جمهورية العراق

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

معهد العلمين للدراسات العليا

قسم القانون الخاص

التفويض بالصلح في التحكيم التجاري

(دراسة مقارنة)

رسالة تقدم بها الطالب

علي سمير جعفر البدر

إلى مجلس معهد العلمين للدراسات العليا

وهي جزء من متطلبات نيل شهادة الماجستير في القانون الخاص

بإشراف

الأستاذ الدكتور

عقيل مجيد كاظم السعدي

١٤٤٢/ هـ

٢٠٢٠

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ لِلَّهِ شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِ ۖ وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَآنُ قَوْمٍ عَلَىٰ أَلَّا تَعْدِلُوا ۚ اعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ ۖ وَاتَّقُوا اللَّهَ ۚ إِنَّ اللَّهَ خَبِيرٌ بِمَا تَعْمَلُونَ ﴿٨﴾

صدق الله العلي العظيم

سورة النور :(٨)

الإِهداء

إِلى

روح جدي(المرحوم جعفر عوده البدر) الذي طالما يوصينا بالتزود بالعلم و المعرفة و أسأل الله أن يسكنه فسيح جناته.

علي سمير جعفر

شكر و أمتنان

الشكر أولا لله سبحانه و تعالى

و الشكر و الامتنان إلى كل من ساندني و ساعدني

و لاسيما والدي و عائلتي ...

و كل الشكر والامتنان

لأستاذي المشرف الدكتور عقيل مجيد كاظم السعدي

الذي أنار لي طريق البحث و الكتابة

ووافر الشكر و التقدير إلى الدكتور جميل جعفر البدر

الذي قدَّم لي النصح و التوجيه

و الشكر و التقدير إلى الدكتور أحمد سامي المعموري

الذي لم يبخل عليّ بما جاد الله عليه من علم و معرفة

و كل الشكر و التقدير إلى الأساتذة جميعاً الذين تتلمذت على يدهم في مرحلة البكالوريوس و الماجستير

و كلَّ الشكر و التقدير إلى إدارة معهد العلمين وموظفيه و لاسيما الاخ (احمد الساعدي) وأمناء المكتبات و تحديداً مكتبة الروضة الحيدرية و مكتبة الأمام الصادق و مكتبة كلية القانون جامعة الكوفة و إلى كادر مكتبة غرفة تجارة النجف

و الحمد لله رب العالمين

(الباحث)

المستخلص

توفر انظمة التي يتميز بها التحكيم التجاري إمكانية اختيار القواعد المطبقة على نزاعات الأطراف لاسيما من قبل من يفصل بالنزاع، وليس كما هو معتاد بفرضها بقوة القانون او بإرادة الأطراف، فيقوم المحكم باختيار القواعد الاصلح للنزاع لأجل تحقيق اعتبارات العدالة و الانصاف، ولكن في ظلّ غياب التنظيم القانوني الواضح الذي يسير عليه المحكم في عمله، يحصل اللبس في فهم فحوى نظام هذا النوع من التحكيم، و يؤدي لاجتهاد بتنظيم أحكامه تحت ذريعة الرجوع للقواعد العامة، مما يؤثر سلبا في دور المحكم بالصلح في الفصل بالنزاع.

فنسعى في هذه الدراسة للوقوف على أهم معوقات و مشاكل نظام التحكيم بالصلح، وايجاد القواعد الملاءمة لتنظيمه، و كي نحقق هذه الاهداف، فقد قسمنا هذه الدراسة إلى فصلين: الفصل الأول بحثنا فيه الفكرة العامة لنظام التفويض بالصلح بالتحكيم التجاري، وقد توضح موقع هذا النظام من بين الوسائل الاخرى لفض النزاعات التجارية، والفصل الثاني تناولنا دراسة الأحكام المنظمة للسلطة الواسعة التي يتمتع بها المحكم لأجل تحقيق اعتبارات العدالة، و بعد الخوض بدراسة هذا الموضوع اتضح أنّ التحكيم بالصلح أو التحكيم المطلق أضحى كأداة لجعل اختيار القواعد الموضوعية المطبقة على النزاعات التجارية الدولية، يكون بعيداً من تعسف قواعد تنازع القوانين الجامدة، التي تؤدي لنتائج غير محسوبة أو متوقعة للأطراف، وأيضا لإبعاد تدخل الأطراف باختيار القانون بالذات اذا كانوا من غير المتخصصين بالجانب القانوني، واختيارهم قواعد غير مدروسة فتعوق عمل المحكم.

المحتويات

الموضوع	الصفحة
المقدمة:	١-٦
الفصل الأول: ماهية التفويض بالصلح في التحكيم التجاري	٧-٧٨
المبحث الأول: مفهوم التحكيم بالصلح	١٠-٤٢
المطلب الأول: التعريف بالتحكيم بالصلح	١٠-٢٩
الفرع الأول: معنى التحكيم بالصلح	١١-٢٢
الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للتحكيم بالصلح	٢٢-٢٩
المطلب الثاني: أهمية التحكيم بالصلح	٢٩-٤٢
الفرع الأول: أهمية التحكيم بالصلح في تحرير العقود التجارية	٣٠-٣٧
الفرع الثاني: أهمية التحكيم بالصلح في إعادة التوازن الاقتصادي	٣٧-٤٢
المبحث الثاني: ضوابط التحكيم بالصلح، وتمييزه عما يشتبه به	٤٣-٧٨
المطلب الأول: شروط التحكيم بالصلح	٤٣-٥٨
الفرع الأول: الشروط العامة للتحكيم	٤٣-٥٠
الفرع الثاني: الشروط الخاصة بالتحكيم بالصلح	٥٠-٥٨
المطلب الثاني: تمييز التحكيم بالصلح عما يشتبه به	٥٨-٧٨
الفرع الأول: تمييز التحكيم بالصلح عن التوفيق التجاري	٥٨-٦٧
الفرع الثاني: تمييزه التحكيم بالصلح عن عقد الصلح	٦٧-٧٨
الفصل الثاني: سلطات التفويض بالصلح في التحكيم التجاري	٧٩-١٤٩
المبحث الأول: سلطة المحكم بالصلح تجاه القواعد القانونية	٨١-١٢٧
المطلب الأول: سلطة المحكم بالصلح في اختيار القواعد الموضوعية	٨٢-١١١
الفرع الأول : القواعد الموضوعية المطبقة	٨٢-٩٥
الفرع الثاني: القيود الواردة على تطبيق القواعد الموضوعية	٩٥-١١١
المطلب الثاني: سلطة المحكم بالصلح في اختيار القواعد الاجرائية	١١١-١٢٧
الفرع الأول: القواعد الاجرائية المطبقة	١١١-١١٥
الفرع الثاني: القيود الواردة على تطبيق القواعد الاجرائية	١١٦-١٢٧
المبحث الثاني: سلطة المحكم المفوض بالصلح تجاه العقد	١٢٨-١٤٩
المطلب الأول: الاتجاهات الفقهية في صحة تعديل العقد	١٢٨-١٣٨
الفرع الاول: الاتجاه الرافض لتعديل العقد	١٢٩-١٣٣
الفرع الثاني: الاتجاه المؤيد لتعديل العقد	١٣٣-١٣٨

المحتويات

المطلب الثاني: ضوابط سلطة المحكم بالصلح في تعديل العقد	١٣٨-١٤٩
الفرع الأول: القيود الواردة على تعديل العقد	١٣٨-١٤٧
الفرع الثاني: مسؤولية المحكم المفوض بالصلح	١٤٧-١٤٩
الخاتمة	١٥٠-١٥٥
المصادر و المراجع	١٥٦-١٦٥