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

دور الإرادة في تعيين القانون الواجب التطبيق في المسؤولية التقصيرية

(دراسة مقارنة)

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

من قبل الطالب

مهدي سامي نوماس الفتلاوي

بأشراف الدكتور

صالح مهدي كحيط

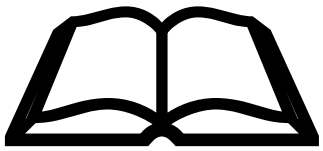
أستاذ القانون الدولي الخاص المساعد

١٤٤٣هـ ٢٠٢١م

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿قال رب اشرح لي صدري ويسر لي أمري

واحلل عقدة من لساني يفقهوا قولي﴾



صدق الله العلي العظيم

سورة طه / الآيات (٢٥-٢٨)

الإهداء

إلى ...

من تكبدا المشقة والعناء في تعليمي وأراد أن أبلغ المعالي في العلم

إلى من كانا مثلي الأعلى ، إلى من رحلى إلى رب الرحمة

إلى من قال فيهما سبحانه وتعالى

﴿وبالوالدين إحساناً﴾

أمي وأبي ...اسأل الله ان يجعل مسكنهما الجنة

.

والى من شاركوني لحظات الفرح وأوقات السرور

أخوتي وزوجتي .

الباحث

شكر وعرفان

اللهم أني افتتح الثناء بحمدك وانت مسدد للصواب بمنك ، الحمد لك حمداً يليق بكل صفاتك ، ويفوق عدد مخلوقاتك ، وأفضل الصلاة والسلام على حبيبك المختار وآل بيته الأطهار ، صلاة وسلاما لايزال 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 يامن 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 جُلَ شكري وتقديري إلى أستاذي الفاضل الدكتور صالح مهدي كحيط ، المشرف على هذهِ 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 إلاّ 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 .

وعرفاناً من التلميذ إلى أساتذته أقدم بالغ شكري واعتزازي ، إلى أساتذتي الأعزاء في معهد العلمين للدراسات العليا ، (الأستاذ المساعد الدكتور جمال الحاج ياسين والأستاذ المساعد الدكتور عبد الرزاق أحمد الشيبان ، والأستاذ الدكتور إبراهيم الربيعي ، والأستاذ الدكتور نظام جبار) ، للمعلومات القانونية التي رفدونا ، بها ولدعمهم المعنوي ، الذي كان له الأثر الكبير في إكمال الرسالة .

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 كلية القانون في جامعة بابل والروضة الحسينية في كربلاء المقدسة ، وذلك لسخائهم في رفدنا بالمصادر القانونية .

وختاما أقول شكرا إلى كلٍّ من قدم لي مساعدة في المرحلة التحضيرية و مرحلة إعداد الرسالة .

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

الباحث

المستخلص

تَعدُّ قاعدة خضوع العلاقات الدولية الخاصة لقانون الإرادة ،لا سيما في العلاقات العقدية من القواعد المستقرة فقهاً، وقضاء، وتشريعا في القانون الدولي الخاص ،إذ أن أطراف العلاقة الدولية هم الذين يحددون القانون الذي يحكمها بإرادتهم المستقلة ،وقد اسهم مبدأ سلطان الإرادة في بلورة قواعد قانونية تقدس الحرية الفردية ، وتعمل على حمايتها وإزالة التعارض بين المصالح ومحاولة التوفيق بينها ،من أجل تحقيق أهداف القانون الدولي الخاص المتمثلة في حماية التوقعات المشروعة لأطراف النزاع ،وتحقيق العدالة ، لأنّ هذا المبدأ ظل عاملاً في مجال المسؤولية العقدية من دون المسؤولية التقصيرية ،التي يحكمها مبدأ القانون المحلي، أو قانون محل حدوث الواقعة المنشئة للالتزام ،وبسبب القصور الموضوعي في هذا المبدأ المتمثل بجموده وعدم مرونته وقصوره الاقليمي في حالة تفرق عناصر الواقعة بين الدول أو عرضية محل حدوثها اتجهت بعض التشريعات الحديثة، والأحكام القضائية إلى العزوف عنه ،وإحلال قانون الإرادة محله، بمنح أطراف المسؤولية التقصيرية حرية اختيار القانون الواجب التطبيق عليها ،لذلك سنوضح من هذه الدراسة أمكانية الدور الذي يمكن أن تمارسه الإرادة في إطار المسؤولية التقصيرية ،مستعيناً بالمنهج المقارن الذي سنركز من خلاله على دراسة الموضوع في تشريعات مقارنة ،تنتمي إلى نظم قانونية مختلفة ،فقد عقدنا مقارنة بين القانون الألماني والسويسري ، ،والمصري، والفرنسي ،وكي تكتمل الرؤية استعنا بالمنهج والتحليلي، لأجل تحليل كل جزئية وإشكالية في ضوء مختلف النصوص القانونية ،وختاما توصلنا الى الدور الذي يمكن ان تمارسه الإرادة في إطار المسؤولية التقصيرية أسوة بالمسؤولية العقدية ، وقد تم تقسيم هذه الدراسة إلى فصلين تطرقنا في الفصل الأول إلى تحليل قانون الإرادة في إطار المسؤولية التقصيرية من حيث الرفض والقبول ، وخصصنا الفصل الثاني لبيان مدى الحاجة إلى قانون الإرادة في المسؤولية التقصيرية وتحديات إعماله .

قائمة المحتويات

الموضوع	الصفحة	
	من	إلى
الآية القرآنية	أ	أ
الاهداء	ب	ب
شكر وعرفان	ج	د
المستخلص	هـ	هـ
المحتويات	و	ح
المقدمة	١	٣
الفصل الأول : تحليل قانون الإرادة في إطار المسؤولية التقصيرية من حيث الرفض والقبول .	٤	٨٣
المبحث الأول : تحليل قانون الإرادة في إطار المنهج التقليدي وشروطه.	٥	٥٦
المطلب الأول : تحليل قانون الإرادة في إطار المنهج التقليدي.	٥	٣٠
الفرع الأول : تحليل قانون الإرادة في إطار النظرية الشخصية.	٦	١٢
الفرع الثاني : تحليل قانون الإرادة في إطار النظرية الموضوعية.	١٣	٣٠
المطلب الثاني:مدى استيعاب احكام المسؤولية التقصيرية لشروط قانون الإرادة	٣٠	٥٦
الفرع الاول : أن يكون موضوع المسؤولية يتعلق بالمسائل المالية.	٣٠	٣٣
الفرع الثاني: وجود الصلة بين القانون المختار والفعل الضار.	٣٤	٤٧

الموضوع	الصفحة	
	من	إلى
الفرع الثالث:أن يكون الاختيار مشروعا.	٤٧	٥٦
المبحث الثاني :قانون الإرادة بين الرفض والقبول.	٥٧	٨٣
المطلب الاول : الاتجاه الرافض لقانون الإرادة.	٥٧	٧١
الفرع الاول :الطابع الآمر لنظام المسؤولية التقصيرية.	٥٧	٦٣
الفرع الثاني : أعتبارات التيسير على أطراف العلاقة.	٦٣	٧١
المطلب الثاني: الاتجاه المؤيد لقانون الإرادة.	٧١	٨٣
الفرع الاول : تحقيق العدالة.	٧٢	٧٩
الفرع الثاني : حماية التوقعات المشروعة.	٧٩	٨٣
الفصل الثاني : مدى الحاجة الى قانون الإرادة في المسؤولية التقصيرية وتحديات إعماله.	٨٤	١٦١
المبحث الاول : مدى الحاجة الى قانون الإرادة في المسؤولية التقصيرية.	٨٥	١٣٠
المطلب الاول :القصور الموضوعي.	٨٥	١١٠
الفرع الاول : انعدام السيادة.	٨٦	٩٩
الفرع الثاني : الجمود وانعدام المرونة.	٩٩	١١٠
المطلب الثاني : القصور الإقليمي.	١١٠	١٣٠
الفرع الاول : تفرق عناصر الواقعة الضارة بين الدول.	١١١	١٢٥

الموضوع	الصفحة	
	من	إلى
الفرع الثاني:عرضية محل حدوث الواقعة الضارة.	١٢٥	١٣٠
المبحث الثاني : تحديات إعمال قانون الإرادة في المسؤولية التقصيرية.	١٣١	١٦١
المطلب الاول : التحديات التشريعية.	١٣١	١٤٤
الفرع الأول: الدور الإنشائي للقضاء في إعمال قانون الإرادة.	١٣٢	١٣٦
الفرع الثاني: الدور التكميلي للقضاء في إعمال قانون الإرادة.	١٣٧	١٤٤
المطلب الثاني: التحديات الواقعية.	١٤٤	١٦١
الفرع الأول: النظام العام.	١٤٤	١٥١
الفرع الثاني الإحالة.	١٥٢	١٦١
الخاتمة.	١٦٢	١٦٤
قائمة المصادر والمراجع .	١٦٥	١٧٥
المستخلص باللغة الانكليزية .	A	A