# خصوصية قاعدة الإرادة في منظور التشريع العراقي والأمريكي

P-ISSN: 1680-9300
E-ISSN: 2790-2129
المجلد (26)، العدد (3)
ص.ص 110-119

محمد حسناوي شويع [1]، ثامر عبد الحسين غافل مچي [2]

[1] جامعة الكوفة، كلية القانون، العراق.
[2] جامعة الكوفة، كلية الزراعة، العراق.

## المستخلص

تعد قاعدة الإرادة من القواعد المعتمدة والمعمول بها في نطاق القانون الدولي الخاص التي تُعبر عن حرية أطراف العلاقة التعاقدية في اختيار القانون الذي سينظم علاقتهم القانونية وهذا الاختيار قد يكون صريحًا أو ضمنيًا، إذ إنَّ قاعدة الإرادة يظهر دورها في إطار العلاقات الدولية الخاصة؛ لأنَّه لا يجوز لأطراف العلاقة الوطنية اختيار القانون لخضوعها إلى القانون الوطني وإن حصل ذلك فيكون الاختيار باطلًا، ونظرًا إلى أهمية قاعدة الإرادة فقد أخذ بها كل من المشرع العراقي، والمشرع الأمريكي إلا إنَّ المشرع العراقي لم يأخذ بفكرة الأداء المميز عند غياب اختيار القانون الصريح أو الضمني من قبل الأطراف والذي أخذ المشرع الأمريكي بتلك الفكرة.

**الكلمات المفتاحية:** قاعدة الإرادة، مبدأ سلطان الإرادة، القانون الدولي الخاص، القانون العراقي، القانون الأمريكي.

## 1. المقدمة

إنَّ التطور الحاصل في العلاقات التعاقدية أدى ذلك إلى إبرام العقود من قبل أشخاص مختلفي الجنسية خارج حدود دولتهم، وبذلك تتم تلك العلاقات على الصعيد الدولي فيكون لهؤلاء الأشخاص الحق في اختيار القانون الذي ينظم علاقتهم عبر قاعدة الإرادة التي تلعب دورًا مهمًا وفعالًا في نطاق العلاقات الدولية الخاصة.

إذ إنَّها تساعد أطراف العلاقة القانونية المشوبة بعنصرٍ أجنبي تحديد القانون الواجب التطبيق على علاقتهم القانونية عملًا بمبدأ سلطان الإرادة، وقد أخذت بها أغلب تشريعات الدول؛ كونها قاعدة أساسية في مجال القانون الدولي الخاص؛ لذلك ينبغي بيان ما تتمتع به هذه القاعدة (قاعدة الإرادة) من خصوصية وأهمية في إطار العلاقات ذات الطبيعة الخاصة الدولية.

## 2. منهجية البحث

### 1.2 أهمية البحث

لما كانت قاعدة الإرادة في نطاق القانون الدولي تمنح الإمكانية اللازمة لأطراف الرابطة التعاقدية تحديد القانون الواجب على تلك الرابطة، فإنَّ أهمية البحث تظهر من خلال تسليط الضوء على ماهية قاعدة الإرادة، وبيان دورها في نطاق العلاقات الدولية الخاصة، ومعرفة الموقف الفقهي والقضائي بشأنها، ومن ثم تحديد موقف القوانين محل الدراسة بصددها.

### 2.2 مشكلة البحث

إنَّ مشكلة البحث تتمثل بتحديد، ومعالجة النقص التشريعي في النص القانوني الذي نظم قاعدة الإرادة في القانون العراقي، فضلًا عن معرفة أهمية قاعدة الإرادة في مجال القانون الدولي الخاص وعلى الصعيدين (قوانين الاتجاه اللاتيني الذي يمثله القانون العراقي، وقوانين الاتجاه الانكلوأمريكي الذي يمثله القانون الأمريكي، وثم الوصول إلى تحديد أوجه الشبه والاختلاف بين القانونين المذكورين أعلاه.

مجلة بحوث مستقبلية
المجلد 26، العدد 3 (2026).
أُستلم البحث في 16 نيسان 2026؛ قُبل في 5 تموز 2026
ورقة بحث منتظمة: نُشرت في 13 أب 2026
البريد الإلكتروني للمؤلف المراسل: thamera.machi@uokufa.edu.iq


DOI:10.61704/pr.639

### 3.2 أسئلة البحث

تتمحور أسئلة البحث بالآتي:

1) ما المقصود بقاعدة الإرادة في نطاق القانون الدولي الخاص؟
2) ما موقف فقهاء القانون الدولي الخاص من قاعدة الإرادة؟ وما موقف الفقه العراقي والأمريكي من تلك القاعدة؟
3) هل كان المشرع العراقي موفقًا في تطبيق قاعدة الإرادة؟ وهل اعتمد ضوابط الإسناد الجامدة أو المرنة أو المزيج بينهما؟ وما توجه المشرع الأمريكي بشأن تنظيم قاعدة الإرادة.
4) هل لمنهج الأداء المميز تأثيرًا على قاعدة الإرادة؟

### 4.2 هدف البحث

يهدف البحث إلى بيان الآلية التي اتبعها المشرع العراقي في موضوع قاعدة الإرادة على صعيد العلاقات القانونية المشوبة بعنصرٍ أجنبي، ومعرفة كفاية النص القانوني الذي تطرق إلى تلك القاعدة، فضلًا عن إيضاح موقف المشرع الأمريكي من هذه القاعدة.

### 5.2 منهج البحث

إنَّ دراسة موضوع البحث يتطلب اتباع المنهج التحليلي، والمنهج المقارن، فالمنهج التحليلي يتمثل بدراسة وتحليل الآراء الفقهية، والنصوص القانونية المتعلقة بالموضوع، أما بالنسبة إلى المنهج المقارن سيتم اعتماده من خلال المقارنة بين القانون العراقي والقانون الأمريكي.

### 6.2 خطة البحث

سنتناول موضوع البحث من خلال خطة علمية محكمة، سنتطرق في المبحث الأول إلى ماهية قاعدة الإرادة في إطار القانون الدولي الخاص، بينما المبحث الثاني سنخصصه إلى دور قاعدة الإرادة في نطاق التشريع العراقي والأمريكي.

## 3. المبحث الأول (ماهية قاعدة الإرادة في إطار القانون الدولي الخاص)

إنَّ معرفة ماهية قاعدة الإرادة في إطار القانون الدولي الخاص يتطلب البحث في تعريف هذه القاعدة، وبيان المراحل التي مرت بها طيلة الفترة الماضية؛ لذلك سنخصص الفرع الأول إلى تعريف قاعدة الإرادة، والفرع الثاني إلى تطور قاعدة الإرادة.

### 1.3 المطلب الأول (تعريف قاعدة الإرادة)

تعد الإرادة مسألة كامنة بالنفس ينبغي التعبير عنها لكي يعتد بها قانونًا وهذا التعبير يمثل المظهر الخارجي لها وقد يكون التعبير صريحًا أو ضمنيًا، إذ إن القانون لا يشترط شكلية خاصة للتعبير عنها (الإرادة) إلا في الأحوال النادرة، مثل: الرسمية في عقود الرهن.

إنَّ وجود مبدأ سلطان الإرادة الذي كان يتلخص بأَنَّ: (الناس ولدوا أحرارًا ومتساوين بالحقوق، وهذه الحرية والمساواة تسمح لهم بأَنَّ يأتوا ما شاءوا من التصرفات القانونية بشرط عدم الإضرار بالغير، أما بالنسبة إلى دور القانون ينبغي ألاّ يكون إلا في أضيق الحدود لحماية المبادئ الجوهرية التي تمثل النظام العام والمبادئ العامة). (الحكيم وآخرون، بلا سنة نشر، ص20) ساعد على ظهور دور قاعدة الإرادة في إطار القانون الدولي الخاص، إذ أصبح أطراف العلاقة القانونية ذات الطبيعة الدولية الخاصة لهم الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق الذي سينظم علاقتهم التعاقدية، وهذا خلاف العلاقة القانونية ذات الطبيعة الوطنية بجميع عناصرها فلا يمكن للأطراف اختيار القانون؛ لأنها تخضع إلى القانون المحلي (القانون الداخلي). (فالح وآخرون،2013، ص258). ومن هنا ينبغي بيان التعريف الاصطلاحي لقاعدة الإرادة في مجال القانون الدولي الخاص وفقً للآتي:

#### 1.1.3 التعريف الفقهي

أ. **تعريف الفقه العراقي:** هنالك مَنْ عرَّف من الفقه العراقي قاعدة الإرادة بأَنَّها: " هي تلك القاعدة التي تُجيز للمتعاقدين أو لأصحاب العلاقة القانونية اختيار القانون بصورةٍ صريحة أو ضمنية تطبيقًا لمبدأ الإرادة الحرة للأطراف التي تحكم العلاقة التعاقدية" (حافظ، 1977، ص323).
كما تم تعريف قاعدة الإرادة بأَنَّها: " تَمتُع أطراف العلاقة الدولية الخاصة بالقدرة على منح الاختصاص التشريعي للقانون الذي تم الاتفاق عليه" (العبودي،2017، ص11).

يتضح من هذين التعريفين بأَنَّه يجوز لأطراف العلاقة القانونية ذات الطبيعة الدولية الخاصة تحديد القانون الذي سيحكم علاقتهم بصورة مسبقة، فضلًا عن الإشارة إلى الأساس المعتمد عليه بمنح الأطراف الحق في اختيار القانون هو (مبدأ سلطان الإرادة)، ولكن ما يمكن تثبيته على هذين التعريفين لم يتطرقا إلى ضرورة وجود قيود معينة ينبغي أخذها بنظر الاعتبار عند اختيار القانون من قبل الأطراف التي تتمثل بعدم مخالفة ذلك القانون إلى مبادئ النظام العام، فضلًا عن وجود صلة بين العلاقة التعاقدية والقانون المختار وألّا يكون هذا الاختيار مبنيًا على غش نحو القانون.

ب. **تعريف الفقه الأمريكي:** عرَّف الفقيه الأمريكي (Symeonides) قاعدة الإرادة بأَنَّها: " هي الوسيلة التي تسمح إلى أطراف العلاقة القانونية (العقد) الاتفاق على اختيار القانون الذي سيحكم تلك العلاقة بصورةٍ مسبقة ضمن معايير وقيود معينة" (Symeonides, 2025, p.703).


DOI:10.61704/pr.639

يتبين من هذا التعريف بأن أطراف العلاقة القانونية الدولية الخاصة لهم الحق في اختيار القانون الواجب التطبيق على تلك العلاقة ويتم ذلك الاختيار ضمن حدود معينة تتمثل بمعايير وقيود إلا إنَّه هذا التعريف لم يوضح تلك القيود والمعايير التي ينبغي اتباعها عند منح الأطراف رخصة اختيار القانون، فضلًا عن ذلك لم يتضمن الإشارة إلى أساس منح الأطراف الحق في اختيار القانون.

بينما هنالك من عرّف قاعدة الإرادة: " هي تلك القاعدة التي تمنح أطراف العلاقة الدولية الخاصة سلطة اختيار القانون الذي يحكم عقودهم، وهذا يمثل مبدأ استقلالية الأطراف (p.1147,2020,Coyle).

يتضح من التعريف المذكور أعلاه بأنَّه يجوز لأطراف العلاقة القانونية في إطار القانون الدولي الخاص اختيار القانون والإشارة إلى أساس منح الحق إلى الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على علاقتهم القانونية آلا وهو مبدأ استقلالية الأطراف، ولكن ما يؤخذ على هذا التعريف عدم الإشارة إلى القيود والمعايير التي ينبغي اعتمادها عند اختيار القانون من قبل الأطراف الذي سيحكم علاقتهم القانونية المشوبة بعنصرٍ أجنبي.

ولما تقدم، فأن الباحث لم يرجح أي تعريفًا من التعريفات المذكورة آنفًا ليتفق معه؛ نتيجةً للملاحظات المثبتة عليها والمشار إليها أعلاه وإنه يقترح تعريف قاعدة الإرادة في إطار القانون الدولي الخاص بأنَّها: (هي تلك القاعدة التي تمنح أطراف العلاقة الدولية الخاصة الحق في اختيار القانون الذي سيحكم علاقتهم القانونية مسبقًا عملًا بمبدأ سلطان الإرادة على أنَّ يكون هذا الاختيار حقيقيًا، وذا صلة بالعلاقة، وألاّ يكون القانون المختار مخالفًا للنظام العام في مجتمع الدولة).

### 2.1.3 التعريف التشريعي

إنَّ المشرع العراقي، والمشرع الأمريكي، لم يضعا تعريفًا قاعدة الإرادة في إطار القانون الدولي الخاص وإنما وضعا نصوص قانونية تدل على الأخذ بهذه القاعدة والإعمال بها ليكون لأطراف الرابطة التعاقدية المشوبة بعنصرٍ أجنبي لهم الحق في اختيار القانون الواجب التطبيق الذي سيحكم تلك العلاقة، القانون المدني العراقي،1951، م1/25)، (إعادة صياغة الثانية لتنازع القوانين الأمريكية، 1971، م187).

### 3.1.3 التعريف القضائي

أن القضاء العراقي لم يُعرّف قاعدة الإرادة على الرغم من وجود قرارات قضائية تتضمن الإشارة إلى اعتماد تلك القاعدة في العلاقات الدولية الخاصة، إذ إن محكمة التمييز العراقية الاتحادية قضت في قرارٍ لها بأنَّ " الطرفين تصادقا على سريان قانون الموجبات والعقود اللبناني على موضوع النزاع فيكون هو القانون الواجب التطبيق" (قرار محكمة التمييز الاتحادية العراقية رقم 356/الهيئة الموسعة المدنية/2008، كما ورد في الأسدي، 2023).

أما بالنسبة إلى القضاء الأمريكي فقد تبنى قاعدة الإرادة منذ عام (1825) إلا إنَّه لم يضع تعريفًا جامعًا مانعًا لهذه القاعدة، إذ إنَّ المحكمة العليا للولايات المتحدة أشارت إلى قاعدة الإرادة في قرارها الصادر في عام (1825) بشأن قضية (وايمان/ Wayman) ضد (ساوذرد/ Southard) الذي تضمن " بأنَّ العقد يخضع إلى القانون الذي أُبرم من أجله". ((p.48,1955,Yntema، بل إنَّ المحكمة المذكورة أكدت قاعدة الإرادة في عام (1882) من خلال القرار الصادر حول قضية (برتشارد/Prichard) و(نورتون/ Norton)، الذي جاء فيه " إنَّ القانون الذي يتم البحث عنه هو القانون الذي أدرجه الطرفان صراحةً أو ضمنًا في عقدهما لتنظيم التزاماتهما" ( ,2025, p.712 Symeonides).

إنَّ قاعدة الإرادة لازالت معتمدة ومعمول بها لدى المحكمة العليا الأمريكية التي تُجيز للأطراف اختيار القانون الذي يحكم رابطتهم التعاقدية بدلالة القرار الصادر منها في الخلاف الحاصل بين شركة فولت لعلوم المعلومات وجامعة ليلاند ستانفورد بشأن عقد البناء المبرم بينهما، إذ إنَّ المحكمة قضت بتطبيق قانون كاليفورنيا بوصفه القانون المختار من قبل أطراف العلاقة القانونية لاختياره بموجب إرادتهم الصريحة والمشار إليها في العقد (القرار رقم (87 / 1318، 1989) (وكذلك القرار رقم 500/22،2024).

## 2.3 المطلب الثاني (تطور قاعدة الإرادة)

إنَّ قاعدة الإرادة مرت بمراحل متطورة مختلفة، إذ إنَّ العلاقة التعاقدية وفقًا للفقه الإيطالي كانت تخضع إلى قانون الدولة التي نشأت فيه تلك العلاقة عملًا بفكرة الاختصاص الآمر الذي يعتمد على فكرة السيادة الإقليمية، وفي القرن الخامس عشر ذهب الفقيه الإيطالي (كوريوس/ Curius ) إلى أنَّ العلاقة القانونية تخضع إلى مكان الإبرام استنادًا إلى فكرة الارتضاء الضمني للأطراف ومن هنا بدأ ظهور دور الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق الذي ينضم العلاقة القانونية، وبعد ذلك تبنى الفقيه الفرنسي ( ديمولان/ Dumoulin) تلك الفكرة ومن خلالها أخرج الرابطة التعاقدية من الفكرة الإقليمية مستندًا إلى الدور الفعال للإرادة، فأن الإرادة هي التي تنشأ التصرف القانوني فمن باب أولى تكون كفيلة في اختيار القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية المشوبة بعنصرٍ أجنبي. (محمود، 2017، ص373).

ويلاحظ بأنَّ الفقيه الفرنسي (سافيني/ Savigny ) في القرن التاسع عشر أخذ بتركيز العلاقة القانونية في مكان تنفيذها بدلًا عن مكان إبرامها عملًا بفكرة الخضوع الإرادي إلا إنَّه في نهاية القرن التاسع عشر منح الفقيه البلجيكي (لوران / Laurent) أطراف العلاقة القانونية بصورةٍ صريحة الحق في اختيار القانون الواجب التطبيق على علاقتهم التعاقدية سواء كان ذلك الاختيار بصورةٍ صريحة أم ضمنية بشكلٍ مستقل عن مكان الإبرام أو التنفيذ، ويبرر ذلك الفقيه (لوران/ Laurent ) بأنَّه ينبغي تطبيق القانون الذي اختاره أطراف العلاقة القانونية مادام تطبيق قانون مكان الإبرام أو التنفيذ يُفسر بصورةٍ ضمنية رضاء أطراف الرابطة القانونية بهذا التطبيق (سلامة،2008، ص1059) (محمود،2018، ص211).

إنَّ قاعدة الإرادة بعد مرورها بهذه المراحل والتطورات أصبحت قاعدة أساسية ومعمول بها في نطاق العلاقات الدولية الخاصة؛ لأنها تؤدي إلى احترام إرادة الأطراف المتعاقدة في اختيار القانون مما يترتب على ذلك تحفيزهم وزيادة ثقتهم بإجراء تصرفات قانونية خارج حدود دولتهم من دون التخوف مما قد يحصل من خلافات بشأن القانون الواجب التطبيق على النزاع محل النظر (مظلوم،2023، ص366).

**وهنا يتبادر تساؤل إلى الذهن، هل اتفق فقهاء القانون الدولي الخاص على الأساس القانوني التي تستند عليه هذه القاعدة؟ كما هنالك تساؤلًا آخر، ما موقف الفقه العراقي، والفقه الأمريكي من قاعدة الإرادة في نطاق العلاقات الدولية الخاصة؟**



DOI:10.61704/pr.639

إنَّ الإجابة عن هذين التساؤلين ستكون وفقًا للآتي:

**1) موقف فقهاء القانون الدولي الخاص من الأساس القانوني التي تستند عليه قاعدة الإرادة**

إنَّ الفقهاء القانون الدولي الخاص اختلفوا حول الأساس القانوني التي تقوم عليه قاعدة الإرادة، حيث وجد هنالك اتجاهين بهذا الصدد، وسنوضح ذلك على وفق الآتي:

- **الاتجاه الأول: المذهب الشخصي**

تبنى هذا الاتجاه الفقيه البلجيكي (لوران/ Laurent) إذ يرى بأَنَّ أساس قاعدة الإرادة التي يرتب عليها اختيار القانون الواجب التطبيق يعود إلى بالأصل إلى مبدأ سلطان الإدة تأثرًا بالمدرسة الفردية، والنظام الاقتصادي الحر اللذان يمثلان تعبيرًا عن مبدأ سلطان الإرادة، إذ إنَّ هذا المبدأ يعد انعكسًا قانونيًا للفلسفة الاجتماعية والاقتصادية السائدة أنذاك التي تجعل الحرية الفردية مقدسة وتعلو على القانون حتى لو كان ذلك على حساب المصلحة العامة.

إنَّ مبدأ حرية التعاقد هو الذي يمنح الإرادة سلطانًا مطلقًا تسمو به فوق القانون الذي يستمد قوته الملزمة من اتفاق الأطراف على اختيار أحكام القانون لحكم العلاقة القانونية؛ لأن اختيار الأطراف للقانون لا يكون بناءً على قاعدة من قواعد تنازع القوانين وإنما يتم استنادًا إلى مطلق سلطان الإرادة وبناءً على ذلك فلا يوجد قانون مسبق ينظم العلاقة التعاقدية فيكون الأمر متروكًا إلى إرادة الأطراف عملًا بمبدأ سلطان الإرادة؛ لغرض التخلص من هيمنة قانون محل الإبرام الذي كان سائدًا أنذاك، والاعتراف لأطراف العلاقة القانونية اختيار القانون الذي يُعبر عن إرادتهم ومصالحهم المشتركة (صادق وآخرون،2006، ص339 ; شبي والشافعي،2017، ص212).

- **الاتجاه الثاني: المذهب الموضوعي**

يرى أنصار هذا الاتجاه بأَنَّ قدرة إرادة أطراف العلاقة القانونية على اختيار القانون يعود إلى قاعدة من قواعد تنازع القانونين في قانون دولة القاضي وليس إلى مطلق (مبدأ سلطان الإرادة) إذ ينبغي أن يؤدي هذا الاختيار إلى إخضاع العلاقة القانونية للقواعد الآمرة في القانون المختار، فضلًا عن ذلك أن مؤيدو هذا المذهب أخذوا بتقييد الإدارة بالدور الذي منح إياها المشرع بوصفها ضابطًا للإسناد في قاعدة التنازع التي شرعها المشرع الوطني لتحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية محل النظر من بين القوانين المتنازعة التي تكون بالضرورة قوانين تتصل بالعلاقة القانونية، وبناءً على ذلك فأن إرادة الأطراف في اختيار القانون الذي يحكم علاقتهم القانونية مقيّدة بتوافر الصلة الحقيقية بين القانون المختار وبين تلك العلاقة، وهذه الصلة تتحقق في جنسية أحد الأطراف، أو الموطن، أو مكان الإبرام أو تنفيذه (الأتروشي وآخرون، 2020، ص163).

بناءً على ما تقدم يتضح لنا بأَنَّ المذهب الشخصي يجد إنَّ أساس قاعدة الإرادة يكُمن في مبدأ سلطان الإرادة الذي يسمو على القانون فأطراف العلاقة القانونية يستمدون حقهم في اختيار القانون الواجب التطبيق على علاقتهم من المبدأ المذكور أعلاه وليس من القانون، في حين المذهب الموضوعي تبنى رأيًا آخر إذ إنَّه يُرجع اختيار القانون إلى قاعدة من قواعد تنازع القوانين في قانون دولة القاضي وليس إلى مبدأ حرية التعاقد وهذا يختلف تمامًا عن المذهب الشخصي.

نعتقد من الأفضل إنَّ تحديد أساس قاعدة الإرادة في نطاق القانون الدولي الخاص ينبغي الأخذ بنظر الاعتبار المذهبين المذكورين آنفًا وعدم الاعتماد على أحدهما من دون الآخر؛ لأَنَّ الإرادة لها دور مهم وفعّال في إطار العلاقات الدولية الخاصة إذ إنَّها تساعد أطرافها على اختيار القانون الواجب التطبيق والمنسجم مع إرادتهم و بما يحقق مصالحهم إلا إنه هذا لا يعني جعل إرادتهم ذات سلطانًا مطلقًا كون ذلك قد يؤدي إلى اختيار الأطراف لقانون مخالفًا لمبادئ النظام العام والآداب العامة السائدة أو اختيار قانونًا آخر لم يكن مختصًا بالأصل للتخلص من القانون المختص بحكم الرابطة القانونية من خلال اتباع طريقة التحايل نحو القانون.

**2) موقف الفقه العراقي، والفقه الأمريكي من قاعدة الإرادة في نطاق العلاقات الدولية الخاصة**

إنَّ الفقه العراقي لم يعترض على قاعدة الإدارة في نطاق القانون الدولي الخاص وتم الأخذ بها ولكن ليس بصورة مطلقه، إذ إنَّه أجاز لأطراف العلاقة القانونية اختيار القانون الواجب التطبيق بشكلٍ مقيَّد يتمثل بضرورة وجود رابطة بين العلاقة القانونية (التعاقدية) والقانون المختار وتتصل هذه العلاقة بالقانون المختار عن طريق جنسية أحد الأطراف، أو بموطنه، أو بمحل إبرام العقد، أو تنفيذه، وألاّ يكون مخالفًا لمبادئ النظام العام السائدة في مجتمع دولة قاضي النزاع (الداودي والهداوي، بلا سنة نشر، ص151; الأسدي، 2017، ص356).

في حين اختلف الفقه الأمريكي بشأن اعتماد قاعدة الإرادة، إذ يرى أصحاب المدرسة الإقليمية وعلى رأسهم (جوزيف بيل ستوري) عدم الأخذ بهذه القاعدة؛ لأنه تجاهل استقلالية الأطراف، فأن منح الأطراف المتعاقدة حرية الاتفاق على القانون واجب التطبيق سيكون بمثابة منحهم ترخيصًا للتشريع (سلطة تشريعية) واقترح بدلًا من ذلك الأخذ بقانون مكان الإبرام. (Symeonides ,2016, p.364; p.376,1960, Rabel)، وبعد ذلك اعترف الفقيه ( Walter Wheeler Cook) بدور الإرادة في اختيار القانون إلا إنه قيّدها بالمصلحة العامة. (p.1634,2005,Whitberg)، بينما يرى الفقيه (Brainerd Currie) بأَنَّ كل قاعدة من قواعد القانون تهدف إلى تحقيق سياسة معينة للدولة، ولهذه الدولة مصلحة في تطبيق تلك القاعدة القانونية، ويُمكن تعيين نطاق التطبيق المكاني لكل قاعدة قانونية عن طريق المصلحة الخاصة للدولة، وفي حال تعدد المصالح الحكومية لدول عديدة فيتم تطبيق القاعدة القانونية الخاصة بالدولة الأكثر مصلحة وعليه فأن هذه القاعدة القانونية (القانون) تعلو على إرادة أطراف


DOI:10.61704/pr.639

الرابطة التعاقدية ( Borchers, 1992, p. 360; Brilmayer & Listwa, 2020, p. 891; الفخري، 2012، ص. 18).

## 4. المبحث الثاني (دور قاعدة الإرادة في نطاق التشريع العراقي والأمريكي)

بعد الانتهاء من البحث في ماهية قاعدة الإرادة ينبغي تسليط الضوء على دور هذه القاعدة في إطار العلاقات القانونية المشوبة بعنصرٍ أجنبي ومعرفة موقف المشرع العراقي، والمشرع الأمريكي بشأنها، فضلًا عن بيان تأثير فكرة الأداء المميز على قاعدة الإرادة؛ وعليه سنتطرق إلى موقف المشرع العراقي والأمريكي من قاعدة الإرادة في الفرع الأول، بينما سنتناول في الفرع الثاني إلى تأثير نهج الأداء المميز على قاعدة الإرادة.

### 1.4 المطلب الأول (موقف المشرع العراقي والأمريكي من قاعدة الإرادة)

إنَّ قاعدة الإرادة في مجال القانون الدولي الخاص تعد قاعدة أساسية أخذت بها معظم تشريعات الدول ومنها القانون العراقي والقانون الأمريكي وعلى وفق التفصيل الآتي:

#### 1.1.4 توجه المشرع العراقي في تنظيم قاعدة الإرادة

إنَّ المشرع العراقي أعتمد قاعدة الإرادة في نطاق العلاقات القانونية الدولية الخاصة من خلال أحكام المادة (25) من القانون المدني رقم (40) لسنة 1951 النافذ والمعدّل التي نصت على أنَّه: " 1- يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنا، فاذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانونًا آخر يُراد تطبيقه.... ".

يتبين من نص المادة القانونية المشار إليه أعلاه بأَنَّ المشرع العراقي أجاز لأطراف العلاقة التعاقدية اختيار القانون الواجب التطبيق الذي ينظم تلك العلاقة بإرادتهما الصريحة من خلال التعبير عنها أو من خلال إرادتهما الضمنية التي يستطيع القاضي أن يستخلصها من واقع الحال، مثل: اتفاقهما على خضوع المنازعات الحاصلة بينهما إلى اختصاص محاكم دولة من الدول، فهذا الاتفاق يدل على أَنَّ إرادة الأطراف قد انصرفت إلى اختيار قانون الدولة التي أعطي الاختصاص إلى محاكمها، وفي حال عدم وجود إرادة الأطراف الصريحة أو الضمنية فأن القانون افترض إنهم أرادوا تطبيق قانون الموطن المشترك إذا اتحد الموطن، أما إذا اختلف الموطن فيكون القانون الواجب التطبيق هو قانون الدولة التي تمت فيها العلاقة القانونية (العقد) (الأسدي،2018، ص341).

#### 2.1.4 توجه المشرع الأمريكي في تنظيم قاعدة الإرادة

إنَّ المشرع الأمريكي لم يشر إلى قاعدة الإرادة في إعادة الصياغة (الأولى) لتنازع القوانين لعام (1943)؛ لأنه كان يأخذ بقانون مكان التنفيذ متأثرًا بموقف الفقيه (جوزيف بيل ستوري) (Coyle, 2020, p 1152). إلا إنَّه بعد ذلك أشار إلى تلك القاعدة في إعادة الصياغة (الثانية) لتنازع القوانين من خلال أحكام المادة (187) التي نصت على أَنَّ:

1. يُطبَّق قانون الدولة التي يختارها الطرفان ليحكم حقوقها وواجباتها التعاقدية إذا كانت القضية المعينة هي إحدى القضايا التي كان من الممكن للطرفين حلها من خلال نص صريح في اتفاقهما موجه لتلك المسألة.

2. يُطبَّق قانون الدولة التي اختارها الطرفان ليحكم حقوقها وواجباتها التعاقدية، حتى لو كانت المسألة المعينة هي قضية لم يكن بوسع الأطراف حلها من خلال نص صريح في اتفاقهما موجه إلى تلك المسألة، إلّا إذا:

أ. لم تكن للدولة المختارة علاقة جوهرية بالأطراف، أو بالتصرف، ولا يوجد أساس معقول آخر لاختيار الأطراف، أو

ب. إنَّ تطبيق قانون الدولة المختارة سيكون مخالفًا للنظام العام لدولة لها مصلحة مادية أكبر من الدولة المختارة في تحديد القضية المعينة والتي ستكون بموجب المادة 188، دولة القانون الواجب التطبيق في حال عدم وجود الاختيار الفعلي للقانون من قبل الأطراف.

3. في حال عدم وجود إشارة مخالفة لنية الأطراف، تكون الإشارة إلى القانون المحلي للدولة المختارة " (إعادة الصياغة الثانية لتنازع القوانين الأمريكية،1971).

يتضح من النص القانوني المذكور أعلاه بأَنَّ المشرع الأمريكي منح أطراف العلاقة القانونية ذات الطبيعة الدولية الخاصة اختيار القانون الذي يحكم علاقتهم التعاقدية بصرف النظر عن صور الاختيار سواء كان ذلك بشكلٍ صريح أم ضمني إلا اللهم إذا لم تكن للدولة المختارة أية صلة بالأطراف أو المعاملة، أو كان تطبيق قانون الدولة المختارة مخالف للمبادئ الأساسية التي تمثل النظام العام للدولة التي تكون لها مصلحة جوهرية أكبر من الدولة المختارة وسيكون قانون الدولة صاحبة المصلحة هو الواجب التطبيق عملًا بأحكام المادة (188) من إعادة الصياغة الثانية عند عدم اختيار الأطراف لذلك القانون بصورة صريحة ودقيقة، ويلاحظ بأَنَّ ولاية نيويورك بعد ما كانت تشترط العلاقة المعقولة عند اختيار القانون الواجب التطبيق إلاّ إنَّها في ثمانينيات القرن العشرين أخذت تبتعد عن شرط العلاقة المعقولة في قضايا التجارية إذ إن مجرد اختيار أطراف العلاقة القانونية قانون نيويورك فهذا يكفي لإثبات صحة الاختيار (Born & Kalelioglu, 2021, p 80, 89).

إنَّ المشرع الأمريكي عالج موضوع غياب إرادة الأطراف الصريحة أو الضمنية لاختيار القانون الواجب التطبيق في أحكام المادة (188) من


DOI:10.61704/pr.639

إعادة الصياغة الثانية لتنازع القوانين التي نصت على أنّ: " القانون الواجب التطبيق في حال عدم وجود اختيار فعلي من قبل الأطراف. 1- تُحدد حقوق وواجبات الأطراف فيما يتعلق بمسألة في العقد بموجب القانون المحلي للدولة التي تربطها بتلك المسألة، العلاقة الأكثر أهمية بالمعاملة والأطراف وفقًا للمبادئ المنصوص عليها في المادة (6). 2- في حال عدم وجود اختيار فعلي للقانون من قبل الأطراف (انظر المادة 187)، فإن العلاقات التي يجب مراعاتها عند تطبيق مبادئ المادة (6) لتحديد القانون الواجب التطبيق على مسألة ما تشمل: (أ) مكان التعاقد. (ب) مكان التفاوض على العقد. (ج) مكان التنفيذ. (د) موقع موضوع العقد. (هـ) موطن الأطراف، ومحل إقامتهم، وجنسيتهم، ومكان تأسيسهم، ومكان عملهم. تُقيّم هذه الاتصالات وفقًا لأهميتها النسبية فيما يتعلق بالمسألة المطروحة".

يتضح من نص المادة القانونية المذكورة أعلاه في حال عدم اختيار القانون من قبل الأطراف فأن حقوقهم وواجباتهم تخضع إلى قانون الدولة التي تكون لها أكثر أهمية بالمعاملة والأطراف (القانون الأوثق صلة) ويتم تحديد تلك الدولة من خلال المبادئ الواردة في المادة (6) من إعادة الصياغة الثانية لتنازع القوانين التي جاء فيها مبادئ اختيار القانون:

1) تتبع المحكمة، مع مراعاة القيود الدستورية، التوجيهات القانونية الصادرة عن دولتها بشأن اختيار القانون.

2) في حال عدم وجود توجيهات قانونية، تشمل العوامل ذات الصلة باختيار قاعدة القانون الواجب التطبيق ما يلي (إعادة الصياغة الثانية لتنازع القوانين الأمريكية،1971):

أ. احتياجات الأنظمة بين الدول والأنظمة الدولية.

ب. السياسات ذات الصلة بالمحكمة.

ج. السياسات ذات الصلة بالدول الأخرى المعنية، والمصالح النسبية لتلك الدول في تحديد المسألة المعنية.

د. حماية التوقعات المبررة.

هـ. السياسات الأساسية التي يقوم عليها مجال القانون المعني. (و) اليقين، وإمكانية التنبؤ، وتوحيد النتائج.

و. سهولة تحديد وتطبيق القانون المراد تطبيقه.

مع الأخذ بنظر الاعتبار الروابط ذات الصلة (ضوابط الإسناد) والمتمثلة بـ: (مكان التعاقد، ومكان التفاوض على العقد، ومكان التنفيذ، وموقع موضوع العقد، وموطن الأطراف ومحل إقامتهم وجنسيتهم ومكان تأسيسهم ومكان عملهم) على أنَّ يتم تقييم هذه الروابط وفقًا لأهميتها النسبية فيما يخص المسألة محل النظر ( Zhang, 2006, p 533; Symeonides, 2016, p 352).

والتساؤل الذي يُطرح، إذا كانت قاعدة الإدارة معمول بها في إطار القانون الدولي الخاصة ومعتمدة من قبل الفقه ومعظم التشريعات الوطنية، فهل هذه القاعدة يتم تطبيقها بصورةٍ مطلقة من دون قيدٍ أو شرط ؟

للإجابة على هذا التساؤل يمكن القول: إنَّ الرأي الراجح يذهب إلى عدم إعمال قاعدة الإرادة في مجال العلاقات القانونية الدولية الخاصة بشكلٍ مطلق من دون قيد أو شرط، إذ إنَّ حرية أطراف العلاقة القانونية في اختيار القانون يُقيّد بثلاثة قيود أساسية التي تتمثل بـ: (ضرورة وجود صلة بين الرابطة التعاقدية والقانون المختار، وألاّ يكون اختيار القانون منطويًا على غش، وألاّ يتصادم القانون المختار مع فكرة النظام العام السائدة في الدولة). (Coyle, 2020, p. 1161; يمامة، 1999، ص. 306).

يلاحظ أنَّ المشرع العراقي لم يأخذ بنظر الاعتبار القيود المذكورة أعلاه في أحكام المادة (25) بفقرتها الأولى وكان الأفضل الأخذ بها بغية تقييد حرية الأطراف المتعاقدة، وعليه نقترح على المشرع العراقي تعديل نص المادة (1/25) من القانون المدني لتتضمن تلك القيود وبالصيغة الآتية: ( يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنًا، فاذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانونًا آخر يُراد تطبيقه، على أن يكون هذا القانون ذات صلة جوهرية بتلك الالتزامات، وغير مخالفًا لمبادئ النظام العام والآداب العامة السائدة في جمهورية العراق، وألاّ يكون منطويًا على التحايل نحو القانون).

وهنالك من يرى بأن اختيار القانون الواجب التطبيق من قبل أطراف العلاقة القانونية له فوائد تتمثل بالآتي:

- القضاء على المشاكل التي تنشأ عندما قد يتم تطبيق قواعد قانونية متضاربة على جوانب مختلفة من العلاقة التعاقدية.
- يُتيح للأطراف تحديد القانون الذي يحكم معاملتهم أو علاقتهم القانونية بسهولة وبما يحقق اليقين القانوني بشأن حقوقهم والتزاماتهم الواجبة التنفيذ (O'hara & Ribstein, 2009, p. 8)

نحن نؤيد هذا الرأي؛ لوجاهة الفوائد المذكورة لمنح أطراف العلاقة التعاقدية الحق في تحديد القانون الواجب التطبيق.

والجدير بالذكر أنَّ اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق على علاقتهم التعاقدية ينصرف إلى تطبيق القانون الموضوعي، فهل يجوز للأطراف اختيار القانون الإجرائي (الشكلي)؟، يمكن القول: بأنَّه لا يجوز لأطراف العلاقة القانونية اختيار القانون الإجرائي؛ كون المسائل الإجرائية تخضع لقانون دولة القاضي المعروض عليه النزاع وهذا ما هو معمول به في القانون العراقي بدلالة أحكام المادة (28) من قانون المدني العراقي النافذ والمعدّل التي نصت على أنَّه: " قواعد الاختصاص وجميع الإجراءات يسري عليها قانون الدولة التي تقام فيها الدعوى أو تباشر فيها


DOI:10.61704/pr.639

الإجراءات"، وكذلك الحال بالنسبة إلى القانون الأمريكي عندما أخذ بتطبيق قانون دولة القاضي المعروض عليه النزاع عند ثبوت الاختصاص القضائي للمحاكم الوطنية (غافل،2025، ص179). وتجدر الإشارة إلى أنَّ وقت اختيار القانون يكون عند إبرام العلاقة التعاقدية، ولا يمنع من حصول ذلك الاختيار بعد الإبرام بشرط عدم إلحاق الضرر بحقوق الغير المكتسبة خلال تلك الفترة (محمود، 2017، ص379).

وفي ضوء ما تقدم نلاحظ بأنَّ المشرع العراقي والمشرع الأمريكي أخذا بقاعدة الإرادة التي تمنح أطراف العلاقة التعاقدية الحق في اختيار القانون الواجب التطبيق إلا إنَّ المشرع العراقي لم يأخذ بالقيود التي اقترحها فقهاء القانون الدولي الخاص بصدد الموضوع، في حين أخذ بها المشرع الأمريكي وكما موضح في أحكام المادة (187) من إعادة الصياغة الثانية لتنازع القوانين في عام (1971)، كما نلاحظ في ظل غياب اختيار الأطراف الصريح أو الضمني للقانون فالمشرع العراقي اعتمد على الموطن المشترك للمتعاقدين في حال اتحاد موطنها، وعلى قانون دولة إبرام العقد عند اختلاف ذلك الموطن وفقًا لما ورد في أحكام المادة (1/25) من القانون المدني النافذ، في حين المشرع الأمريكي اعتمد على قانون الدولة الأكثر صلة بالتصرف والأطراف بدلالة المادة (188) من إعادة الصياغة الثانية لتنازع القوانين، وبناءً على ذلك فالقضاء الأمريكي يتمتع بسلطة قضائية واسعة لتحديد القانون الذي سيحكم الرابطة التعاقدية؛ للتخلص من الإشكالات التي تحصل عند عدم اختيار القانون من قبل الأطراف سواء كان بشكل صريح أم الضمني، وإنَّ حق الأطراف التعاقدية باختيار القانون يقصد به اختيار القانون الموضوعي وليس القانون الإجرائي.

## 2.4 المطلب الثاني (تأثير نهج الأداء المميز على قاعدة الإرادة)

إنَّ فكرة الأداء المميز نادى بها الفقيه السويسري (شناتزر/ schnitzer) ثم اعتمدها القانون الدولي الخاص السويسري، والقضاء السويسري. والأداء المميز يقصد به: " هو الالتزام الرئيس الذي يتم دفع الثمن من أجله في عقد البيع مثلًا".

وتتلخص فكرة هذه النظرية بأنَّه في حال غياب الإرادة الصريحة أو الضمنية للأطراف العلاقة القانونية، فهذه الفكرة تحدد القانون المختص اعتمادًا على الوزن القانوني والأهمية الواقعية، إذًا تعتمد على الإسناد المرن وليس على الإسناد الجامد (المجمع، 2021، ص325).

إنَّ منهج الأداء المميز يقوم على دراسة طبيعة العلاقة التعاقدية من أجل تحديد الأداء المميز فيها، إذ إنَّ تحديد هذا الأداء (الأداء المميز) له دور كبير في تحديد القانون الذي سينظم العلاقة القانونية (العلاقة التعاقدية)، وتوجد هنالك معيارين لتحديد الأداء المميز أحدهما يعتمد على طبيعة العلاقة التعاقدية (العقد) التي من خلالها تحدد الالتزام الجوهري ليمثل الأداء المميز في تلك العلاقة، والآخر يعتمد على مهنة أطراف العلاقة التعاقدية بحيث يؤخذ بنظر الاعتبار مهنة المهنة القائم بالأداء المميز، كون أطرف العقد يكون مصنفين إلى طرف عادي، وطرف رئيس مهني يتولى تنفيذ العملية التعاقدية اعتمادًا على نشاطه المهني، فهذا الطرف يكون هو صاحب الأداء المميز في تلك العملية والمدين بها.

إنَّ تحديد الأداء المميز وفقًا للمعيارين المذكورين آنفًا لا يكفي لتعيين القانون الواجب التطبيق بل ينبغي تركيز هذا الأداء في مكان معين لكي يصبح قانون ذلك المكان هو القانون الذي يحكم العلاقة التعاقدية بوصفه الأكثر ارتباطًا في تلك العلاقة وهذا القانون يتمثل بقانون مكان الإقامة المعتادة للمدين بالأداء المميز وقت إبرام العقد وفقًا للرأي الراجح بعد إن كان تحديد الأداء المميز مرتبطًا بمكان التنفيذ (الفضل والعتوم،2019، ص565).

ويلاحظ بأنَّ المشرع العراقي لم يأخذ بفكرة الأداء المميز في أحكام المادة (1/25) من القانون المدني النافذ، ونأمل من المشرع العراقي الأخذ بهذه النظرية للابتعاد عن الإسناد الجامد؛ كونها تساعد القاضي على تحديد القانون الواجب التطبيق من خلال البحث والدراسة عن الالتزام الجوهري الذي يمثل مركز الثقل في العلاقة القانونية تمهيدًا لإسنادها إلى مكان معين وتطبيق قانونه ألا وهو قانون محل إقامة المعتاد للمدين بالأداء المميز، فضلًا عن ذلك إن منهج الأداء المميز يحقق الأمان القانوني لدى أطراف الرابطة التعاقدية من خلال العلم المسبق بالقانون الذي سيتم تطبيقه على علاقتهم التعاقدية في ظل غياب اختيار القانون الصريح أو الضمني؛ لذلك نقترح على المشرع العراقي تعديل نص المادة (25) من القانون المدني النافذ من خلال إضافة فقرة أخرى تتعلق بمنهج الأداء المميز وبالصيغة الآتية:

(في ظل غياب إرادة المتعاقدين، والإرادة المفترضة فيتم تحديد القانون الواجب التطبيق من خلال الاعتماد على الأداء المميز للمدين به الذي يتم تحديده وفقًا لقانون محل إقامته المعتادة وقت إبرام العقد).

أما بالنسبة إلى المشرع الأمريكي أخذ بفكرة الأداء المميز من خلال ما ورد في أحكام الفقرة (هـ) من المادة (188) من إعادة الصياغة الثانية لتنازع القوانين التي نصت على أنَّ: " .... في حال عدم وجود اختيار فعلي للقانون من قبل الأطراف، فإن العلاقات التي يجب مراعاتها عند تطبيق مبادئ المادة (6) لتحديد القانون الواجب التطبيق على مسألة ما تشمل: ..... هـ - موطن الأطراف، ومحل إقامتهم، وجنسيتهم، ومكان تأسيسهم، ومكان عملهم...". فأنَّ موطن ومحل إقامة المدين بالالتزام الجوهري في العلاقة التعاقدية يُعبر عن مركز الثقل الواقعي في تلك العلاقة، وعليه يمكن القول: بأنَّ المشرع الأمريكي أخذ بمنهج الأداء المميز من خلال فكرة العلاقة الأكثر أهمية (المجمع،2021، ص325). وهذا يتماشى مع الاتجاه الأنجلو أمريكي الذي أخذ بفكرة الأداء المميز؛ لغرض منح القاضي السلطة التقديرية عند تحديد القانون الذي ينظم الرابطة التعاقدية.

ونخلص مما تقدم بأنَّ أول من نادى بفكرة الأداء المميز هو الفقيه السويسري (شناتزر/ schnitzer) التي يظهر دور هذه الفكرة عند عدم اختيار القانون الواجب التطبيق من قبل الأطراف، إذ إنَّ فكرة الأداء المميز تعتمد بالأصل على الالتزام الرئيس في العلاقة التعاقدية وإسنادها إلى قانون مكان إقامة المعتاد للمدين بالأداء، ويتم تحديد الأداء المميز من خلال معيارين هما:(طبيعة العقد، وطبيعة نشاط أطراف العلاقة التعاقدية) فالمشرع العراقي لم يأخذ بفكرة الأداء المميز في حين المشرع الأمريكي تماشى مع الفقه الانكلوأمريكي وأخذ بفكرة الأداء المميز.

## 5. الخاتمة



DOI:10.61704/pr.639

بعد الانتهاء من البحث في الموضوع محل الدراسة يتضح لنا بأنَّ المشرع العراقي أخذ بقاعدة الإرادة في إطار القانون الدولي الخاص إلا إنه لم يكن موفقًا في جعلها ضابط الإسناد الأول بل سبقها بضوابط إسناد جامدة وغير مرنة والمتمثلة بضابط الموطن المشترك، وضابط مكان إبرام العقد، في حين نجد المشرع الأمريكي كان موفقًا في الأخذ بقاعدة الإرادة ومنحها الأولوية في التطبيق من خلال منح الأطراف الحرية في اختيار القانون الذي سيحكم علاقتهم القانونية، وبذلك أخذ المشرع الأمريكي بالاتجاه المرن بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقات التعاقدية، وندرج في أدناه ما توصلنا إليه من استنتاجات ومقترحات.

## 1.5 الاستنتاجات

1) لم يضع الفقه العراقي، والفقه الأمريكي تعريفًا جامعًا مانعًا لقاعدة الإرادة في إطار القانون الدولي الخاص، وكذلك الحال بالنسبة إلى المشرع والقضاء العراقي والأمريكي على الرغم من أهميتها في نطاق العلاقات الدولية الخاصة.

2) إنَّ قاعدة الإرادة في نطاق العلاقات الدولية الخاصة تسمح لأطراف العلاقة التعاقدية اختيار القانون الموضوعي ليحكم علاقتهم، وهذا الاختيار قد يكون صريحًا أو ضمنيًا، إذ إنَّ هذه القاعدة استقرت على يد الفقيه البلجيكي) لوران (Laurent / بعد إن كان معمولًا بقاعدة مكان الإبرام اعتمادًا على المدرسة الإيطالية.

3) اختلاف فقهاء القانون الدولي الخاص بشأن الأساس القانوني لقاعدة الإرادة، اعتمد المذهب الشخصي على مبدأ سلطان الإرادة الذي يُجيز للأطراف اختيار القانون في حين المذهب الموضوعي لم يعتمد على المبدأ المذكور وإنما يرى أنَّ اختيار القانون بأنه قاعدة من قواعد تنازع القوانين المنصوص عليها في قانون دولة القاضي، إذ إنَّ القانون هو الأساس في اختيار القانون الذي سيحكم العلاقة التعاقدية وليس مبدأ حرية التعاقد.

4) اتفق المشرع العراقي، والمشرع الأمريكي بشأن الأخذ بقاعدة الإرادة في إطار القانون الدولي الخاص سواء كان ذلك بصورة صريحة أو ضمنية، إذ إنَّ المشرع العراقي أشار إلى تلك القاعدة في أحكام المادة (1/25) من القانون المدني رقم (40) لسنة 1951 النافذ، في حين أخذ المشرع الأمريكي بقاعدة الإرادة في المادة (187) من إعادة الصياغة الثانية لتنازع القوانين لعام.(1971)

5) أنَّ المشرع العراقي على الرغم من أخذه بقاعدة الإرادة إلا إنَّه لم يُقيّدها بالقيود التي طرحها الفقه والمتمثلة: (الصلة الجوهرية بين القانون المختار والعلاقة التعاقدية، وعدم مخالفة القانون المختار للنظام العام، وألّا يكون القانون المختار مبنيًا على غش)، وكان الأفضل الأخذ بهذه القيود لضمان سلامة تطبيق قاعدة الإرادة في نطاق العلاقات الدولية الخاصة، في حين أن المشرع الأمريكي أخذ بتلك القيود بدلالة المادة (187) من إعادة الصياغة الثانية لتنازع القوانين لعام .(1971)

6) اختلاف موقف المشرع العراقي، والمشرع الأمريكي بشأن الأخذ بمنهج الأداء المميز الذي يعتمد على الالتزام الجوهري في العلاقة التعاقدية والمرتبط بمحل الإقامة المعتادة للمدين بالأداء المميز، فالمشرع العراقي لم يأخذ بمنهج الأداء المميز في أحكام المادة (1/25) من القانون المدني رقم (41) لسنة 1950 على الرغم من أهميتها، ومنح القضاء السلطة التقديرية في تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقة التعاقدية عند غياب إرادة الأطراف الصريحة أو الضمنية، بينما المشرع الأمريكي أخذ ذلك المنهج عملًا بأحكام المادة (188/ هـ) وإن كان ذلك بصورة غير مباشرة.

## 1.5 المقترحات

1) نقترح تعريف قاعدة الإرادة في إطار القانون الدولي الخاص بأنَّها: (هي تلك القاعدة التي تمنح أطراف العلاقة الدولية الخاصة الحق في اختيار القانون الذي سيحكم علاقتهم القانونية مسبقًا عملًا بمبدأ سلطان الإرادة على أنَّ يكون هذا الاختيار حقيقيًا، وذا صلة بالعلاقة، وألاّ يكون القانون المختار مخالفًا للنظام العام في مجتمع الدولة).

2) نأمل من المشرع العراقي الإشارة الى القيود التي طرحها الفقه بشأن إعمال قاعدة الإرادة من خلال تعديل نص المادة (1/25) من القانون المدني النافذ وبالصيغة الآتية: ( يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنا، فاذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانونًا آخر يُراد تطبيقه، على أن يكون هذا القانون ذات صلة جوهرية بتلك الالتزامات، وغير مخالفًا لمبادئ النظام العام والآداب العامة السائدة في جمهورية العراق، وألاّ يكون منطويًا على التحايل نحو القانون).

3) نقترح على المشرع العراقي الأخذ بمنهج الأداء المميز من خلال إضافة فقرة أخرى في المادة (25) من القانون المدني النافذ وبالشكل الآتي: (في ظل غياب إرادة المتعاقدين، والإرادة المفترضة فيتم تحديد القانون الواجب التطبيق من خلال الاعتماد على الأداء المميز للمدين به الذي يتم تحديده وفقًا لقانون محل إقامته المعتادة وقت إبرام العقد)؛ بغية الابتعاد عن أسلوب الإسناد الجامد والأخذ بأسلوب الإسناد المرن.

4) نقترح ضرورة استعانة أطراف العلاقة القانونية ذات الطبيعة الدولية الخاصة بذوي الخبرة والاختصاص كالمكاتب الاستشارية: مثلًا، عند اختيار القانون الواجب التطبيق على علاقتهم التعاقدية تجنبًا لاختيار قانونًا لم ينظم حقوقهم والتزاماتهم بصورة دقيقة وصحيحة، فضلًا عن ذلك التخلص من أن يصبح أحد الأطراف في مركز قوي والآخر في


DOI:10.61704/pr.639

مركز ضعيف.

## المصادر:

الأسدي، عبد الرسول عبد الرضا. (2017). القانون الدولي الخاص: الجنسية، الموطن، مركز الأجانب، التنازع الدولي للقوانين، تنازع الاختصاص القضائي الدولي. دار السنهوري.

الأسدي، عبد الرسول عبد الرضا. (2018). القانون الدولي الخاص: الجنسية، الموطن، مركز الأجانب، التنازع الدولي للقوانين، تنازع الاختصاص القضائي الدولي. دار السنهوري القانونية والعلوم السياسية.

الأسدي، عبد الرسول عبد الرضا. (2023). بعض قرارات القضاء العراقي في المسائل المتعلقة بالقانون الدولي الخاص (ط. 2). مكتبة السنهوري.

الأتروشي، محمد جلال حسن، الأسدي، عبد الرسول عبد الرضا، وميراني، عبد الله فاضل. (2020). القانون الدولي الخاص: تنازع القوانين، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية (الكتاب الثاني). مكتبة يادكار لطباعة ونشر الكتب القانونية.

بشابشه، زياد محمد فالح، والحراكي، أحمد، وقطان، عماد عبد الكريم. (2013). دور إرادة أطراف التعاقد في اختيار القانون واجب التطبيق في الالتزامات التعاقدية الدولية وفقًا للقانون الأردني: دراسة مقارنة. مجلة جامعة القدس المفتوحة للبحوث الإنسانية والاجتماعية، 1(30)، 353–392. https://doi.org/10.12816/0015943

حافظ، ممدوح عبد الكريم. (1977). القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن (ط. 2). دار الحرية للطباعة.

الحكيم، عبد المجيد، والبكري، عبد الباقي، والبشير، محمد طه. (د.ت.). الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي: الجزء الأول، في مصادر الالتزام. العاتك لصناعة الكتاب.

الداودي، غالب علي. (2011). القانون الدولي الخاص: تنازع القوانين، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية: دراسة مقارنة. دار الثقافة للنشر والتوزيع.

الداودي، غالب علي، والهداوي، حسن محمد. (2009). القانون الدولي الخاص: تنازع القوانين، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية (ج. 2، ط. 3). العاتك لصناعة الكتاب.

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

الساعدي، كريم مزعل شبي، والشافعي، ثامر داوود عبود خضير. (2017). النظرية الشخصية المحددة لدور الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق: دراسة في تنازع القوانين. مجلة العلوم القانونية، 32(2)، 210–264. https://doi.org/10.35246/jols.v32i2.43

صادق، هشام علي، وعبد العال، عكاشة محمد، والحداد، حفيظة السيد. (2006). القانون الدولي الخاص: تنازع القوانين، الاختصاص القضائي الدولي، الجنسية. دار المطبوعات الجامعية.

عبد العزيز، محمود لطفي محمود. (2018). تنازع الاختصاص القانوني في خطابات الضمان الدولية. المركز القومي للإصدارات القانونية.

العبودي، عباس زبون عبيد، والأنباري، ليث عبد الرزاق علي. (2017). عقد اختيار القانون واجب التطبيق على العقد الدولي. مجلة العلوم القانونية، 33(3)، 1–62. https://doi.org/10.35246/jols.v33is.154

غافل مجي، ثامر عبد الحسين. (2025). تقييد سلطة القضاء بالدفع بالنظام العام في مسائل الأحوال الشخصية: دراسة مقارنة [رسالة ماجستير، جامعة كربلاء].

الفخري، عوني محمد. (2012). إرادة الاختيار في العقود الدولية التجارية والمالية: دراسة مقارنة. منشورات زين الحقوقية.

الفضل، عبد السلام علي، والعتوم، نعيم علي. (2019). منهج الأداء المميز في تحديد قانون العقد الدولي. دراسات: علوم الشريعة والقانون، 46(1)، 563–585. https://doi.org/10.35516/0272-046-985-031

القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951. (1951). الوقائع العراقية، (3015)، 243.

المجمع، حسن علي كاظم نصيف. (2021). القانون الدولي الخاص: دراسة مقارنة. المكتب الجامعي الحديث.

محمود، هشام أحمد. (2017). القانون الدولي الخاص الإماراتي: أحكام الجنسية الإماراتية، تنازع القوانين، تنازع الاختصاص القضائي الدولي. دار الكتب القانونية؛ دار شتات للنشر والبرمجيات.

مظلوم، رغد عبد الأمير. (2023). القانون الواجب التطبيق على الإرادة المنفردة في ظل القانون الدولي الخاص: دراسة تحليلية في القانون العراقي. مجلة المعهد، (12)، 363–382. https://doi.org/10.61353/ma.0120363

يمامة، عبد السند. (1999). تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي. هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان.

American Law Institute. (1971). Restatement of the law, second, conflict of laws. American Law Institute Publishers.

Borchers, P. J. (1992). The choice-of-law revolution: An empirical study. Washington and Lee Law Review, 49(2), 357–384.

Born, G., & Kalelioglu, C. (2021). Choice-of-law agreements in international contracts. Georgia Journal of International and Comparative Law, 50(1), 44–118.

Brilmayer, L., & Listwa, D. B. (2020). A common law of choice of law. Fordham Law Review, 89(3), 889–930.

Coyle, J. F. (2020). A short history of the choice-of-law clause. University of Colorado Law Review, 91(4), 1147–1213.

Great Lakes Insurance SE v. Raiders Retreat Realty Co., LLC, 601 U.S. 65 (2024).

O'Hara O'Connor, E. A., & Ribstein, L. E. (2009). Conflict of laws and choice of law (U Illinois Law & Economics Research Paper No. LE09-030; Vanderbilt Law and Economics Research Paper No. 09-34). SSRN. https://doi.org/10.2139/ssrn.1499311

Rabel, E. (1960). The conflict of laws: A comparative study: Vol. 2. Foreign corporations: Torts: Contracts in general (2nd ed.). University of Michigan Press.

Symeonides, S. C. (2016). Choice of law. Oxford University Press. https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780190496722.001.0001

Symeonides, S. C. (2025). Party autonomy then and now. German Law Journal, 26(5), 703–733. https://doi.org/10.1017/glj.2025.10136

Volt Information Sciences, Inc. v. Board of Trustees of Leland Stanford Junior University, 489 U.S. 468 (1989).

Weinberg, L. (2005). Theory wars in the conflict of laws. Michigan Law Review, 103(6), 1631–1670.

Yntema, H. E. (1955). Contract and conflict of laws: "Autonomy" in choice of law in the United States. New York Law Forum, 1(1), 46–70.

Zhang, M. (2006). Party autonomy and beyond: An international perspective of contractual choice of law. Emory International Law Review, 20(2), 511–562.


DOI:10.61704/pr.639

# The Distinctive Nature of Party Autonomy in The Context of Iraqi and American Legislation

P-ISSN: 1680-9300
E-ISSN: 2790-2129
Vol. (26), No. (3)
pp. 110-119

[1] Mohammed H. Shwaya
[2] Thamer A. Ghafi

[1] University of Kufa, College of Law, Iraq.
[2] University of Kufa, College of Agriculture, Iraq.

**Abstract:**

The principle of party autonomy is one of the rules adopted and applied in the field of private international law, which expresses the freedom of the parties to a contractual relationship to choose the law that will govern their legal relationship. This choice may be explicit or implicit, the principle of party autonomy plays a role in private international contractual relationships, as the parties to a national relationship may not choose the law to which they are subject, and if they do so, the choice is invalid. Given the importance of party autonomy, it is recognized under both the Iraqi and American law. However, Iraqi law does not adopt the idea of characteristic performance in the absence of an explicit or implicit choice of law by the parties, which the American law did adopt.

**Keywords:** Party Autonomy, Private International Law, Iraqi Law, American Law, Personal Doctrine.

**How to Cite:** Shwaya, M. H., & Ghafi, T. A. (2025). The Distinctive Nature of Party Autonomy in The Context of Iraqi and American Legislation. PROSPECTIVE RESEARCHES, 26(3), 110–119. https://doi.org/10.61704/pr.639



DOI:10.61704/pr.639