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

أثر العدالة المادية في الصياغة التشريعية لقواعد الإسناد

دراسة مقارنة

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

من قبل الطالب

أحمد عباس عمران الشمري

بأشراف الدكتور

صالح مهدي كحيط

أستاذ القانون الدولي الخاص المساعد

١٤٤٣هـ ٢٠٢١م

بسم الله الرحمن الرحيم

((فأُحكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهوائهُم عمّا جاءكَ مِنَ الحَقّ

لِكُلٍ جَعَلنا مِنكُم شِرعَةً ومِنهاجاً ولَو شاءَ اللهُ لَجعَلَكُم أُمّةً واحِدةً

ولَكِن لِيبلُوَكُم في ما ءاتَكُم فاستبِقُوا الخَيراتِ إلى اللهِ

مَرجِعُكُم جَميعاً فَيُنبئُكُم بِما كُنتم فيه تَختَلِفون))

صدق الله العلي العظيم

المائدة آية ((٤٨))

الأهداء

الى من

غاب عني .....

وهو متمنيا ...

أول الأوطان .... وأخر المنافي.

الى روحه الطاهرة .....أبي

أهدي هذا الجهد المتواضع

أحمد

شكر وأمتنان

بعد أن من الله سبحانه وتعالى علي بفضله ونعمته في اتمام وانجاز هذه الرسالة، لا يسعني إلا أن أتقدم بالشكر الجزيل ووافر الامتنان الى استاذي الفاضل الدكتور صالح مهدي كحيط، لقبوله الإشراف على هذه الرسالة الذي لم يأل جهدا ولم يدخر وقتاً أو علماً الا وقد افاض به علينا. ما جعلني أقف عاجزا عن ايفائه حقه من الشكر والثناء ...له مني خالص الشكر والتقدير. سائلا المولى العلي القدير ان يوفقه ويسدد خطاه... وجزاه الله خير الجزاء....

اعترافاً مني بفضله والمعروف الذي أسداه لي ورداً للجميل... فانه 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.

كما ويطيب لي ان أتقدم بالشكر الجزيل والثناء الجميل الى كل من ساهم معي في انجاز هذا العمل المتواضع بالحرف والكلمة، أو الاتصال أو تتبع الأحوال ...الى جناب الاستاذ الدكتور المتواضع إياد مطشر صيهود البعيد القريب. الذي وافاني بما أفاض الله عليه من علم ...بالرغم من بعد المسافة.

ثم لا يسعني أيضا إلا أن أسدي خالص شكري الى من وقف معي ودعمني وقدم لي من جهده ووقته ...والى تلك الرائعة التي أخرتها في هذا المقام ... هي في المقام الأول. والمنزل الأكمل... والدتي... أطال الله في عمرها ومنحها الصحة والعافية .... والى الحاضرة في كل مقام وكانت معي في كل زمان ... زوجتي العزيزة. شكرا لك شكرا على كل ما قدمتيه وتقدميه ... أسال الله أن يوفق الجميع ويحفظهم ويظلهم في ظله يوم لا ظل إلا ظله.

الباحث

المستخلص

يشهد القانون في جميع فروعه ثورة فكرية تحدو به نحو التطور والتقدم، ويحظى القانون الدولي الخاص بنصيب وافر من هذه الثورة، على اعتباره قانون غير مقنن في الغالب من الأحوال وأنه يحاول معالجة أو حكم علاقات خاصة عابرة للحدود وعبر وسائل وآليات وطنية داخلية، ولاختلاف المفاهيم القانونية بين دول العالم تبعا لاختلاف ثقافاتها المجتمعية، نتج عنه محاولات تشريعية وفقهية وقضائية باتجاه تخليصه من التقليدية وكسر جمود قواعده لتكون قادرة على الإيفاء بمتطلباته. فان قواعده(قواعد الاسناد) و كأي قاعدة قانونية أخرى تتصف بالعمومية والتجريد، وفي المقابل تتصف العلاقات الاجتماعية عموماً، والعلاقات الدولية الخاصة خصوصاً بالعالمية والتجديد، بمعنى تناهي القواعد القانونية في مواجهة علاقات لا متناهية ، بمعنى آخر أن هناك فراغا تشريعيا خلفه الجمود في تلك القواعد، دفع هذا الجمود جانب من الفقه يعضده أحكام قضائية الى الخروج عن قوالب النصوص، والبحث عن حلول واقعية تتسم بالمرونة وتناغم متطلبات العلاقات الخاصة الدولية راغبة في بلوغ العدالة بالمعنى الذي يختلف عن العدالة الناتجة عن التطبيق الآلي للنص القانوني، وتبحث عن غاية وروح كامنة خلف قواعد الإسناد، أي الكشف عن أن لقواعد الإسناد وظائف سامية يراد تحقيقها ،وانها ما وضعت إلا في سبيل تحقيقها. هذه الحركة المجددة تقوم على تفسير قواعد الإسناد وتحليلها للوقوف على غايتها الأساسية .الأمر الذي دعا إلى اتباع المنهج المقارن لدراسة هذا الموضوع في تشريعات اخرى تنتمي الى نظم قانونية مختلفة ، متمثلة في القانون الألماني والقانون الفرنسي والمصري مع القانون العراقي مضافا اليها مواقف الفقه والقضاء ايضا، ولم يكن المنهج التحليلي بعيدا عن منهجية هذه الدراسة، وذلك بتقسيمها الى فصلين تطرقنا في الفصل الأول إلى ماهية العدالة المادية وعلاقتها بقواعد الإسناد، ثم في الفصل الثاني تطبيقات تأثير نظرية العدالة المادية في الصياغة التشريعية لقواعد الاسناد.

المحتويات

الموضوع	من	إلى
المقدمة	١	٤
الفصل الأول: مفهوم العدالة المادية وآليات أعمالها	٥	٩١
المبحث الأول: ماهية العدالة المادية في قواعد الأسناد	٧	٤٩
المطلب الأول: تعريف العدالة المادية	٨	٢٩
الفرع الأول: المعنى الفلسفي والأخلاقي للعدالة المادية	٩	١٧
الفرع الثاني: المعنى القانوني للعدالة المادية	١٨	٢٩
المطلب الثاني: ضرورات العدالة المادية في قواعد الأسناد	٣٠	٤٩
الفرع الأول: الضرورات القانونية	٣٠	٤٠
أولا: رعاية التوقعات المشروعة لأطراف العلاقة القانونية	٣١	٣٧
ثانيا: التنسيق بين النظم القانونية	٣٧	٤٠
الفرع الثاني: الضرورات الطبيعية	٤١	٤٩
المبحث الثاني: آليات إعمال نظرية العدالة المادية	٥٠	٩١
المطلب الأول: دور القضاء في تحقيق العدالة المادية	٥١	٦٩
الفرع الأول: الدور الإنشائي للقضاء	٥٢	٥٩
الفرع الثاني: الدور التكميلي للقضاء	٦٠	٦٩
المطلب الثاني: العلاقة التبادلية بين العدالة المادية والصياغة التشريعية	٦٩	٩١
الفرع الأول: الصياغة الجامدة ودورها في تحقيق العدالة المادية	٧٠	٧٨
الفرع الثاني: الصياغة المرنة ودورها في تحقيق العدالة المادية	٧٨	٩١
الفصل الثاني: تطبيقات العدالة المادية في قواعد الاسناد	٩٢	١٦٨
المبحث الأول: تطبيقات العدالة المادية في أطار الضوابط الشخصية	٩٣	١٣٠
المطلب الأول: أثر العدالة المادية مع الضوابط متعددة الخيارات والقانون الأكثر إتصالاً بالعلاقة	٩٣	١١٠
الفرع الأول: أثر العدالة المادية مع قواعد الإسناد متعددة الخيارات	٩٤	١٠٢

الفرع الثاني: أثر العدالة المادية مع القانون الأوثق صلة بالعلاقة	١٠٢	١١٠
المطلب الثاني: أثر العدالة المادية مع القواعد ذات الغاية المادية وذات الأسناد التبعي	١١١	١٣٠
الفرع الأول: العدالة المادية في نطاق القواعد ذات الغاية المادية	١١١	١١٩
الفرع الثاني: العدالة المادية وضابط الإسناد التبعي	١٢٠	١٣٠
المبحث الثاني: أثر العدالة المادية في أداء قواعد الإسناد ذات الضوابط الموضوعية	١٣٠	١٦٨
المطلب الأول: أثر العدالة المادية في أطار الألتزامات التعاقدية	١٣١	١٤٩
الفرع الأول: أثر العدالة المادية في نطاق ضابط الإرادة	١٣١	١٤١
الفرع الثاني: أثر العدالة المادية في نطاق الأسناد الخاص بالشكل	١٤١	١٤٩
المطلب الثاني: أثر العدالة المادية في نطاق المسؤولية التقصيرية والأموال المعنوية	١٥٠	١٦٨
الفرع الأول: العدالة المادية وضابط محل وقوع الفعل	١٥٠	١٦٠
الفرع الثاني: العدالة المادية في نطاق الأموال المعنوية	١٦٠	١٦٨
الخاتمة	١٧٠	١٧٤
النتائج	١٧٠	١٧٢
التوصيات	١٧٣	١٧٤
المصادر والمراجع	١٧٥	١٨٥