جمهورية العراق
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
معهد العلمين للدراسات العليا
قسم القانون الخاص

منهج تعيين القانون الواجب التطبيق على الإرادة المنفردة

(دراسة مقارنة)

رسالة مقدمة إلى مجلس معهد العلمين للدراسات العليا وهى جزء من متطلبات نيل شهادة الماجستير في القانون الخاص

من قبل الطالب

فلاح سلمان خميس الشمري

بإشراف الدكتور

صالح مهدى كحيط

أستاذ القانون الدولي الخاص المساعد

1446هـ 2025م

﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنكُمْ فَإِن تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَٰلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا ﴾

صدق الله العلي العظيم

النساء/59

الإهداء

إلى من تكبد المشقة والعناء في تعليمي وأراد أن أبلغ المعالى في العلم

إلى من كان مثلي الأعلى

إلى من رحل إلى رب الرحمة

إلى من قال فيهما سبحانه وتعالى:

أبي العزيز .. أسال الله أن يجعل مسكنه الجنة

أمي الحبيبة .. أسال الله لكى بالشفاء والصحة والعافية

وإلى من شاركونى لحظات الفرح وأوقات السرور

أخوتي وزوجتى..

شكر وعرفان

اللهم أنى افتتح الثناء بحمدك وأنت مسدد الصواب بمنك،الحمد لك حمداً يليق بكل صفاتك ، ويفوق عدد مخلوقاتك ، وأفضل الصلاة والسلام على حبيبك المختار وآل بيته الأطهار، صلاة وسلاما لا يزال القلب ينبض بهما ، والروح تهتف بهما إلى يوم الدين.

فيسعدني أن أقول تتناثر الكلمات حبراً وحباً على صفائح الأوراق لتنظيم عبارات الشكر، التي لا يستحقها الا أنت اليك يا من علمتني من ازال غيمة جهل مررت بها برياح العلم الطيبة ، وأعاد تصحيح عثراتي يطيب لي والرسالة ترى النور بفضل الله وبعد جهد متواصل أن أقدم جُل شكري وتقديري إلى أستاذي الفاضل الدكتور صالح مهدي كحيط ، المشرف على هذه الرسالة الذي لم يتوانى عن تقديم الكثير من العلم والوقت والجهد دون تردد في الإجابة على الكثير من المسائل المرتبطة بالرسالة وهو يتابع التجربة الأولى للباحث في كتابة البحث العلمي، ولما أمدني من عون صادق ومساعدة مثمرة فأسأل الله له أعلى درجات الارتقاء وأن يجزيه أفضل الجزاء .

إعترافا مني بفضله والمعروف الذي أسداه لي وردا للجميل ... فأنه لا يسعني إلا أن أتقدم أيضا بالشكر الجزيل الى استاذي الفاضل الدكتور عبد الرسول عبد الرضا الاسدي الذي لم يبخل علي بالنصائح والتوجيهات وما رفدني به من علمه ومعرفته، ما كان له الأثر البالغ في إثراء البحث.

والى الحاضرة في كل مقام، وكانت معي في كل زمان .. زوجتي العزيزة. شكرا لك شكرا على كل ما قدمتيه وتقدميه ..

وأقدم شكري الجزيل ، إلى كادر المكتبة في معهد العلمين وكادر مكتبة كلية القانون في جامعة بابل والروضة الحسينية في كربلاء المقدسة ، وذلك لسخائهم في رفدنا بالمصادر القانونية .

والشكر موصول الى رئيس لجنة المناقشة (الدكتور رعد مقداد محمود) والاعضاء كل من (الدكتور حسن محمد كاظم) و(الدكتور عبد الرزاق احمد محمد) لما ابدوه لي من ملاحظات قيمة رفدت البحث .

وختاما أقول شكرا إلى كل من قدم لي مساعدة في المرحلة التحضيرية ومرحلة إعداد الرسالة .

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على محمد واله الطيبين الطاهرين

الباحث

المستخلص

تُعدّ الإرادة المنفردة إحدى مصادر الالتزام سواء تمثلت الوعد بجائزة أم الوصية، أم فعل ضار يوجب المسؤولية التقصيرية، ولا اشكالية إذا بحثنا عن القانون الواجب التطبيق على العقد المبرم بين طرفين، أو عدة أطراف ولكن تكمن الإشكالية في البحث عن القانون الواجب التطبيق على التصرفات الانفرادية التي لم تتطرق لها التشريعات بشيء من التفصيل في مسألة القانون الواجب التطبيق عليها كالوعد بجائزة الذي يصدر بإرادة منفردة يلتزم من خلالها الواعد بأن يعطي الجائزة لمن يقوم بالعمل وفقا للشروط التي يضعها الواعد.

وفي هذا البحث تطرقنا إلى النظريات التي يبنى عليها بحث مسألة القانون الواجب التطبيق على التصرفات الانفرادية سواء كانت المدرسة الايطالية، أو الفرنسية، أو الألمانية أو النظريات الحديثة.

ان نشاطات الانسان هي عبارة عن اندماج الفكرة بالسلوك وان خير وسيلة لتحقيق هذا الاندماج هي الإرادة فالأخيرة هي المعبر عن هذه النشاطات وتأخذ الإرادة طريقها بصيغ متنوعة فقد تكون ثنائية فيأخذ النشاط القانوني بصيغة العقد.

كما يمكن أن تكون منفردة وهي التي يعبر عنها بالنشاط القانوني بصيغة الإرادة المنفردة وهي تكون موضوع القانون الواجب التطبيق وهذا هو موضوع بحثنا، وبالنتيجة سيكون البحث عبارة عن حاصل تفاعل القانون الواجب التطبيق مع الإرادة المنفردة. وحيث أن الإرادة المنفردة تأخذ صيغة التصرفات المحدودة المدة كما تأخذ جهة تصرفات غير المحدودة المدة. ولكل صيغة سيكون هنا تنوع في التعبير عن القانون الواجب التطبيق وبهذا التنوع يتنوع القانون الواجب التطبيق. وان مواجهة هذا التنوع يقابل بمواجهة فقهية وتشريعية وعندها يأخذ الموضوع تعدد في التوجهات الفقهية بشأن مدى تقييم الإرادة المنفردة في صناعة كل صيغة في التعبير عنها ومن ثم تأثيرها في تحريك نوع من القوانين والقواعد كما ستحد هنا توجهات تشريعية متفق عليها عالمياً في حين تظهر مجالات في التعبير عن الإرادة تشكل محل اختلاف عالمي .وبناءً على ما تقدم فأن موضوع البحث يثير عدة تساؤلات منها هلم ثم تحديد القانون الواجب التطبيق في الإرادة المنفردة من خلال اعتماد قواعد الاستاد ام قواعد موضوعية ام تتداخل فيه القواعد من النوعين؟ ويتفرع عن هذا السؤال سؤال آخر ويتمثل في هل ان هناك نوع من صيغ التعبير عن

الإرادة المنفردة التفرد فيه القواعد قادرة على احداث اثر قانوني يترتب عليه تطبيق نوع من القواعد ومن ثم نوع من القوانين؟ وان الإرادة المنفردة في انشاء الالتزام وحيث ينصف التصرف الانفرادي بالصفة الدولية فأن ذلك يستوجب تعيين القانون الواجب التطبيق مما يتطلب إيجاد قاعدة تنازع قاعدة (استاد) تحدد القانون الواجب التطبيق عن التصرفات الإرادية المنفردة الدولية من حيث الموضوع فالقانون العراقي وعلى وجه التحديد القانون المدني العراقي لا يطبق على موقف قانوني ينظم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي.

أذ يتوجب الرجوع الى قاعدة الاسناد الخاصة بالعقود الدولية من حيث الموضوع وان المشرع العراقي لم ينظم مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق عن التصرفات الصادرة بالارادة منفردة تاركاً الامر الى القواعد العامة التي تخضع لها العقود الدولية من حيث ضوابط الاسناد الأصلية والواردة في نص المادة (٢٥) من القانون المدني العراقي باستثناء قانون الإرادة القانون المختار الذي يشترط فيه توافر إرادة الطرفين. وان مثل هذه الإرادة لا وجود لها في التصرفات المنفردة. لأن الصفة السائدة فيها وكما سيق القول صفة الإرادة الواحدة المنفردة. على الرغم من ان المشرع العراقي جعل هذا النوع من التصرفات مصدراً من مصادر الحق أي مصدر من مصادر الالتزام مع اختلاف التشريعات بوصفها مصدراً من مصادر الحق.

قائمه المحتويات

م	الموضوع	رقم الصفحة
.1	المستخلص	هـ-و
.2	قائمة المحتويات	ز-ح
.3	المقدمة	4-1
.4	الفصل الأول: الاطار النظري في تحديد القانون الواجب التطبيق في الإرادة المنفردة.	51-5
.5	المبحث الأول : الأساس القانوني في تحديد القانون الواجب التطبيق في الإرادة المنفردة.	25-6
.6	المطلب الأول : الاساس الفقهي في تحديد القانون الواجب التطبيق.	15-6
.7	الفرع الأول : الاتجاه التقليدي في تحديد القانون الواجب التطبيق.	10-7
.8	الفرع الثاني: الاتجاه الحديث في تحديد القانون الواجب التطبيق.	15-10
.9	المطلب الثاني : الاساس التشريعي في تحديد القانون الواجب التطبيق.	25-16
.10	الفرع الأول : موقف القانون العراقي.	18-16
.11	الفرع الثاني: موقف القوانين الأجنبية والعربية .	25-19
.12	المبحث الثاني: الطبيعة القانونية للقانون الواجب التطبيق في الإرادة المنفردة.	51-26
.13	المطلب الأول: التعريف بالإرادة المنفردة .	33-27
.14	المطلب الثاني: الضوابط الموضوعية في تحديد القانون الواجب التطبيق.	44-33
.15	الفرع الأول: الضوابط الاصلية في تحديد القانون الواجب التطبيق.	43-33
.16	الفرع الثاني: الضوابط الاحتياطية .	44-43
.17	المطلب الثالث : الضوابط الإجرائية في تحديد القانون الواجب التطبيق	51-44
.18	الفرع الاول : المعاير الاقليمية في تحديد القانون الواجب التطبيق	49-45
.19	الفرع الثاني : المعاير الشخصية في تحديد القانون الواجب التطبيق	51-49
.20	الفصل الثاني : المجال التطبيقي في تحديد القانون الواجب التطبيق في الارادة المنفردة .	115-52
.21	المبحث الأول : نطاق تطبيق القانون الواجب التطبيق في تصرفات الإرادة المنفردة المحددة المدة.	84-53
.22	المطلب الأول: القانون الواجب التطبيق في تحرير العقار المرهون.	61-53

م	الموضوع	رقم الصفحة
23.	الفرع الأول : تكييف تصرف الإرادة المنفردة في تحرير العقار المرهون	55-57
24.	الفرع الثاني : قاعدة الاسناد المعنية في تصرف الإرادة المنفردة في تحرير العقار المرهون	57-61
25.	المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق في الايجاب الملزم.	61-84
26.	الفرع الاول: تكييف تصرف الإرادة المنفردة في الايجاب الملتزم.	65-67
27.	الفرع الثاني: قاعدة الاسناد المعنية في تصرف الإرادة المنفردة في الايجاب الملتزم.	69-76
28.	الفرع الثالث : النظريات الحديثة في تنازع القوانين الخاصة بالترفات المنفردة	69-84
29.	المبحث الثاني : نطاق تطبيق القانون الواجب التطبيق في تصرفات الإرادة المنفردة غير المحددة المدة	85-115
30.	المطلب الأول : القانون الواجب التطبيق في الوصية.	85-108
31.	الفرع الاول: تكييف تصرف الإرادة المنفردة في الوصية.	87-92
32.	الفرع الثاني: قاعدة الاسناد المعنية في تصرف الإرادة المنفردة في الوصية.	92-95
33.	الفرع الثالث : نطاق القانون الواجب التطبيق على موضوع وشكل الوصية	95-108
34.	المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على الوعد بجائزة.	108-115
35.	الفرع الاول: تكييف تصرف الإرادة المنفردة في الوعد بجائزة.	109-11
36.	الفرع الثاني: قاعدة الاسناد المعنية في تصرف الإرادة المنفردة في الوعد بجائزه	111-115
37.	الخاتمة	116-118
38.	الاستنتاجات	116-117
39.	التوصيات	118
40.	المصادر	119-126

المقـــدمـــة

المقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على اشرف خلقه أول النبيين خلقاً وآخرهم مبعثاً وخاتم الانبياء والرسل محمد بن عبد الله وعلى أهل بيته الغُر الميامين ، الطاهرين الطيبين وبعد.

عندما تثار مسألة تنازع القوانين لموضوع ما ذات عنصر أجنبي يلجأ القاضي المنظور أمامه النزاع إلى البحث في تلك القوانين عن القانون الملائم الذي يحكم العلاقة بين الخصوم، فالقانون الواجب التطبيق هو القانون الذي يحكم المنازعة المثارة امام القاضي دون ان يتطرق هذا القاضي للفصل في النزاع المعروض عليه بل يكون دوره في مسألة تنازع القوانين هو تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع في مسألة تنازع القوانين.

قد يقوم أطراف العقد بتحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع الذي يثور بينهما لحكم العلاقة العقدية وهنا نكون أمام خضوع العلاقات القانونية بين الأطراف خضوعا اختياريا وفي حالة عدم وجود نص في العقد يحدد القانون الواجب التطبيق على النزاع هنا يلجأ القاضي المنظور أمامه النزاع في مسألة تنازع القوانين إلى تحديد القانون الواجب التطبيق بناء على ما تنص عليه القوانين.

مصادر الالتزام هي العقد ، الإرادة المنفردة ، القانون ، الفعل النافع ، الفعل الضار ، وعلى ذلك فإن التصرفات الصادرة بالإرادة المنفردة تُعدّ مصدر من مصادر الالتزام عند كثير من الشراح القانونيين ومعظم التشريعات العربية والأجنبية.

وفي هذا البحث سنتكلم عن الإطار النظري في تحديد القانون الواجب التطبيق في الإرادة المنفردة من حيث الأساس القانوني في تحديد القانون الواجب التطبيق في الإرادة المنفردة كالأساس الفقهي (الاتجاه التقليدي والاتجاه الحديث) والاساس التشريعي من حيث بيان موقف القوانين العربية والأجنبية وموقف القانون العراقي، ثم نتطرق بعد ذلك للحديث عن الطبيعة القانونية للقانون الواجب التطبيق في الإرادة المنفردة، وسنبين الطبيعة الموضوعية والطبيعة الإجرائية للقانون الواجب التطبيق وذلك لبيان الضوابط الاصلية والضوابط الاحتياطية والمعايير الإقليمية والشخصية للقانون الواجب التطبيق.

كما سنتكلم في هذا البحث عن المجال التطبيقي في تحديد القانون الواجب التطبيق في الإرادة المنفردة من حيث نطاق تطبيق القانون الواجب التطبيق في تصرفات الإرادة المنفردة المحددة

المدة. مثل تحرير العقار المرهون والايجاب الملزم مع بيان تكييف تصرفات الإرادة المنفردة وقاعدة الاسناد المعنية في كل منهما.

كما سنتكلم عن نطاق تطبيق القانون الواجب التطبيق في تصرفات الإرادة المنفردة غير المحددة المدة مثل الوصية والوعد بجائزة مع بيان تكييف تصرفات الإرادة المنفردة وقاعدة الاسناد المعنية في كل منهما.

أولاً : أهمية البحث:

يُعدّ موضوع بحث القانون الواجب التطبيق على تصرفات الإرادة المنفردة من الموضوعات الهامة والحديثة التي اهتم بها فقهاء القانون إذ كثرت صور تلك التصرفات وخاصة في ظل الثورة المعلوماتية فمن خلال وسائل الاتصال يتم نشر وبث مسابقات عن موضوعات تصل إلى ملايين الأشخاص في دول العالم كافة مما ينتج عنه التزام انفرادي يلتزم به الواعد حال قيام شخص ما بالعمل المطلوب ومن ثم يستحق هذا الشخص الجائزة التي أعلن عنها الواعد وعند حدوث خلاف بين الواعد بالجائزة والشخص الذي ينتمي لدولة أخرى، أو وجود المال محل الجائزة في دولة أخرى غير دولة الملتزم ودولة الفائز تثار مسألة تنازع القوانين وتطرح مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على ذلك النزاع هل يطبق القاضي قانون الواعد أم قانون الموعود له ، وكذلك في موضوع الوصية والايجاب الملزم .

ثانياً : مشكلة البحث:

تكمن مشكلة البحث في ندرة القوانين التي تهتم بموضوع البحث إذ إن معظم التشريعات لم تورد في ثناياها القانون الواجب التطبيق على التصرفات الانفرادية إلا بالقدر الضئيل في موضوع الوصية أما موضوع الوعد بجائز فلا نجد تشريع تكلم عن القانون الواجب التطبيق على التصرفات الانفرادية الصادرة بالوعد بجائزة او التصرفات الصادرة عن تحرير العقار المرهون بشي من التفصيل، وعلى ذلك قام معظم الفقهاء بتطبيق القواعد والاحكام الخاصة بالعقد على تصرفات الإرادة المنفردة باستثناء التصرفات التي تحتاج لتوافق الارادتين.

وعلى ذلك قمنا بطرح بعض الاسئلة:

أ- ما هي الإرادة المنفردة، وما هي صور التصرفات الصادرة بالإرادة المنفردة؟

ب- ما هو القانون الواجب التطبيق على التصرفات الصادرة بالإرادة المنفردة ؟

ت- هل يمكن تطبيق أحكام العقد على التصرفات الانفرادية؟

ث–ما هو دور الإرادة المنفردة في تحديد القانون الواجب التطبيق؟

وتهدف دراستنا في هذا البحث في تحديد القانون الواجب التطبيق في الارادة المنفردة التي تنشأ بين طرفين مختلفين في وجهة التنازع الدولي الخاص .

ثالثاً: منهجية البحث:

اعتمد الباحث في هذا البحث على المنهج التاريخي وذلك بالنظر في النظريات القديمة التي اهتمت بموضوع القانون الواجب التطبيق على التصرفات سواء كان تصرفات صادرة بإرادتين كالعقد أو تصرفات صادرة بإرادة واحدة، كما اعتمد الباحث في هذا البحث على المنهج الوصفي الذي يحدد المشكلة أو الموضوع ثم يقوم بتحليلها وتوصيفها وانزلها بالوقائع المتعلقة بالبحث ، كما اعتمد الباحث على المنهج المقارن وذلك بالبحث في قوانين الدول العربية والدول الأجنبية عن تحديد القانون الواجب التطبيق على التصرفات الانفرادية وأي تلك القوانين طبقت هذا الموضوع .

رابعاً : نطاق البحث:

ينحصر تحديد نطاق البحث في تحديد النطاق العيني وهو دراسة تحديد القانون الواجب التطبيق على التصرفات الصادرة بالإرادة المنفردة وهذا يتطلب منا تحديد النطاق الجغرافي وتوسيعه بحيث يتضمن البحث في قوانين الدول العربية والأجنبية عن المواد القانونية التي تتعلق بموضوع البحث وخاصة القوانين العراقية فضلاً عن القانون المصري والقانون السعودي وغيرها من القوانين ، كما يتطلب نطاق البحث في النطاق الزمني والمقارنة بين المدارس الفقهية القديمة والمدارس الفقهية الحديثة التي تتعلق بموضوع البحث.

خامساً : هيكلية البحث:

يقسم البحث الى:

الفصل الأول: الإطار النظري في تحديد القانون الواجب التطبيق في الإرادة المنفردة.

المبحث الأول : الأساس القانوني في تحديد القانون الواجب التطبيق في الإرادة المنفردة.

المبحث الثاني: الطبيعة القانونية للقانون الواجب التطبيق في الإرادة المنفردة..

الفصل الثاني : الاطار العملي في تحديد القانون الواجب التطبيق في الإرادة المنفردة.

المبحث الأول : نطاق تطبيق القانون الواجب التطبيق في تصرفات الإرادة المنفردة المحددة المدة.

المبحث الثاني : نطاق تطبيق القانون الواجب التطبيق في تصرفات الإرادة المنفردة غير المحددة المدة