Journal of Al-Farabi for Humanity Sciences Volume (4), Issue (2) August (2024)

ISSN: 2957-3874 (Print)
Journal of Al-Farabi for Humanity Sciences (JFHS)
https://www.iasj.net/iasj/journal/419/issues
مجلة الفارابي للعلوم الإنسانية تصدرها كلية الفارابي الجامعة

التحكيم التجاري الدولي الأعرج

م.د. حسين نعمه نغيمش الزيادي
كلية القانون / جامعة القادسية

Crippled international arbitration commercial

Hussein.nghaemsh@qu.edu.iq

ملخص البحث

ان مفهوم التحكيم التجاري الدولي الأعرج يقوم على فكرة مؤداها السماح للمحكمين الباقيين السير بالعملية التحكيمية وإصدار الحكم بالأغلبية فقط وفقا لضوابط معينة تحددها القوانين التي تهدف إلى حماية التحكيم كوسيلة لحل المنازعات ، بالرغم من اعتزال او تنحي المحكم الثالث عن الاشتراك بالمداولة بعد وصولها للمراحل الأخيرة ، وذلك تجنبا لإعادة الاجراءات من جديد ومنعا لإضاعة الجهد والوقت والتكلفة وتكريسا لفعالية التحكيم .

الكلمات المفتاحية التحكيم ، الأعرج، حل النزاعات ، هيئة التحكيم

Abstract

The concept of lame international commercial arbitration is based on the idea that the remaining arbitrators are allowed to proceed with the arbitration process and issue a majority verdict only in accordance with certain rules determined by laws aimed at protecting arbitration as a means of resolving disputes, despite the retirement or recusal of the third arbitrator from participating in the deliberation after it reaches the final stages, in order to avoid re-opening the proceedings again and to prevent wasting effort, time and cost and to devote to the effectiveness of Arbitration .

المقدمة

اولا : جوهر فكرة البحث ان التطور الحاصل في وسائل النقل والاتصالات وتشجيع الاستثمارات أدى إلى انتقال الأشخاص عبر الحدود طبيعيين كانوا ام معنويين ، الامر الذي أدى إلى زيادة العلاقات التجارية الدولية ، إذ لم تعد الوسيلة القضائية محصورة داخل حدود الدولة ، لذا كان لزاما ان يعاصر هذا التطور في العلاقات تطورا مماثلا لوسائل تنظيمها.وكان التحكيم هو الأداة الأنجع في مواضيع التجارة الدولية ، الا ان الواقع العملي كشف عن ظاهرة تهدد نظام التحكيم ، خاصة في نطاق التحكيم غير المؤسسي تتمثل بأن محكم احد الاطراف قد يعد نفسه وكيلا او محاميا عن الطرف الذي اختاره ، وبمجرد احساسه ان الطرف الذي عينه سيخسر الدعوى وبعد حصوله على اتعابه ، يبادر إلى الاستقالة او التنحي والامتناع عن الاشتراك في المداولة ، لكي يمنع او يؤخر اصدار الحكم .لذا ظهرت فكرة التحكيم التجاري الدولي الأعرج للحد من ظاهرة استعنت او التسويف والمماطلة من احد المحكمين ، وإصدار الحكم بالأغلبية فقط ، وذلك باستمرار العملية التحكيمية بالرغم من قطع احد أعضائها وفقا لضوابط معينة تحددها القوانين التي ترمي حماية نظام التحكيم ، تجنبا لإعادة سير الاجراءات من جديد ومنعا لإضاعة الجهد والوقت والتكلفة وتكريسا لفعالية التحكيم .

ثانيا :ـ أهمية البحث

تتمثل أهمية البحث بأن تبني فكرة التحكيم التجاري الدولي الأعرج تهدف إلى إيجاد حلول قانونية تحد من ظاهرة التسويف وعدم الجدية من قبل أحد المحكمين ، تجنبا لتعطيل سير إجراءات الخصومه التحكيمية مما يضر بمصالح الأفراد وتحملهم خسائر لا تحمد عقباها ، وأن عدم إيجاد حلول لهذه الظاهرة قد يفسد نظام التحكيم ذاته.

ثالثا:ـ اشكالية البحث

لم يحظى التحكيم التجاري الدولي الأعرج الاهتمام من فقهاء القانون وشراحه ، ومن اجل الالمام بهذه الفكرة والاحاطة بها بصورة تفصيلية من أجل تكريسها في القوانين الداخلية ولوائح ومراكز التحكيم ، سنطرح التساؤل الرئيس الاتي كيف يساهم التحكيم التجاري الدولي الأعرج في إنقاذ الدعوى التحكيمية ؟والاحاطة بهذا التساؤل الرئيس نثير التساؤلات الفرعية الآتية: –

- ما هو نظام التحكيم التجاري الدولي الأعرج ؟
- –متى نكون امام تحكيم تجاري دولي اعرج ؟
- كيف تعاملت التشريعات ومراكز التحكيم معه؟ وما هو موقف المشرع العراقي منه

رابعا :ـ منهجية البحث

من أجل الالمام بدراسة هذا الموضوع وللإجابة على الاشكاليات المتقدمة سنتبع المنهج التحليلي المقارن ، بمناقشة مصطلح التحكيم التجاري الدولي الأعرج من كل الزوايا تفسيرا واستنباطا ، ومقارنته بما جاء في بغض الانظمة والهيئات ومراكز التحكيم الدولية .

خامسا :ـ اسباب اختيار البحث

ان الأسباب التي شجعتنا لاختيار هذا الموضوع تتمثل بعدم التطرق له من قبل اغلب الفقهاء بشيء من التفصيل ، بالرغم من تأثيره على العلاقة التحكيمية في مجال التجارة الدولية ، واهميته من الناحية الفنية والاقتصادية .

سادسا :ـ هيكلية البحث

من أجل الالمام بالموضوع ، سوف يتم عرضه عبر خطة تتضمن مبحثين ، سيعرض في الأول مفهوم التحكيم التجاري الدولي الأعرج، ونقسمه على ثلاثة مطالب ، ونتطرق في الثاني إلى موقف القانون العراقي من التحكيم التجاري الدولي الأعرج ونتناوله على مطلبين .

المبحث الأول مفهوم التحكيم التجاري الدولي الأعرج

افرز الواقع العملي في مجال التحكيم التجاري الدولي ، فكرة حديثة النشأة أثرت على نظام التحكيم ، الا ان مضمون تلك الفكرة بحاجة إلى التعريف (المطلب الاول) كما ان نطاقها يتطلب التحديد (المطلب الثاني) ، ويتعين ايضا بيان الأساس القانوني لها (المطلب الثالث).

المطلب الأول تعريف التحكيم التجاري الدولي الأعرج

من المعلوم ان هيئة التحكيم قد تتكون من محكم واحد او اكثر ، ويستوجب ان يكون عدد أعضائها وترا ، اذا شكلت من اكثر من محكم واحد [١] ، الامر الذي يتطلب ان تجري المداولة في الحكم الذي سيصدر من جميع أعضاء الهيئة بالمشاركة الفعلية للمحكمين الذين سمعوا المرافعة [٢] ، ويطرح كل منهم رايه حتى لو لم يعتد حكم التحكيم بقرار المحكم المخالف ، اذ ان حكم التحكيم يصدر بأغلبية أعضاء الهيئة مع ذكر الرأي المخالف في صلب القرار التحكيمي او في مذكرة يوقعها المحكم المخالف ويرفقها بالحكم .ففي الوقت الحاضر لم يعد نادرا ان يماطل احد أعضاء الهيئة ولا يشترك في المداولة او لم يحضر فيها ، ويصل به الامر إلى التنحي في المراحل الأخيرة للخصومة التحكيمية ، وتحديدا بعد قفل باب المرافعة فيها ، ففي هذه الحالة وعلى الرغم من تشكيل هيئة التحكيم من ثلاثة محكمين ، الا ان احد اعضائها بأفعاله سواء بالامتناع عن المداولة او عدم حضورها او تنحيه او امتناعه عن التوقيع ، قد قطع من جسم الهيئة واضحت مشكلة من محكمين اثنين فقط ، لذا من كل ما تقدم يمكن ان نعرف التحكيم التجاري الدولي الأعرج بأنه التحكيم الذي تكون هيئته غير مكتملة او مقطوع منها عضو ، لكنه حل عملي مباشر لإنقاذ الدعوى التحكيمية ، اساسه منح المشروعية لعمل هيئة التحكيم التي شاب تشكيلها قطع ما ، أثناء تأهبها لإصدار الحكم التحكيمي .وفكرة التحكيم الأعرج تقوم على بعض المظاهر المتعمدة من قبل احد المحكمين، بسعيه إلى اطالة أمد التحكيم بالتسويف والمماطلة وعدم الجدية ، التي ينحرف بها المحكم عن الحيادية والاستقلال ، اذ من المفروض ان المحكم المسمى من قبل الخصوم يعد في منزلة القاضي بمجرد قبوله مهمة التحكيم المسندة اليه ، وهو بذلك ليس محاميا او وكيلا للخصم الذي اختاره بل هو قاض مختار ، يتطلب توافر شروط الحيدة والاستقلال عن جميع أطراف النزاع بما فيهم الخصم الذي اختاره [٣] وقد تبنى الفكر الغربي هذه الفكرة ، بالسماح للمحكمين الباقيين وفقا لضوابط معينة ان يردوا على المحكم المماطل قصده السيء بحيث تستكمل الاجراءات ويصدر الحكم بالأغلبية فقط ، تجنبا لاعادة الاجراءات من جديد ، ومنعا من اضاعة الجهد والوقت والتكلفة، وتكريسا لفعالية التحكيم [٤].ومن جانبنا نؤيد إقرار صحة التحكيم التجاري الدولي الأعرج لان هذا الحل سيجعل المحكم يفكر مرارا قبل أن يضع نفسه في حرج ، ويفكر في سمعته كمحكم التي ستهتز بمثل تلك التصرفات، وبالتالي امكانية عدوله عنها ستسهم بشكل واضح في عدم توقف الخصومة التحكيمية ، مما يكرس نجاعة التحكيم الأعرج، حتى من الجانب الوقائي ، إضافة إلى اعتباره وسيلة حمائية لإنقاذ الدعوى التحكيمية،

لكن وفقا لضوابط سنتطرق اليها في متن البحث وتجدر الإشارة إلى أن هنالك بعض الهيئات واللوائح قد اقرت هذه الفكرة ، مثل مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي [٥] ومركز دبي للتحكيم التجاري الدولي [٦] ومحكمة لندن للتحكيم [٧] وهيئة التحكيم الأمريكية [٨] وكذلك المنظمة الدولية للملكية الفكرية [٩] ومحكمة لاهاي للتحكيم [١٠] .

المطلب الثاني نطاق التحكيم التجاري الدولي الأعرج

لتحديد نطاق التحكيم التجاري الدولي الأعرج لابد من بيان الحالات التي يكون فيها التحكيم اعرجا ، ليتسنى لنا معرفة الحالات التي يكون فيها التحكيم اعرجا ، وكالاتي:-

اولا :- الحالات التي لا يكون فيها التحكيم اعرجا لا تكون هيئة التحكيم عرجاء إذا كانت مشكلة من محكم واحد او مكونة من ثلاثة محكمين ومكتملة العدد واكتملت فيها المداولة ولم يبتر منها عضوا سواء صدر الحكم بالأغلبية او من المحكم المرجح بمفرده .

١.هيبة التحكيم المشكلة من محكم واحد يمكن ان تشكل هيئة التحكيم من محكم واحد ، وهذا ما سارت عليه التشريعات الوطنية وقواعد غرف ومراكز التحكيم [١١] ، وفي هذا الإطار لا يمكن أن تكون هيئة التحكيم عرجاء ، إذ ان هذه الأخيرة هي هيئة غير مكتملة العدد بسبب قطع عضو منها ، اما الهيئة المكونة من عضو واحد تكون دائما مكتملة العدد ولا يتصور وجود عضو اخر يبتر منها ، بالإضافة إلى أن المحكم الفرد لا يتداول مع نفسه ، وبالتالي فإن الهيئة في هذه الحالة دائما مكتملة وليست عرجاء من حيث العدد والمداولة [١٢] .

٢.هيئة التحكيم المشكلة من ثلاثة أعضاء وإصدار الحكم بالأغلبية .تسمح كافة التشريعات الوطنية ومراكز التحكيم ، اصدار الحكم بالأغلبية [١٣] ، بعد مداولة قانونية وسليمة وفعلية حتى لو اعترض احد المحكمين على الحكم الصادر ، بحسبان ان الاعتراض بعد المداولة لا يجعل من هيئة التحكيم عرجاء وغير مكتملة . والتساؤل الذي يثار في هذا الصدد ، ما الحل لو تشكلت هيئة التحكيم من ثلاثة محكمين وتمت المداولة بينهم وتشعبت آراؤهم ولم يتمكنوا من تحقيق الاغلبية لإصدار الحكم ، وهل يعتبر التحكيم اعرجاً في هذه الحالة ؟اجازت بعض التشريعات الوطنية صدور الحكم استنادا الى رأي الحكم المرجح وحده ، فعلى سبيل المثال تنص المادة (٧٤) من قانون التحكيم التونسي رقم ٤٢ لسنة ١٩٩٣ النافذ على ان ((اذا لم تتكون الاغلبية لصدور الحكم فإن رئيس هيئة التحكيم يصدر الحكم وفقا لرايه ويكتفي في هذه الصورة بإمضائه على الحكم[١٤] لذا فان التحكيم لا يكون اعرجا لحضور جميع أعضاء الهيئة وتداولهم بالشكل السليم ومن ثم تكون هيئة التحكيم مكتملة العدد والمداولة.

ثانيا :- الحالات التي يكون فيها التحكيم اعرجا اذا انتهت مهمة احد المحكمين سواء بالرد او التنحي او العزل او بموته وغير ذلك من الأسباب ، فإن الأصل تعيين محكم بديل عنه وفقا للإجراءات التي تم اتخاذها في اختيار المحكم الذي انتـهت مدته[١٥] ، الا ان بعض مراكز التحكيم [١٦] ، سمحت بأن يكون التحكيم اعرجا في بعض الحالات منها:-

١.اذا بقت هيئة التحكيم مكتملة حتى قفل باب المرافعة واستمعت الهيئة مجتمعة لمرافعة الخصوم ، الا ان احد المحكمين رفض المشاركة في المداولة ، أو لم يحضر اي جلسة من جلساتها.والسؤال الذي يثار في هذا الصدد :- هل ان مجرد رفض المحكم المشاركة في المداولة يجعل منها هيئة تحكيم عرجاء ؟اذا استقرئنا قواعد مركز دبي للتحكيم ، نجد ان المادة (١/١٥) منه تقضي بان مجرد الرفض يجعل من الهيئة عرجاء ايا كان سبب الرفض [١٧] ، وبراينا ان الاصح هو ان يكون الرفض بعمد او سوء نية لتجنب المخاطر التي تظهر من كون هيئة التحكيم عرجاء .

٢. ان لا يشترك المحكم المقصر في المداولة بشكل متكرر، اي ان هذا الأخير قد اشترك في بعض المداولات بشكل غير فعال أدى إلى عدم المامه بمراحل الدعوى ومعرفة الطلبات والدفوع المعروضة فيها [١٨]والجدير بالذكر ان المحكمين الأخرين يستكملان إجراءات التحكيم في المرحلة التي وصلت إليها هذه الاجراءات قبل اتخاذ قرار الاستمرار فليس لهم إهدار ما تم من إجراءات قبل اتخاذ القرار المذكور، لان فلسفة الاعتراف بالتحكيم الأعرج هو تجنب إعادة الاجراءات من جديد منعا للإطالة واضاعة الجهد والوقت والتكلفة [١٩].وثمة تساؤل يدور في الاذهان ، يتعلق بالجهة المسؤولة عن إتخاذ القرار باستمرار التحكيم من دون المحكم المقصر ؟يذهب البعض إلى إعطاء السلطة بذلك للمحكمين الآخرين [٢٠] ، ونعتقد ان المركز هو الاقدر على ذلك ، وتمتعه باستقلالية تامة ولاسيما ان محكم احد طرفي النزاع يشترك مع المحكم المرجح في اتخاذ قرار باستمرار التحكيم من دون المحكم المقصر ، مما يلقي بظلاله على حيادية واستقرار القرار المذكور، وحسنا فعل مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم بإعطاء الامر باستمرار التحكيم للمركز بعد موافقة اللجنة الاستشارية التابعة له [٢١]ولكن مالحكم اذا لم يتفق المحكمان الباقيان في هيئة التحكيم الأعرج ؟ فهل يصدر الحكم وفقا لراي رئيس اللجنة وحده ، ام تنتهي الاجراءات لاستحالة التوصل إلى اتفاق بين هذين المحكمين ؟ من خلال استقراء قواعد ومراكز التحكيم الدولية لم نجد نص يعالج هذه الحالة ، وبالرجوع إلى الاعراف القانونية بهذا الشأن وبالقياس على المادة (٧٤) من

قانون التحكيم التونسي سالف الذكر ، والذي ترجح الكفة التي فيها الرئيس ، نستطيع القول ان الحكم يصدر استنادا الى راي رئيس اللجنة ، كما ان فلسفة التحكيم التجاري الدولي الأعرج تستوجب ذلك من حيث سرعة الفصل بالنزاع.

المطلب الثالث الأساس القانوني للتحكيم التجاري الدولي الأعرج

ذكرنا سابقا ان التحكيم يكون اعرجا اذا رفض او امتنع محكم الطرف الذي عينه السير في إجراءات التحكيم او المشاركة في المداولة بتدخل من الطرف الذي عينه وعليه فلا مجال للحديث عن هيئة تحكيم عرجاء إذ كان الامتناع راجعا لفعل المحكم وحده ، اذ في هذه الحالة يصار الل استبدال هذا المحكم بآخر يحل محله ، الا اذا كانت مراكز التحكيم تقر بذلك ، لذا فاننا سنبحث الأساس القانوني للتحكيم الأعرج بالفرض الذي يحصل فيه تواطيء بين المحكم والطرف الذي عينه بوصفه جزاءا اجراءيا يتمثل في حرمانه من حقه في استبدال محكمه الذي رفض حضور إجراءات التحكيم والمداولة ، فضلا عن الجزاء المدني المتمثل بالتعويض ، وكالاتي

اولا :- فكرة التعسف باستعمال الحق يندرج هذا الأساس تحت طائلة المادة (٧) من القانون المدني العراقي النافذ ، إذ تنص الفقرة الاولى منها على ان ((من استعمل حقه حقه استعمالا غير غير جائز وجب عليه الضمان))[٢٢] ، فإذا كان من حق المحكم ولظروف استثنائية ان لا يحضر بعض جلسات التحكيم والمداولة الا انه لا يجوز له ان يتعسف باستعمال هذا الحق بأن يتغيب بشكل متكرر او يحضر ولكن بشكل غير فعال .

فاذا تعسف المحكم رغم إتاحة الفرصة له ، فإن رفضه او امتناعه عن متابعة مهمة التحكيم دون سبب جدي لا يؤثر على سير الخصومة التحكيمية استنادا الى فكرة التعسف باستعمال الحق .

ثانيا :- الغش يفسد كل شيءان هذه القاعدة تقوم على اعتبارات أخلاقية واجتماعية لمنع الغش والاحتيال وعدم الانحراف عن حسن النية في التعاملات حفاظا على مصالح الأفراد، فتسويف المحكم يعد غشا ، فمادام انه وافق على مهمة التحكيم كتابة ، يستوجب ان يؤديها بما يمليه حسن النية في تنفيذ الالتزامات ، حتى لا يعتبر مخلا بتنفيذ التزاماته مما يعرضه للمسؤولية المدنية بالتعويض عن الأضرار التي الحقها تجاه الطرف الآخر[٢٣].

ثالثا :- المخطئ لا يستفيد من خطئه من المتعارف عليه انه ليس للمخطئ، ان يلقى بتبعة خطئه غشا كان ذلك او تقصيرا على سواه او يستفيد من خطئه في مواجهة غيره ، استنادا الى القاعدة الفقهية المعروفة ((من سعى في نقض ما تم على يديه فسعيه مردود عليه)) ، فالقاعدة أعلاه عامة ، ويشترط لتطبيقها صدور قول او فعل من طرف ما يتعارض وسلوك سابق لذات الطرف ، ويكون من شان ذلك التعارض إلحاق ضرر بالطرف الاخر الذي يتعامل معه [٢٤] ، فما نراه في مجال التحكيم الأعرج مصداقا لهذه القاعدة ، لذا يستوجب إعطاء الحق للمحكمين الآخرين استكمال إجراءات التحكيم من دون المحكم المقصر حتى يرد عليه قصده السيء ولا يستفيد من خطئه.وبدورنا نؤيد الأسس المتقدمة والتي تدور حول محور واحد ، بأن ما قام به المحكم المقصر من تواطئ يعد غشا فيجب رد قصده السيء والاستمرار بإجراءات التحكيم ، الا اننا نضيف على ذلك ، ما جاءت به المادة (١٥٠) من القانون المدني العراقي النافذ بفقرتيها الاولى والثانية ، بأنه يجب ان ينفذ العقد بحسن نية وفقا لما اشتمل عليه ، ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقدين بما ورد فيه ، وانما يشتمل ايضا ما هو من مستلزماته استنادا الى القانون والعرف والعدالة حسب طبيعة الالتزام . إذ نعتقد ان التعاون بين المحكمين في تكملة الاجراءات وعدم عرقلة العملية التحكيمية تعد من مستلزمات اتفاق التحكيم .

المبحث الثاني موقف القانون العراقي من التحكيم التجاري الدولي الأعرج

من نافلة القول ان المشرع العراقي لم ينظم التحكيم التجاري بقانون مستقل ، وانما ضمن قانون المرافعات النافذ بمواد تقضي بذلك [٢٥] ، كما أنه أجاز اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي بقانون الاستثمار العراقي رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦ المعدل [٢٦] ، كما أشار إلى إمكانية العمل بالتحكيم التجاري الدولي وفقا لتعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم ٢ لسنة ٢٠١٤ بشروط محدده وضحتها المادة (٨/ثانيا/٢)[٢٧] ، كذلك الحال ما اقرته المادة (٢) من قانون تنظيم الوكالة التجارية رقم ٧٩ لسنة ٢٠١٧ النافذ [٢٨] ، وما سارت عليه المادة (١٧) من قانون المدن الصناعية رقم ٢ لسنة ٢٠١٩ النافذ[٢٩] ، وللإحاطة بموقف القانون العراقي من التحكيم التجاري الدولي الأعرج سنقسم هذا المبحث على مطلبين ، سنتناول في الأول موقف قانون المرافعات العراقي النافذ من التحكيم التجاري الدولي الأعرج، ونتطرق في الثاني إلى موقف بقية القوانين العراقية التي اجازت اللجوء إلى التحكيم من هذه الفكرة وكالاتي:-

المطلب الأول موقف قانون المرافعات العراقي النافذ من التحكيم التجاري الدولي الأعرج

باستقراء نصوص هذا القانون المتعلقة بالتحكيم ، نجد ان المادة (١/٢٥٦) منه تنص على ان ((اذا وقع نزاع ولم يكن الخصوم قد اتفقوا على المحكمين او امتنع واحد او اكثر من المحكمين المتفق عليهم عن العمل او اعتزله او عزل عنه او قام مانع من مباشرته ولم يكن اتفاق في هذا الشأن بين الخصوم فلاي منهم مراجعة المحكمة المختصة بنظر النزاع لتعيين المحكم او المحكمين بعد تبليغ باقي الخصوم او سماع اقوالهم))والمتأمل جليا في النص أعلاه ، يجد انه لم يتضمن اي إشارة صريحة إلى فكرة التحكيم الأعرج، وكل ما تناوله النص ، حالة امتناع المحكم عن العمل او عزله او اعتزاله ، فيجوز للمحكمة إنهاء مهمته بناءا على طلب اي من الخصوم .إذ يتضح اننا سنكون امام هيئة تحكيم غير مكتملة (عرجاء) وان قانون المرافعات العراقي لم يمنح محكمة التحكيم الحق في استكمال الاجراءات بالمحكمين الباقيين فقط دون المحكم الثالث الذي انتهت مهمته ، وانما اوجبت استكمال تشكيل هيئة التحكيم بحلول محكم بديل للمحكم الذي انتهت مهمته ، والا كان الحكم باطلا [٢٨]ومن خلال قراءة ما بين السطور لبعض النصوص التحكيمية الواردة في قانون المرافعات النافذ ، نجد ان المادة (١/٢٥٦) تقرر مبدأ عاما يقضي باتباع المحكمين الأوضاع والإجراءات المقررة في قانون المرافعات الا اذا نص الاتفاق على التحكيم او اي اتفاق لاحق عليه إعفاء المحكمين منه صراحة . كما ان المادة (٢٧٣) من القانون سالف الذكر تجيز للمحكمة من تلقاء نفسها ان تبطل قرار التحكيم في عدة حالات منها مخالفة قرار التحكيم لقاعدة من قواعد النظام العام والآداب العامة .والتساؤل الذي يثار في هذا الصدد ، هل ان استمرار هيئة التحكيم بالرغم من قطع عضو منها وجعلها عرجاء يعد مخالفة لقاعدة من قواعد النظام العام والآداب العامة ، ام ان ذلك تكريس لعجز المادة (١/٢٥٦) سالفة الذكر والتي تجيز لهيئة التحكيم باتفاق ، إعفاء المحكمين من الاجراءات المتبعة في قانون المرافعات ؟اذا قلنا ان التحكيم بصورة عامة مقرر لمصلحة اطراف الدعوى فهنا يمكن القول بان الاجراءات الواجب اتباعها من قبل هيئة التحكيم لا تتعلق بالنظام العام ، وبالتالي يجوز لهيئة التحكيم الاستمرار بالقرار التحكيمي بالرغم من تعمد احد المحكمين من الاستمرار بالتحكيم .أما إذا اعتبرنا عزل محكم وتعيين عضو مكانه تعد قاعدة من قواعد النظام العام ، فالأمر هنا بالاستمرار بالهيئة التحكيمية العرجاء لا تطبق بوصفها قواعد اتفاقية ولا يجوز ان تخالف القواعد الآمرة ونحن نميل للرأي الاخير في ظل النصوص الصريحة لمواد التحكيم المقررة في قانون المرافعات النافذ وايتنا في ذلك انه في ظل المبادئ العامة للنظام القضائي والتقيد بنصوص قانون المرافعات وما يلزمه من احترام حقوق الدفاع ومعاملة الخصوم على قدم المساواة ، والابتعاد عن اتخاذ إجراء في غفلة من الخصوم او من بعضهم ، والا ترتب على هذا الاجراء البطلان ، لتعلق هذه النصوص ولاسيما الامرة منها بالنظام العام في العراق . أضف إلى ذلك ان التشريعات العربية المقارنة في مجال التحكيم لم تشر إلى فكرة التحكيم التجاري الدولي الأعرج في نصوصها ، لذا فإننا نعتقد ان المشرع العراقي لم يشذ عن هذه القوانين ، وبالتالي يجب تعيين بديل عن المحكم المتلكئ او المعزول وفقا للإجراءات التي اتبعت في اختيار المحكم الذي انتهت مدته .

المطلب الثاني موقف القوانين العراقية الاخرى من فكرة التحكيم التجاري الدولي الأعرج

سبق وأن اشرنا إلى هنالك قوانين عراقية ضمنت نصوصها مواد تتعلق بالتحكيم ، فالنظر إلى نص المادة (٢٧/اولا) من قانون الاستثمار العراقي لسنة ٢٠٠٦ المعدل ، نجد انها بعد اخضعت المنازعات الناشئة عن تطبيق قانون الاستثمار إلى القانون والمحاكم العراقية ، عادت ورجحت الاتفاق مع المستثمر باللجوء إلى التحكيم الوطني او الدولي وفق شرط او مشارطة تتحدد بموجبه إجراءات التحكيم والقانون الواجب التطبيق .

والمتأمل في هذا النص يرى انه بالإمكان العمل في فكرة التحكيم التجاري الدولي الأعرج وفقا لهذا القانون ، اذا اتفق مع المستثمر اللجوء إلى هيئة تحكيم دولية تعمل بهذه الفكرة ، كما هو عليه الحال في اللجوء إلى مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي ، ومركز دبي للتحكيم التجاري الدولي ، ومحكمة لندن للتحكيم ، وهيئة التحكيم الأمريكية. والحال نفسه ينطبق في قانون المدن الصناعية العراقي رقم ٢ لسنة ٢٠١٩ النافذ ، إذ اجازت المادة السابعة عشر منه الاتفاق مع المطور[٢٩] ، باللجوء إلى التحكيم التجاري وطنيا كان ام اجنبيا يحدد بموجبه إجراءات التحكيم وجهته والقانون الواجب التطبيق [٣٠] لذا فان فكرة التحكيم التجاري الدولي الأعرج قد تجد لها صدى في هذا القانون ، اذا تم اللجوء إلى هيئة او مركز تحكيم يقر بهذه الفكرة اما قانون تنظيم الوكالة التجارية رقم ٧٩ لسنة ٢٠١٧ النافذ، فإن المادة (٢٠) منه قد سمحت بفسخ عقد الوكالة بالتراضي بين الموكل والذي هو شخص طبيعي او معنوي اجنبي مع الوكيل العراقي الجنسية ، أو بموجب اتفاق بين الطرفين يحدد بموجبه إجراءات التحكيم وجهته والقانون الواجب التطبيق [٣١].والملاحظ على النص المتقدم انه جاء بصيغة عامه من دون تحديد نوع التحكيم وطني ام اجنبي ، لذا فان المطلق يجري على اطلاقه، اذ يستشف منه بالإمكان اللجوء إلى فكرة التحكيم التجاري الدولي الأعرج اذا اختار الطرفين هيئة تحكيم دولية تقر بذلك .وبخلاف القوانين السابقة ، نجد ان تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم ٢ لسنة ٢٠١٤ النافذة ، بالمادة (٨/ثانيا /٢/١) وبعد أن اجازت اللجوء إلى التحكيم ، الا انها حصرت الاختيار بالقانون العراقي فقط بوصفه القانون الواجب التطبيق ، اي انها حددت شروط خاصة وفي حالات الضرورة والمشاريع الاستراتيجية الكبرى او المهمة وعندما يكون أحد طرفي العقد اجنبيا .لذا فنحن لا نعتقد انه وفقا لهذه التعليمات يمكن الارتكان إلى فكرة

التحكيم الأعرج ، لان اللجوء إلى التحكيم بكون في حالة الضرورة ، والضرورة تقدر بقدرها وأن التحكيم التجاري الدولي الأعرج هو فكرة لم تنل بعد المقبولية في معظم التشريعات الدولية ، وكذلك حصر التعليمات أعلاه الاختيار على القانون العراقي بوصفه القانون الواجب التطبيق .

الخاتمة

بعد الانتهاء من بحثنا الموسوم (التحكيم التجاري الدولي الأعرج) خلصنا إلى مجموعة النتائج طرحنا من خلاله بعض التوصيات وكالاتي:-

اولا :- النتائج

١.ان فكرة التحكيم التجاري الدولي الأعرج تقوم على بعض المظاهر المتعمدة من قبل أحد المحكمين ، يسعى من خلاله إلى إطالة أمد التحكيم بالتسويف والمماطلة ، الامر الذي حذى بالفقه الغربي ابتداع هذه الفكرة ، وكرسته بعض هيئات ومراكز التحكيم ، بالسماح للمحكمين الباقيين وفقا لضوابط معينة ان يردوا على المحكم المماطل قصده السيء وتستكمل الاجراءات ويصدر الحكم بأغلبيه المحكمين الباقين فقط ، تجنبا لإعادة الاجراءات واضاعة الجهد والوقت والتكلفة.

٢.يكون التحكيم اعرجا اذا بقت هيئة التحكيم مكتملة حتى قفل باب المرافعة ، واستمعت الهيئة مجتمعة لمرافعة الخصوم ، الا ان احد المحكمين رفض المشاركة في المداولة او لم يحضر جلساتها ، أو اشترك في المداولة بشكل غير فعال أدى إلى عدم المامه بمراحل الدعوى.

٣.طرح الفقه عدة اسس لبيان فكرة التحكيم التجاري الدولي الأعرج ، فالبعض يرجعه إلى فكرة التعسف باستعمال الحق ، ويرى آخرون ان المخطئ لا يستفيد من خطئه ويذهب البعض ان الغش يفسد كل شيء ، وإذا كان الباحث يؤيد الأسس المتقدمة الا انه يضيف عليها ما جاء بالمادة (١٥٠) من القانون المدني العراقي النافذ بفقرتيها الاولى والثانية ، بأنه يجب ان ينفذ العقد بحسن نية وفقا لما اشتمل عليه ، ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقدين بما ورد فيه وانما يشمل ايضا ما هو من مستلزماته ، استنادا الى القانون والعرف والعدالة ، إذ نعتقد ان التعاون بين المحكمين في تكملة الاجراءات وعدم عرقلة سير العملية التحكيمية تعد من مستلزمات اتفاق التحكيم .

٤.اذا كانت نصوص قانون المرافعات العراقي النافذ لا تسعفنا باللجوء إلى فكرة التحكيم التجاري الدولي الأعرج ، وللأسباب الواردة في متن البحث ، الا ان هذه الفكرة قد تجد لها صدى في القوانين العراقية الاخرى التي عالجت التحكيم اذا تم اللجوء من خلال هذه القوانين إلى مراكز وهيئات تقر بتلك الفكرة .

ثانيا:- لغرض توحيد القواعد الخاصة بالتحكيم ومواكبتها للقواعد الدولية ، وحتى لا ينفصل التحكيم الوطني عن نظيره الدولي ، ولخلو القانون العراقي من قانون تحكيم مستقل بالرغم من طرح مشروع قانون التحكيم امام مجلس النواب منذ عام ٢٠١١ ، فإننا نوصي:-

١.الاسراع في سن قانون التحكيم العراقي وجعله يستوعب جميع الأفكار الحديثة التي طرأت على التحكيم التجاري الدولي وفقا لضوابط تحدد في نصوص هذا القانون، لعدم وجود ما يحول العمل بها في النظام القانوني العراقي ، خاصة أن أبرز مراكز التحكيم الاقليمية والدولية تقر بتلك الفكرة

٢.تضمين مشروع قانون التحكيم المقترح نصوصا" تعالج حالات تقاعس المحكم المتخاذل بقصد التأخير والتسويف والاضرار بالعملية التحكيمية ، فيستوجب رد قصده السيء عليه ، بحيث تجيز هذه النصوص قطع المحكم المتخاذل سيء النية والاستمرار بالعملية التحكيمية.

٣.تشجيع البحوث والدراسات القانونية في كل ما يتعلق بالتحكيم ، وتدريب الكوادر القادرة على المشاركة في مسائل التحكيم .

هوامش البحث

١.انظر المادة (٢٥٧) من قانون المرافعات العراقي النافذ رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ والتي تنص على ان ((يجب عند تعدد المحكمين ان يكون عددهم وترا عدا حالة التحكيم بين الزوجين)) وتجدر الإشارة إلى أن القانون العراقي لم ينظم التحكيم التجاري بقانون مستقل وانما أدرج نصوص خاصة بالتحكيم بالمواد (٢٥١-٢٧٦) من قانون المرافعات سالف الذكر

٢.انظر المادة (١/٢٧٠) مرافعات عراقي

٣.انظر قرار محكمة استئناف القاهرة في القضية رقم (١٢٠/١) تحكيم تجاري في ٢٠٠٣/٤/٢٩

٤.انظر د.حسام رضا السيد ، التحكيم المبتور هيئة واتفاقا ، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق جامعة عين الشمس، العدد ٢ ، الجزء الأول ، السنة الثامنه والخمسون ، ٢٠١٦ ، ص ٤٥

٥.المادة (٢/١٤) من قواعد تحكيم مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي الصادرة في سنة ٢٠١٤

٦.المادة (١٥) من قواعد مركز دبي للتحكيم الدولي لسنة ٢٠٠٧

٧.المادة (١٢) من قواعد محكمة لندن لندن للتحكيم الدولي الصادرة في سنة ٢٠١٤

٨.المادة (١٠) من قواعد هيئة التحكيم الأمريكية لسنة ١٩٩١

٩.المادة (٣٥) من قواعد المنظمة الدولية للملكية الفكرية لسنة ١٩٩٤

١٠.المادة (٣/١٣) من قواعد المحكمة الدائمة للتحكيم بلاهاي لسنة ١٩٩٣

١١.انظر د.خالد احمد عبد الرحمن ، الهيئة التحكيمية المبتورة بين الواقع والمامول، بحث منشور في مجلة البحوث الفقهية والقانونية ، العدد ٣٧ ، نيسان ، ٢٠٢٢ ، ص ٣١٦١

١٢.انظر د.حسام رضا السيد ، المصدر السابق ، ص ٥٠

١٣.تنص المادة (١/٢٧٠) من قانون المرافعات العراقي النافذ على ان ((يصدر المحكمون قرارهم بالاتفاق او باكثرية الاراء بعد المداولة فيما بينهم مجتمعين وطبقا لما هو مبين في هذا القانون .....))

١٤.انظر بنفس المعنى المادة (٣/٣٧) من قانون التحكيم السوري رقم ٤ لسنة ٢٠٠٨

١٥.تنص المادة (١/٢٥١) من قانون المرافعات العراقي النافذ على ان ((اذا وقع النزاع ولم يكن الخصوم قد اتفقوا على المحكمين او امتنع واحد او اكثر من المحكمين المتفق عليهم عن العمل او اعتزله او عزل عنه او قام مانع من مباشرته ولم يكن هناك اتفاق في هذا الشأن بين الخصوم فلاي منهم مراجعة المحكمة المختصة بنظر النزاع بعريضة لتعيين المحكم او المحكمين بعد تبليغ باقي الخصوم وسماع اقوالهم))

١٦.انظر نصوص كل من مركز دبي للتحكيم الدولي ومركز القاهرة الاقليمي ومركز لندن للتحكيم والتي سبق الإشارة إليها

١٧.راجع المادة (١/١٥) من قواعد مركز دبي للتحكيم

١٨.انظر د.حسام رضا السيد ، المصدر السابق ، ص ٥٢

١٩.انظر د.خالد احمد عبد الرحمن ، المصدر السابق ، ص ١١٦٤

٢٠.هذا ماسارت عليه قواعد مركز دبي للتحكيم في المادة (١٥) سالفة الذكر

٢١.انظر المادة (٣/١٤) من مركز القاهرة للتحكيم التجاري الدولي

٢٢.انظر المادة (٢/٧) من القانون المدني العراقي النافذ بفقراتها الثلاثة

٢٣.بخصوص هذه القاعدة انظر بيار اميل ، التحايل على القانون، دراسة مقارنة في القانون الخاص حول قاعدة الغش يفسد كل شيء ط١، المؤسسة الحديثة للكتاب ، لبنان ، ٢٠٠٩

٢٤.انظر نفس المعنى لمحكمة النقض المصرية التي طبقت تلك القاعدة بإحدى قضايا التحكيم بالطعن رقم ١٨٣٠٩ لسنة ٨٩ بتاريخ ٢٠٢٠/١٠/٢٢ .متاح على الرابط الالكتروني www.hpyegyls.com تاريخ الزيارة ٢٠٢٤/٣/١٩ الساعة الحادية عشر صباحا

٢٥.انظر المواد (٢٥١-٢٧٦) في الفصل الرابع من الباب الثاني من قانون المرافعات العراقي النافذ

٢٦.تنص المادة (٢٧/اولا) من قانون الاستثمار العراقي المعدل على ان ((تخضع المنازعات الناشئة عن تطبيق هذا القانون إلى القانون العراقي وولاية القضاء العراقي ويجوز الاتفاق مع المستثمر على اللجوء إلى التحكيم التجاري الوطني او الدولي وفق اتفاق يبرم بين الطرفين يحدد بموجبه إجراءات التحكيم وجهته والقانون الواجب التطبيق))

٢٧.بقولها ((.....لجهة التعاقد اختيار التحكيم الدولي لتسوية المنازعات في حالات الضرورة والمشاريع الاستراتيجية الكبرى او المهمة وعندما يكون أحد طرفي العقد اجنبيا وعلى ان يراعي ماياتي :-

اولا :- ان يتم اختيار إحدى الهيئات التحكيمية الدولية المعتمدة

ثانيا :- تحديد مكان ولغة التحكيم

ثالثا :- اعتماد القانون العراقي كقانون واجب التطبيق

رابعا :- ان تتوافر في العاملين لدى جهة التعاقد المؤهلات المطلوبة لتسوية المنازعات بهذا الأسلوب

٢٨.لم تشر المادة (١/٢٥٦) مرافعات عراقي إلى ذلك صراحة عكس ماتراه في المادة (٢/١٥) من قانون التحكيم المصري لسنة ١٩٩٤ النافذ

٢٩. تنص المادة ١٧ من هذا القانون على ان ((تخضع المنازعات الناشئة عن تطبيق هذا القانون إلى القانون العراقي وولاية القضاء العراقي، ويجوز الاتفاق مع المطور على اللجوء إلى التحكيم التجاري الوطني او الأجنبي وفق اتفاق يبرم بين الطرفين يحدد بموجبه إجراءات التحكيم وجهته والقانون الواجب التطبيق))

٣٠.بموجب المادة (ا/ خامسا) من قانون تنظيم المدن الصناعية العراقي رقم ٢ لسنة ٢٠١٩ النافذ ، ان المطور هو الشخص الذي يعمل على تنظيم او انشاء او تطوير المدينة الصناعية والبنى التحتية والخدمات العامة لها

٣١.تنص المادة ٢٠ من هذا القانون على ان ((لايجوز للموكل إنهاء عقد الوكالة او عدم تجديده مالم يكن هناك سبب يبرر انهاءه او عدم تجديده ويجوز فسخ عقد الوكالة بالتراضي بين الوكيل والموكل او وفق اتفاق يبرم بين الطرفين يحدد بموجبه إجراءات التحكيم وجهته والقانون الواجب التطبيق))

المصادر

اولا :ـ الكتب

١.بيار اميل ، التحايل على القانون ، دراسة في القانون الخاص حول قاعدة الغش يفسد كل شيء ، الطبعة الاولى ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، لبنان، ٢٠٠٩

٢.د.حسام رضا السيد ، التحكيم المبتور هيئة واتفاقا ، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق جامعة عين الشمس ، العدد الثاني ، الجزء الأول ، السنة الثامنه والخمسون ، ٢٠١٦

٣.د.خالد احمد عبد الرحمن ، الهيئة التحكيمية المبتورة بين الواقع والمامول ، بحث منشور في مجلة البحوث الفقهية والقانونية ، العدد السابع والثلاثون ، اصدار نيسان ، ٢٠٢٢

ثانيا :ـ قواعد ومراكز التحكيم الاقليمية والدولية

١.قواعد مركز دبي للتحكيم التجاري الدولي لسنة ٢٠٠٧

٢.قواعد تحكيم مركز القاهرة الاقليمي لسنة ٢٠١٤

٣.قواعد هيئة التحكيم الأمريكية لسنة ١٩٩١

٤.قواعد محكمة لندن للتحكيم الدولي لسنة ٢٠١٤

٥.قواعد المحكمة الدولية للتحكيم بلاهاي لسنة ١٩٩٣

٦.قواعد النظمة الدولية للملكية الفكرية لسنة ١٩٩٤

ثالثا القوانين العراقية

١.القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ النافذ

٢.قانون المرافعات العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل

٣.قانون الاستثمار العراقي رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦ المعدل

٤.قانون تنظيم الوكالة التجارية رقم ٧٩ لسنة ٢٠١٧ النافذ

٥.قانون تنظيم المدن الصناعية رقم ٢ لسنة ٢٠١٩ النافذ

رابعا القوانين العربية

١.قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ النافذ

٢.قانون التحكيم التونسي رقم ٤٢ لسنة ١٩٩٣ النافذ

٤.قانون التحكيم السوري رقم ٤ لسنة ٢٠٠٨ النافذ

خامسا :ـ مواقع على شبكة الإنترنت

١.مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي http://Arabic.aalco.int/ar/CRCICA