه أو مكان إبرام العقد أو تنفيذه[٣].

معيار دولية العقد أيضاً إذا تم اختيار القانون في ضوء احتياجات التجارة الدولية ، إذ يلاحظ أنَّ كثيراً من المعاملات التجارية الدولية تخضع لعقود نموذجية ، مثال ذلك العقود التي ترد على الحبوب، فإذا ابرم عقد نموذجي وتم اختيار القانون الذي يطبق عليه وتوافرت الصلة بين العقد والقانون المختار من قبل طرفي العقد اصبح العقد دولياً أي ذات صبغة دولية[٤].

وإنَّ السؤال في هذا المجال هل الوصف الذي يتصف فيها التصرفات الإرادية بالصفة الدولية نفسه الذي يطبق على العقد الدولي ، أي هل يمكن القول بخضوع التصرفات الإرادية لما يخضع له العقد الدولي من حيث القانون الواجب التطبيق ، فإنَّ هذا لا ينطبق في جميع الأحوال على التصرفات الإرادية التي تتم بالإرادة المنفردة للفرد فلا يمكن أن تطبق معايير دولية العقد على التصرفات الإرادية سواء كان معيار قانوني أو اقتصادي ؛ لأنّ من النادر أن تكون التصرفات الإرادية المنفردة تحقق مصلحة التجارة الدولية كما هو الحال في العقود الدولية، وإنَّ غاية الأخيرة هو نقل رؤوس الأموال والبضائع والخدمات ، وهذا ما لا نجده في الإرادة المنفردة وإنَّ وجد مثل هذا النقل قد يقع عملا عن طريق الارادة المنفردة دون أن تستهدف من صدرت عنه

هذه الإرادة تحقيق مصلحة التجارة الدولية. وهذا ما يطبق على دولية العقد استناداً لقانون بلد معين ، والتي لا يتصور وجودها عل تصرفات الإرادة المنفردة[٥].

وبهذا تختلف التصـــرفات لإرادية بالإرادة المنفردة عن العقود ، إذ أنَّ الأخيرة لا يوجد فيها التزام إلّا من تاريخ أو الوقت الذي يقبل فيه الموجب إليه الإيجاب الموجه إليه من الموجب ، أمّـا في التصرفات الإرادية فإنَّ الالتزام فيه يوجد من تاريخ الذي يفصـح فيه المدين عن إرادته دون الحاجة إلى صـدور إرادة مقابلة من الدائن[٦].

ومن هذا الوقت لا يجوز لمن صـدر عنه التصـرف الرجوع فيه ، وبهذا نصـت المادة (١٨٥) من القانون المدني العراقي على أنَّـه : "١-من وعد بجعل يعطيه لمن يقوم بعمل معين التزام بإعطاء الجعل لمن قام به العمل حتى لو قام به من دون النظر إلى وعد . ٢- إذا لم يحدد الواعد أصلاً للقيام بالعمل جاز له الرجوع عن وعده على الا يؤثر ذلك في حق من قام بالعمل قبل الرجوع في الوعد".

فإنَّ ذلك لا يغير من حقيقة التصـرفات الإرادية المنفردة الذي يبقى التصـرف ناتج عن إرادة منفردة . ولا يمكن أن يكون عقد حتى لو توقفت الاستفادة منه على إرادة آخرى أو القيام بإجراء لاحق كالقبول ؛ لأن القبول قد صـادفه إرادة تامة فانتفع بها بالإرادة المنفردة ليسـت غايتها إنشـاء تصـرفاً قانوني بإرادة منفردة من جانب واحد، ولا يمكن أن يجبر أحد المتعاقدين أن يكتسب حقاً رغماً عنه[٧].

إنّ من وجه إليه التصـرفات الإرادية قد يكون على علم بالقانون الواجب التطبيق ، فمثلاً من يوجه اليهم إعلان عن جائزة قد يكون على علم بالقانون الواجب التطبيق ، إذ أنَّ اختيار القانون الذي سـيحكم التصـرف الإرادي عند إعلان الجائزة من قبل من صـدر عنه الاعلان يعد جزءا من ذلك الاعلان فلا يجوز بعد ذلك لمن وجه إليه الإعلان وقم بالعمل المطلوب الاحتجاج بأن القانون المختار من قبل من صـدر عنه الإعلان مجحف بحقوقه؛ لأنَّه كان يعلم بالقانون الذي سيطبق على التصرف بحكم علمه بتفاصيل الإعلان ، غير أنَّه يرد على:

١- من قام بالعمل المطلوب يستحق الجائزة حتى وإن كان لا يعلم بالوعد بالجائزة من الأساس يعني أنَّ الشخص لا يعلم بالوعد بالجائزة أو من باب أولى ألا يعلم بالقانون المختار من قبل من صدر عنه التصـرف ، وبالتالي يكون له الحق في مواجهة من صـدر عنه الإعلان إذا قام بالعمل المطلوب قبل أن يعدل الواعد من وعده ، أو خلال مدة يعينها القانون من تاريخ العدول[٨].

٢- قد لا يكون اختيار القانون الواجب التطبيق من قبل من صدر عنه التصرف صريح يعلمه الجمهور الذين وجه اليهم الوعد فإذا افترضنا القول بأن ما يسري على العقد يسري على التصرفات الإرادية التي تتم بالإرادة المنفردة من حيث القانون الواجب التطبيق، فإنَّ اختيار القانون الواجب التطبيق

قد يكون صريحاً وقد يكون ضمنياً يستخلص من ظروف ووقائع الحال كاختيار عمله في دولة ما أو اختيار محكمة دولة معينة تكون هي المختصة بالفصل بالنزاع بمناسبة تصرفات منفردة[٩].

٣- بالإمكان تغيير القانون الذي اختاره من صدر عنه التصرف بإرادته أن يخضع له ذلك التصرف ، فمن وعد بجائزة أن يختار قانون يجرده من التزاماته في مواجهة من يقوم بالعمل المطلوب إليه، فإذا قلنا بأن ما يسري على العقد يسري على التصرفات الإرادية المنفردة في اختيار القانون الواجب التطبيق فإنَّ أطراف العقد إذا اختاروا قانون واجب التطبيق كان بإمكانهم تغييره واستبداله بقانون آخر فأصبح مثل هذه الإمكانية تسري على الإرادة المنفردة أي بإمكان من صدر عنه هذا التصرف تغيره أو إلغاؤه وإرجاع التصرف إلى أصله[١٠].

السؤال المطروح هنا هل يمكن أن تطبق الحقيقة المفترضة اعلاه على التصرفات الصادرة بالإرادة المنفردة ؟

والجواب على هذا التساؤل لا يمكن قبول هذا الافتراض للحجج الآتية :

١- هنالك بعض العقود لا يمكن أن تخضع لقانون الإرادة ، وهي عقود تتعلق بالنظام العام من جهة وعقود حماية الطرف الضعيف من جهة أخرى ، كما هو الحال في عقود العمل وعقود النقل والتأمين وعقود حماية المستهلكين ... الخ[١١] ، فالطرف القوي يفرض بإرادته المتفردة القانون الذي يحكم العقود ذات الطرف الضعيف ، ومن غير الممكن أن نجعل لإرادة المستفيد من التصرف الإرادي المنفرد جزء من قانون الإرادة ، فلا دور للإرادة في التصرف المنفرد على خلاف العقود التي تتم باجتماع الإرادتين ، فضلاً على كونها غير معلومة في كثير من الأحيان وقت بروز التصرف الإرادي إلى حيز الوجود كون صاحبه لا يكون معلوماً في ذلك الوقت ، فمن غير المعقول أن يخضع التصرف الصادرة بالإرادة المنفردة لقانون الإرادة ، علماً أنَّه لا توجد سوى إرادة واحدة ، أمّا إرادة من ترتب له الحق كما هو الحال يوعد بجائزة فلا وجود لها ، ولا عبرة بها عند صدور التصرف على الرغم من أنَّ هذا التصرف سيمس حقوقه فيما بعد .

٢- إنَّ مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الرواجب التطبيق على العقد محل خلاف من جانب الفقه فيرى جانب من الفقه إلى أنَّ حرية الأطراف هذه يمكن ان تنصرف إلى التصرفات القانونية الصادرة بالإرادة المنفردة سواء كان القانون المختار ذات صلة بالتصرف من عدمه، بينما يذهب بعض آخر إلى أنَّ القانون المختار يشترط أن يكون على صلة بالتصرف[١٢]، وإنَّ اختلاف وجهات النظر من جانب الفقه في هذا الموضوع ، يرجع في ذلك إلى ظهور مدرستين وهي المدرسة الموضوعية والمدرسة الشخصية ، ويمكن تبرير سبب هذا الخلاف يعود إلى مدى إمكانية الحد من

تحكم من صدر عنه التصرف فيما ينطبق على التصرف من أحكام قانونية باختيار قانون يلائم مصلحته هو دون اعتبار لمصلحة المستفيدين من التصرف ومن خلال حرمانه من التهرب من التزاماته المفروضة عليه فلو رجعنا إلى الرأي القائل بضرورة وجود صله بين القانون المختار والتصرف لكان في ذلك ضمان لحقوق من وجه اليهم التصرف ، بالمقابل أنَّ الأخذ بالقانون المختار الذي لا تتحقق فيه مثل هذه الصلة لأدى إلى إجحاف لحقوقهم(١٣) .

ومن هذا يمكن أن نستخلص إلى أنَّ ضابط قانون الإرادة الذي اختاره أطراف العقد يمكن أن يطبق على التصرفات الصادرة بإرادة منفردة ، إلّا أنَّه ليس ضابطاً يمكن أن يلائم التصرفات الإرادية المنفردة بجميع الأحوال أي يمكن الاستناد إلى ضوابط إسناد أخرى ولاسيما في حالة عدم وجود قانون مختار من قبل صاحب التصرف الإرادي الذي يمكن أن يهول عليه في حالة غياب الاختيار .

المطلب الثاني

الضوابط الأصلية

قد يلجأ القاضي في حالة غياب قانون الإرادة في التصرفات الصادرة بالإرادة المنفردة إلى اعتماد قواعد التنازع بوصفها القواعد المنظمة للعلاقات المتضمنة عنصراً أجنبياً فهي تتضمن ضوابط إسناد تشير إلى القانون الواجب التطبيق على العلاقات التي تتم بالإرادة المنفردة محل النزاع ، ومن هذه الضوابط يمكن تسميتها بالضوابط المكانية كضابط الموطن المشترك ومكان الإبرام .

أولا: ضابط الموطن المشترك

إنَّ المادة (٢٥) من القانون المدني العراقي قد جعلت الموطن المشترك أول ضابط أصلي يتم اللجوء إليه في حال غياب قانون الإرادة ولاسيما في التصرفات الصادرة بإرادة منفردة وقد أخذت بهذا الضابط العديد من تشريعات الدول العربية ومنها مصر والجزائر والأردن(١٤)، إذ عدّت هذه التشريعات أنَّ الموطن المشترك للأطراف التصرف ضابط الإسناد الأول عند سكوت الأطراف عن تحديد قانون معين يطبق على العقد أو التصرفات الإرادية ، إذ يعد هذا الضابط هو أنسب القوانين لحكم التصرفات القانونية سواء كانت تصرفات تتم بإرادة طرفين العقد أو تصرفات تتم بإرادة منفردة(١٥).

فإنَّ قانون الموطن المشترك بوصفه ضابط من المرتبة الثانية بعد ضابط قانون الإرادة المختارة ، وإنَّ إعطاء الاختصاص في حكم التصرفات الإرادية الصادرة بالإرادة المنفردة يجعله بحكم القانون الذي تقتضيه الإرادة المنفردة فإذا كان الطرفين مستوطنين في موطن واحد فيفترض أنَّهم قد اختاروا قانون للوطن فإذا وجدت الإرادة الصريحة باختيار القانون تنتفي الحاجة لقانون الوطن المشترك ، وكما معلوم أنَّ الموطن يقسم إلى أنواع عدة وهو الموطن العام والموطن الخاص الموطن القانوني والموطن الأصلي والموطن المختار، فإنَّ ما جاء

في نص المادة (٢٥) مدني عراقي عندما أشارت إلى الموطن المشترك فكانت تقصد الموطن الفعلي الذي يتمثل بالمكان الذي يقيم فيه الشخص عادة [١٦]، فقد تثار بشأنه مشكلة وهي إمكانية تعدد الموطن فما هو الحل؟ طالما كانت المادة (٢٥) لم تقيد أو تحدد بنوع معين من الموطن المشـــترك والذي يمكن أن يطبق على الإرادة المنفردة ، وهكذا فـــــــإنَّ فكرة الموطن الفعلي أو الواقعي الذي تنصرف أو تم فيه معظم تصرفات وأعمال الأطراف المتعاقدة فإنَّ مشـــكلة الازدواج في الموطن يمكن أن تحل عبر اللجوء إلى فكرة الواقعية عن طريق البحث عن ظروف ووقائع الحال التي يمكن أن يســـتدل عن طريقها كون المتعاقد الذي اجرى التصـــرف الانفرادي فيه هو المكان الذي تتمركز فيه معظم تصـــرفاته أي من غير المتصـــور أن يتوطن أو تقيم في مكان غير ذلك الموطن الذي مارس فيه تصرفاته القانونية[١٧].

ان تطبيق ضـابط الموطن المشـترك في اطار الإرادة المنفردة لا يمكن اللجوء إليه في جميع الأحوال كما هو الحال في العقد الدولي وإنما يتطلب إجراء معين يمكن أن يتخذه الطرف في هذا التصـــرف الانفراد ، طالما كانت الصـفة السـائدة في هذه التصـرفات الإرادية المنفردة لا يوجد فيها طرف آخر اي صـفة الطرف الواحد هو الملتزم والعبرة بموطن من صدر منه التصرف بإرادته المنفردة .

وقد تواجه القاضـي مشـكلة أخرى ألا وهي مشـكلة تغير من صـدر فيه التصـرف بإرادته المنفردة قد غير موطنه ،ولاسيما عند الأخذ بضـابط الموطن المشـترك أي أنَّـــه لو كان وقت صـدور التصـرف من طرف واحد وهو صـاحب التصـرف الذي صـدر منه قد كان في موطن يتشـابه مع موطن الطرف الآخر الموجة إليه التصـرف ولكن عند قيام الطرف الآخر بالتصـرف قد حصـل تغيير في الموطن مما يؤدي إلى حصـول اختلاف في الموطن وقت صـدور التصـرف ووقت التنفيذ مما يؤدي إلى ضـياع حق من وجه إليه التصـرف الإرادي المنفرد ، كما هو الحال في مثالنا الســـابق الوعد بجائزة ، إذا كان موجبة للجمهور من قبل من وجه أو صـــدر منه الوعد بجائزة قد غير موطنه ففي هذه الحالة يتغير تبعاً القانون الذي بحكمه ويصـبح لقانون جديد ولحل هذه المشكلة توجد حالتين :

الأولى : إذا كان تغير الموطن قد حصـل بحسـن نية قبل صـدور الإعلان أو يعده فلا مشـكلة في هذه الحالة فالقاضـي سـيطبق قانون الموطن وقت صـدور الإعلان والغاية من ذلك ؛ لأنَّ التصـرفات القانونية التي تتم بالإرادة المنفردة هي مصدر من مصادر الحقوق الشخصية تتم بمجرد التعبير عن الإرادة ، أمّـــا التصرفات الأخرى الملحقة بها فلا تعبير ضـمن كيان التصـرف نفسـه ، وهذا ما يميز العقد عن التصـرفات الإرادية إذ أنَّ الأخير لا يحتاج إلى قبول لقيامه على العكس في العقد .

أما الحالة الثانية : إذا كان تغير الموطن قد حصل بسوء نية وقبل صدور الإعلان ، أي أنَّ من صدر منه التصـــرف لم يقم بتغيير موطنه ، إلا لغرض التحايل والغش على قانون موطنه الأول المختص والحصـــول

على إمكانية تطبيق القانون الجديد الذي حصل فيه الغش والتحايل ، مما يقضي إلى عدم الأخذ بالقانون الجديد واحتكام القاضي إلى قانون الموطن الأول الأصلي صاحب الاختصاص الأصيل (وهو موطن من صدر منه التصرفات بالإرادة المنفردة)[١٨] .

ويعد هذا تطبيق لفكرة أو نظرية الغش أو التحايل على القانون والمقررة بالعادة الدولية ، لذلك يجب الأخذ بها في العراق استناداً إلى المادة (٣٠) من القانون المدني العراقي التي تقتضي بلزوم اتباع مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً في الأحوال التي لم يرد في شأنها نص، على الرغم من أنَّ القانون العراقي خلا من نص يقضي صراحة بالأخذ بنظرية الغش والتحايل نحو القانون [١٩].

ثانياً– ضابط مكان الإبرام

نصت المادة (٢٥) من القانون المدني العراقي على ضابط احتياطي يأتي بعد ضابط الموطن المشترك والذي يمكن أن يطبق في الأحوال التي تنعدم فيه قانون الإرادة أي في الأحوال التي لا يتفق أطراف العقد على القانون الذي يحكم العقد ، ولم يكن هنالك موطن مشترك لأطراف التصرف ، فلا يوجد أمام القاضي سوى اللجوء إلى ضابط مكان إبرام التصرف أي المكان الذي اتحد فيه الإيجاب والقبول الصادر من الطرف الآخر ، فلو رجعنا إلى تاريخ قانون مكان إبرام التصرف ولاسيما التصرفات المشوبة بعنصر أجنبي فأنَّه يعود ويطبق هذا القانون إلى ما قبل عهد ديمولان صاحب مدرسة الحواشي الإيطالية حيث كانت العقود الدولية آنذاك تحكم بقانون مكان إبرام التصرف ويبرر انصار هذه المدرسة بإعطاء قانون مكان إبرام التصرف الاختصاص بحكمه يعود إلى أنَّ مكان إبرام التصرف هو المكان الذي انصرفت إليه إرادة المتعاقدين الضمنية لحكم العقد المبرم بينهما [٢٠].

السؤال المطروح هنا هل بالإمكان تطبيق قانون مكان إبرام العقد الدولي على التصرفات الصادرة بالإرادة المنفردة ؟ وللجواب على هذا السؤال إذا سلمنا بمبدأ خضوع التصرفات الصادرة بالإرادة المنفردة لما تخضع له العقود الدولية فإنَّ قانون مكان إبرام العقد يكون واجب التطبيق على الإرادة المنفردة ولاسيما إذا تضمنت أو كانت مشوبة بعنصر أجنبي وحسب ما نصت عليه المادة (١/٢٥) مدني عراقي ، أي لابد من معرفة المكان الذي ابرم فيه التصرف الإرادي المنفردة ، فيكون هذا التصرف ملزماً لمن صدر عنه من وقت تعبيره عن إرادته بغض النظر عما إذا كان التصرف يحتاج إلى قبول أو إجراء لاحق ، ففي حالة الوعد بجائزة فإنَّ الواعد يصبح ملزم بما وعد بمجرد إعلان عن إرادته ، واستوفى الإعلان شروط الوعد بجائزة فإذا صدر إعلان موجه للجمهور يتضمن إرادة تامة عن جائزة يقدمها المعلن عنها لمن يقوم بعمل معين صار ملزم بالجائزة في مواجهة من يقوم بالعمل ، ففي جميع الأحوال يندمج مكان الإبرام بالموطن ، إذا عادة ما يصدر

التصـرف الإرادي المنفرد في موطن من صـدر عنه ، لكن هذا لا يمنع من أن يصـدر من مكان آخر كما في حالة اختلاف الموطن ممن صدر عنه الوعد بجائزة عن المكان الذي اعلن فيه الوعد(٢١).

إنّ الأخذ بضـــابط مكان إبرام التصـــرف الإرادي وإن كان هو الضـــابط الأكثر ملاءمة لحكم التصرفات التي تنعقد بالإرادة المنفردة الآن الأخذ به يؤدي إلى عيوب تطبيقه ويمكن تلخيصه بالآتي :

١- إذا قام من صـدر منه التصـرف الإرادي المنفرد بتغيير مكانه أي المكان الذي صـدر فيه التصـرف والغاية منه هو التحايل على القانون أو ما يســـمى بنظرية الغش نحو القانون ولغرض التغلب على هذا التحايل يتم عبر الأخذ بقانون مكان الإبرام القديم وإهمال قانون مكان التصـــرف الإرادي الجديد ، ولاسيما عند ثبوت نظرية الغش نحو القانون .

٢- الأخذ بضـابط الموطن على حسـاب ضـابط مكان الإبرام ، فإذا سـلمنا بأن ما يطبق على العقود الدولية من حيث القانون الواجب التطبيق هي ذاتها يمكن تطبيقها على التصرفات الإرادية الصادرة بالإرادة المنفردة من حيث قانون الموطن المشـــترك وقانون مكان إبرام التصـــرفات باســـتثناء قانون الإرادة (القانون المختار) الذي يطبق على العقود الدولية وليس على التصـــرفات الإرادية بالإرادة المنفردة وتبرير ذلك يعود إلى الأخذ بالإرادة في التصـــرفات المنفردة يكون فيه غبن لحقوق الطرف المستفيد من التصرف الإرادي المنفرد، وإنَّ الأخذ بضابط الموطن المشترك بهذا النوع من التصرفات يمكن الأخذ به بجميع الأحوال والمقصود به هو موطن من صدر منه التصرف الإرادي فهو موطن واحد فإنَّ ضـابط الموطن لا يمكن تجاهله الا في حالة غياب موطن صـدر منه التصـرف الإرادي المنفرد فإذا لم يوجد الموطن يمكن للقاضـي ينتقل إلى ضـابط مكان الإبرام أي بعبارة أخرى يفضـل ويأخذ بجميع الأحوال بضابط موطن من صدر منه التصرف أي أنَّ هذا الضابط (ضابط الموطن) يحجب بضـابط مكان الإبرام أي أنَّ الأولوية لضـابط الموطن فبعد هذا الأخير هو القانون الأكثر ملاءمة لحكم التصرفات الإرادية الصادرة بالإرادة المنفردة أي يمكن ايجـاد القانون الواجب التطبيق على هذه التصـــرفات من دون الحاجة للجوء إلى ضـــابط مكان الإبرام إذا وجد أو تحقق ضـــابط الموطن(٢٢) .

المبحث الثاني

قاعدة التنازع الأكثر ملاءمة لحكم الإرادة المنفردة

إنَّ ضـــابط قانون الإرادة وقانون الموطن المشـــترك وقانون مكان الإبرام تعد من الضـــوابط الأكثر ملاءمة لحكم التصرفات الإرادية المنفردة ، بعد أنَّ وجهة إلى قانون الإرادة (القانون المختار) بعض السلبيات لتطبيقه على الإرادة المنفردة كونه تصرف صادر بإرادة واحدة وطالما كنا في اطار القانون الأكثر ملاءمة لحكم

هذا النوع من التصرفات فنجد أنَّ ضابط موطن من صدر عنه التصرف الإرادي الذي يمكن جعله الضابط الأكثر ملاءمة ولاسيما في الأحوال التي تنعدم فيها مكان الإبرام ، يعد ضابط الموطن الأول اي بالإمكان وجوده في جميع الأحوال أو بالأمكان اللجوء إلى قانون مكان الإبرام في حالة تعذر وجود موطن من صدر منه التصرف فإنَّ الأخذ بأحدهما يؤدي إلى عدم الأخذ بالآخر ويقصد به (ضابطي الإسناد الموطن وضابط مكان الإبرام) مما يتطلب وجوب المفاضلة بين هذين الضابطين ، وعليه قسم هذا المبحث إلى المطلبين الآتيين ، المطلب الأول : المفاضلة بين ضوابط الإسناد في الإرادة المنفردة . والمطلب الثاني : الضوابط الاحتياطية لحكم الإرادة المنفردة .

المطلب الأول

المفاضلة بين ضوابط الإسناد في الإرادة المنفردة

ان لكل من ضابط الموطن ومكان إبرام التصرف له اختصاصاته المحددة في مجال تحديد القانون الواجب التطبيق على الإرادة المنفردة ، فإنَّ المفاضلة فيها تكون عبر توفر الظروف الملائمة على تطبيقه الواحد دون الآخر أو قد تكون هنالك حالات معينة يسمح بتطبيق كلاً من الضابطين مما يتطلب المفاضلة بينهما ، غير أنَّ الأخذ بكل من الضابطين له مميزاته المحددة ، إذ أنَّ الأخذ بضابط الموطن يؤدي إلى سهولة تنفيذ الأحكام الصادرة على وفق القانون المختص بمقتضاه ، مثال ذلك الوعد بالجائزة ، فإذا صدر حكم المصلحة أحد الجمهور الموجه إليه الوعد بجائزة وبموجب قانون الموطن من صدر عنه الوعد وأراد أن ينفذ هذا الحكم فإنَّ ينفذ الحكم في بلد هذا الأخير ، وهذا يحقق سهولة التنفيذ من قبل المحكمة كونه صدر على وفق القانون الموطن الذي ينتمي إليه . ومثل هذه السهولة بالتنفيذ قد لا نجدها في ضابط مكان إبرام التصرف لاسيما عند اختلاف من وعد بالجائزة عن مكان الإعلان ، إذ أنَّ التشابه بين الحكم الصادر بموجب قانون مكان إعلان الوعد عن الجائزة لا يكون مضمون في جميع الأحوال ، فالمحكمة لا تستوثق من مكان إبرام التصرف كما هو الحال بالموطن كونه صادراً على وفق قوانينها ، وفي الوقت نفسه الأخذ بضابط الموطن قد لا يكون من السهل على المستفيدين من التصرف الإرادي معرفته بسهولة خلاف قانون مكان الإبرام التصرف الذي يكون واضح للعيان وللمستفيدين من التصرف ، مثال ذلك قد يقيم الشخص في دولة ويصدر الإعلان في دولة أخرى، إذ أنَّ من وجهة اليهم الإعلان لا يستفيدون من الموطن على الرغم من أنَّ علمهم بموطن من صدر باسمه الإعلان ، وذلك قد يكون الموطن المعتبر هو غيره ، مثال ذلك موطن المفقودين العبرة بموطن من ينوب عنهم قانوناً ، وهذا الموطن قد لا يسهل معرفته ؛ لأنَّ العبرة بموطن الشخص النائب عن من صدر التصرف باسمه[٢٣].

فالمفأصلة المقصودة هنا بعد استبعاد قانون الإرادة للأسباب التي تم ذكرها سابقاً من حكم التصرفات الصادرة بالإرادة المنفردة فإنَّ ضابط مكان إبرام التصرف هو الأفضل لحكم التصرفات الإرادية لما وجه لضابط الموطن من عيوب أو سلبيات في حالات معينة يتعذر الأخذ به وتطبيقه ، إلّا أنَّ هذا لا يعني إهمال ضابط الموطن وعدم تطبيقه ، إذ يمكن للقاضي الرجوع إليه في الأحوال التي يتعذر فيها تطبيق قانون مكان الإبرام .

المطلب الثاني

الضوابط الاحتياطية لحكم الإرادة المنفردة

سبق أن تم التطرق إلى اهم الضوابط الأصلية لحكم التصرفات الصادرة بإرادة منفردة والتي أشارت إليها المادة (٢٥) مدني عراقي إلّا أنَّه توجد هنالك ضوابط أخرى يمكن اللجوء إليها وتطبيقها غير تلك التي نصت عليها المادة (٢٥) والتي تعد هي الأكثر ملاءمة لتنظيم الإرادة المنفردة ، كما يرى بعض الفقهاء إلى ضرورة عدم ربط بعض التصرفات القانونية بقانون ما، بل إعطاء القاضي صلاحية تحديد القانون الأكثر ملاءمة لها.

إذ يرى جانب من فقه القانون الدولي الخاص إلى الأخذ بفكرة ما يسمى بالإسناد المرن للرابطة العقدية الذي لا يقف عند حدود التركيز الموضوعي للرابطة العقدية المستند إلى طبيعة الذاتية للعقد ، بل يتعدى ذلك، ليعتمد في إسناد العلاقة على ظروف التعاقد وملابساته في كل عقد على حدة وهذا ما يؤدي إلى تنوع قواعد الإسناد في عقد الآخر(٢٤).

وإنّ الأخذ بفكرة تطبيق القانون أو الضابط الأكثر ملاءمة على التصرفات القانونية لم تعد قاصرة على التصرفات التعاقدية (العقود الدولية) بل اخذ فيها حتى في الالتزامات غير تعاقدية أيضاً إذ أنَّ هذه الأخيرة تخضع لقانون مكان وقوع الفعل المنشئ للالتزام(٢٥) .

ومنها الأفعال الضارة ، إذ أنَّ بعض الفقه الأمريكي والفرنسي يرى إلى ضرورة إخضاع الأفعال الضارة إلى قانون اكثر ملائمة للتطبيق على العمل الضار ، أي الأخذ بضوابط إسناد أخرى أكثر ملائمة غير قانون وقوع الفعل الضار كالجنسية أو الموطن(٢٦) .

كذلك الحال بالنسبة لموضوعات الأحوال الشخصية، إذ أنَّ قواعد الإسناد التي يمكن أن تطبق على هذه المواضيع كالزواج والنسب والأهلية ... الخ يمكن خضوعها لقاعدة إسناد قد تكون قانون أو ضابط الجنسية أو لقانون اكثر ملائمة لحكم هذه الموضوعات .

والحال نفسه يمكن أن يطبق على التصرفات الإرادية المنفردة إذ يمكن للقاضي أن يلجأ إلى تطبيق قواعد إسناد ملائمة والتي تعد هي القانون الواجب التطبيق الأصلح لحكم مثل هذا النوع من التصرفات أسوة

بغيرها من التصرفات التعاقدية الصادرة بإرادة الطرفين المتعاقدين في العقود الدولية ، وتعد هذه الضوابط هي بمثابة ضوابط احتياطية تأتي بعد الضوابط الأصلية (الموطن ومكان الإبرام) في حالة غياب هذين الضابطين الأخيرين يمكن للقاضي اللجوء إلى هذه الضوابط الاحتياطية ، إلّا أنَّ إعطاء للمحكمة مثل هذه الحرية بالاختيار في مجال الإرادة المنفردة والتي تتعلق بمصالح منفردة تتصل بأطرافها يجعل المحكمة سلطة التحكم بالقانون الواجب التطبيق على التصرفات الإرادية الصادرة بإرادة منفردة أي إعطاء للقاضي سلطة في اختيار القانون الواجب التطبيق ولحل هذا الأشكال والابتعاد عن سلطة تحكم المحكمة في تحديد القانون الواجب التطبيق ، يمكن القول إنَّ سلطة المحكمة تكون مقيدة بضابطين (الموطن ومكان الإبرام) كضوابط أصلية ومن ثم لا يخولها سلطة البحث عن ضوابط احتياطية إلا في أحوال يتعذر معها وغياب الضوابط الأصلية أيّ إنَّ المحكمة لا تكون لها سلطة مطلقة في هذا المجال وإنما مقيدة لا يخولها حق التحكم باختيار القانون الواجب التطبيق على الإرادة المنفردة إلّا في حالات استثنائية، كما هو مبين أعلاه ؛ لأنَّنا أمام تصرفات صادرة بإرادة منفردة وليس أمام عقد دولس يتوقف على إرادة المتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق .

ومن بين الضوابط الاحتياطية التي تخول القاضي تطبيقها على التصرفات المنفردة بوصفها الأكثر ملاءمة لحكم هذه التصرفات هو ضابط الجنسية يعد ضابط الجنسية هو أحد الضوابط التي أخذ بها المشرّع العراقي إلى جانب الضوابط الأخرى فقد نصت المادة (١/٢٣) من القانون المدني على أنَّه (قضايا الوصايا يسري عليها قانون الموصي وقت الوصية) ، فالوصية هي من التصرفات الإرادية الصادرة بالارادة منفردة ومن ثم تخضع لقانون جنسية الموصي وقت الوفاة ومن الوصية يمكن أن يسري هذا الضابط على كافة التصرفات الإرادية الصادرة بالإرادة المنفردة أي أنَّ الشروط الموضوعية للوصية بموجب الفقرة الأولى من المادة (٢٣) مدني عراقي تخضع لقانون الموصى وقت وفاته لا وقت تنظيم الوصية باستثناء شكل الوصية ، فالقانون العراقي خلا من نص خاص يحدد القانون الذي يحكم شكل الوصية فلا يعقل أن يعطي للمادة (١/٢٣) تطبيق عام يشمل الشكل إذ كيف يتيسر للموصى اتباع الشكل المقرر في قانون جنسيته وقت موته ، في حين أنَّ الوقت المعمول عليه لتحقيق الشكل هو اللحظة التي رسم فيها الشكل .

ولهذا ولخلو القانون من نص خاص ينظم الشروط الشكلية بالوصية نضطر إلى تطبيق القاعدة العامة الخاصة بالشكل والتي تعطي الاختصاص فيه إلى قانون بلد تحريره [٢٧].

وضابط الجنسية من غير المتصور الأخذ به في تحديد القانون الواجب التطبيق في العقود الدولية من حيث الموضوع ، إذ يعد ضابط الجنسية هو العنصر أو الضابط الأهم في العلاقة بالتالي ليس بالضرورة الأخذ بضابط الموطن ولاسيما في الأحوال التي ينعدم فيها موطن من صدر منه التصرف .

وهذا ما اخذ به المشرّع العراقي بتطبيق ضابط الجنسية بوصفه الضابط الأكثر ملاءمة لحكم مسائل الأحوال الشخصية كالأهلية والزواج والميراث والوصية ... الخ ، إذ يأخذ بهذا الضابط المشرّع العراقي كضابط أساسي ، إذ أنَّ ضابط الجنسية هو كضابط الموطن ومكان الإبرام وهم من أحد عناصر المعيار القانوني المثبتة للصفة الدولية والتي تعد من اهم القرائن التي يمكن أن يستبدل بها للوصول إلى قانون الإرادة في حال عدم اختيار القانون الواجب التطبيق صراحة(٢٨).

لكن الجنسية المقصودة في التصرفات الإرادية المنفردة هل هي جنسية من صدر عنه التصرف ام جنسية من صدر التصرف لمصلحته ؟

وللجواب على ذلك تطبيقاً لما نص عليه المشـــرّع العراقي في المادة (٢٣) فقرة (١) والذي اخذ بجنسية من صدر منه التصرف الإرادي المنفرد كما هو الحال بالوصية يمكن الاعتداد بها لاسيما في الأحوال التي ينص فيها الأخذ بضـــابط الجنســـية كضـــابط يمكن الرجوع إليه لتحديد القانون الواجب التطبيق دون الأخذ بضـــابط الموطن أو ضـــابط مكان إبرام التصـــرف وهذا يتعلق بالتصـــرفات الإرادية المنفردة من حيث الموضوع وليس من حيث الشكل .

ومما تقدم يمكن أن نستخلص ، أنَّ تحديد القانون الواجب التطبيق على التصرفات الإرادية المنفردة يعتمد بشكل أساسي على ضابط مكان إبرام التصرفات المنفردة فهو مقدم على ضابط الجنسية وضابط الموطن لكن لو تعذر معرفة مكان الإبرام يمكن في هذه الحالة اللجوء إلى ضابط الموطن الذي هو مقدم على ضـــابط الجنســـية حســـب الترتيب الذي ورد في نص المادة (٢٥) مدني عراقي من حيث ترتيب الضـــوابط الأصـــلية لتحديد القانون الواجب التطبيق على التصـــرفات المنفردة بما أنَّ ضـــابط الجنسـية يعد هو الضـــابط الأكثر ملاءمة لحكم التصـــرفات المنفردة في حالة غياب مكان إبرام التصـــرف والموطن وإنَّ الأخذ بقانون الجنسية مرتبطاً بالجنسية المشتركة بين من صدر منه التصرف وجنسية الطرف المستفيد الذي صدر التصرف لمصلحته ففي الأحوال التي ينتفي هذا الاشتراك في الجنسية ففي هذه الحالة يكون مكان إبرام التصرف هو المفضل ويأتي في المرتبة الأولى وبعده كل من الموطن والجنسية .

فضلاً عن قانون الجنسية كونه ضابط احتياطي لتحديد القانون الواجب التطبيق على التصرفات الصادرة بالإرادة المنفردة إلّا أنَّ هنالك ضوابط احتياطية أخرى وهو ضابط قانون القاضي المعروض أمامه النزاع بوصفه صاحب الاختصاص الاحتياطي في الأحوال التي لم ترد بشأنها نص أو قانون يحدد القانون الواجب التطبيق على هذا النوع من التصرفات أي أنَّـــه يوجد قانون آخر غير قانون القاضي إلّا أنَّ هذا الأخير تعذر عليه معرفته مما اضطره للجوء إلى قانونه (قانون القاضي المرفوع أمامه النزاع) ، وهذا ما أخذت به المادة (٢٨) من القانون المدني العراقي والتي نصت على أنَّه : (قواعد الاختصاص وجميع الإجراءات يسري

عليها قانون الدولة التي تقام فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات) فإنَّ القاضي المعروض أمامه النزاع لا يلجأ إلى تطبيق قانونه إلا في الأحوال التي يكون موضوع الدعوى على أفعال وقعت في أماكن انتفت فيها السلطة أو في الأحوال التي يكون موضوع الدعوى علاقة قانونية مشوبة بعنصر أجنبي ويتعذر تطبيق القانون الأجنبي حتى ولو كان هذا الأخير صاحب الاختصاص إلّا أنَّه امتنع عن التطبيق لكونه مخالف للنظام العام في دولة القاضي وإنَّ الأخذ بقانون القاضي المعروض أمامه النزاع يكون اكثر سهولة ويسر على القاضي من البحث عن قانون دولة أجنبية يجهل معرفته وكذلك يقلل على القاضي الجهد والوقت والنفقات التي قد تبذل في سبيل الحصول على مضمون القانون الأجنبي أو تفسيره ، في الوقت نفسه الأخذ بتطبيق قانون القاضي عيوب وهي : ١) تتعلق بأطراف العلاقة أي يجعلهم يخضعون في علاقاتهم القانونية لقانون دولة لا تربطهم به اي روابط معينة أو قد لا يرغبون فيه ، وهذا فيه مخالفة للعدالة التي هي أساس فكرة التنازع بين القوانين . ٢) من حيث التنفيذ فقد ترفض بعض المحاكم وجهات التنفيذ المختصة في دولة أجنبية لاسيما إذا كانت هذه الجهات هي المختصة بالتنفيذ بموجب القواعد الإجراءات المنصوصة في قوانينها تنفيذ الأحكام الصادرة بموجب قانون دولة القاضي إذا كان هذا الأخير مخالفاً لقانونها[٢٩].

ولكن هل بالإمكان الأخذ بضابط قانون القاضي المرفوع أمامه النزاع لتحديد القانون الواجب التطبيق على التصرفات الإرادية المنفردة ؟

إنَّ القاضي لا يلجأ إلى تطبيق قانونه ولاسيما في التصرفات الانفرادية ذات العنصر الأجنبي إلا في الأحوال التي لا يجد أمامه قانون يمكن تطبيقه أي تنعدم قاعدة الإسناد الواجبة التطبيق على مثل هذا النوع من التصرفات إذ أنَّ الأصل تطبيق القاضي للقانون الأجنبي كونه هو المختص لم يلجأ إليه سوى كونه الأكثر ملاءمة لحكمه لكن لو لم يجد قاعدة قانونية تصلح لحل النزاع القائم بخصوص هذه التصرفات الانفرادية فيلجأ إلى قانونه بصفة تبعية لا أصلية ، أي أنَّها تعد قاعدة أو ضابط قانون القاضي المرفوع أمامه النزاع ضابط احتياطي وليس أصلي كونه الأكثر ملاءمة في الأحوال التي لا يوجد بها نص ، ولكون الموضوع يتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق وليس بإجراءات أقامه الدعوى وتنفيذها فهي إجراءات تتعلق بالنظام العام فلا يجوز الخروج عنها فهي تخضع لقانون القاضي بصفة أصلية وليس احتياطية[٣٠].

لكن ما الحل لو كان أحد أطراف التصرف الإداري عراقي وكان النزاع مرفوع أمام المحاكم العراقية، هل تعد المحاكم العراقية والقانون العراقي هو المختص؟ الحل هو أنَّ المحاكم العراقية هي المختصة مكانياً وذلك تطبيقاً للمادة (٢٩) من قانون المرافعات رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ على أنَّه (تسري ولاية المحاكم المدنية على جميع الأشخاص الطبيعية والمعنوية بما في ذلك الحكومة وتخص بالفصل في كافة المنازعات الا ما استثنى بنص خاص) .

أو قد يكون بواقع تسـهيل مهمة القاضـي العراقي من جانب أو قد يكون فيه نوع لحماية الطرف الضعيف في هذا النوع من التصرفات ولاسيما إذا كان الطرف الضعيف هنا هو عراقي في التصرفات المنفردة وكان بحاجة إلى حماية وهذا بشـرط أن يكون الطرف الضـعيف الوطني (عراقي) هو من صـدر التصـرف لمصـلحته ، وليس لمن صـدر عنه التصـرف وهذا بخلاف الحال عليه في العقود الدولية ، وكذلك إذا كانت الحماية التي يوفرها قانون القاضـي العراقي المرفوع أمامه النزاع هي افضـل من تلك التي توفرها له القانون الأجنبي وهذا الأمر يمكن تطبيقه فقط إذا كان من وجهة إليه التصرف عراقياً.

الخاتمة

في نهاية بحثنا هذا والمتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق على الإرادة المنفردة في ظل القانون الدولي الخاص (دراسة تحليلية في القانون العراقي) والذي يعد من موضوعات القانون الدولي الخاص والذي يتطلب تحديد القانون الواجب التطبيق عليها عبر تحديد قاعدة إسناد ملائمة لحكمها ، وقد توصلنا إلى مجموعة من النتائج ، ولعل أهمها :

١- إنَّ الإرادة المنفردة سبب من أسباب نشوء الالتزام عن طريق الإرادة المنفردة ، وقد يشوب هذه الإرادة عنصر أجنبي مما يتطلب تحديد القانون الواجب التطبيق عليها عبر ايجاد ضابط إسنادي يوظف هذا الضابط لايجاد قاعدة إسناد معينة .

٢- قد تتشابه الإرادة المنفردة مع العقد الدولي من حيث ضوابط الإسناد التي تخضع لها والتي حددها القانون المدني العراقي في المادة (٢٥) باستثناء قانون الإرادة (القانون المختار) والذي يتم بإرادة طرفين المتنازعين في العقد الدولي إلّا أنَّ طبيعة التصرفات الصادرة بإرادة منفردة واحدة والتي تتم بإرادة منفردة اي لا وجد لإرادة طرفين فيها ، فمن غير المعقول أن تخضع التصرفات الإرادية المنفردة لقانون الإرادة (القانون المختار) فلا وجود لإرادة من ترتب له الحق فالعبرة بإرادة من صدر منه التصرف فإنَّ عدم إخضاعه لقانون إرادة من صدر منه التصرف قد يجعله يختار قانون يلائم مصلحته دون اعتبار لمصلحة الطرف المستفيد .

٣- إنَّ كل من ضابط الموطن المشترك ومكان إبرام التصرف هم من الضوابط الأصلية التي قد يلجأ إليها القاضي لتحديد القانون الواجب التطبيق على التصرفات التي تتم بإرادة منفردة ، إذ أنَّ طبيعة هذه التصرفات المنفردة قد يتعذر وجود موطن مشترك فيها لعدم وجود طرف آخر فيها فالعبرة بموطن من صدر منه التصرف بإرادته المنفرد فإذا تعذر معرفة موطن هذا الأخير بالإمكان اللجوء إلى ضابط مكان إبرام التصرف الإرادي ، فيكون التصرف ملزماً على من صدر منه التصرف وقت التعبير عن إرادته فيعد ضابط مكان الإبرام من الضوابط لأكثر ملائمة لحكم التصرف الإرادي .

٤- إنَّ المفاضلة بين ضوابط الإسناد التي تحكم التصرفات الصادرة بإرادة منفردة من غير المعقول تفضيل أحدهما على الآخر وإنما المفاضلة تجري بعد استبعاد قانون الإرادة فإنَّ ضابط مكان الإبرام هو الأفضل، ولكن هذا لا يعني عدم الأخذ بضابط الموطن وعدم تطبيقه ، أي أنَّ القاضي بالإمكان الرجوع إليه في الأحوال التي ينعدم فيها وجود مكان إبرام التصرف الإرادي المنفرد .

٥- توجد هنالك ضوابط احتياطية يمكن الأخذ بها في الأحوال التي تنعدم فيها وجود الضوابط التي نصت عليها المادة (٢٥) مدني عراقي ومنها ضابط الجنسية وهي جنسية من صدر منه التصرف

الإرادي المنفرد ، وهناك ضـابط آخر يمكن اللجوء إليه كضـابط احتياطي وهو ضـابط أو قانون القاضـي المرفوع أمامه النزاع في الأحوال التي يتعذر معرفة جنسـية من صـدر منه التصـرف فيعتبر قانون القاضي هو صاحب الاختصاص الاحتياط في الأحوال التي تنعدم فيها وجود قانون يمكن تطبيقه على التصرفات الصادرة بإرادة منفردة .

التوصيات :

أهم التوصيات التي يمكن إيرادها ونحن بصدد موضوعنا هي :

١- نوصـي مُشـرِّعنا العراقي الموقر بأن يورد نصـاً قانونياً منفرد يحدد فيه القانون الواجب التطبيق على التصرفات التي تتم بإرادة منفردة أسوة بالعقود الدولية الوارد النص عليها في المادة (١/٢٥) مدني عراقي ؛ لأنَّ مثل هذه التصـرفات وإن كانت تتم بإرادة منفردة إلّا أنّها تعد مصـدراً من مصـادر الحق أسـوة بالعقود الصادرة بإرادة الطرفين إلّا أنّه من المتعذر أن تطبق بعض الضوابط التي تطبق على العقد الدولي أن تطبق على الإرادة المنفردة وللأسباب التي سلفنا ذكرها .

٢- إعطاء القاضي سلطة تقديرية في تحديد القانون الواجب التطبيق على التصرفات الصادرة بإرادة منفردة وبشكل صريح ضمن نص يحدد فيه القانون الواجب التطبيق مع سلطة القاضي باللجوء إلى ضوابط احتياطية في الأحوال تنعدم فيها الضوابط الأصلية لكي يمكن من حل النزاع بدلاً من أن يضعه معلق دون فصل .

٣- أن يستبعد مُشرِّعنا العراقي وبنص خاص ضابط الإرادة (القانون المختار) من التصرفات الإرادية المنفردة؛ لأنَّ الأخذ بهذا الضابط يعد إهداراً لحقوق الطرف المستفيد من التصرف على حساب الطرف الذي صدر منه التصرف ويجعله تحت رحمة هذا الأخير.

٤- ضرورة تدخل المشرّع العراقي ومُشرِّعين معظم الدول العربية بتنظيم موضوع القانون الواجب التطبيق على التصرفات الانفرادية المنشئة للالتزام ابتداءً من حيث الموضوع والشكل وضرورة مراعاة الطبيعة الخاصة للإرادة المنفردة في إنشاء الالتزام .

المصادر والمراجع:

(١) د. فؤاد عبد المنعم رياض ، تنازع القوانين الدولي وآثار الأحكام الأجنبية ، دار النهضـة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة ، ١٩٩٩ ، ص٣٤٥ .

(2) Flessner, H. verhagen, Assig ment in European private international law 21, 2006, P.21.

(٣) د. هشـام خالد ، معيار دولية التحكيم التجاري (دراسـة مقارنة في الأنظمة القانونية اللاتينية والانجلوسكسونية والعربية –الاتفاقات الدولية) ، الإسكندرية ، منشأة المعارف ، ٢٠٠٨ ، ص٥١٥ .

(٤) د. عكاشة محمد عبد العال ، قانون العمليات المصرفية ، دراسة في القانون الواجب التطبيق على عمليات البنوك ذات الطبيعة الدولية ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، ١٩٩٤ ، ص٨٧ .

(٥) د. عز الدين عبدالله ، القانون الدولي الخاص ، ج٢ ، (تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين)، دار النهضة العربية، القاهرة ، ١٩٦٩ ، ص٤٤٩ .

(٦) د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج١ ، المجلد الأول ، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، ط٣ ، ٢٠٠٠ ، ص١٩٦ .

(٧) د. توفيق فرج ، النظرية العامة للالتزام ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، ٢٠٠٨ ، ص٣٤٠ .

(٨) المادة (١٨٥) من القانون المدني العراقي .

(٩) د. ممدوح عبد الكريم ، القانون الدولي الخاص ، (تنازع القوانين) ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ٢٠٠٥ ، ص١٦٦ .

(١٠) اشرف وفا محمد ، الوسيط في القانون الدولي لخاص ، د\ار النهضة العربية للنشر والتوزيع ، ٢٠٠٩ ، ص٥٥٧ .

(١١) د. هشام صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ٢٠١٤ ، ص٥٧٤ .

(١٢) د. خالد عبد الفتاح محمد خليل ، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص ، دار الجامعة الجديد للنشر ، الإسكندرية ، ٢٠٠٩، ص ١٤٨ ، د. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠١٠ ، ص١٨٦ .

(١٣) د. احمد عبد الكريم سلامة ، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع (أصولاً ومنهجاً) ، ط١ ، مكتبة الجلاء الجديدة ، المنصورة ، بلا تاريخ نشر ، ص١٦٥ .

(١٤) المادة (١/١٨) من القانون المدني الجزائري والمادة (١٩) من القانون المدني المصري ، ويقابلها المادة (٢٠) مدني اردني.

(١٥) د. محمد بلاق ، قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق للعلوم الإسلامية ، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان ، الجزائر ، ٢٠١١ ، ص٥٣ .

(١٦) د. ممدوح عبد الكريم حافظ ، القانون الدولي الخاص ، وفق القوانين العراقي والمقارن ، جامعة بغداد ، ١٩٧٧ ، ص١٦٣.

(١٧) د. عباس العبودي ، شرح أحكام قانون الجنسية والموطن ومركز الأجانب ، دراسة مقارنة في نطاق القانون الدولي الخاص ، مكتبة السنهوري ، بغداد ، ٢٠١٢ ، ص٢٠٩ .

(١٨) د. عكاشة عبد العال ، تنازع القوانين – دراسة مقارنة ، دار المطبوعات الجامعية ، القاهرة ، ٢٠٠٤، ص٤٩٢-٤٩٣ .

(١٩) د. غالب علي الداودي ود. حسن محمد الهداوي ، القانون الدولي الخاص وتنازع القوانين والاختصاص القضائي ، وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مكتبة السنهوري ، بغداد ، ٢٠١١ ، ص٢٠١.

(٢٠) د. فؤاد رياض و د.سامية راشد ، الوسيط في القانون الدولي الخاص ، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص ،دار النهضة العربية ، القاهرة ،١٩٩٠، ص ٣٤٧.

(٢١) د. عبد الحميد الحكيم ، ود. عبد الباقي البكري ود. محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ٢٠١٨ ، ص٢٥٩ .

(٢٢) د. عصام عبد الفتاح مطر ، التجارة الإلكترونية في التشريعات العربية والأجنبية ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، ٢٠٠٩ ، ص٢٦٥ .

(٢٣) د. علي عادل محمد ، القانون الواجب التطبيق على الالتزام الناشئ عن الإرادة المنفردة (دراسة مقارنة) ، مجلة الحقوق، الكويت ، السنة ٤٢ ، العدد١ ، ٢٠١٨ ، ص٩٤ .

[٢٤] د. هشـام علي صـادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، المصـدر السـابق ، ص٤٢٦ .

[٢٥] حسب نص المادة (١/٢٧) مدني عراقي على أنَّـه : (الالتزامات غير التعاقدية يسري عليها قانون الدولة التي حدثت فيها الواقعة المنشئة للالتزام) .

[٢٦] د. غالب علي داودي ، ود. حسن الهداوي ، القانون الدولي الخاص ، المصدر السابق ، ص١٦١ .

[٢٧] د. احمد عبد الكريم سلامة ، الأصول في التنازع الدولي للقوانين ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٨ ، ص٩٢٩.

[٢٨] د. سامي بديع منصور ، ود. عكاشة عبد العال ، القانون الدولي الخاص ، الدار الجامعية ، بيروت ، ١٩٩٥ ، ص٣٣٤ .

[٢٩] د. جابر جاد عبد الرحمن ، تنازع القوانين ، دار النهضة العربية، القاهرة ، ١٩٦٩ ، ص٥٢٠ .

[٣٠] د. محمد ضـو فضـيل ، قاعدة الإسـناد والقانون الإقليمي في القانون الدولي الخاص، مجلة روح القوانين ، السعودية ، العدد الخامس والتسعون ، يوليو ، ٢٠٢١ ، ص٥١٧.