شروط وإلتزامات المحكم وتعلقها بالنظام العام

"دراسة مقارنة"

Arbitrators' Terms and Obligations and Their Relationship to Public Policy

"A Comparative Study"

أ.د.سعيد يوسف البستاني

Said Yusuf al-Bustani

dhumelek@gmail.com

009613727802

أ.اعتدال عبدالباقي يوسف

Itidal Abdulbaqi Yousif

said.y.boustani@hotmail.com

07822461278

تاريخ استلام البحث

٢٠٢٥/٦/٢٠

تاريخ قبول البحث

٢٠٢٥/٧/٢٠

Abstract

Given the importance of the role played by the arbitrator in the arbitration process and the importance of the task entrusted to him, various international and national legislations have surrounded the process of selecting the arbitrator with conditions that are not open to discussion in terms of their availability, The arbitrator plays the role of a judge in settling the dispute before him after the judge's real jurisdiction has been stripped away by the parties' agreement to refer this dispute to arbitration as an exceptional judicial means. Because of the importance of this role that he performs and the weight of the responsibility placed on his shoulders to issue a ruling in which he preserves the rights of the opponents and ensures the proper application of the relevant legal rules, it was necessary for him to have characteristics that reflect the seriousness of the task that he performs, The arbitrator must be independent, not be bound by any subordinate relationship with the parties, and be neutral, not favoring one side at the expense of another, in addition to his integrity, which requires him to disclose what affects the course of the arbitration trial. In addition to the conditions that must be met by the arbitrator, he must perform a set of obligations that will ensure the seriousness and integrity of the course of the arbitration procedures and preserve the rights of defense and equality between the opponents, leading to the issuance of a sound and enforceable arbitration award, Accordingly, we will devote this section to explaining the conditions that must be met by the arbitrator, in addition to the obligations imposed on him and which he must fulfill, in two sections. The first section will be devoted to examining the conditions that must be met by the arbitrator, while the second section will be devoted to examining the obligations imposed on the arbitrator.

Keywords: arbitrator, rights of defense, neutrality, independence, confrontation principle.

الملخص

بالنظر لأهمية الدور الذي يلعبه المحكم في العملية التحكيمية ولأهمية المهمة الملقاة على عاتقه ، فقد أحاطت التشريعات الدولية والوطنية المختلفة عملية إختيار المحكم بشروط لا تقبل المناقشة من حيث توافرها ،إذ أن المحكم يلعب دور قاضي في تسويته للمنازعة المعروضة عليه بعد أن يتم سلب إختصاص القاضي الحقيقي بإتفاق الأطراف على إحالة هذا النزاع للتحكيم بصفته وسيلة قضائية إستثنائية ، ولأهمية هذا الدور الذي يقوم به ولثقل المسؤولية الملقاة على عاتقه بإصدار حكم يحافظ فيه على حقوق الخصوم

ويضمن فيه تطبيق سليم للقواعد القانونية المختصة ،فكان لابد من أن تتوافر فيه سمات تعكس خطورة المهمة التي يقوم بها ، فكان لابد من أن يكون المحكم مستقلا لا يرتبط بأي علاقة تبعية بالأطراف وأن يكون محايدا لا يميل الى جانب على حساب جانب آخر فضلا عن نزاهته التي تقتضي إفصاحه عما يؤثر على سير المحاكمة التحكيمية ، والى جانب الشروط التي ينبغي توافرها في المحكم فلابد من أن يقوم بتأدية مجموعة من الإلتزامات والتي من شأنها ضمان جدية ونزاهة سير الإجراءات التحكيمية والمحافظ على حقوق الدفاع والمساوة بين الخصوم وصولا إلى إصدار حكم تحكيمي سليم وقابل للتنفيذ ،وعليه فسوف نخصص هذا المطلب لبيان الشروط الواجب توفرها في المحكم بالاضافة الى الإلتزامات الملقاة على عاتقه والتي ينبغي عليه القيام بها وذلك في مطلبين سيكون المطلب الاول مدارا بحث الشروط الواجب توافرها في المحكم ، أما المطلب الثاني فسوف نخصصه لبحث الإلتزامات المفروضة على المحكم .

الكلمات المفتاحية : المحكم ، حقوق الدفاع، الحياد ، الاستقلال، مبدأ المواجهة .

شروط وإلتزامات المحكم وتعلقها بالنظام العام

المقدمة

أولا/جوهر فكرة الدراسة

بات التحكيم التجاري من أهم الوسائل البديلة لفض المنازعات الناشئة عن تنفيذ العقود التجارية وبالأخص الدولية منها، ولأن إختصاص الفصل في النزاع المعروض أمام المحكم التجاري هو إختصاص بديل ، إذ أن الإختصاص الأصيل للفصل في المنازعة يكون للقاضي التقليدي ، وبالنظر لأهمية عملية التحكيم ولحساسية المسؤولية التي ينهض بها المحكم أو هيئة التحكيم فكان لابد من توافر شروط معينة في المحكم تعكس ضمانة إصداره لحكم يتفق مقتضيات العدالة والمحافظة على حقوق أطراف الخصومة التحكيمية ولكي يصل المحكم الى هذه النتيجة فلابد من أن يقوم المحكم بإداء إلتزامات محددة إن من شأن عدم تحقق هذه الشروط أو عدم تأدية الإلتزامات القانونية أن يعرض الحكم التحكيمي الصادر الى البطلان لمخالفته النظام العام .

ثانيا / أهمية الدراسة

تكمن أهمية البحث في الشروط الواجب توافرها في المحكم وربطها بتأديته الإلتزامات المفروضة عليه قانونا ، لكون المسألتين تعدان من المسائل المرتبطة بإصدار الحكم التحكيمي والذي يجب أن يكون موافق للقانون ولمقتضيات العدالة إذ لا يتصور صدور حكم بدون أن يكون المحكم يتمتع بالأهلية اللازمة لإصداره أو بدون أن يتلزم بإتباع الإجراءات المنصوص عليها قانونا، فضلا عن تعلق هذه المسائل بالنظام العام.

ثالثا / مشكلة الدراسة

تتمثل مشكلة الموضوع في أن هيئة التحكيم قد تتغافل في بعض الأحيان عن توافر الشروط الخاصة بأن يكون المحكم محايدا و نزيها، أو أن يتخلف عن أداء الإلتزامات الضرورية كالإفصاح أو إتباع الإجراءات الخاصة بإدارة عملية التحكيم ، ومع ذلك تستمر الهيئة بنظر النزاع لغاية إصدار الحكم التحكيمي، وبالتالي يكون هذا الحكم معرضا للإبطال لمخالفته النظام العام الذي يحرس التطبيق السليم السليم للقانون ، فكان لزاما تسليط الضوء على هذه المخالفة وتأثيرها على صحة أصدار الحكم التحكيمي.

رابعا / هدف الدراسة

تهدف هذه الدراسة الى تسليط الضوء على نتيجة توفر الشروط المتعلقة بالنزاهة أو الحياد أو كون المحكم مؤهل قانونيا لنظر النزاع أو أن عدم القيام بأداء الواجبات أو الإلتزامات الخاصة بالمحكم أو هيئة التحكيم وتأثرها بفكرة النظام العام ومن ثم كون الحكم قابلا للتنفيذ ، إذ لا عبرة بإصدار حكم غير قابل للتنفيذ ويعد ذلك إهدار لإرادة الأطراف بإنهاء النزاع القائم بينهما وأصدار حكم قابل للتنفيذ .

خامسا / منهجية الدراسة

أتبع في هذه الدراسة المنهج التحليلي المقارن، وذلك من خلال إستعراض الاحكام القانونية في الشريع العراقي والمصري واللبناني وعلى سبيل الإستئناس التشريع الفرنسي ، إذ تم مناقشة هذه النصوص وتحليلها بالإضافة الى مقارنتها مع بعضها للوقوف على مدى معالجتها لموضوع الدراسة .

سادسا / خطة الدراسة

أتبع في دراسة موضوع الشروط والالتزامات الواجب توافرها في المحكم وعلاقتها بالنظام العام هو التقسيم الثنائي،إذ قسم البحث الى مطلبين وكل مطلب تم تقسيمه الى فرعين وعلى النحو المبين في الدراسة .

المطلب الاول

الشروط الواجب توافرها في المحكم

أن التحكيم يعد من الوسائل الفعالة لتسوية المنازعات في العقود وبديلا مقبول عن القضاء العادي فهي وسيلة إستثنائية للفصل في المنازعات[١]، لابد من توافر شروط معينة لدى المحكم وهذه الشروط تتنوع فمنها ما يتعلق بقابلية المحكم الذاتية لممارسة مهنة التحكيم اوقد تتعلق بذات النزاع ، وهذه الشروط منها ما ورد في نص القانون ومنها ما ورد في آراء الفقهاء، وقد أقرت أغلب التشريعات الشروط التي يجب أن يتمتع بها المحكم والتي يكون توافرها محل إعتبارعند إختياره هذا وقد جاءت مواقف بعض الأنظمة التشريعية متفقة فيما يتعلق ببعض هذه الشروط كشرط تمتع المحكم بالأهلية، واختلفت في ضرورة توافر شروط أخرى،إذ نجد بعض القوانين قد أشترطت أن يتوافر في المحكم شرط الكفاءة والخبرة ، في حين أشترط البعض الآخر أن يكون المحكم أهلا للقيام بعملية التحكيم دون أن يتم التطرق للشروط الأخرى ، وعليه فإذا لم تتوفر هذه الشروط كان للخصوم الحق في طلب رد المحكم ، مالم يكن الخصوم على علم بعدم توافر هذه الشروط ومع ذلك قبلوا بتوليهم التحكيم ،أو أن تطرأ ظروف بعد تعيين المحكم تؤثر في وجود هذه الشروط ، أو أن يكون المحكم قد أفصح عن عدم توافر هذه الشروط ومع ذلك أرتضى الخصوم تعينه كمحكم ،وسوف نتطرق لبيان هذه الشروط في الفرعين التاليين، إذ سنتناول في الفرع الأول شرط أن يكون المحكم مؤهل وأما الفرع الثاني فسوف نتناول فيه شرط أن يكون المحكم محايدا ومستقلا.

(١) حسين عبد الله عبد الرضا و أحمد هاشم عبد ، التحكيم في منازعات عقد إتاحة المصنفات الإلكترونية، بحث منشور في مجلة ميسان للدراسات القانونية المقارنة ،المجلد ١، العدد٩، ٢٠٢٣، ص٥.

الفرع الأول

ان يكون المحكم مؤهلا

أن مباشرة المحاكمة التحكيمية من قبل المحكمين تقتضي أن يكون المحكم مؤهلا للعب دور القاضي الفاصل في النزاع المعروض عليه وهذا يتطلب أن يكون لديه القدرة على التفرقة بين الحق والباطل وبين الصواب والخطأ،كما يشترط أن يكون المحكم غير ممنوع قانونا من التحكيم لكونه خصما أو لكونه قاضيا وسوف نناقش كلا الأمرين في الفقرتين الآتيتين.

أولا / أن يكون المحكم كامل الاهلية

أن هذا الشرط مرتبط بقيد أن مباشرة التحكيم لا يمكن أن يكون إلا من شخص طبيعي، وبمعنى آخر لا يجوز للأطراف أن يتفقوا على أن يكون المحكم شخصا معنويا[١].

وأن هذا القيد لم يرد بصورة صريحة في جميع التشريعات الوطنية إذ أن هناك بعض التشريعات كالتشريع الفرنسي والتشريع اللبناني جاءت نصوصها القانونية بحظر أن يكون المحكم شخصا معنويا وقصرت ذلك على الشخص الطبيعي ونصت على ذلك بصورة صريحة ، وهناك تشريعات أخرى كالتشريع العراقي والتشريع المصري واللذان لم تتطرق قواعدهم القانونية لمنع الشخص المعنوي من أن يكون محكما[٢] بيد أن الأشارات الواردة في النصوص القانونية المعنية كانت كافية لإيضاح قصد المشرع من قصر ممارسة التحكيم على الشخص الطبيعي ،إذ أن المشرع أشترط توافر بعض الشروط لا يمكن توافرها إلا بالشخص الطبيعي ،وبناءا على ذلك فإذا تم تسمية شخص معنوي في إتفاق التحكيم كمحكم فيكون دوره مقتصرا فقط على تنظيم عملية التحكيم وإختيار المحكمين[٣] وبالتالي يمكن للشخص المعنوي أن يعين المحكم

---

(١) كل شخص إعتباري (معنوي) يتم إنشاءه للقيام بغرض معين وعلى هذا الأساس يكتسب الشخصية المعنوية، تكون له أهلية أداء لتلقي الحقوق وتحمل الإلتزامات ذات العلاقة بتحقيق الغرض الذي أنشئ من أجله ،ويمكن أن يدخل الشخص المعنوي كطرف في دعوى تحكيمية إذا كان من أشخاص القانون الخاص ، وبعد الحصول على موافقة مجلس الوزراء أذا كان من أشخاص القانون العام ، ولكنه لا يستطيع أن يكون محكما وأنما يدير عملية التحكيم فقط لمزيد من التفاصيل أنظر، خالد أحمد عثمان ، مقال منشور على الشبكة العنكبوتية على الرابط الإلكتروني .https://www.aleqt.com/2012/04/08/article_644573.html

(٢)لم تعرف غالبية التشريعات مراكز التحكيم والتي تعتبر أشخاص معنوية مهمتها إدارة إجراءات التحكيم ، أنظر لمزيد من التفصيل ، حسن علوان لفته و حسين جبار لازم ،المركز القانوني لمراكز التحكيم في العراق "دراسة مقارنة"،بحث منشور في مجلة ميسان للدراسات القانونية المقارنة، العدد (الثامن) المجلد(١)، يوليو،٢٠٢٣ ، ص ٩١.

(٣) ينظر المادة (٧٦٨) من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني.

الشخص الطبيعي ويكون صدور القرار التحكيمي عنه بصفته محكما وليس بصفته مخولا عن هذا الشخص المعنوي وإلا تعرض القرار للإبطال ، فإذ ما أتفق الأطراف على إختيار مركز تحكيمي معين لتسوية النزاع عن طريق التحكيم فهذا يعني أن يقوم المركز المشار اليه لتسوية النزاع من خلال تنظيم عملية التحكيم[١] ، وعليه فيجب أن يتوفر شرط كمال الأهلية بالنسبة للمحكم الشخص الطبيعي ، إذ يجب أن يكون المحكم كامل الأهلية، فإن ذلك يجعله قادراً على التمييز بين الخطأ والصواب مما يؤدي بالتالي الى حسم النزاع بصورة عادلة ومراعية لحقوق الأطراف ومحترمة لتوقعاتهم ، وهذه المسألة هي الغاية الجوهرية التي ألجت الخصوم إلى اللجوء إلى التحكيم[٢]،ويرجع في تحديد أهلية المحكم الى قانونه الشخصي ، أن كمال الأهلية يتطلب تمام سن الرشد بالإضافة الى خلو الإرادة من أي عيب من العيوب فيجب أن يكون الشخص مميز ومدرك وهذا لأن المحكم يبرم عقد تحكيم مع الأطراف ويعبر عن رضاه بالتعاقد وقبوله للمهمة عن طريق الكتابة ، وعليه فلا يجوز أن يكون المحكم مجنون أوسفيه أوذي غفلة أو أن يكون محجورا عليه، لأنه لا يملك حق التصرف في ذات الخصومة متى توقع الحجر عليه ، وكذا المحروم من حقوقه المدنية لا يجوز أن يكون محكماً . ولا يجوز أن يكون المحكم قد قضي بإفلاسه مالم يرد اليه إعتباره.

حيث تجمع التشريعات على اشتراط كمال الاهلية بالنسبة للمحكم، فقد نصت المادة (٢٥٥) من قانون المرافعات المدنية العراقي على أنه "لايجوز أن يكون المحكم من رجال القضاء إلا بإذن مجلس القضاء ولا يجوز أن يكون قاصراً او محجوراً أو محروماً من حقوقه المدنية أو مفلساً لم يرد اليه اعتباره"،

نصت الفقرتين الأولى والثانية من المادة (١٦) من قانون التحكيم المصري على "١-لايجوز أن يكون المحكم قاصراً أو محجوراً عليه أو محروماً من حقوقه المدنية بسبب الحكم عليه في جناية أو جنحة مخلة بالشرف أو بسبب شهر إفلاسه ما لم يرد إليه إعتباره. ٢ – لا يشترط أن يكون المحكم من جنس أو جنسية معينة إلا إذا إتفق طرفا التحكيم أو نص القانون على غير ذلك".

أما المشرع اللبناني فقد سلك في المادة (٧٦٨) من قانون أصول المحاكمات نفس منهج المشرعين العراقي والمصري وهذا ما أكدته المادة القانونية المذكورة بقولها "لاتولى مهمة المحكم لغير شخص طبيعي، وإذا عين عقد التحكيم شخصاً معنوياً فتقتصر مهمته على تنظيم التحكيم لا يجوز أن يكون

(١) شمس مرعي،التحكيم في منازعات المشروع العام ، دون طبعة،دار النهضة العربية،القاهرة ،١٩٧٦،ص ٤٢١.

(٢) مرتضى جمعة عاشور، عماد حسن سلمان، حياد المحكم التجاري الدولي، مجلة القادسية العدد الأول المجلد الخامس ،٢٠١٢، ص ٧٩

المحكم قاصراً أو محجوراً عليه أو محروماً من حقوقه المدنية أو مفلساً ما لم يرد له اعتباره"،أما المشرع الفرنسي فنجده ينص في الفقرة الأولى من المادة (١٤٥٠) على "لايجوز أن يتولى دور المُحكِّم إلا شخص طبيعي يتمتع بكامل الأهلية لممارسة حقوقه. وإذا نصَّ اتفاق التحكيم على شخص اعتباري، فإنه لا يملك إلا صلاحية تنظيم التحكيم".

ويلاحظ على النصوص الآمرة الواردة في القوانين المذكورة أعلاه أشترطت أن يكون المحكم كامل الأهلية ويكون كذلك بتمام السن المطلوبة[١] ، بالإضافة الى إشتراط كونه غير مجنون أو محجور أو سفيه أو محروم من حقوقه المدنية أو أعلن أفلاسه، وبالتالي فأن مخالفة هذه النصوص يترتب عليه بطلان الإجراءات وكذلك بطلان الحكم التحكيمي الصادر .

جاء في المادة ٢٥٥ من قانون المرافعات العراقي أن المشرعين المصري والعراقي أوجب بضرس قاطع إلا يكون المحكم قاصر أو محجور أو مفلس أو محروم من حقوقه المدنية وهذا النص الآمر يعد من النظام العام، وبالتالي إذا ما تضمنت هيئة التحكيم محكما غير مؤهل قانونا لسبب يتعلق بنقص سنه أو لضعف أو إنعدام الإدراك لديه أو لفقدان حقوقه المدنية أو كانت يده مغلوله لإفلاسه فأن أي قرار يتخذ يكون باطلا لإنعدام أهلية المحكم .

لا يجوز أن يكون المحكم قاصرا أو محجورا عليه أو محروما من حقوقه المدنية بسبب الحكم عليه في جناية أو جنحة مخلة بالشرف أو بسبب شهر إفلاسه ما لم يرد إليه اعتباره، و المادة (٧٦٨/٢) من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني على أنه لا يجوز أن يكون المحكم قاصراً أو محجوراً عليه، ونصت المادة (١٤٥٠/١) من قانون المرافعات المدنية الفرنسي المعدل على أنه لا يمكن أن يمارس مهمة التحكيم الا شخص طبيعي يتمتع بكامل حقوقه المدنية[٢] .

أذن يجب أن يكون المحكم كامل الأهلية القانونية والتي تكون بإكمال سن الرشد وهو في القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل تمام الثامنة عشرة سنة وذلك وفقا لمنطوق المادة (١٠٦) ، فضلا عن ضرورة تمتع المحكم بالأهلية العقلية وهي إلا يكون محجورا عليه لعته أو مجنونا أو سفيها أو ذا

---

(١) ويلاحظ من هذه النصوص المختلفة أن المشرع أنه لم يجعل مسألة تكليف المحكم بدون تنظيم قانوني وأنما أهتم المشرع بذلك

(٢) ونص الفصل (١٠) من مجلة التحكيم التونسية" ... رشيداً كفء ومتمتعا بكامل حقوقه المدنية ..." ، و (١٧٤/١) من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي رقم ٣٨ لسنة ١٩٨٠"لا يجوز أن يكون المحكم قاصراً أو محجوراً عليه أو محروماً من حقوقه المدنية بسبب عقوبة جنائية أو مفلساً لم يرد إليه اعتباره".

غفلة ، بالإضافة الى وجوب إلا يكون الشخص قد حكم عليه بعقوبة سالبة للحرية عن جناية أو جنحة ومنع من إستخدام حقوقه المدنية أو حكم عليه بأي من عقوبات الجرائم المخلة بالشرف أو أن يكون قد أعلن أفلاسه وغلت يده ومنع من التصرف مالم يرد اليه إعتباره.

لايوجد ما يمنع قانونا أن يكون المحكم أنثى، أو أن يكون من حاملي جنسية معينة أو من مواطني دولة مقر التحكيم، ، أو جاهلاً لغة اطراف النزاع ، أو تكون ديانته من غير ديانة المتخاصمين ولو كان النزاع يتعلق بمسألة دينية(١).

كذلك لم تشترط التشريعات أن يكون المحكم حاصلا على شهادة معينة، أو أن يكون مختص بموضوع النزاع –وأن كان يفضل ذلك– أو أن يكون حاصلا على شهادة بالقانون أو على معرفة به وإن كانت المسألة المعروضة ذات صبغة قانونية صرفة، وأن كانت بعض القوانين عكس ذلك فمثلا القانون الاسباني يشترط أن يكون المحكم حاصلا على إجازة ممارسة المحاماة.

هناك من الآراء الفقهية التي لاتجيز للقاصرفي أن يكون محكما على إعتبار أنه غير كامل الأهلية وبالتالي فأنه لا يمكنه النجاح في عمل يحتاج الى إدراك وتمييز كاملين لأنه لا يملكهما ، في حين تم إنتقاد هذا الرأي من قبل بعض الفقه وكان وجه الإنتقاد أنه بالإمكان أن يكون القاصر من أصحاب المهن بمعنى أنه ينهض بإعباء كبيرة تتعلق بمهنته ويمتلك رجاحة عقل وقدرة كبيرة على إدارة الأزمات والتعامل بالأمول بصورة أفضل بكثير ممن بلغ سن الرشد، ولابد من التفرقة بين القاصر الذي لا يملك أن يتعاقد بنفسه أو يتصرف في ملكه فهذا لا يمكنه أن يكون محكما في شأن من شؤون الغير طالما لا يستطيع إدارة شؤونه، أما القاصر الذي يجوز له القيام بأعمال الإدارة أو التجارة يجوز تعيينه محكما في حدود تلك الأعمال. ثمة رأي في فرنسا لا يمنع المحروم من حقوقه المدنية والممنوع من القيام بالوظائف العامة من أن يكون محكماً على تقدير أن المحكم لا يقوم بوظيفة عامة على اعتبار أنه لا يباشر أمراً سياسياً ولا يعتبر اختياره محكماً تكريماً له(٢).

(١) ياسمين خيري يوسف، أثر النظام العام على اتفاق التحكيم في القانون العراقي دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأدنى كلية الدراسات العليا في العلوم الاجتماعية برنامج القانون، ٢٠١٩، ص ٢٠٠.

(٢) الطيب عبدالله شرف الدين، النظام العام وأثره على التحكيم ،بحث مقدم لنيل درجة الدكتوراه في القانون المدني ،مقدم الى جامعة النيلين ،السودان ،٢٠١٧، ص ٢٣٢.

نخلص مما تقدم بأنه لكي يكون الشخص كامل الاهلية ويسمح له بالتحكيم يجب إلا يكون قاصراً أو محجوراً عليه أو محروماً من حقوقه المدنية بسبب الحكم عليه في جناية أو جنحة مخلة بالشرف أو بسبب شهر إفلاسه مالم يرد إليه اعتباره. لذلك يرى جانب من الفقه بأنه يترتب على الإخلال بالشروط الواجب توافرها في المُحكّم بطلان الحكم الصادر بطلاناً مطلقاً لتعلقه بالنظام العام، بحيث لا يجوز تصحيحه بأي إجراء لاحق من جانب الأطراف[١] .

ثانيا: ان لا يكون ممنوعا من التحكيم

استقرت التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية على منع بعض الأشخاص من تولي مهمة التحكيم[٢] ،حيث وضعت تلك التشريعات قيود على بعض الأشخاص من تولي مهام التحكيم ، ومن هؤلاء الأشخاص هم القضاة حيث لا يجوز للقاضي ان يكون محكما عن غيره ،وأن المشرع العراقي نص على ذلك في قانون المرافعات العراقي إذ جاء في المادة (٢٥٥) منه على أنه "لايجوز أن يكون المحكم من رجال القضاء إلا بإذن مجلس القضاء.."،وفي التشريع اللبناني لا يوجد ما يمنع من أن يكون القاضي محكما بشرط أن يكون عمله غير مدفوع الأجر أي يكون مجاني وذلك لأن قانون القضاء العدلي يحظر على القاضي أن يجمع مع مهنة القضاء أي عمل بأجر أو مهنة أو وظيفة أخرى[٣] ومن القواعد الأساسية والتي تتعلق بالنظام العام هي عدم جواز أن يكون أحد الخصوم في الدعوى محكماً إذ لا يتصور أن يكون الشخص خصماً وحكماً في وقت واحد وهذه القاعدة من النظام العام لأن الخصم إن كان يملك تفويض أمره لخصمه فهو لا يملك تعينه محكماً[٤] ، وهذا ما أكدت عليه محكمة النقض المصرية في حكم لها حيث قالت في أسباب الحكم "أن المحكم ليس طرف في خصومة التحكيم، وإنما هو شخص يتمتع بثقة الخصوم واتجهت إرادتهم إلى منحه سلطة الفصل فيما شجر بينهم ، فحكمه شأن

(١) أشرف عبد العليم الرفاعي، النظام العام والتحكيم في العلاقات الدولية الخاصة رسالة دكتوراه جامعة عين شمس، ١٩٩٦م ص ٢٣٤.

(٢) نصت المادة (٢٦) من القانون الاتحادي السوداني في شأن السلطة القضائية الاتحادية بالرقم ٣/٨٣ المعدل التي تنص على "لا يجوز لأي قاضي بغير موافقة المجلس الأعلى للقضاء الاتحادي أن يكون رئيسا لهيئة التحكيم أو محكماً ولو كان النزاع غير مطروح".

(٣) نادر شافي ، المفهوم القانوني للتحكيم ومبرراته واحكامه ، مقال منشور على الشبكة العنكبوتية على الرابط https://www.lebarmy.gov.lb/ar/content/%D8%A7%D9%84%D9%85%D9%81%D9%87%D9%88%D9%85-%D8%A7%D9%84%D9%82%D8%A7%D9%86%D9%88%D9%86%D9%8A-%D9%84%D9%84%D8%AA%D8%AD%D9%83%D9%8A%D9%80%D9%80%D9%80%D9%80%D9%85-%D9%88%D9%85%D8%A8%D9%80%D9%80%D8%B1%D8%B1%D8%A7%D8%AA%D9%87-%D9%88%D8%A3%D8%AD%D9%83%D8%A7%D9%85%D9%87%

(٤) الطيب، المرجع السابق، ص ٢٣٠.

أحكام القضاء تحوز حجية الشيء المحكوم به بمجرد صدوره ، ومن ثم لا يتصور أن يكون خصماً وحكماً في ذات الوقت[١].

الفرع الثاني

أن يكون المحكم محايدا ومستقلا

لابد أن يتمتع المحكم أو هيئة التحكيم بما يعرف ب"الحيدة" و"الإستقلال"، أن شرط توفر الحياد لدى المحكم يمثل صفة شخصية تتعلق بالمحكم ذاته،وتعني أن يكون المحكم ناظرلخصوم المنازعة بصورة عادلة ومتساوية ولا يميل نحو أحدهم عى حساب الخصم الآخر وكما أنه لا يجوز أن يميل المحكم الى جانب الشخص الذي أختاره، ويعرف القضاء عدم حيدة المحكم بأنه "ميل نفسي أو ذهني للمحكم يكون لصالح أو ضد أحد أطراف النزاع أو الغير أو الدولة، بحيث يرجح معه عدم إستطاعته الحكم بغير ميل لأحد ممن ذكروا أو ضده[٢]

كما أن الحياد المطلوب لدى المحكم يختلف عن الحياد المطلوب لدى القاضي والذي يتم تعينه من قبل الدولة ووفقا للنصوص القانونية المختصة ،ولم يفرق الفقه بين محكم وحيد، أو محكم رئيس أو محكم مختار من جانب الخصوم أو بواسطة المحكمة بصدد واجب الحياد ،كما يتفق الفقه على رفض فكرة المحكم الخصم أو المحكم الموالي للخصم لأنها تتعارض مع الطبيعة القضائية لنظام التحكيم واستلزام وبقاء المحكم مستقلاً ومحايداً في علاقته بالأطراف والمنازعة، هو مبدأ أساسي للتحكيم الدولي ويتعلق بالنظام العام استقرت عليه العديد من التشريعات والاتفاقيات الدولية[٣].

ومن التشريعات من اشترطت ضرورة حياد المحكم بصورة غير مباشرة عند إشارتها لالتزام المحكم بالإفصاح ويرجع السبب في ذلك إلى وجود بعض التداخلات بين كل من هذه الالتزامات فلا يعد المحكم

(١) مناحي خالد محمد الهاجري، أثر النظام العام على اتفاق التحكيم دراسة مقارنة أطروحة دكتوراه، مقدمة الى مجلس جامعة عين شمس كلية الحقوق، ٢٠١٢، ص ٢٧١، أشار الى ذلك ياسين خيري يوسف، مصدر سابق، ص ١٤٧.

(٢) محكمة أستئنف القاهرة د٩١ تجاري ، ٢٠٠٤/٤/٣٠ رقم ٧٨ س ١٢٠ق.

(٣) كما نصت المادة (٧) من قواعد تحكيم غرفة التجارة الدولية (ICC) على انه"يجب على المحكم المرشح قبل تعيينه أو تثبيته أن يوقع تصريحا باستقلاله ويعلم الأمانة كتابة بكل الوقائع والظروف التي قد تكون من طبيعتها التأثير على استقلاليته في نظر الأطراف وتبلغ الأمانة هذه المعلومات كتابة إلى الأطراف وتحدد لهم مدة لتقديم ملاحظاتهم ويحيط المحكم فورا وكتابة الأمانة والأطراف بالوقائع والظروف التي هي من هذا القبيل والتي قد تطأ خلال التحكيم".

محايدا ومستقلا ما لم يفصح عن تلك العلاقات التي ذكرت سابقا، والتي تثبت حسن نيته وبالتالي حياده من باب أولى. ومن هذه التشريعات المشرع المصري، إذ نجد فقد نصت المادة (١٦/٣) من قانون التحكيم المصري على انه "يكون قبول المحكم للقيام بمهمته كتابة ويجب عليه أن يفصح عند قبوله عن أية ظروف من شانها إثارة الشكوك حول استقلاله او حيدته" كذلك نصت المادة (١٨) منه على "لايجوز رد المحكم إلا إذا قامت ظروف تثير شكوكا جدية حول حيدته أو إستقلاله"، ووفقا لهذه النصوص فإذا كان المحكم غير محايد كان من الواجب رده وهذا يعد من النظام العام . وكذلك ذهبت محكمة النقض المصرية الى القول "أما المقصود بحياد المُحَكَم فهو عدم انحيازه إلى جانب طرف أو ضد طرف، بما يشكل خطرًا حقيقيًا يتمثل فى احتمال الميل تجاه أحد الطرفين"[١]

والاستقلال يعنى إنتفاء رابطة التبعية بين المحكم وأطراف النزاع، سواء بمعناها القانوني أو المعنوي في السابق أو الحال أو المآل في حين أن الحياد حالة ذهنية تتأثر بأحد الأطراف أو بوقائع النزاع، ومجرد التشكك في الإستقلال قد يؤدى إلى الخوف من الإنحياز وبالتالي غياب الإطمئنان إلى عدالة المحكم مما يجيز معه طلب الرد[٢] .إذ أن وجود علاقة بين المحكم وبين أحد أطراف النزاع تجعل المحكم يميل عن الحق وبالتالي سينحرف ميزان الحق الذي يحكم به[٣].

أوضحت محكمة النقض في أحد الطعون المنظورة أمامها معنى استقلال المحكم، إذ جاء في أحد أحكامها أن إستقلال المحكم يقصد به "عدم ارتباطه بأية رابطة تبعية أو مادية أو اجتماعية أو مهنية مع أحد أطراف النزاع أو وكلائهم من شأنها أن تؤثر فى قراراته"[٤] ، ولا يكفي في المُحَكَم أن يكون مستقلًا ومحايدًا وإنما يتعين أن يسود الاعتقاد لدى طرفى التحكيم أن الحكم الذي سيصدر سوف يتسم بالعدل[٥].

والحيدة والإستقلال لا يقوم التحكيم بدونهما، لدرجة أن الفقه يرى إستلزامهما وإن لم ينص عليهما القانون الواجب التطبيق على إجراءاته وإستقلال المحكم وحياده فكرتان تتحدان وتتشابهان في غايتهما، ولكنهما لا

---

(١) حكم محكمة النقض / المدني/ جلسة ٢٠٢٢/٢/٢٢، طعن رقم ١٣٩٨٢، س٨١ ق.

(٢) عبد المنعم محمد قبيصى محمد، تشكيل هيئة التحكيم دراسة تحليلية مقارنة، بحث منشور في مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية كلية الحقوق – جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٩ المجلد الثاني .، ص ٤١٦ .

(٣) أسامة روبي عبدالعزيزالروبي ،ضوابط تشكيل هيئة التحكيم واختيار المحكمين في منازعات عقود التشييد الهندسي، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٩،ص١٠٨.

(٤) حكم محكمة النقض / المدني/ جلسة ٢٠٢٢/٢/٢٢، طعن رقم ١٣٩٨٢، س٨١ ق.

(٥) قرار محكمة النقض المصرية منشور على الموقع على الرابط التالي: https://www.elbalad.news/5234154

تندمجان ولا تختلطان في مضمونهما فالإستقلال هو مسألة موضوعية ملموسة ، أما الحياد فهو مسألة شخصية أو ذهنية أو معنوية ،والإستقلال يمكن تقديره موضوعيًا وبشكل مادي، أما الحياد فهو لا يثبت إلا بعد ممارسة العملية التحكيمية فالإستقلال قرينة على الحياد،والمحكم قد يكون محايدا رغم أنه غير مستقل عن الخصوم[١] .

ويقصد بالإستقلال أيضا عدم ارتباط المحكم بالخصوم بأي طريقة وهذا جانب مادي قد لا يضر في حد ذاته. أما الحياد فهو خلو الذهن من جانب المحكم من أى ميل أو تعاطف مسبق مع وجهة نظر أحد الخصوم في النزاع الذي سيفصل فيه، بحيث يجلس المحكم على مائدة التشاور خالى الذهن إلا من حسن أداء وظيفته القضائية بصرف النظر عن الطريقة التي يتم بها تعيينه. والإستقلال المعنوي للمحكم عن الخصوم أي حياده هو شرط لا غنى عنه لممارسة الوظيفة القضائية. والإستقلالية تعنى وجوب ألا يكون المحكم على صلة بأي من الأطراف ، بحيث يجب أن يحظى المحكم بحرية في إصدار حكمه وألا تربطه علاقة تبعية بأحد أطراف الخصومة أو يخضع لأي مؤثرات أو ضغوط خارجية تفرض عليه فإستقلال المحكم ليس مطلوباً لذاته بل يعد شرطاً وضمانة لحرية المحكم في إصدار حكمه ، وإشتراط الحيدة والإستقلال يفترض أن يكون شخصاً من غير اطراف النزاع ، فالشخص لا يجوز أن يكون قاضياً لنفسه فاذا كان كذلك فان هيئة التحكيم سوف تكون مشكلة بما يخالف النظام العام مما يترتب في حالة صدور قرار في النزاع بطلان ذلك القرار لتعلق اجراءات تشكيل هيئة التحكيم بالنظام العام .

المطلب الثاني

الإلتزامات المفروضة على المحكم

لقد سعت التشريعات المقارنة في قانون التحكيم إلى تقرير عدة التزامات على عاتق المحكم، وهذه التزامات، تتنوع فمنها التزامات تتعلق بموضوع النزاع كالإلتزام بالافصاح عن قبوله المهمة أو الإفصاح عن أي شيءممكن أن يثير شكوك حول حيدته وإستقلاله، والتزامه بالحفاظ على سرية التحكيم والتزامه بالسرعة بالفصل في النزاع كما يجب عليه بإلتزامه بمراعاة المبادئ الأساسية للتقاضي كمبدأ المواجهة بين الخصوم أو مبدأ المساواة بين الأطراف، أن هذه الصفات المتمثلة بإلتزام المحكم بالحياد أو مراعاة

(١) عبد المنعم محمد قميصي محمد، المرجع السابق ، ص ٤١٦ .

حقوق الأطراف في الدفاع وغيرها من أهم الأدلة على أن التحكيم ذو طبيعة قضائية[١] ،وأيا كان الأمر فسوف نتناول في هذا المطلب من خلال فرعين دراسة إلتزامات المحكم المتعلقة بموضوع النزاع وذلك في الفرع الأول ،أما الفرع الثاني فسوف نتناول فيه التزامات متعلقة بالمبادئ الأساسية للتقاضي.

الفرع الأول

إلتزامات متعلقة بموضوع النزاع

أولا / الالتزام بالإفصاح

يقع على عاتق المحكم الالتزام بالإفصاح، وهذا الألتزام من وجهة نظرنا يتفرع الى فرعين الأول إلتزامه بالافصاح عن قبوله المهمة التحكيمية والآخر التزامه بالافصاح عن أي أمر من شأنه أن يؤثر على إستقرار وضعه فيما يتعلق بتوافر الحيدة والأستقلال لديه ويكون أحدهما مرتبطا بالآخر ، وقد ذهب المشرع اللبناني في المادة (٧٦٩) من قانون أصول المحاكمات اللبنانية الى "يشترط قبول المحكم للمهمة الموكولة إليه ويثبت هذا القبول بالكتابة.إذا قام في شخص المحكم سبب للرد فعليه إعلام الخصوم به، وفي هذه الحالة لا يجوز له قبول المهمة إلا بموافقة هؤلاء الخصوم بعد قبول المهمة لا يجوز للمحكم التنحي بغير سبب جدي وإلا جاز الحكم عليه بالتعويض للمتضرر"، إذ عليه ان يفصح عند قبوله مهمة التحكيم عن أي ظروف من شأنها إثارة شكوك حول حيديته واستقلاله. في حين نجد أن المشرع العراقي قد نص فيما يتعلق بقبول مهمة التحكيم في المادة (259) التي نصت على " ويجوز أن يجب أن يكون قبول المحكم للتحكيم بالكتابة ما لم يكن معينا من قبل المحكمة يثبت القبول بتوقيع المحكم على عقد التحكيم" والتي أشار فيها المشرع الى الإفصاح عن القبول بصورة منفصلة عن الإفصاح عن الظروف المؤثرة في الحيدة والإستقلال على خلاف ما أكد عليه المشرع المصري في قانون التحكيم في الفقرة (ثالثا) من المادة (١٦) والتي جاء فيها "يكون قبول المحكم القيام بمهمته كتابة ويجب عليه أن يفصح عند قبوله عن أية ظروف من شأنها إثارة شكوك حول إستقلاله أو حيدته"، فإذا قامت شكوك حول حيدة واستقلال المحكم بعد أن يتم تعيينه، فيحق لأي من الطرفين أن يطلب رد المحكم، ويقدم طلب الرد كتابة إلى المحكمة المختصة مبيناً فيه أسباب الرد خلال مدة محدد من تاريخ علم طالب الرد بتشكيل هيئة التحكيم أو بالظروف المبررة للرد، فإذا لم يتنح المحكم المطلوب رده من تلقاء نفسه بعد إشفاعه، فصلت

(١) علي محسن طويب ،دور التحكيم في مجال العقود الإدارية في العراق ،بحث منشور في مجلة ميسان للدراسات القانونية المقارنة ، مجلد ١ العدد(٢)، ٢٠٢٠،ص٢١٣

المحكمة في الطلب، ويكون قرارها غير قابل للطعن لذلك نجد أن المشرع العراقي قد الزم المحكمين بالتقيد بالقواعد الموضوعية وأجاز للخصوم الاتفاق على إعفاء المحكم من الالتزام بالقواعد الشكلية دون الموضوعية ، هذا ما يخص المحكمين بالقضاء أما المحكمون المصالحون فإنه يتم اختيارهم على مبدأ الثقة الكبيرة من قبل الخصوم وعلى هذا فإنهم يكونون في حل من التقيد بكل قواعد المرافعات الموضوعية والشكلية إذا قضى الاتفاق بذلك ، وعليه فإن التحكيم في هذا المجال يقترب جداً من الصلح ومن الممكن الجمع بينهما إذ تنص المادة (٢٥٨) من قانون المرافعات " إذا أذن طرفا النزاع للمحكمين بالصلح يعتبر صلحهم " وبذلك يكون رأيهم عنواناً للصحة ويكون صلحهم معتبراً ولا يجوز الطعن فيه إلا إذا خالف قاعدة من قواعد التحكيم أو من قواعد النظام العام

ثانيا / الألتزام بسرعة الفصل في النزاع :

في التشريع العراقي نجد المشرع أوجب على المحكمين أن يفصلوا في النزاع خلال الأجل المحدد لهم من قبل الطرفين، وهذا ما نتلمسه من نص المادة (٢٦٢) والتي جاء في الفقرة الأولى منها" إذا قيد التحكيم بوقت زال بمروره ما لم يتفق الخصوم على تمديد المدة" أما الفقرة الثانية من نفس المادة فقد جاء فيها" إذا لم تشترط مدة لصدور قرار المحكمين وجب عليهم إصداره خلال ستة أشهر من تاريخ قبولهم للتحكيم."فإذا لم يحدد لهم ميعاد لإصدار قرارهم، وجب عليهم أن يصدروا حكمهم خلال مدة ستة أشهر من تاريخ قبولهم للتحكيم،ونصت المادة (٢٦٣)على حالة عدم إصدار الحكم التحكيمي على الرغم من إستنفاذ المدة بقولها" إذا لم يقم المحكمون بالفصل في النزاع خلال المدة المشروطة في اتفاقهم أو المحددة في القانون أو تعذر على المحكمين تقديم تقريرهم لسبب قهري جاز لكل خصم مراجعة المحكمة المختصة بنظر النزاع لإضافة مدة جديدة أو للفصل في النزاع أو لتعيين محكمين آخرين للحكم فيه وذلك على حسب الأحوال"

أما إذا حصل مانع من إصدار المحكمين قرارهم في موعده كما لو توفي أحد الخصوم أو عزل المحكم، أو قدم طلب برده، فإن ذلك يعتبر سبباً مشروعاً، ومعذرة قانونية يمتد بموجبها الأجل تلقائياً إلى المدة التي يزول فيها المانع وهذا ما جاء في الفقرة الثالثة من المادة (٢٦٢) والتي نصت على " في حالة وفاة أحد الخصوم أو عزل المحكم أو تقديم طلب برده يمتد الميعاد المحدد لإصدار قرار التحكيم إلى المدة التي يزول فيها هذا المانع ".

أما في التشريع اللبناني، نجد أن المادة (٧٧٣) من قانون أصول المحاكمات اللبناني تنص على "إذا لم تحدد مهلة في اتفاقية التحكيم بنداً كانت أم عقداً وجب على المحكمين القيام بمهمتهم في خلال ستة أشهر على الأكثر من تاريخ قبول آخر محكم لمهمته.- يجوز تمديد المهلة الاتفاقية أو القانونية إما باتفاق الخصوم وإما بقرار من رئيس الغرفة الابتدائية يصدر بناء على طلب أحد الخصوم أو الهيئة التحكيمية."

ومع ذلك فإذا لم يقم المحكمون بالفصل في النزاع خلال المدة المشروطة في اتفاقهم أو المحددة في القانون ، أو تعذر على المحكمين تقديم تقريرهم بسبب قهري كما لو توفي أحد المحكمين أو اعتذر عن القيام بمهمته ، جاز لكل خصم مراجعة المحكمة المختصة أصلاً بالنظر في النزاع لكي تقرر حسب الأحوال – أما بإضافة مدة جديدة أو تعيين محكمين آخرين أو أن تفصل هي بنفسها في النزاع،وهذا ما نصت عليه المادة ٢٦٣ من قانون المرافعات التي نصت على "إذا لم يقم المحكمون في الفصل في النزاع خلال المدة المشروطة في اتفاقهم أو المحددة في القانون ، أو تعذر على المحكمين تقديم تقريرهم لسبب قهري، جاز لكل خصم مراجعة المحكمة المختصة بنظر النزاع لإضافة مدة جديدة أو للفصل في النزاع أو لتعيين محكمين آخرين للحكم فيه ، وذلك على حسب الأحوال".

أما المادة (٢٠) من قانون التحكيم المصري فنجدها تنص على " إذا تعذر على المحكم أداء مهمته أو لم يباشرها أو انقطع عن أدائها بما يؤدي الى تأخير لا مبرر له في إجراءات التحكيم ولم يتنح ولم يتفق الطرفان على عزله جاز للمحكمة المشار إليها في المادة(٩) من هذا القانون الأمر بإنهاء مهمته بناءً على طلب أي من الطرفين".

وبالرجوع إلى المادة ٢٦٢ من قانون المرافعات في الفقرة (٣) التي نصت على حالة وفاة أحد الخصوم أو في حالة عزل المحكم أو في حالة طلب رد المحكم فأن الميعاد يمتد إلى المدة التي يزول فيها هذا المانع ولا تعود إلى سيرها إلا بعد زوال التوقف بعد تبليغ أطراف التحكيم حيث يجري تبليغ الورثة في حالة الوفاة وفي حالة عزل المحكم إلى أن يتم تعيين البديل والسبب في هذا التوقف أن الفصل في النزاع عن طريق التحكيم ينبغي أن لا يكون في غفلة من أحد طرفي التحكيم وإلا كان قرار التحكيم باطلاً مقرراً لمصلحة هذا الطرف، كما تقف المدة كلما أقتضى الأمر للفصل في نزاع لا يملك المحكم نظره ، أو كلما وجدت استحالة مادية أو قانونية تمنع المحكم من إصدار قرار التحكيم، ووفقا لما تقدم فأن مخالفة هذه النصوص القانونية يترتب عليه بطلان حكم التحكيم أو عدم إمكانية تنفيذه لمخالفته للنظام العام .

ثالثا / الألتزام بالسرية

يعرف التزام المُحكّم بالسرية بعدم إفشاء أي معلومات تتعلق بالنزاع المعروض أمامه فضلاً عن كونه التزاماً قانونياً يعد كذلك التزاماً أخلاقياً ينبع من الثقة التي وضعها الخصوم في ذلك المُحكّم والذين ينتظرون منه أن يقوم بحفظ كافة المعلومات والبيانات والوقائع التي وصلت إلى علمه أثناء قيامه بالمهمة التحكيمية الموكول بها وفق اتفاق الأطراف على اختيارهم له وقبوله بتلك المهمة[١] .

وعلى الرغم من أختلاف مواقف التشريعات القانونية للدول المختلفة بين من نص على إلتزام السرية في التحكيم التجاري كما هو الحال في إتفاقية الجات والدول اتي تبنتها وبين من لم يورد أي نص يخصها كما هو الحال لدى المشرع العراقي وبين من إعتبرها من قبيل الواجب الضمني للسرية وهذا هو موقف القانون الأمريكي[٢] حيث يحرص الأطراف المتعاقدة في عقود التجارة الدولية على سرية ما تحتويه العقود من شروط لا سيما عقود نقل التقنية أو تراخيص استغلال براءات الاختراع وما تحتويه من كشف الأسرار الصناعية ، إذ إن التاجر يهمه إلى حد بعيد ألا يدرك منافسوه مدى الإمكانيات التي يمتلكها والطريقة التي يتعامل بها حتى لا يجد من تلك النواحي ثغرات ينفذون منها إلى منافسيه وقد ذهب البعض إلى القول أيضاً بأن السرية تعد موروثاً، وأنه متعارف عليها ضمناً في التحكيم الدولي كما أشاروا إلى القول أيضاً بأن"الصلة الوثيقة التي تربط بين التحكيم والسرية"كما اكدت على الالتزام بالسرية القوانين ولوائح مراكز التحكيم والاتفاقيات الدولية، إذ يعد الالتزام بالسرية من أهم قواعد التحكيم، الأمر الذي جعل قاعدة السرية تمتد بصورة واسعة بين المحكمين أثناء ممارستهم للتحكيم وبالأخص عند ممارستهم للمداولة والتي تسبق صدور الحكم التحكيمي وهذا ما نصت عليه المادة(٧٨٨)والتي جاء فيها "في حال تعدد المحكمين تجرى المداولة بينهم سراً ويصدر القرار بإجماع الآراء أو بغالبيتها"، وعلى الرغم من أن المشرع العراقي والمصري لم ينصا على السرية وأنما تركا الباب مفتوحا فلم يمنعا اتباع السرية أو يبيحاها وأنما موقفهما مرنا بهذا الشأن، ومن الثابت أنها تعد من أعراف التحكيم التجاري المتبعةوبذلك فهي تشكل جزءا من النظام العام .

---

(١) فريد حنين جاسم، القانون الواجب التطبيق على الفسخ الجزئي في عقود التجارة الدولية ، اطروحة مقدمة إلى مجلس كلية القانون – جامعة كربلاء وهي جزء من متطلبات نيل درجة الدكتوراه في فلسفة القانون الخاص ، ٢٠٢٢ ، ص ٢٤٠

(٢) مرتضى عبدالله خيري ، التحكيم التجاري الدولي بين السرية والشفافية، بحث منشور في مجلة الإجتهاد القضائي ، المجلد ٢١ – العدد ١٢ – مارس ٢٠١٩،ص٤٨.

عليه فان الالتزام بالسرية يعد امر متعلق بالنظام العام الدولي مما يعد اخلال بالتزامات المحكم يعرض القرار التحكيمي للابطال إذا لم تتم مرعاته من قبل المحكم.

الفرع الثاني

التزامات متعلقة بالمبادئ الأساسية للتقاضي

على المحكم احترام حقوق الدفاع ومراعاة مبدأ المواجهة وغيرها من المبادئ الأساسية للتقاضي يقع على عاتق المحكم ان يعامل طرفي التحكيم على قدم المساواة وأن يهيأ لكل منهما فرصة كاملة ومتكافئة لعرض دعواه ودفاعه، وكذلك وجوب حصول الإجراءات في مواجهة الخصوم[١]، ومن اهم مبادئ التقاضي الاساسية ما سنتناوله أدناه.

أولا / مبدأ المواجهة بين الاطراف:

من أهم حقوق أطراف المنازعة التحكيمية أن يكون الأطراف على علم بكافة عناصر الدعوى التحكيمية، هذا الحق يفرض على القاضي واجب يتمثل بضرورة ابلاغ كل مستند يعرض عليه من قبل طرف معين الى الطرف أو الخصم الآخر الذي ثبت عدم ابلاغها له . ويكون للقاضي كامل الحرية والسلطة التقديرية والتي يحدد من خلالها وقت وكيفية تبليغ الخصم بها وفي حال كات هناك وثائق أو مستندات أبرزها أحد الأطراف ولم يبلغ بها الخصم الآخر فيكون للقاضي كذلك إستبعادها من إعتمادها كدليل أو مناقشتها إذا لم يكن بالإمكان القيام بذلك من ناحية الوقت ، إذ من حقوق الأطراف أن يتم أيصال هذه الوثائق الى علمهم بوقت مناسب تمكنهم من الإطلاع عليها والإستعداد للرد عليها وممارسة حق الدفاع ، وبعيدا عن هذه التفاصيل فأن هذه الحقوق تتعلق بالنظام العام ولا يجوز بأي حال من الأحوال تجاوزها وذلك باعتبار هذا الحق أصلاً إجرائياً ويرى جانب من الفقه أن احترام مبدأ المواجهة يمثل القيد الوحيد الذي يرد على الحرية[٢] ، ويتمثل إبداء الدفاع من خلال تحقق مبدأ الوجاهية ، ذلك إلى الإخلال بحقوق الدفاع ولكن بشرط أن يتمكن طالب الرفض من إثبات وجودها ، ونرى أن المشرع المصري في المادة (٢٦) أكد على

(١) عيسى بادي سالم الطراونة ، دور المحكم في خصومة التحكيم رسالة ماجستير مقدمة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص ، قسم القانون الخاص كلية الحقوق جامعة الشرق الأوسط ، ٢٠١١ ، ص ٨٣.

(٢) أكدت الاتفاقيات الدولية والاقليمية على رفض تنفيذ حكم التحكيم إذا خالف مبدأ الوجاهية فقد جاءت اتفاقية جنيف ١٩٢٧ وفق م (٢) ب بعدم الاعتراف والتنفيذ إذا تحقق القاضي من أنّ الطرف المحكم ضده لم يتمكن من أن يعلم في الوقت المناسب بإجراءات التحكيم لكي يتمكن من إبداء دفاعه.

حق الأطراف بالحصول على حقوق وفرص متساوية وذلك بقوله" يعامل طرفا التحكيم على قدم المساواة وتهيأ لكل منهما فرصة متكافئة وكاملة لعرض دعواه"[١].

اما موقف القضاء فقد خلصت المحاكم الى وقوع انتهاك للنظام العام في الحالات التي توصلت فيها الى مصادرة حق أي من الاطراف في الاستماع اليه. فعلى سبيل المثال اكدت محكمة النقض المصرية في حكم حديث لها على ضرورة احترام حق الدفاع[٢] ،وجاء في قرار اخر "إن المحكمين ملتزمين بالخضوع لمناقشة وجاهية لكل عناصر المعلومات المستعملة من قبلهم"[٣] .

ثانيا / مراعاة مبدأ المساواة بين الخصوم

نصت غالبية التشريعات الوطنية والدولية على هذا الحق نظرا لأنه يمثل مبدأ أساسيا من مبادئ التقاضي ويعد من المبادئ التي يتم مراعاتها في التحكيم التجاري الداخلي والخارجي وأصبح من المبادئ المتعلقة بالنظام العام و يلتزم به المحكم حتى دون وجود نص بالقانون الواجب التطبيق، سواء من خلال تعلقه بالمسائل الإجرائية أو الموضوعية ونلاحظ أن التشريعات الوطنية على إختلافها تناولت هذا امبدأ ونصت عليه ومنها المشرع العراقي إذ نجد أن قانون المرافعات العراقي في المادة (٢٦٦) قد اكد على حقوق الدفاع واعتبار المساواة من حقوق الدفاع الأساسية والإخلال بها يؤدي بطلان الحكم ، وفيما يخص التحكيم فان هيئة التحكيم اذا لم تساوي بين الطرفين، فان ذلك يكون له حكم التحكي وفق المادة (٢٧٣) مستنداً بأن عدم المساواة مخالفة جوهرية غيرت مسار حكم القضية ، وجاء المشروع العراقي مؤكداً على هذه بتفصيلات أكثر من خلال رفض تنفيذ حكم التحكيم إذا أخل بمبدأ المساواة.

وان المشرع المصري يبدو انه كان حريصاً على ضرورة احترام المحكمة وهيئة التحكيم خصوصا لهذا المبدأ، وما يؤكد هذا التوجه ما نصت عليه المادة(٢٦) من قانون التحكيم المصري بالقول "يعامل طرفا التحكيم على قدم المساواة وتهيأ لكل منهما فرصة متكافئة وكاملة لعرض دعواه".وأن المشرع المصري ذهب في المادة (٣٣) من نفس القانون الى " ١- تعقد هيئة التحكيم جلسات مرافعة لتمكين كل من

(١) وتبنت اتفاقية نيويورك هذه الحالة بنص صريح المادة (٥ / أ /ب) يجوز للطرف المطلوب التنفيذ ضده أن يطلب رفض التنفيذ أو الاعتراف بالحكم إذا أستطاع المحكم ضده أن يقيم الدليل على أنه لم يعلن إعلاناً صحيحاً و كان من المستحيل عليه لسبب آخر أن يقدم دفاعه ، فجاء نص الاتفاقية واضحاً دون الحاجة إلى تفسير النص.

(٢) نقض تجاري ٩٨٠١/٢/٩ مج ١٩٨٠ – ٢٤٦ – ٢٠٠.

(٣) نقلا عن عاطف محمد راشد التحكيم في المنازعات البحرية، دار النهضة، القاهرة، ١٩٩٠م، ص ٦٤٥.

الطرفين من شرح موضوع الدعوى وعرض حججه وأدلته ولها الإكتفاء بتقديم المذكرات والوثائق المكتوبة ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك .٢- ويجب إخطار طرفي التحكيم بمواعيد الجلسات والإجتماعات التي تقرر هيئة التحكيم عقدها قبل التاريخ الذي تعينه لذلك بوقت كاف تقدره هذه الهيئة حسب الظروف . ٣-وتدون خلاصة وقائع كل جلسة تعقدها هيئة التحكيم في محضر تسلم صورة منه إلى كل من الطرفين ما لم يتفقا على غير ذلك .٤- ويكون سماع الشهود والخبراء بدون أداء يعين"[١]،وبالتالي فأن أي مخالفة لهذه الاحكام يعد إنتهاكا للنظام العام يبرر طلب عدم تنفيذ حكم التحكيم، أو عدم الإعتراف به وأبطاله في بعض الأحيان.

وهذا ما أشار اليه المشرع المصري في الفقرة (ج) من المادة(٥٣) الى أن بإمكان الأطراف طلب إبطال حكم التحكيم إذا " إذا تعذر على أحد طرفي التحكيم تقديم دفاعه بسبب عدم إعلانه إعلاناً صحيحاً بتعيين محكم أو بإجراءات التحكيم أو لأي سبب آخر خارج عن إرادته".

أما المشرع اللبناني فقد أعطى حق طلب أبطال حكم التحكيم أذا لم تراعى حقوق الأطراف في الخصومة وهذا ما أكدته المادة (٨٨٠) والتي نصت على "إذا كان الخصوم قد عدلوا عن الاستئناف أو لم يحتفظوا صراحة بحق الاستئناف كما هو مبين في المادة السابقة يبقى ممكنا لهم الطعن في القرار الصادر عن المحكمين بطريق الإبطال بالرغم من أي اتفاق مخالف.لا يكون الطعن بطريق الإبطال جائز إلا في الحالات الآتية :...٤- صدور القرار بدون مراعاة حق الدفاع للخصوم".وفي إطار التحكيم التجاري الدولي نجد المشرع اللبناني أوجب في المادة (٨١٧)أنه"لا يكون استئناف القرار الذي يمنح الاعتراف أو الصيغة التنفيذية جائزاً إلا في الحالات الآتية :..٤- صدور القرار بدون مراعاة حق الدفاع للخصوم".مما يعكس أهمية وحرص المشرع على ضرورة مراعاة حق الخصوم في المحاكمة التحكيمية وإعتباره من النظام العام .

(١) ومن ناحية الدولية فقد أكدت الاتفاقيات الدولية هي الاخرى على احترام حق الدفاع والمساواة بين أطراف النزاع ومخالفته تعده مانعاً من التنفيذ كاتفاقية نيويورك المادة (٥/د) ، وقواعد الأونسترال المادة (١٨) . وجاءت في في إجراءات تسوية المنازعات الدولية ٢٠١٤ وفق المادة (٢٠) مؤكدة على مراعاة القواعد من قبل هيئة التحكيم . لمزيد من التفصيل أنظر، احمد بشير حسين بطلان حكم التحكيم ومدى رقابة محكمة النقض، ط ١، مكتبة النهضة، القاهرة، ٢٠٠٩، ص ٢٢٨.

كما أن الفقرة (د) من المادة (١٨) من قانون تنفيذ القرارات التحكيمية الأجنبية نصت على أن من أسباب عدم جواز الاعتراف بالقرار التحكيمي الأجنبي ولا أعطاءه الصيغة التنفيذية إذا اثبت المحكوم عليه عدم تبليغ إجراءات المحاكمة التحكيمية إليه أو عدم تمكينه من الدفاع عن حقوقه، وذلك لتعلقه بالنظام العام .

الخاتمة

وبعد الإنتهاء من إستعراض بحثنا الموسوم " شروط وإلتزامات المحكم وتعلقها بالنظام العام"، فقد توصلنا الى مجموعة من النتائج والتوصيات ،إذ وجدنا أن المحكم يلعب دور القاضي ويمارس ذات الأختصاص الذي يمارسه بإتفاق الأطراف على سلب الأختصاص من القاضي التقليدي ومنحه للمحكم ، وهذا الأمر يعكس مقدار المسؤولية التي ينهض بها المحكم والتي تتطلب إبتداءا أن يكون المحكم كامل الأهلية وغيرممنوع قانونا من ممارسة التحكيم ، كما يجب أن يكون محايدا مع جميع الأطراف فلا يميل لخصم دون الآخر ، كذلك يجب أن يكون مستقلا غير تابع تبعية مادية أو معنوية أو فكرية لأي طرف من أطراف النزاع وبعكس ذلك فأن عدم حياد المحكم وعدم إستقلاله أو كونه ناقص الأهلية يمثل إنتهاكا لنصوص قانونية آمرة وبالتالي لا يمكن الإعتداد بالقرار التحكيمي الصادر لمساسه بالنظام العام .

كذلك ينبغي على المحكم أن يقوم بتأدية الإلتزامات التي يفرضها القانون عليه بإعتباره قاضا خاصا للمنازعة ويجب عليه مراعاة حقوق أطراف النزاع فيما يتعلق بمراعاة مبادئ التقاضي الأساسية وكذلك المحافظة على السرية في التحكيم والحرص على سرعة الفصل في النزاع المعروض.

وأن المشرع العراقي عالج هذه الأحكام في مجملها في قانون المرافعات العراقي ولكن قدم هذا القانون جعله غير مواكب لتطورات التحكيم التجاري الدولية وما يفرضه تنفيذ الحكم التجاري الدولي من ضرورة مراعاة القواعد القانونية الداخلية لإحتياجات التحكيم التجاري الدولي ولذا نقترح على المشرع العراقي الأسراع بإقرار مشروع قانون التحكيم العراقي والمعد منذ ٢٠١١ ، أو أن يتم تعديل قانون المرافعات الحالي بالطريقة التي تسد ما يعتريه من نقص قواعد تنظم مسألة توافر الشروط الخاصة بالمحكم وإلزامية قيامه بواجباته وما يترتب على مخالفتها وعلاقة ذلك بالنظام العام .

المصادر

أولا / الكتب

١. احمد بشير حسين بطلان حكم التحكيم ومدى رقابة محكمة النقض، ط ١، مكتبة النهضة، القاهرة، ٢٠٠٩.
٢. أسامة روبي عبدالعزيز الروبي، ضوابط تشكيل هيئة التحكيم واختيار المحكمين في منازعات عقود التشييد الهندسي، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٩
٣. شمس مرعي،التحكيم في منازعات المشروع العام ، دون طبعة،دار النهضة العربية،القاهرة ،١٩٧٦.
٤. عاطف محمد راشد التحكيم في المنازعات البحرية، دار النهضة، القاهرة، ١٩٩٠م.

ثانيا / الرسائل والأطاريح

١. أشرف عبد العليم الرفاعي، النظام العام والتحكيم في العلاقات الدولية الخاصة رسالة دكتوراه جامعة عين شمس، ١٩٩٦م
٢. الطيب عبدالله شرف الدين ، النظام العام وأثره على التحكيم ،بحث مقدم لنيل درجة الدكتوراه في القانون المدني ،مقدم الى جامعة النياين ،السودان ،٢٠١٧
٣. عيسى بادي سالم الطراونة ، دور المحكم في خصومة التحكيم رسالة ماجستير مقدمة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص ، قسم القانون الخاص كلية الحقوق جامعة الشرق الأوسط ، ٢٠١١
٤. فريد حنين جاسم ، القانون الواجب التطبيق على الفسخ الجزئي في عقود التجارة الدولية ، اطروحة مقدمة إلى مجلس كلية القانون – جامعة كربلاء وهي جزء من متطلبات نيل درجة الدكتوراه في فلسفة القانون الخاص ، ٢٠٢٢ .
٥. ياسمين خيري يوسف، أثر النظام العام على اتفاق التحكيم في القانون العراقي دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأدنى كلية الدراسات العليا في العلوم الاجتماعية برنامج القانون، ٢٠١٩.

ثالثا / المقالات والبحوث والدراسات

١. عبد المنعم محمد قبيصى محمد ، تشكيل هيئة التحكيم دراسة تحليلية مقارنة ، بحث منشور في مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية كلية الحقوق – جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٩ المجلد الثاني .

٢. حسن علوان لفته و حسين جبار لازم ،المركز القانوني لمراكز التحكيم في العراق "دراسة مقارنة"،بحث منشور في مجلة ميسان للدراسات القانونية المقارنة، العدد (الثامن) المجلد(١)، يوليو،٢٠٢٣

٣. مرتضى جمعة عاشور، عماد حسن سلمان، حياد المحكم التجاري الدولي، مجلة القادسية العدد الأول المجلد الخامس ،٢٠١٢.

٤. مرتضى عبدالله خيري ، التحكيم التجاري الدولي بين السرية والشفافية، بحث منشور في مجلة الإجتهاد القضائي ، المجلد ٢١ – العدد ١٢ – مارس ٢٠١٩

رابعا / المواقع الألكترونية

١. خالد أحمد عثمان ، مقال منشور على الشبكة العنكبوتية على الرابط الإلكتروني
https://www.aleqt.com/2012/04/08/article_644573.html

٢. قرار محكمة النقض المصرية منشور على الموقع على الرابط التالي
https://www.elbalad.news/5234154

٣. نادر شافي ، المفهوم القانوني للتحكيم ومبرراته واحكامه ، مقال منشور على الشبكة العنكبوتية على الرابط
https://www.lebarmy.gov.lb/ar/content/%D8%A7%D9%84%D9%85%D9%81%D9%87%D9%88%D9%85-%D8%A7%D9%84%D9%82%D8%A7%D9%86%D9%88%D9%86%D9%8A-%D9%84%D9%84%D8%AA%D8%AD%D9%83%D9%8A%D9%80%D9%80%D9%80%D9%85-%D9%88%D9%85%D8%A8%D9%80%D9%80%D8%B1%D8%B1%D8%A7%

D8%AA%D9%87-

%D9%88%D8%A3%D8%AD%D9%83%D8%A7%D9%85%D9%87

رابعا / القوانين والأنظمة والتعليمات

١. القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة (١٩٥١)المعدل .

٢. قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم ١٣ لسنة (١٩٦٨).

٣. قانون المرافعات العراقي رقم ٨٣ لسنة (١٩٦٩)المعدل .

٤. قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي رقم٣٨ لسنة (١٩٨٠).

٥. قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني تاريخ بدء العمل (16/09/1983).

٦. قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة (١٩٩٤).

٧. قانون تعديل قانون التحكيم الفرنسي رقم ٤٨ لسنة (٢٠١١)

Sources and references

1. .Ahmed Bashir Hussein, The Invalidity of Arbitration Awards and the Extent of Oversight by the Court of Cassation, 1st ed., Al-Nahda Library, Cairo, 2009.
2. .Atef Mohamed Rashed, Arbitration in Maritime Disputes, Dar Al-Nahda, Cairo, 1990.
3. .Osama Ruby Abdel Aziz Al-Ruby, Controls for the Formation of the Arbitration Panel and the Selection of Arbitrators in Engineering Construction Contract Disputes, Dar Al-Nahda Al-Arabiya, 2009.
4. .Shams Mar'i, Arbitration in Public Project Disputes, no edition, Dar Al-Nahda Al-Arabiya, Cairo, 1976.