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

دور هيئات التحكيم في تطوير قواعد تنازع القوانين التقليدية

(دراسة تحليلية)

أطروحة تقدمت بها الطالبة

نجلاء عبد حسن

مجلس معهد العلمين للدراسات العليا / قسم القانون

وهي جزء من متطلبات نيل درجة الدكتوراه في القانون الخاص

بأشراف

الاستاذ الدكتور

نظام جبار طالب

أستاذ القانون الدولي الخاص

1444 2022

بسم الله الرحمن الرحيم

(وأن حكمت فأحكم بينهم بالقسط ان الله يحب المقسطين)

(المائدة :42)

صدق الله العظيم

الاهداء

إلى من بعطائهما اضاءا لي دروب العلم والمعرفة إلى اغلى من في الكون إلى العزيزين

والدي ووالدتي ..... أمد الله في عمرهما

إلى سندي في الحياة ..... أختي الغالية

إلى شمسي التي أضاءت روحي ابنتي الحبيبة (لينا)

إلى منارة العلم ..... ألاستاذ المشرف د. نظام جبار الموسوي

إلى كل من وقف إلى جانبي ودعمني

إلى كل من افتكره قلبي ولم يكتبه قلمي

أهدي عملي هذا

شكر وعرفان

الحمد الله حمداً يليق بجلال شأنه , وعظيم سلطانه ,وعدد خلقه , ورضا نفسه , وزنة عرشه على توفيقه في انجاز هذه الأطروحة , والصلاة والسلام على خير الانام الحبيب المصطفى (ص).

أتقدم بالشكر الجزيل لمعهد العلمين , اساتذة وموظفين , واتقدم بالشكر الجزيل لعميد معهد العلمين الأستاذ الدكتور زيد العكيلي

واتقدم بجزيل الشكر والعرفان للأستاذ المشرف الدكتور نظام جبار طالب على تكريمه لي بقبول الأشراف على اطروحتي ,وعلى توجيهه ونصائحه القيمة التي انارت دربي وقومت مساري , فلك مني الف تحية , وجزاك الله بكل خير .

و اتقدم بالشكر والعرفان إلى جميع الأساتذة ,الذين وقفوا وساندوني في اثناء كتابة الأطروحة .

كما اتقدم بالشكر الجزيل لأساتذتي اعضاء اللجنة الموقرة ,التي قبلت مناقشة اطروحتي , لكم مني كل الاحترام .

الملخص

تتلخص فكرة الموضوع في استظهار عمل هيئات التحكيم المؤسسي في تطويع قواعد تنازع القوانين التقليدية من خلال محاكاة غاياتها المادية فذلك سيخرجها من طابعها التقليدي الالي الى الطابع الحديث المتحرك , وتؤدي هيئات التحكيم دوراً ريادياً في أحداث هذا التطويع الذي يبلغ مبلغ التطوير من خلال تبني اتجاهات حديثة تحقق اقصى ما يمكن من العدالة الموضوعية لأطراف العلاقة بالجمع بين القواعد التقلدية القائمة مع القواعد العرفية والاتفاقية على نحو يتحقق معه التفاعل بينهما ليكون المخرج الجديدة هو خلق جيل محدث او جديد من القواعد .

و تأتي حالة التطوير لقواعد التنازع من خلال التقاء وتكامل ارادة التحكيم مع ارادة اطراف النزاع باتجاه اختيار القانون الواجب التطبيق فان احسنت ارادة ألاطراف ألاختيار فما على قضاء التحكيم ألا اعتماد ذلك القانون وان اخفقت فأن ارادة المحكم ستصحح مسار إرادة ألاطراف باتجاه ألاصلح لهما , وكل ذلك سيجري خارج أطار القواعد التقليدية وبفعل اعتماد توليفة من القواعد الموضوعية و القواعد ألاجرائية المرنة لكي تكون طوع النزاع وعند حاجة ألاطراف وصولاً إلى تحقيق اقصى درجات الأمان القانوني .

إن اشكالية الموضوع تتمثل في الجهد الذي تقوم به الهيئات التحكيمية فهي لاتقف على مجرد الهيكل الخارجي لبناء قواعد التنازع التي تشترك فيه مع قواعد القانون ألاخرى , انما هي تمتد في عملها التطويري إلى البناء الداخلي لها والذي تكمن فيه وظيفتها , واكثر عمل الهئيات التحكيمية يتركز في اطار قواعد الاسناد وعلى وجه التحديد في اطار عنصر ضابط الاسناد بوصفه العنصر الذي يربط فكرة الاسناد بالقانون المسند له الاختصاص ، وتقف وراء عملية تطوير القواعد اعتبارات تتعلق بتحقيق اهداف مهمة تتمثل بالعدالة واليقين القانوني فهي ألاخرى كأسباب ظهرت أمام التحكيم الدولي للأعادة النظر بتطوير هذه القواعد.

ان اهم ما توصلت اليه الدراسة هو اختلاف عمل هيئات التحكيم في تطوير قواعد التنازع بحسب نوع العلاقة موضوع التنازع فيما اذا كانت تتعلق بالمسائل المالية او الشخصية وان التطوير ينصرف الى عمل القواعد المتعلق بالجانب المالي اكثر مما في الجانب الشخصي .

المحتويات

الموضوع	الصفحة
الواجهة	أ
ألأية القرآنية	ب
ألاهداء	ت
الشكر والعرفان	ث
الخلاصة	ج
قائمة المحتويات	خ
المقدمة	1
الفصل الأول: تقييم قواعد تنازع القوانين في ظل الأنظمة عبر الأزمنة	6
المبحث الأول: أثر الأنظمة السياسية والأقتصادية على قواعد تنازع القوانين	9
المطلب الأول: أثر الأنظمة السياسية والأقتصادية في النظام ألاشتراكي	11
الفرع الأول: أثر الأنظمة السياسية على قواعد التنازع	12
الفرع الثاني : أثر الأنظمة الأقتصادية على قواعد التنازع	18
المطلب الثاني: أثر الأنظمة السياسية والأقتصادية في النظام الرأسمالي	26
الفرع الأول: أثر الأنظمة السياسية على قواعد التنازع	27
الفرع الثاني أثر العولمة الأقتصادية على قواعد التنازع	35
المبحث الثاني : تقييم قواعد تنازع القوانين في سياق العلاقات التجارية	40

الدولية	
المطلب الأول: تقييم قواعد تنازع القوانين في سياق العلاقات التجارية التقليدية	41
الفرع الأول: التقييم المتعلق بالقدرة على التنبؤ	42
الفرع الثاني : التقييم العام لكفاءة قواعد تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية	48
المطلب الثاني : تقييم قواعد تنازع القوانين في سياق العلاقات التجارية ألالكترونية	54
الفرع الأول: التقييم العام لمدى ملائمة قواعد التنازع للتطبيق على عقود التجارة ألالكترونية	56
الفرع الثاني : عقبات اعمال منهج التنازع على عقود التجارة الألكترونية	58
الفصل الثاني : نظرات في تطور دور هيئات التحكيم الدولي	63
المبحث الأول: مرونة تشكيل هيئات التحكيم	64
المطلب الأول: تشكيل هيئة التحكيم وفقاً لقواعد بعض المنظمات	66
الفرع الأول: تشكيل هيئة التحكيم وفقاً لقواعد غرفة التجارة الدولية في باريس	66
الفرع الثاني : تشكيل هيئة التحكيم لدى مركز ألاكسيد	70
المطلب الثاني : أسس اختيار المحكمين في التحكيم المؤسسي	73
الفرع الأول : أختيار المحكم في التحكيم المؤسسي	75
الفرع الثاني : حياد المحكم واستقلاله	80
الفرع الثالث : الخبرة والدراية القانونية والتجارية للمحكم	86
المبحث الثاني : السلطات التقديرية الممنوحة للمحكمين في أطار عقود	89

التجارة الدولية	
المطلب الأول: سلطة المحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق	90
الفرع الأول: احترام توقعات ألاطراف عند اختيار القانون الواجب التطبيق	91
الفرع الثاني : موقف المعاهدات الدولية والأنظمة القانونية من السلطة التقديرية للمحكم	95
أولاً : موقف المعاهدات الدولية من السلطة التقديرية للمحكم	96
ثانياً : موقف الأنظمة لسلطة المحكم	96
المطلب الثاني : تقييم نقدي للسلطات الممنوحة للمحكم	99
الفرع الأول : الأتجاه المؤيد لتوسيع سلطات المحكمين	100
الفرع الثاني : الأتجاه المؤيد للتقيد	102
الفرع الثالث : ألاتجاه الجامع بين منح السلطات الواسعة والرقابة عليها	104
المبحث الثالث: استقلالية المحكم الدولي تجاه النظم القانونية الوطنية	106
المطلب الأول: اللجوء للتحكيم المؤسسي ومزاياه	107
الفرع الأول: مزايا التحكيم الدولي	108
الفرع الثاني : استقلالية المحكم الدولي تجاه النظم القانونية الوطنية	113
المطلب الثاني : دور السلطة التقديرية للمحكمة الدولية في تحقيق الحماية القضائية	115
الفرع الأول: سلطة المحكم إزاء القانون الواجب التطبيق	116
الفرع الثاني : دور المحكم في تكملة العقد وتعديله	120

الفصل الثالث : أعتماد هيئات التحكيم أسلوب غير تقليدي لحل المنازعات التجارية	124
المبحث الأول: الخروج من كنف قواعد التنازع واعتماد معايير القانون الدولي	126
المطلب الأول: التحرر من القواعد الوطنية في أطار العلاقات الدولية الخاصة	128
الفرع الأول: عدم قدرة القوانين الوطنية على ألاستجابة للاحتياجات المحددة للتجارة الدولية	129
الفرع الثاني : أستجابة التحكيم التجاري لمتطلبات التجارة الدولية	136
المطلب الثاني : الخروج من نهج قواعد تنازع القوانين التقليدية	142
الفرع الأول: إدخال اعتبارات اليقين القانوني	143
الفرع الثاني : ادخال اعتبارات النزاهة الموضوعية في عملية اختيار القانون	146
المبحث الثاني : الوسائل الحديثة لهيئات التحكيم في تحديد القانون الواجب التطبيق	148
المطلب الأول: الموائمة بين التطبيق التراكمي وحرية ألاطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق	149
الفرع الأول: التطبيق التراكمي	150
الفرع الثاني : حرية ألاطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق	152
المطلب الثاني : اعتماد أليات القانون عبر الوطني كوسيلة حديثة لحل النزاع	156
الفرع الأول: أعتماد ألاعراف والعادات التجارية	160
الفرع الثاني : المبادئ العامة للقانون	164

الفرع الثالث : أعتماد قواعد العدالة	169
المبحث الثالث : الهيئات الفاعلة في توحيد قانون التجارة الدولية	174
المطلب الأول: الهيئات التي ساهمت في التطوير	176
الفرع الأول: جهود الغرفة التجارية الدولية في مجال التوحيد	177
الفرع الثاني : ألانكوترمز	180
المطلب الثاني : نجاعة أسلوب المعهد الدولي في التطوير	184
الفرع الأول: تعدد مناهج معهد **(unidroit)**	186
الفرع الثاني : جهود المعهد الدولي في التوحيد	192
الخاتمة	196
المصادر والمراجع	202