جمهورية العراق

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

معهد العلمين للدراسات العليا

قسم القانون الخاص

دور الارادة في تعيين النظام الاجرائي للتحكيم الدولي

-دراسة مقارنة-

رسالة تقدمت بها الطالبة

نور شكر محمود

إلى مجلس معهد العلمين للدراسات العليا
وهي جزء من متطلبات نيل درجة الماجستير في
القانون الخاص

بإشراف

أ.د. فراس كريم شيعان

أستاذ القانون الدولي الخاص

١٤٤٧هـ **٢٠٢٥م**

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾

صدق الله العليُّ العظيم

سورة المائدة، الآية (١)

الإهداء

إلى:

ـ من كانا مدرستي في الحياة: الشيخ أحمد الوائلي (رحمه الله)، الذي نهلت من علمه في طفولتي، والسيد محمد باقر الفالي (رحمه الله)، الذي كان مرشدي في شبابي.

ـوالدي العزيز: يا من تسابقت مع أنفاسه ومرضه لأكون جزءًا من شفائه. أطال الله في عمرك لتراني مثلما تحب، ولأُقدِّم لك جزءًا من الجميل.

ـوالدتي المحترمة: يا من اختارت اسمي في الحياة، وجعلتني نورًا لمن أحب.

ـ زوجي الحبيب، المقدم سعد: يا من حفر لي طريقًا في منتصف الجبال، وكنت لي كتفًا لم يميل أبدًا. يا من جاهد في تحقيق حلمي، وشاركني في كّل خطوة، وكان حاضرًا حتى في غيابه. إلى الصديق قبل الشريك، والد زهراتي الثلاث، يا من كان تحقيق طموحي هدفه في الحياة. إليك أهدي هذا الإنجاز الذي ما كان ليتحقق لولا دعمك اللامحدود، وإيمانك بقدراتي، وتشجيعك الدائم. أنت مصدر الهامي وقوتي، ومحفزي للاستمرار والنجاح. يا من علمني أن المثابرة والإخلاص هما سر التفوق.

ـ بناتي: يا نجومًا لامعة في سماء عمري. إلى ابنتي البكر، يا صديقتي قبل أن تكوني ابنتي، يا مفضلتي في اشتياقها. إلى زهرتي البنفسجية، يا صاحبة الضحكة الجميلة. وإلى وردتي الأخيرة، يا من شاركتني تحقيق حلمي في كّل حرف قرأته وهي في أحشائي، وفي كّل امتحان خضته وهي في أحضاني.

ـ دروس الحياة: إلى كّل ما مررت به حلوًا ومرًّا، إلى مواقف الحياة وعبرها، وإلى كّل من وضع أحجارًا في طريقي لأتعثر، فجعلتها سلمًا للوصول إلى ما طمحت إليه.

الباحثة

شكر وعرفان

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف الخلق أجمعين، نبينا محمد وعلى آل بيته الطيبين الطاهرين، عدد ما أحاط به علمه.

أتقدم بخالص الشكر والامتنان إلى الأستاذ الدكتور فراس كريم شيعان، لتفضله بالإشراف على هذه الرسالة، وعلى ما بذله من جهد وتوجيه ونصائح من أجل إتمام هذا العمل. كان أبًا قبل أن يكون مشرفًا، فلم يكن إشرافه مجرد توجيه أكاديمي، بل كان مصدر إلمهم ودعم لا محدود، فقد غمرني بصبره وعلمه الغزير، وشاركني خبرته الثمينة. فكان نِعمَ المعلم والموجه، وأسأل الله أن يجزيه عني خير الجزاء، وأن يمده بدوام الصحة والعافية.

وأتقدم بالشكر والإمتنان إلى رئيس وأعضاء لجنة المناقشة المحترمين، لتفضلهم بقراءة الرسالة، وتزيينها بملاحظاتهم القيمة.

وأتوجه بجزيل الشكر والثناء إلى أساتذتي الكرام في المرحلة البحثية، الذين قدموا لي الدعم المعنوي والعلمي، وأثروا مسيرتي البحثية بنصحهم وإرشاداتهم القيمة. لكم مني كّل الود والاحترام.

وأخص بالشكر والإمتنان أستاذي ومقام أخي الكبير الدكتور صالح مهدي كحيط، الذي كان لي عونًا أيضًا في إتمام هذا العمل.

جزيل الشكر إلى الأستاذ الدكتور فاروق إبراهيم جاسم، أستاذي في الجامعة المستنصرية، والأستاذ المساعد الدكتور إهداء باسم، أستاذتي في المرحلة التحضيرية، اللذين كانا خير ناصحين لي ومحفزين لأتخصص في مجال القانون الدولي الخاص.

وأخيرًا، لا يفوتني أن أشكر كّل من ساهم في إنجاز هذا العمل، وكّل من مدّ لي يد العون والمساعدة.

الباحثة

المحتويات

الموضوع	الصفحة
الآية القرآنية	**أ**
الاهداء	**ب**
الشكر والعرفان	**ت**
المحتويات	**ث-ج**
المستخلص	**ح**
المقدمة	**١-٥**
الفصل الأول: تأصيل دور الارادة في تعيين النظام الاجرائي للتحكيم الدولي	**٦-٦٦**
المبحث الأول: ماهية الارادة في تعيين النظام الاجرائي	**٧-٤٢**
المطلب الأول: مفهوم مبدأ الارادة في التحكيم الدولي	٧-٣١
الفرع الأول: التعريف بمبدأ سلطان الارادة في التحكيم الدولي وخصائصه	٨-١٩
الفرع الثاني: مظاهر مبدأ سلطان الارادة في تحديد النظام الاجرائي	١٩-٣١
المطلب الثاني: مفهوم النظام الاجرائي في اطار التحكيم الدولي	٣١-٤٢
الفرع الأول: تعريف النظام الاجرائي وخصائصه	٣١-٣٩
الفرع الثاني: التمييز بين القانون الاجرائي و القانون الموضوعي في التحكيم الدولي	٣٩-٤٢
المبحث الثاني: النطاق القانوني لحرية الارادة باختيار النظام الاجرائي	**٤٣-٦٦**
المطلب الأول: مبررات اقرار دور الارادة في تعيين النظام الاجرائي	٤٣-٥٤
الفرع الأول: المبررات الفلسفية	٤٤-٤٧
الفرع الثاني: المبررات العملية	٤٧-٥٤
المطلب الثاني: الاساس القانوني لدور الإرادة في تعيين النظام الإجرائي	٥٥-٦٦
الفرع الأول: الأساس القانوني لدور الإرادة في تعيين النظام الاجرائي في التشريعات الوطنية	٥٥-٥٩

الفرع الثاني: الأساس القانوني لدور الارادة في تعيين النظام الاجرائي في الاتفاقيات الدولية والقواعد النموذجية	**٦٦-٥٩**
الفصل الثاني: النظام القانوني للإرادة في تحديد النظام الاجرائي	**١٥٨-٦٧**
المبحث الأول: شروط صحة تحديد النظام الاجرائي و الية التحديد	**١١١-٦٩**
المطلب الأول: شروط صحة الاتفاق على تحديد القانون الواجب التطبيق على اجراءات التحكيم	**٩٢-٦٩**
الفرع الأول: الشروط المتعلقة باتفاق التحكيم	**٨٨-٦٩**
الفرع الثاني: الشروط المتعلقة بالقواعد المختارة	**٩٢-٨٩**
المطلب الثاني: الية تحديد النظام الاجرائي و نطاقه	**١١١-٩٢**
الفرع الأول: الية تحديد النظام الاجرائي	**٩٩-٩٢**
الفرع الثاني: نطاق تحديد قواعد النظام الاجرائي	**١١١-١٠٠**
المبحث الثاني: القيود الارادة في تحديد النظام الاجرائي	**١٦١-١١١**
المطلب الأول: القيود التي ترد على سلطة الارادة في تحديد النظام الاجرائي	**١٤٢-١١١**
الفرع الأول: القيود المستمدة من النظام العام	**١٢٥-١١١**
الفرع الثاني: القيود المستمدة من سلامة اجراءات التقاضي	**١٤٢-١٢٥**
المطلب الثاني: سلطات المحكم في تحديد النظام الإجرائي بين الاتفاق والقانون والآثار المترتبة عليها	**١٦١-١٤٢**
الفرع الأول سلطة المحكم في تحديد القواعد الإجرائية بين الإرادة الاتفاقية والنصوص القانونية	**١٥٥-١٤٣**
الفرع الثاني: الآثار المترتبة على تجاوز المحكم حدود سلطته المستمدة من الاتفاق أو القانون	**١٦١-١٥٥**
الخاتمة	**١٦٥-١٦٢**
المصادر	**١٧٢-١٦٦**

المستخلص

يُعد التحكيم الدولي إحدى أبرز الوسائل البديلة لفض المنازعات ذات الطابع العابر للحدود، لما يتميز به من سرعة ومرونة وفعالية مقارنة بالقضاء الوطني. ويقوم هذا النظام في جوهره على مبدأ سلطان الإرادة، الذي يمنح الأطراف حرية واسعة في تنظيم الخصومة التحكيمية، ابتداءً من إبرام اتفاق التحكيم، مرورًا بتحديد قواعد وإجراءات سير الدعوى، وانتهاءً بتنفيذ الحكم التحكيمي إلا أن هذه الحرية ليست مطلقة، إذ يحدها النظام العام الوطني والدولي ومتطلبات العدالة الإجرائية.

يناقش هذا البحث بالدراسة والتحليل دور الإرادة الاتفاقية في تعيين النظام الإجرائي للتحكيم الدولي، وهو موضوع يكتسب أهمية عملية بالغة نظرًا لتعدد مصادر القواعد الإجرائية، ما بين قوانين وطنية واتفاقيات دولية وقواعد مؤسسات التحكيم. وتكمن إشكالية البحث في كيفية الموازنة بين احترام حرية الأطراف في اختيار النظام الإجرائي من جهة، وضمان عدم تعارض هذا الاختيار مع الضوابط الأمرة للنظام العام من جهة أخرى.

وتخلص الدراسة إلى أن الإرادة تؤدي دورًا محوريًا في تشكيل النظام الإجرائي للتحكيم، إذ تمكن الأطراف من اختيار هيئة التحكيم، وتحديد لغة ومكان الإجراءات، واعتماد قواعد إجرائية معينة أو حتى وضع قواعد خاصة بهم. غير أن هذه الحرية قد تواجه قيودا تتعلق بضمان المساواة بين الأطراف، واحترام حق الدفاع، وعدم الإخلال بالمبادئ الأساسية للعدالة. وقد أظهر البحث أن القانون المصري أكثر وضوحًا في تكريس سلطان الإرادة مقارنة بالقانون العراقي الذي ما زال يعتمد على أحكام متفرقة في قانون المرافعات، رغم أن مشروع قانون التحكيم العراقي لسنة ٢٠٢١ يمثل خطوة إيجابية نحو التوافق مع المعايير الدولية.

وتؤكد النتائج أن تعزيز مبدأ سلطان الإرادة في تعيين النظام الإجرائي لا يقتصر على تيسير سير الخصومة فحسب، بل يساهم أيضًا في تعزيز ثقة المستثمرين والمتعاملين التجاريين في التحكيم كوسيلة بديلة فعالة لحل المنازعات. ويُمثل هذا البحث إضافة علمية عبر سد فجوة في الدراسات السابقة التي لم تُعالج بصورة متعمقة أو مقارنة دور الإرادة في تعيين النظام الإجرائي للتحكيم الدولي بين الأنظمة القانونية العربية والدولية.

مقدمة

أولاً: التعريف بموضوع البحث

يعد التحكيم وسيلة قانونية بديلة لحل المنازعات، تقوم على اتفاق الأطراف على إحالة النزاع إلى شخص أو هيئة محايدة للفصل فيه، بما يحقق قدرًا عاليًا من المرونة والسرعة والفعالية. وقد تطور هذا النظام ليصبح أحد أهم الوسائل التي تلجأ إليها الأطراف، وينقسم التحكيم – بحسب نطاقه – على نوعين رئيسين: التحكيم الداخلي، الذي يكون بين أطراف ينتمون إلى نفس الدولة، ويخضع غالبًا للقانون الوطني؛ والتحكيم الدولي، الذي ينشأ في ظل وجود عنصر أجنبي في العلاقة القانونية، سواء تعلق الأمر بجنسية الأطراف، أو بمكان تنفيذ العقد، وهو ما يُكسب النزاع طابعًا دوليًا يتطلب حلولًا قانونية مرنة ومتكيفة.

ويُعد المحكم الشخص الذي تختاره الأطراف أو تُعهد إليه بموجب اتفاق التحكيم للفصل في النزاع، ويتمتع بسلطات واسعة تستمد في معظمها من اتفاق الأطراف، ويختلف عن القاضي الوطني من حيث عدم خضوعه لنظام إجرائي وطني آمِر، وتتجلى أهمية الإرادة في نظام التحكيم – وبصورة خاصّة في التحكيم الدولي – بوصفها حجر الأساس الذي تقوم عليه العملية التحكيمية، وقد أقرّت معظم التشريعات والاتفاقيات الدولية بحرية الأطراف في تنظيم الإجراءات التحكيمية، ما لم تمس هذه الإجراءات النظام العام، أو تتعارض مع المبادئ الأساسية للعدالة.

ثانياً: أهمية البحث

تتجلى أهمية موضوع البحث في تسليط الضوء على أحد الجوانب الأساسية في نظام التحكيم الدولي، ألا وهو الجانب الإجرائي، والذي يشكّل العمود الفقري للعملية التحكيمية. فنجاح التحكيم أو فشله لا يعتمد فحسب على قواعد الموضوع وإنّما يرتبط ارتباطًا وثيقًا بالإجراءات المتبعة، وما إذا كانت متوافقة مع متطلبات العدالة وضمانات الخصومة.

وتزداد الصعوبة باختيار القانون والنظام الاجرائي في مجال التحكيم، اذ تتباين النظم القانونية وتتعدد مصادر القواعد الإجرائية، بين قوانين وطنية، ولوائح مراكز تحكيم، واتفاقيات دولية. مثلما أن مخالفة القواعد الإجرائية قد تؤدي إلى بطلان حكم التحكيم أو رفض الاعتراف به وتنفيذه، ممّا يجعل من تحديد القانون الواجب التطبيق على هذه الإجراءات مسألة مركزية.

فإن البحث في دور ارادة الأطراف في اختيار النظام الإجرائي، وشروط وصحة هذا الاختيار، وآلية تفعيله، يعد من المسائل الجديرة بالدراسة، ولا سيما في ظل تباين مواقف التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية حيال هذا الموضوع.

ثالثًا : أهداف البحث

يهدف هذا البحث إلى تقديم تحليل معمق لمبدأ سلطان الإرادة بوصفه أحد المرتكزات الأساسية في التحكيم الدولي، مع التركيز على دوره المحوري في تمكين الأطراف من اختيار النظام الإجرائي الذي يُنظم سير الخصومة التحكيمية. ويسعى إلى استكشاف الأسس الفلسفية والعملية التي تقف خلف هذا الامتياز، بما يعكس خصوصية التحكيم كوسيلة بديلة لتسوية المنازعات قائمة على التوافق والمرونة.

ويتجه البحث أيضًا نحو تحديد الشروط والآليات القانونية التي تضبط ممّارسة هذه الحرية، سواء عن طريق الاتفاق الصريح أو الضمني بين الأطراف، أو عبر القواعد المكملة التي تلجأ إليها هيئات التحكيم عند غياب الاتفاق. وإلى جانب ذلك، يسعى البحث إلى إبراز أهم القيود التي قد تعترض ممّارسة الإرادة الاتفاقية، ولا سيما تلك المستمدة من النظام العام الوطني أو الدولي، أو من متطلبات سلامة الإجراءات، مثل احترام مبدأ المساواة وحق الدفاع، بما يضمن اتساق العملية التحكيمية مع المبادئ الأساسية للعدالة الإجرائية.

رابعًا : مشكّلة البحث

تتمثل إشكالية هذا البحث في التوتر القائم بين حرية الأطراف في تعيين النظام الإجرائي للتحكيم الدولي، وبين القيود التي يفرضها النظام العام، سواء الوطني أو الدولي، ممّا يثير تساؤلًا حول حدود سلطان الإرادة في هذا الإطار. فالتحكيم، رغم كونه قضاءً خاصًا يقوم على مبدأ التوافق بين الأطراف، لا يمكن أن يُمارس بمعزل عن الحد الأدنى من الضمانات الإجرائية التي تقتضيها مبادئ العدالة وحسن سير العدالة. ومن هنا، تبحث هذه الدراسة في كيفية تحقيق التوازن بين الإرادة الاتفاقية من جهة، ومتطلبات النظام العام والإجراءات الأساسية التي تكفل سلامة الخصومة التحكيمية من جهة أخرى، وفي ظّل تعدد القوانين المحتملة التطبيق وتنوع مصادر القواعد الإجرائية.

ويُطرح في هذا السياق عدد من الاشكاليات، من بينها: ما هي الحدود التي يمكن أن تمارس فيها الإرادة دورها في تعيين النظام الإجرائي؟ إلى أي مدى يمكن اعتبار الإرادة أداة فعالة في ضبط الجوانب الإجرائية للتحكيم؟ وما هي القيمة القانونية لاختيار الأطراف، وما الأثر المترتب على تجاهله من قبل هيئة التحكيم؟

ويشهد التحكيم الدولي تطورًا ملحوظًا في ظل تزايد الاعتماد عليه كوسيلة بديلة لفض المنازعات ذات الطابع الدولي، ويُعد مبدأ سلطان الإرادة أحد أبرز ركائزه، ولاسيما فيما يتعلق بتعيين النظام الإجرائي الذي يحكم إجراءات التحكيم.

غير أن هذه الحرية لا تكون مطلقة دائمًا، إذ قد تواجه قيودًا قانونية أو تنظيمية تختلف من نظام قانوني لآخر.

خامساً: **الدراسات السابقة**

حظي موضوع الإرادة في التحكيم الدولي باهتمام واسع من قبل الفقهاء والباحثين، لما يمثله من ركيزة أساسية في بناء الخصومة التحكيمية وتنظيمها، ولا سيما في ما يتعلق بحرية الأطراف في تعيين النظام الإجرائي. وقد تناولت العديد من الدراسات هذا الموضوع من زوايا مختلفة، بعضها ركّز على الطبيعة العقدية لمبدأ سلطان الإرادة، والبعض الآخر تناول النظام الإجرائي في التحكيم من منظور قانوني مقارن. غير أن غالبية هذه الدراسات لم تُخصّص بحثًا مستقلًا لدراسة دور الإرادة في تعيين النظام الإجرائي للتحكيم الدولي بصورة مقارنة بين القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية، وهو ما تسعى هذه الدراسة إلى معالجته. ومن أبرز ما اطلعت عليه الباحثة من دراسات سابقة ما يأتي:

١- دراسة د. عبد الرؤوف دبابش وأ.حملاوي دغيش بعنوان "مبدأ سلطان الإرادة في العقود بين الشريعة والقانون"، المنشورة عام ٢٠١٦ بجامعة محمد خيضر – بسكرة في الجزائر، وقد بيّنت أن مبدأ سلطان الإرادة يُعد من أهم المبادئ القانونية، و**انه** يرتكز على فكرتي الحرية والمساواة بين المتعاقدين، غير **انه** ليس مبدأ مطلقًا، إذ يخضع لقيود قانونية وضوابط شرعية، ما يُلقي بظلاله كذلك على مدى حرية الأطراف في اختيار الإجراءات في التحكيم.

٢- رسالة الباحثة علوش صابرة بعنوان "النظام القانوني للخصومة التحكيمية – دراسة مقارنة"، المقدمة في جامعة سعيدة – الجزائر، عام ٢٠٢١، وقد عالجت الدراسة مفهوم

الخصومة التحكيمية من منظور قانوني مقارن، وركزت على مدى تأثير إرادة الأطراف في تشكيل هذه الخصومة وتحديد إجراءاتها، مؤكدة أن التشريعات تختلف في مدى السماح للأطراف بتحديد النظام الإجرائي، ممّا يفتح المجال لتأصيل أهمية الإرادة في هذا السياق.

٣- دراسة بعنوان "دور الإرادة في العلاقات الدولية الخاصّة" للباحثة رونزا عبد الرضا رساله ماجستير جامعة ميسان في العراق، وهي دراسة حديثة نسبيًا (٢٠٢٠ أو ما بعده)، سلّطت الضوء على دور الإرادة في تعيين القانون الواجب التطبيق في النزاعات الدولية الخاصّة، مع إشارة إلى أثر ذلك في المجال الإجرائي للتحكيم، اذ بيّنت أن الإرادة ليست مجرد اختيار شكّلي، بل أداة جوهرية لتنظيم سير الخصومة من بدايتها حتى إصدار الحكم التحكيمي.

٤- رسالة الماجستير للباحثة خديجة حياة بعنوان "تنفيذ حكم التحكيم التجاري الدولي الأجنبي في الجزائر"، المقدمة إلى جامعة محمد البشير الإبراهيمي عام ٢٠٢٢، اذ ركّزت الباحثة على حدود التزام القضاء الوطني بتنفيذ الأحكام التحكيمية الأجنبية، وأبرزت أهمية احترام إرادة الأطراف في مسار الخصومة وتنظيمها الإجرائي، بوصفه مظهرًا من مظاهر الاعتراف الدولي بالتحكيم الاتفاقي.

وإجمالاً، فإنّ هذه الدراسات تُشكّل إطارًا تمهيديًا لفهم الخلفية النظرية لموضوع الإرادة في التحكيم، إلا انها لا تتناول بصورة مباشرة أو مقارنة متعمقة الدور القانوني للإرادة في تعيين النظام الإجرائي للتحكيم الدولي مثلما هو الحال في هذه الرسالة، التي تسعى إلى سد هذا الفراغ عن طريق منهج تحليلي مقارن بين القانون المصري والقانون العراقي والاتفاقيات الدولية ذات الصلة، مع الإشارة إلى مشروع قانون التحكيم العراقي لسنة ٢٠٢١.

سادساً: منهج البحث

تعتمد هذه الدراسة على توظيف منهجين قانونيين يكمل أحدهما الآخر، بهدف الإحاطة الشاملة بمسألة دور الإرادة في تعيين النظام الإجرائي للتحكيم الدولي، وهما:

١- المنهج التحليلي: يُستخدم هذا المنهج لتحليل النصوص القانونية ذات الصلة، سواء كانت وطنية أو دولية، وذلك بغرض الوقوف على الأحكام التي تنظم حرية الأطراف في اختيار

القواعد الإجرائية التي تُطبق على خصومة التحكيم. ويشمل ذلك دراسة مواد قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، وقانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩، ومشروع قانون التحكيم العراقي لسنة ٢٠٢١، فضلًا عن تحليل نصوص الاتفاقيات الدولية ذات الصلة، وعلى وجه الخصوص اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، وقواعد الأونسيترال للتحكيم. مثلما يُستخدم هذا المنهج في استجلاء المفاهيم النظرية لمبدأ سلطان الإرادة، وبيان تطبيقاته العملية في السياق الإجرائي للتحكيم.

٢- المنهج المقارن: يُوظف هذا المنهج بغرض إجراء مقارنة منهجية بين مواقف كّل من التشريعين العراقي والمصري، مع التركيز على أوجه الاتفاق والاختلاف في مدى الاعتراف بمبدأ الإرادة كوسيلة لتحديد النظام الإجرائي للتحكيم. وتشمل المقارنة أيضًا مدى تأثير الاتفاقيات الدولية، وتحديدًا اتفاقية نيويورك وقواعد الأونسيترال، على تشكيل هذا الإطار القانوني في كّل من النظامين. ويهدف المنهج المقارن إلى إبراز نقاط القوة والقصور في التنظيمات الوطنية، واستجلاء مدى توافقها مع الاتجاهات الدولية المعاصرة.

وسوف نتناول هذه الدراسة في تقسيم ثنائي يتكون من فصلين نتناول في:

الفصل الأول تأصيل دور الارادة في تعيين النظام الاجرائي للتحكيم الدولي.

وفي الفصل الثاني النظام القانوني للإرادة في تحديد النظام الاجرائي.