



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

سلطة المحكم بالتفسير في إطار العلاقات الخاصة الدولية

(دراسة مقارنة)

رسالة تقدم بها الطالب
مُسلم حسين عبد الله

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

بإشراف
أ.د صالح مهدي كحيط
أستاذ القانون الدولي الخاص

٢٠٢٦ م

١٤٤٧ هـ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
{ وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الذِّكْرَ لِتُبَيِّنَ
لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ وَلَعَلَّهُمْ
يَتَفَكَّرُونَ }

صدق الله العلي العظيم
سورة النحل: (الآية ٤٤)

الإهداء

أهدي هذا الجهد المتواضع إلى:

- صاحب السيرة العطرة والفكر المستنير الذي كان له الفضل الأول في بلوغي التعليم (والدي العزيز) أطل الله لنا في عمره
- نور عيني وضوء دربي ومن وضعتني على طريق الحياة وراعتني حتى صرتُ كبيراً مهجة حياتي أُمي (رحمها الله تعالى) فلولاها لم أجد هذه الحياة.
- زوجتي الحبيبة رفيقة عمري وكفاحي والتي لم تبخل بوقتٍ أو جهدٍ لمساعدتي
- إخواني وأخواتي وأهلي وأقاربي وأصدقائي.
- إليكم جميعاً أهدي هذا العمل وأسأل الله أن يجعله نبراساً لكلِّ طالب علمٍ.

اللهم آمين يا رب العالمين .

شكرٌ وعرفان

أقفُ اليوم ممتنًا لكل من كانَ له أثرٌ في رحلتي العلمية ، ولكل إنسان ساعدني ولو بكلمة ، شكراً لمشرفي الأستاذ الدكتور صالح مهدي كحيط الذي علمني أن البحث ليس مجرد دراسة ، بل شغفٌ وسعيٌّ لا ينتهي نحو المعرفة .

أتقدّم بجزيل الشكر والامتنان والتقدير الكبير إلى الصّرح الحضاري الكبير معهد العلمين للدراسات العليا مؤسساً وعميداً وأساتذةً كانوا عوناً لي في دراستي وتعلّمي وتشبّعي بالمعرفة على أيدي علماءٍ أجلاء.

الباحث

مُلخَص الدِّراسة

إن الوقوف على المعنى من أهمّ المهمات التي تشغل مَنْ يتصدى لاكتشاف إرادة المُشرِّع من جهة وإرادة المتعاقدين من جهة أخرى ، و يمكن القول إن هذه المهمة من أهمّ المهام التي تشغل ذهنية كلّ مَنْ يتصدى لحسم المنازعات سواء كانت على المستوى المحلي الوطني أو في إطار العلاقات الخاصّة الدوليّة ، وأن هذه المهمة بالنسبة للقضاء التقليدي قد تكون محسومة لما يمتلكه من خبرة ودراية في دلالات الألفاظ المتنوعة ، ولكن الصعوبة تثور فيما إذا أوكلت إلى المُحكِّم، فالمُحكِّم يضطلع بهذا الدور تحقيقاً للعدالة بوصفها غاية من غاية القانون الدولي الخاص من جهة والوقوف على إرادة أطراف النزاع من جهة أخرى .

فأطراف النزاع يمكن أن تتسجم رغبتهم وحقيقة ما تعاملوا عليه حينما يجدون أن المُحكِّم قد فسّر ما يتعلق بالنزاع بشكل دقيق ، وقد يكون الاختلال في الوقوف على المعاني المقصودة محل الطعن في قرار المُحكِّم من جهة أو الطعن بذات موضوع النزاع من جهة أخرى ، من هنا تظهر أهميّة الدراسة التفصيلية المستقلة للسلطة التي يمكن أن تمنح للمُحكِّم في تفسير القانون الواجب التطبيق أو مفردات العقد وهذا ما يمكن أن يكون أحد العوامل المشجّعة في تطور التجارة الدوليّة وعمليات التبادل بين الأفراد عبر الدول ، أو حتى بالنسبة للمنازعات ذات الأهميّة الأقل .

و من أجل الإحاطة بهذه الفكرة أو الاشكالية سنقسم الدراسة فيها على جملة من الموضوعات التي تعالج كل الفرضيات المُحتَملة مُستعينين بالتشريعات القانونيّة والاتجاهات الفقهيّة ، لتقديم دراسة موضوعية يمكن للمُشرِّع العراقي أن يستند إليها في إيكال مهمّة التفسير إلى المُحكِّم في حالة استكمال مشروع قانون التحكيم التجاري الدولي العراقي ؛ كون النظام التشريعي العراقي لم يعهد سابقاً لغير القضاء التقليدي لهذه المهمّة ، ممهّدين للباحثين وجود دراسة يمكن الاعتماد عليها في التفريع لموضوعات علميّة مستقبلية تعالج تفاصيل ترتبط بالتفسير وتحدياته المُستقبليّة .

قائمة المحتويات

ت	العنوان	الصفحة
١	الواجهة	
٢	الآية الكريمة	أ
٣	الإهداء	ب
٤	الشكر والعرفان	ت
٥	مُلخّص الدراسة	ث
٦	قائمة المحتويات	ج - خ
٧	المقدّمة	١ - ٤
٨	الفصل الأوّل : البناء الذاتي لسلطة المُحكّم بالتفسير	٥ - ٥١
٩	المبحث الأوّل : مفهوم سلطة المُحكّم بالتفسير	٦ - ٢٨
١٠	المطلب الأوّل : ماهيّة سلطة المُحكّم بالتفسير	٦ - ١٧
١١	الفرع الأوّل : تعريف سلطة المُحكّم بالتفسير	٧ - ١١
١٢	الفرع الثاني : أنواع التفسير	١٢ - ١٧
١٣	المطلب الثاني : القيود التي ترد على سلطة المُحكّم بالتفسير	١٨ - ٢٨
١٤	الفرع الأوّل : النظام العام	١٨ - ٢٢
١٥	الفرع الثاني : اليقين القانوني لأطراف النزاع	٢٣ - ٢٨
١٦	المبحث الثاني : منشأ مشروعية تفسير المُحكّم الدولي	٢٩ - ٥١

١٧	المطلب الأول : مصدر سلطة المُحكّم بالتفسير	٢٩ - ٤٠
١٨	الفرع الأول : المنشأ الإرادي لسلطة المُحكّم بالتفسير	٣٠ - ٣٥
١٩	الفرع الثاني : المنشأ غير الإرادي لسلطة المُحكّم بالتفسير	٣٦ - ٤٠
٢٠	المطلب الثاني : الاعتبارات الموضوعية في التفسير	٤١ - ٥١
٢١	الفرع الأول : الآليات المتبعة بالتفسير	٤١ - ٤٧
٢٢	الفرع الثاني : التفسير المتطور	٤٨ - ٥١
٢٣	الفصل الثاني : أحكام سلطة المُحكّم بالتفسير	٥٢ - ١٠٠
٢٤	المبحث الأول : تأثير الزمن في سلطة المُحكّم بالتفسير	٥٣ - ٧٦
٢٥	المطلب الأول : مسؤوليات المُحكّم الزمنية لممارسة سلطة التفسير	٥٤ - ٦٥
٢٦	الفرع الأول : التزام المُحكّم بالكشف عن العلاقات الناشئة قبل النزاع	٥٤ - ٥٩
٢٧	الفرع الثاني : التعبير عن الإرادة في مباشرة التفسير	٦٠ - ٦٥
٢٨	المطلب الثاني : مدخلية الزمن في ممارسة المُحكّم للتفسير	٦٦ - ٧٦
٢٩	الفرع الأول : انقطاع الزمن للتفسير	٦٦ - ٧٢
٣٠	الفرع الثاني : مرور الزمن للتفسير	٧٣ - ٧٦
٣١	المبحث الثاني : أحكام سلطة المُحكّم الدولي بالتفسير	٧٧ - ١٠٠
٣٢	المطلب الأول : الكيفية الواقعية لتفسير المُحكّم	٧٨ - ٨٩

٨٤ – ٧٩	الفرع الأول : الكيفية المادية للتفسير	٣٣
٨٩ – ٨٥	الفرع الثاني : الكيفية الشخصية للتفسير	٣٤
١٠٠ – ٩٠	المطلب الثاني : الآثار المترتبة على سلطة المحكم بالتفسير	٣٥
٩٥ – ٩٠	الفرع الأول : الآثار الإيجابية لسلطة المحكم بالتفسير	٣٦
١٠٠ – ٩٦	الفرع الثاني : الآثار السلبية لسلطة المحكم بالتفسير	٣٧
- ١٠١ ١٠٤	الخاتمة	٣٨
- ١٠٥ ١١٥	المصادر والمراجع	٣٩
A	Abstract	٤٠

المقدمة

الحمد لله الذي لا ينسى من ذكره ، الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره ، الحمد لله حمداً كثيراً طيباً مباركاً فيه ، اللهم لك الحمد والشكر كما ينبغي لجلال وجهك وعظيم سلطانك وعلو مكانك ، الحمد لله على ما أنعم ، الحمد لله على قضائه ، الحمد لله على كل ما نحن فيه ، اللهم لك الحمد أقمت الدليل ، فأنرت السبيل ، وأرسلت المرسلين مبشرين ومنذرين ، وعزفتنا بنبينا محمد صلى الله عليه وآله أجمعين .

أولاً : التعريف بموضوع الدراسة

يُعد التفسير من أدوات المحكم في حل المنازعات الداخلية إضافة إلى ذات العنصر الأجنبي ، فمن دونه لا يتمكن من تحقيق غاية الأطراف من اللجوء إلى التحكيم ، فمن غايات الأطراف الوصول إلى الاستقرار في المراكز القانونية ومن دون التفسير لا يمكن بلوغ هذا الهدف ، فالعديد من الشركات الأجنبية والمستثمرين وأصحاب رؤوس الأموال يتقون بالمحكم ؛ كونه يمتاز بالخبرة والدراسة والتخصص وسرعة حل النزاع وفي مقدمة كل ذلك أنه يعمل ضمن سياق الإرادة بعيداً عن التقاليد التشريعية التي يمكن أن تحصل في الأنظمة التقليدية .

فسلطة المحكم ذات منشأ إرادي في الغالب تعتمد في وجودها ومشروعيتها واستمراريتها على تحقيق إرادة الأطراف ، فالمحكم لا يمكن أن يعمل بعيداً عن آراء أطراف النزاع على الرغم مما يتمتع به من استقلال وحياد بوصفها لوازم لأداء مهامه ، من هنا يتبين حساسية موضوع التفسير بأنه قطب الرحى في بلوغ الأهداف البعيدة للتحكيم التجاري الدولي .

فالمحكم يلجأ إلى كل الوسائل المشروعة والمتاحة لبلوغ هذا الهدف ومنها الوثائق وألفاظ العقد والقرائن والوقائع والقانون الواجب التطبيق وغيرها ، حتى يتمكن من أن يكون بديلاً موضوعياً عن القضاء التقليدي ، وسلطة المحكم بالتفسير هي سلطة مؤقتة ليست دائمية ، حيث إنها تنتهي بالنظر إلى النزاع المعروض أمامه ، ولا يحق له التحكيم في خصومة أخرى ، مال لم يكن هناك اختيار جديد له من قبل أطراف النزاع ، كون مصدر سلطته إرادة الأطراف في الاتفاق على تعيين محكم يفصل بالنزاع الحاصل بينهم ، عن طريق عقد آخر بين المحكم والأطراف المتنازعة ، غير العقد المبرم فيما بينهم بالاتفاق على اللجوء للتحكيم .

وعلى الرغم من أن التحكيم ذات طبيعة قضائية على الرأي الغالب بالفقه وإن كان مصدره إرادة الأطراف إلا أنه يتمتع بسلطة في تفسير حيثيات النزاع كالسلطة التي يتمتع بها القاضي

التقليدي ، إلا في بعض الحالات التي تلزم المحكم في عدم اتباعها ، والتي نظمها التشريعات المقرر لنظام التحكيم ، والمنصوص عليها في قوانين التحكيم . وهذا الأمر حكمت به التشريعات المتنوعة وأولت اهتماماً كبيراً لنظام التحكيم ، لكنها لم تبين مدى سلطة المحكم بتفسير القانون الواجب التطبيق ، واختلفت في تحديد نطاق سلطته بالتفسير ، فالكثير من المصادر التي تمت مراجعتها كانت تنص على تفسير الحكم الصادر من المحكم فقط ، دون النص إلى سلطة المحكم بتفسير القانون الواجب التطبيق ، فضلاً عن الاختلاف في تحديد بداية سلطة المحكم وكيفية انتهاء سلطته ، أو تحديد الآليات المتبعة للتفسير ، سواء للقواعد الموضوعية أم القواعد الإجرائية .

وسلطة المحكم كما يمكن أن تنتهي بالطريق الاعتيادي بانتهاء المحكم بمهامه لإنهاء النزاع ، كذلك يمكن أن ينتهي دوره بالتفسير في مراحل التقاضي قبل انتهاء النزاع ، كالاتفاق بين الأطراف على رد المحكم أو عزله ، أو في حالات فقد أهليته أو وفاته .

وقد لا تخلو سلطة المحكم بالتفسير من الآثار المترتبة عليها ، فأن لكل عمل أو تصرف أثراً . أما أن يكون أثراً إيجابياً يرد للمحكم والنظام التحكيم ، وابتعاد المحكم من المسؤولية القانونية ، وأما أن يكون أثراً سلبياً يحقق مسؤولية المحكم فيما إذا تسبب بضرر لأحد أطراف الخصومة ، قد يرد ذلك الأثر على نظام التحكيم . من هنا ظهرت الضرورة للوقوف على حدود سلطة المحكم ومعرفة الفاعل الزمني في بداية السلطة وانتهائها والكيفية التي يمكن للمحكم أن يستعين بها في بلوغ مقاصد القانون الواجب التطبيق فضلاً عن الإجراءات المتبعة في التحكيم الفردي أو المؤسساتي تحقيقاً لأهداف التجارة الدولية .

كل ذلك للكشف عن الأدوار الإيجابية والسلبية للمحكم والتي يمكن أن يؤديها في إطار المنازعات التجارية الدولية ، فالمحكم ليس آلة جامدة تغذى بالمعلومات وتعطي النتائج بل له أدوار بالوقوف على حقيقة النزاع مستعيناً بجميع المراحل التي سبقت التعاقد أو الخصومة بصورة عامة ليكون على بصيرة من أمره في ضمان استمرار التعامل مع هذه الوسيلة البديلة عن القضاء التقليدي مستقبلاً ، وإلا سيحجم أشخاص القانون الخاص من التعامل مع التحكيم مستقبلاً وهذا خلاف المبادئ التي نشأ التحكيم من أجل بلوغها .

ثانياً : إشكالية الدراسة

إنّ المنتبّع لمسيرة القضاء التقليدي بوصفه ممثلاً لسيادة الدول في حسم الخصومات وتقرير الحقوق والالتزامات يجد أن هذه السلطة التي منحت للقضاء كانت بمقتضى مظهر سيادي آخر وهو النظام التشريعي ، فمن خلال هاتين الوسيلتين السیاديتين تمارس الدول نفوذها وسطوتها في تحقيق الأمان القانوني واستقرار المعاملات وإن كان هذا النظام ينفع مع بساطة الحياة وقلة المعاملات ذات العنصر الأجنبي الا أن الأمر لم يعد بهذه الصورة والبساطة في الوقت الراهن ، مع ما نشهده في الوقت الراهن من اتساع حركة التجارة الدولية وما تقدم به الفقهاء وبعض الأنظمة القانونية الخاصة بعيوب هذا النظام التقليدي ، فقد ظهرت وسائل بديلة عن القضاء التقليدي أبرزها التحكيم ، الا أن المحكم لم تتضح مدى سلطته بالتفسير وحدودها حتى يمكن المحكم من اتباع الاجراءات الخاصة بالتحكيم ، وتفسير القواعد القانونية المتفق عليها من قبل الأطراف ، أو اختيارها من مقبل المحكم في حالة ترك الاختيار للمحكم .

كما أن معالم سلطة المحكم في أداء دوره في التفسير غير واضحة لا على المستوى التشريعي ولا على المستوى الواقعي ، وهذا ما يؤثر بشكل او باخر على حركة البضائع والسلع عبر الحدود ويؤثر بالتالي على الأمن الاقتصادي للدول ، ما يظهر معه الحاجة الماسة لتقديم دراسة من خلالها تتضح مشروعية سلطة المحكم للقيام بدور التفسير ، وتحديد كل نص أو قاعدة قانونية للحكم الخاص بها ، فضلاً عن ذلك أن النصوص القانونية التي جاءت لتنظم التحكيم في قانون المرافعات المدنية العراقي ، أصبحت لا تسير التطور الحاصل في مجال التحكيم ، وما يعتريها من نقص وغموض ، وعليه ، جاءت هذه الدراسة محل البحث لبيان مدى سلطة المحكم بالتفسير وبيان مصدرها وطبيعتها وأحكامها والإجراءات المتبعة بها ، كذلك الآثار المترتبة عليها ، من خلال الآراء الفقهية والاستحقاقات التشريعية .

ثالثاً : تساؤلات الدراسة

- ١ - ما المقصود بالسلطة المقررة للمحكم بالتفسير ؟
- ٢ - ما مشروعية سلطة المُحَكِّم بالتفسير ؟
- ٣ - كيف يمكن أن يؤثر عامل الزمان في أداء المُحَكِّم بدوره بالتفسير ؟
- ٤ - هل هنالك ضمانات أو مقيدات يتحدد بمقتضاها المُحَكِّم في أثناء عملية التفسير ؟
- ٥ - ما الكيفيات المادية للشخصية التي يعتمد عليها المُحَكِّم بإجراء عملية التفسير ؟

- ٦ - ما الأدوار الإيجابية والسلبية التي تظهر خلال ممارسة المُحَكِّم لعملية التفسير ؟

رابعاً : نطاق الدراسة

سنتطرق في معالجة هذا الموضوع في نطاق المدرسة اللاتينية ، دون المدارس التشريعية الأخرى وبالخصوص النظام التشريعي العراقي في قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل ، ومشروع قانون التحكيم العراقي من أجل الكشف عن الإرادة التشريعية فيما إذا تم استكمال اجراءات هذا التشريع ، مقارنة بالتشريع المصري وبالخصوص قانون التحكيم رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ ، و قانون التحكيم الفرنسي الجديد المعدل لسنة ٢٠١١ ، فضلاً عن اتفاقية نيويورك الخاصة بتنفيذ أحكام التحكيم لسنة ١٩٥٨ ، والبعض من التشريعات الأخرى للدول العربية المنظمة لقانون تحكيم خاص .

خامساً : منهج الدراسة

لخصوصية الدراسة المتعلقة ببيان إمكانية المُحَكِّم من التفسير سواء بالنسبة للقانون أو إرادة الأطراف المتمثلة بالعقد ، سنتبع المنهج التحليلي والمنهج المقارن ، والآراء الفقهية والترجيح بينهما بغية الوصول إلى أهداف الدراسة محل البحث ، فضلاً عن الاعتماد على المنهج القانوني المقارن والمتمثل بقانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ ومشروع قانون التحكيم العراقي والمقارنة مع قانون التحكيم الفرنسي الجديد الصادر سنة ٢٠١١ ، وقانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ .

سادساً : هيكلية الدراسة

من أجل استيعاب اشكالية الدراسة والتساؤلات المتقدمة سيتم تقسيم هذه الدراسة على فصلين نخصص الأول منهما لبيان البناء الذاتي لسلطة المحكم بالتفسير من خلال مبحثين نتناول في المبحث الأول مفهوم سلطة المحكم بالتفسير ونخصص المبحث الثاني لإيضاح منشأ مشروعية التفسير الذي يقوم به المحكم في العلاقات الخاصة الدولية ، أما الفصل الثاني فقد خصصناه لبيان أحكام سلطة المحكم بالتفسير من خلال مبحثين سنتناول في المبحث الأول تأثير الزمن لسلطة المحكم بالتفسير وندرس في المبحث الثاني أحكام تفسير المحكم الدولي بالقانون الواجب التطبيق ، يتبع ذلك جملة من النتائج والمقترحات.