المحكم التجاري الدولي

(دراسة مقارنة)

الأستاذ

مصطفى ناطق صالح مطلوب الناصري

مدرس القانون التجاري

كلية الحقوق - جامعة الموصل

المُحكم التجاري الدولي

International Commercial Arbitrator

الاستاذ

مصطفى ناطق صالح مطلوب

مدرس القانون التجاري

وحاليا دكتور استاذ مساعد

طبع الكتاب ونشر من قبل المكتب الجامعي الحديث بالإسكندرية –جمهورية مصر العربية/ ٢٠١٣

سيرة ذاتية

دكتور استاذ مساعد: مصطفى ناطق صالح مطلوب الناصري

محل وتاريخ الولادة: العراق –بغداد / ٢٥/ نيسان/١٩٨٠.

الحالة الاجتماعية: متزوج.

عضو الهيئة التدريسية بفرع القانون الخاص/ كلية الحقوق –جامعة الموصل منذ عام٢٠٠٦.

التحصيل الدراسي للمؤلف:

١–بكالوريوس قانون من جامعة الموصل كلية الحقوق ٢٠٠٢م.

٢–ماجستير في القانون الخاص–القانون التجاري من جامعة الموصل كلية الحقوق ٢٠٠٥م.

٣–متخصص ومتابع لنظام التحكيم التجاري وتطوراته محليا و إقليميا ودوليا.

٤–دكتوراه قانون خاص –قانون تجاري ٢٠١٧ .

اللقب العلمي:

١–مدرس مساعد منذ ٢٠٠٦/١/٤م ولغاية عام ٢٠١٠.

٢–مدرس منذ عام ٢٠١٠ ولغاية تشرين الثاني .٢٠١٣

٣–أستاذ مساعد منذ ٢٠١٣.

النشاطات العلمية للمؤلف:

١–نشر وقبول للنشر لعدة بحوث في الشركات والتحكيم التجاري والمصارف الاسلامية في المجلات العلمية والمحكمة في الجمهورية العراقية.

٢–تأليف ونشر عدة مؤلفات في تخصص القانون التجاري وهي:

أ–المحكم التجاري الدولي دراسة مقارنة. ٢٠١٣.

ب–الصناديق الاستثمارية وحجيتها في الإثبات/ دراسة تحليلية مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي. ٢٠١٥

ج–صناديق الاستثمار مفهومها وأحكامها ووسائل إثباتها.٢٠١٦

د- التطورات الحديثة في التحكيم التجاري/ دراسات قانونية ومعمقة في نظام التحكيم. ٢٠١٦.

المواد الدراسية التي كلف بتدريسها:

١-كلية الحقوق: مادة تاريخ القانون وشريعة حمورابي/ مادة القانون التجاري وقانون الشركات/ مادة اصول البحث/ مادة الأوراق التجارية/ محاضرات مادة الطب العدلي القيت على (طلبة مقاصة علمية). وللدراستين الصباحية والمسائية.

٢-المعهد التقني -نينوى/ قسم الادارة القانونية: مادة اصول المحاكمات الجزائية/ مادة المرافعات المدنية/ مادة المدخل لدراسة القانون/ مادة العقود المدنية/ مادة حقوق الانسان/ مادة الديمقراطية/ وللدراستين الصباحية والمسائية.

٣-كلية علوم الحاسوب والرياضيات-جامعة الموصل: اقسام: الاحصاء، والرياضيات، مادة حقوق الانسان ومادة الديمقراطية.

٤-كلية الإدارة والاقتصاد جامعة الموصل/ مادة مصادر الالتزام والقانون التجاري والشركات والاوراق التجارية

وسائل الاتصال:

هاتف: ٠٠٩٦٤٧٧٠٣٠٨٥٩٣٨

الايميل: mustlab2000@yahoo.com

المستخلص

إن نظام التحكيم من الأنظمة الأساسية والمهمة في الفترة السابقة والحالية، كونه يعد أول نظام خاص لحسم المنازعات ظهر إلى الوجود، ويعد الان مساويا للقضاء في أهميته وانتشاره وخاصة في إطار التجارة الدولية، والتي يبتعد طرفاها عن قضاء الدولة العادي إلى جهة اختيارية يتم اختيار أشخاصها بمعرفة طرفي النزاع.

وجاءت هذه الرسالة لتبحث في موضوع المُحَكّم كونه أحد أهم الركائز في عملية التحكيم بشكل عام، واليه يلجأ في حسم النزاعات، لذا فان هذا المحكم هو شخص طبيعي لابد أن تتوافر فيه كافة الشروط القانونية الملائمة لممارسة التحكيم، وقد يكون واحدا أو اكثر بشرط أن يكون عدد المحكمين عند تعددهم وترا، ويتم اختيارهم من قبل طرفي النزاع أو من جهة أخرى.

وان المُحَكّم له خصوصية يتميز بها عن كل أنظمة حسم النزاعات الأخرى، فهو له استقلالية كبيرة في عمله وان ظهور الاتجاهات المختلفة والتي تبحث عن تحديد طبيعة معينة لعمله واستنادا على مبررات معينة من عقدية أو قضائية أو مختلطة بين الاتجاهين السابقين، لايمكن الأخذ بها؛ لان المُحَكّم له طبيعة مستقلة خاصة به تناسب مهمة التحكيم التي يقوم بها وان مثل هذه الطبيعة الخاصة والمستقلة عن باقي الاتجاهات الأخرى تبرَّرها وجود الهيئات الدائمة للتحكيم.

ان اختيار المُحَكّم قد يكون اختيارا مباشرا من قبل الأطراف عندما يكون هذا التحكيم حرا أو من قبل المؤسسات التحكيمية التي قد تضع جداولاً خاصة بأسماء المحكمين تساعد الأطراف في الاختيار منها دون إلزام، على الرغم من وجود بعض المراكز الأخرى التي تلزم الأطراف على الاختيار من قوائمها عندما يلجأون إلى هذا المركز.

والمُحَكّم عندما يتم اختياره، فلابد قبل بدء الإجراءات أن يحدد مكانا للتحكيم ولغة التحكيم وتسمية القانون الواجب التطبيق على الإجراءات وعلى موضوع النزاع عند عدم اختيار الأطراف لمثل هذه الأمور؛ وذلك لانه في التحكيم يكون لمبدأ سلطان الإرادة مجالا واسعا فيما يخص الأطراف في تحديد تلك الأمور وان كانت مثل هذه الإرادة للأطراف هي آخذةٌ بالانحسار في إطار تحكيم المؤسسات، وعلى المحكم أن يتأكد من وجود اتفاق للتحكيم صحيح وبعد ذلك يعلن المحكم بدء نظر النزاع والاستمرار في الإجراءات ويستلم أدلة الإثبات لغرض حسم النزاع ويحق له بناءا على طلب أحد الأطراف استدعاء الشهود وندب الخبراء ان استلزم الأمر ذلك، ونجد ان عملية التحكيم وفقا لفكرة التحكيم الإليكتروني قد أصبحت اسهل حيث لا يستوجب انتقال أطراف النزاع إلى مكان ما لغرض إجراء التحكيم وكذلك الحال مع حالة استدعاء الشهود

وندب الخبراء، فكل هذه الأمور تيسرت من خلال التعامل مع أجهزة الحاسب الآلي وعن طريق برامج الفيديو الملحقة مع جهاز الحاسب الآلي والتي تنقل الصورة والصوت بشكل مباشر وبكل دقة ووضوح من أي مكان في العالم مما أدى إلى تسهيل مهمة المُحَكّم في حسم النزاع بأقل التكاليف ودون إهدار الكثير من الوقت.

ومن الممكن أن يتخذ المُحَكّم إجراءات وقتية للحفاظ على حقوق المتنازعين لحين الفصل في النزاع إذا كان تأخير حسم النزاع يؤثر عليها مع إن بعض التشريعات تعطي مثل هذا الاختصاص للقضاء العادي والبعض الآخر يجعل منه اختصاصا مشتركا بين المحكم والقضاء.

والمحكم له حقوق وعليه واجبات، فاختيار المحكم لمهمة التحكيم يجب ان لا تشوبه أي شائبة تتمثل في عدم رضائه وبالتالي لابد من استحصال موافقته على ذلك، ويثبت له الحق في الأجر والحصول على مصاريف التحكيم التي أنفقها، ويحق له أن يطلب التمتع بالحماية والتي تتمثل بحصانة مناسبة تلائم مكانته والمهمة التي يقوم بها.

وعلى المحكم واجبات لابد أن يلتزم بها كواجبه في احترام حقوق الدفاع للطرفين واحترام مبدا المواجهة كذلك والحفاظ على السرية والتي تشتمل على تلك المعلومات و الوثائق التي تعرض عليه وتحتوي على خصوصيات معينة للطرفين مثلا والحفاظ على أسرار الخصوم التجارية، وعليه واجب الالتزام بالحياد والاستقلال مع الطرفين عند حسمه للنزاع لكي يصدر حكما عادلا للطرفين.

وتنتهي مهمة المحكم بشكلها الطبيعي بإصدار القرار(الحكم) التحكيمي، ومع ذلك قد تنتهي بِردَّهِ أو عزلِهِ أو اعتزالِهِ، وتنتهي كذلك بعدم إصدار حكم في موضوع النزاع.

(ABSTRACT)

The arbitration system is considered as one of the essential and important ones in the past as well as in the present time.

It is also considered, as special system for setting all disputes for the time being its importance is not less than that of justice especially in the field of commercial trade.

The parties move from the justice of the state in order to choose another establishment with its personality who must be known to both parties in conflict.

This thesis studies the problem of the arbitrator as a person a dressed to settle any conflict, This person is considered as a natural person because he meets all the suitable, required and legal conditions to practice his function.

The arbitrator might be one person or more but their number must always be impair, and chosen by the two parties in question.

The arbitrator has some important characteristics, he enjoys a full independence in his work.

The appearance any different aspect will not be taken into consideration, this trait is suitable for the task of arbitration and what justifies this aspect is the existence of permanent arbitration commissions.

The choice of arbitrator can be direct by the parties themselves when the arbitration is free or by the arbitrary establishments which prepare lists containing the names of arbitrators, this will parties choose from them without any engagement.

When the arbitrator is chosen, the place of arbitration its language and applicable law must be determined before they begin the procedures.

In fact, the parties play an important role their will is essential to determine these affairs, the arbitrator in his turn should be certain of the agreement between the parties, then he will begin his procedures with all the necessary evidences and the witnesses in order to settle the dispute.

On the other hand, the electronic arbitration becomes easier, in this way, there will be no need to bring the parties and the witnesses.

All these affairs will be managed by the computer and the audio-visual aids, this will facilitate the task of the arbitrator.

It is possible that the arbitrator takes provisional measures to protect the rights of the parties and the decisive settlement comes later, it should be mentioned that the arbitrator has some engagements such as the respect of the right of the parties and the secrecy of the information and the documents, of course, the task of the arbitrator comes to an end with the arbitration judgement and it might be ended by his refusal or revocation or resignation or in case of not pronouncing his sentence a bout the subject of the conflict.

المحتويات

الموضوع	الصفحة من	الصفحة إلى
المستخلص.		
المقدمة.	١	٤
المبحث التمهيدي: تطور عمل المحكم عبر التاريخ.	٥	١٣
الفصل الأول: التعريف بالمحكم التجاري الدولي.	١٤	٤٩
المبحث الأول: تعريف المحكم التجاري الدولي وتمييزه من غيره.	١٦	٣١
المطلب الأول: تعريف المحكم التجاري الدولي.	١٦	٢١
المطلب الثاني: تمييز المحكم من غيره.	٢١	٣١
الفرع الأول: تمييز المحكم من القاضي.	٢٢	٢٣
الفرع الثاني: تمييز المحكم من الخبير.	٢٣	٢٥
الفرع الثالث: تمييز المحكم من الوكيل.	٢٦	٢٧
الفرع الرابع: تمييز المحكم من المصالح.	٢٧	٢٩
الفرع الخامس: تمييز المحكم من الوسيط.	٢٩	٣٠
الفرع السادس: تمييز المحكم من الموفق.	٣٠	٣١
المبحث الثاني: أنواع المحكمين وطبيعة عمل المحكم	٣٢	٤٨
المطلب الأول: أنواع المحكمين.	٣٣	٤٠
الفرع الأول: المحكم بالقضاء.	٣٣	٣٤
الفرع الثاني: المحكم بالصلح.	٣٤	٣٩
الفرع الثالث:المحكم الوطني والأجنبي والدولي.	٣٩	٣٩
الفرع الرابع:المحكم الحر والمحكم المؤسسي.	٣٩	٤٠
الفرع الخامس: أنواع أخرى من المحكمين.	٤٠	٤٠
المطلب الثاني: طبيعة عمل المحكم.	٤١	٤٨

الفرع الأول: الطبيعة العقدية.	٤١	٤٣
الفرع الثاني: الطبيعة القضائية.	٤٣	٤٥
الفرع الثالث: الطبيعة المختلطة.	٤٥	٤٧
الفرع الرابع: الطبيعة المستقلة.	٤٧	٤٨
الفصل الثاني: اختيار المحكم واختصاصاته.	٤٩	١٠٥
المبحث الأول: اختيار المحكم.	٥٠	٦٨
المطلب الأول: اختيار المحكم في التحكيم الخاص (الحر).	٥٠	٦١
المطلب الثاني: اختيار المحكم في التحكيم المنظم (المؤسسي).	٦١	٦٨
المبحث الثاني: اختصاصات المحكم.	٦٩	١٠٥
المطلب الأول: اختصاصات المحكم قبل السير بالإجراءات التحكيمية.	٦٩	٨٣
الفرع الأول: اختصاصه بالبت في وجود اتفاق التحكيم وصحته.	٦٩	٧٧
الفرع الثاني: اختصاصه في تحديد مكان التحكيم.	٧٨	٨١
الفرع الثالث: اختصاصه في تحديد لغة التحكيم.	٨١	٨٣
المطلب الثاني: اختصاص المحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق.	٨٣	٩٠
الفرع الأول: اختصاصه في تحديد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات.	٨٣	٨٥
الفرع الثاني: اختصاصه في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.	٨٥	٩٠
المطلب الثالث: اختصاصات المحكم عند السير بالإجراءات.	٩٠	١٠٥
الفرع الأول: بدء الإجراءات.	٩٠	٩٤
الفرع الثاني: جلسات التحكيم وأدلة الإثبات.	٩٤	١٠١
الفرع الثالث: الإجراءات الوقتية والتحفظية.	١٠١	١٠٥
الفصل الثالث: حقوق المحكم والتزاماته وانتهاء مهمته.	١٠٦	١٦١
المبحث الأول: حقوق المحكم وواجباته.	١٠٨	١٣١
المطلب الأول: حقوق المحكم.	١٠٨	١٢٠

الموضوع	الصفحة	
	من	إلى
الفرع الأول: حقه في قبول مهمة التحكيم.	١٠٨	١١٠
الفرع الثاني: حق المحكم في الحصول على الأتعاب ومصاريف التحكيم.	١١٠	١١٤
الفرع الثالث: حقه في التمتع بالحصانة.	١١٤	١٢٠
المطلب الثاني: التزامات المحكم.	١٢١	١٣١
الفرع الأول: التزام المحكم بالحياد والاستقلال تجاه الطرفين.	١٢١	١٢٤
الفرع الثاني: التزام المحكم في احترام حق الدفاع للطرفين.	١٢٤	١٢٨
الفرع الثالث: التزام المحكم بالسرية في التحكيم.	١٢٨	١٣١
المبحث الثاني: انتهاء مهمة المحكم.	١٣٢	١٦١
المطلب الأول: انتهاء مهمة المحكم عند إصدار الحكم المنهي للخصومة.	١٣٢	١٥٠
الفرع الأول: المداولة.	١٣٥	١٣٨
الفرع الثاني: مهلة إصدار القرار (الحكم) التحكيمي	١٣٩	١٤١
الفرع الثالث: محتويات القرار (الحكم) التحكيمي.	١٤١	١٤٥
الفرع الرابع: صدور القرار (الحكم) وإيداعه.	١٤٥	١٤٩
المطلب الثاني: انتهاء مهمة المحكم بغير إصدار القرار (الحكم) التحكيمي.	١٤٩	١٥٨
الفرع الأول: انتهاء مهمة المحكم بالرد والعزل.	١٤٩	١٥٧
الفرع الثاني: انتهاء مهمة المحكم بأسباب أخرى.	١٥٧	١٥٩
الخاتمة.	١٦٠	١٦٣
قائمة المصادر.	١٦٤	١٨٠
المستخلص باللغة الإنكليزية.	B	A

المقدمة

المقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على خير خلق الله (محمدا) وعلى اله وصحبه وسلم. وبعد،

أولا:التعريف بموضوع البحث وأهميته:

يعد المحكم طرفا مهما في عملية التحكيم، وان هذا البحث ينصب على التركيز عليه بشكل واسع لكي يتم فهم أدواره التي يضطلع بها في عملية حسم النزاع بين أطرافه.

المُحَكِّم شخص طبيعي واحد أو اكثر يتم تفويضه او تفويضهم من قبل أطراف النزاع لغرض حسم نزاع معين بموجب إصدار قرار حاسم ونهائي في الخصومة، وان هذا المحكم لابد أن تتوافر فيه شروط معينة تؤهله لكي يمارس مهمة الفصل في النزاع منها شروط قانونية تتعلق بضرورة توافر الأهلية القانونية الكاملة ومنها شروط تتعلق بعدم جواز اختيار من يكون محكما يعمل قاضيا في نفس الوقت وهذا موقف اغلب القوانين.

ويتميز المحكم من غيره من الأنظمة القانونية الأخرى بالكثير من الأمور التي تجعل له خصوصية مستقلة عن تلك الأنظمة وان تشابه معها في بعض الجوانب، وأُختلف كثيرا في تحديد الطبيعة القانونية لعمل المحكم فقيلت عدة نظريات منها عقدية وأخرى قضائية وثالثة مختلطة تجمع بين النظريتين الأوليتين ورابعة ذهبت إلى عدَّ عمل المحكم له استقلالية وخصوصية عن أية تأثيرات أخرى والدليل على ذلك وجود مراكز مستقلة للتحكيم ودائمة في أرجاء العالم.

إن مبدأ سلطان الإرادة له أهمية واسعة في عملية التحكيم عموما، وذلك فيما يخص طرفي النزاع وللمحكم، فلطرفي النزاع حرية واسعة في اختيار محكميهم في التحكيم الحر(الخاص) وتحديد مكان التحكيم واللغة التي ستستخدم لأجراء التحكيم وتحديد القانون او القواعد الواجبة التطبيق على الإجراءات وعلى موضوع النزاع والتي سوف يسير على هداها المحكم أو هيئة التحكيم.

ولإرادة المحكم دورٌ أساسيٌ مكمل اذ تبرز أهمية أرادته عندما يتجاهل الأطراف بعض الأمور الضرورية التي كان من الممكن أن يقوموا باختيارها، فيقوم المحكم بعملية الاختيار هذه وبشكل يتناسب مع تسهيل مهمة حسم النزاع.

وتأتي أهمية هذا الموضوع كذلك من خلال ظهور فكرة التحكيم الإليكتروني والذي حقق مزايا كبيرة على الصعيد التجاري الدولي واعتماده من قبل الكثير من المراكز التحكيمية في حسم

النزاع وظهور الأدلة والبيانات الإليكترونية والتوقيع الإليكتروني الذي عُدّ في بادئ الأمر تحديا كبيرا بشان الاعتراف بمثل هذه الأدلة الحديثة التي تختلف كليا عن الأدلة التقليدية.

ونجد كذلك الاختلاف حول منح المحكم سلطة اتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية ام إنها تمنح إلى القضاء أو على حد تعبير اتجاه أخر منحها اختصاصا مشتركا بين الاثنين.
وتباينت اتجاهات القوانين بشان مسالة منح المحكم سلطة البت في التأكد من وجود اتفاق التحكيم وصحته.

وللمحكم حقوق تجاه طرفي النزاع تتمثل في حقه في القبول وعدم جواز إجباره على مهمة التحكيم وحقه في الحصول على الأجر والنفقات وحقه في توفير الحماية من المسؤولية التي قد يتعسف طرفا النزاع في الأضرار به وتتمثل هذه الحماية بالحصانة المناسبة مع مكانته ومهمته التي يقوم بها، مع إن الدول ذات الاتجاه الانكلوسكسوني هي السباقة في هذا الميدان ويصل الأمر بالحصانة لديها إلى حد إعفاء المحكم حتى لو كان متعمدا في ارتكابه الخطأ ومدت الحصانة كذلك إلى المركز التحكيمي.

وفي مقابل هذه الحقوق يكون على المحكم أن يلتزم بحقوق الأطراف من خلال جملة واجبات منها التزامه بالسرية في التحكيم واعطاء الفرصة الكاملة للطرفين في إبداء دفاعهم واحترام الطرفين والتزامه بواجب الحيادية والاستقلال مع الطرفين عند حسمه للنزاع.

وان انتهاء مهمة المحكم تكون بإصداره للحكم(القرار) التحكيمي الحاسم بشكل نهائي للنزاع، ولكن مع ذلك قد تنتهي مهمة التحكيم بغير إصدار هذا الحكم حيث يمكن رد المحكم من قبل أحد الطرفين أو عزله من قبل طرفي النزاع جميعا أو يقدم المحكم استقالته أو يعتزل، وقد تنتهي مهمته أيضا بغير إصدار حكم وذلك بإنهاء الإجراءات التحكيمية دون التوصل إلى حسم النزاع عن طريق التحكيم.

ثانيا:أسباب اختيار موضوع البحث:

على الرغم من وجود الكثير من الدراسات حول التحكيم التجاري الدولي عموما، إلا أن مثل تلك الدراسات لم تسلط الضوء بشكل مباشر على المحكم وقد حاولنا في بحثنا هذا أن نركز تركيزا مباشرا على هذا الشخص وان نضع له دراسة شاملة ومتكاملة حول دوره في حسم النزاع.

ان موضوعات التحكيم التجاري الدولي بكافة أشكالها تحتاج دائما إلى الكتابة المستمرة فيها؛ ويعود سبب ذلك الى ان موضوع التحكيم بحد ذاته من الموضوعات التي تشهد تطورا متسارعا على فترات قصيرة جدا وكونه من الموضوعات العملية في الوقت الحاضر، وتشهد التشريعات والقواعد الدولية تطورا ملحوظا في البنى القانونية الخاصة بها بين الحين والآخر.

وتأتي أسباب اختيار مثل هذا الموضوع للبحث من أن المشرع العراقي لم يضع نصوصا خاصة للتحكيم التجاري الدولي مما يستوجب علينا إبراز دور القوانين العربية الحديثة وغيرها في

مجال التحكيم التجاري الدولي لغرض الاستفادة منها مستقبلا عند إصدار تشريع عراقي مستقل في التحكيم التجاري الدولي.

ومن الأسباب الأخرى: الاختلاف حول تحديد طبيعة عمل المحكم ومحاولة ضبط هذه الطبيعة القانونية لعمل المحكم، وكذلك ظهور اسلوب التحكيم الاليكتروني ودور المحكم فيه حيث انه يختلف جذريا عن التحكيم التقليدي من حيث استخدامه للحاسب الآلي وأدوات التقنية الحديثة وتوظيفها لغرض حسم النزاع، وكذلك ما تثيره مشكلة الاثبات بموجب السندات والوثائق غير تقليدية(الإليكترونية) ومدى إعطائها حجية قانونية معينة، وان اسلوب التحكيم الإليكتروني اصبح امرا واقعا بموجب إنشاء مواقع خاصة على شبكة الانترنيت لحسم الخلافات ومن بينها نظام التحكيم، وكذلك اعتماد الكثير من المراكز الخاصة بالتحكيم مثل هذا الاسلوب.

ومن الأسباب الأخرى الاختلافات التشريعية والفقهية وحتى القضائية حول الكثير من السلطات الخاصة بالمحكم كسلطة اتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية ومدى تمتع المحكم بسلطة الزام قانونية، والاختلاف حول منحه سلطة البت في اختصاصه من عدمها.

وتاتي اهمية اختيار مثل هذا الموضوع في بيان حق المحكم في التمتع بالحصانة مثله مثل القاضي وموقف التشريعات والفقه والقضاء المختلف بشأنها في الكثير من الجوانب.

ثالثا:منهجية البحث:

اعتمدت في هذا الموضوع أسلوب البحث التحليلي والقانوني المقارن بين عدد من القوانين والقواعد والاتفاقيات الدولية الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي، حيث تمت المقارنة بشكل أساس بين قانون المرافعات العراقي المرقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل مع القانون المصري للتحكيم المرقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ المعدل وقانون المرافعات الفرنسي الصادر في ١٤/أيار/١٩٨١وقواعد الغرفة التجارية الدولية في باريس حسب أخر تعديل عليها والنافذ في ١/كانون الثاني/١٩٩٨ وفضلا عما سبق تمت الاستعانة بعدد من القوانين التي جاءت بنصوص تميزت بها من قوانين التحكيم الأخرى وبيان مواقف القواعد الدولية والاتفاقيات الدولية في التحكيم وما جاءت به من نصوص يخص موضوع البحث، وايراد موقف الفقه والقضاء في الرسالة بقدر الامكان.

رابعا:هيكلية البحث:

تضمنت الرسالة جملة أمور حيث احتوت على مبحث تمهيدي حاولنا فيه التركيز على مراحل تطور عمل المحكم منذ قديم الزمان الى الوقت الراهن، وكذلك تضمنت الرسالة ثلاثة فصول فتوزعت هيكلية البحث بالشكل الآتي:

المبحث التمهيدي: تطور عمل المحكم عبر التاريخ.

الفصل الأول: التعريف بالمحكم التجاري الدولي.

المبحث الأول/ التعريف بالمحكم وتمييزه من غيره.

المبحث الثاني/ أنواع المحكمين وطبيعة عمل المحكم.

الفصل الثاني: اختيار المحكم واختصاصاته.

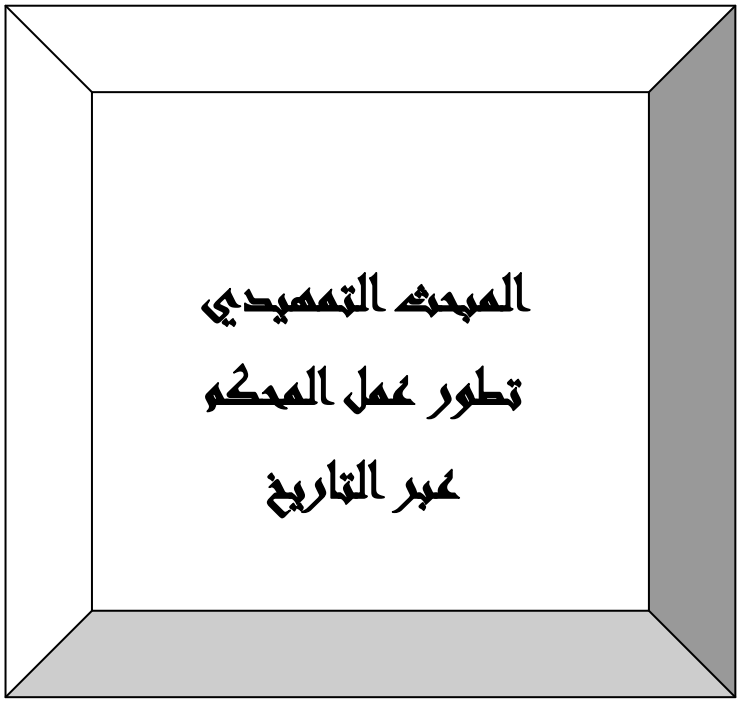
المبحث الأول/ اختيار المحكم.

المبحث الثاني/ اختصاصات المحكم.

الفصل الثالث: حقوق المحكم والتزاماته وانتهاء مهمته.

المبحث الأول/ حقوق المحكم والتزاماته.

المبحث الثاني/ انتهاء مهمة المحكم.


المبحث التمهيدي
تطور عمل المحكم
عبر التاريخ

المبحث التمهيدي
تطور عمل المحكم عبر التاريخ

يعد القضاء في الدولة المدنية الحديثة صاحب السلطان في الفصل في الخصومات بين الأفراد في المجتمع، وهو الأصل إلا أن بروز نظام آخر يزاحم القضاء في حسم تلك المنازعات وللمزايا التي يتمتع بها أدى لشيوع نظام التحكيم اكثر من نظام القضاء ورضا الخصوم به لحسم منازعاتهم وخصوصا تلك التي لها صفة المنازعات التجارية الدولية.

التحكيم هو نظام للقضاء الخاص تقضى به الخصومة ويعهد بها إلى أشخاص يختارون لهذه المهمة[١]فهو طريق استثنائي لفض الخصومات، والتحكيم هذا النظام المهم يباشره أشخاص يسمون بالمحكمين، حيث يتم اختيارهم من قبل أطراف النزاع كونهم يثقون بهم ويطمئنون لحكمهم دون اللجوء للمحكمة المختصة.

ويعد اختيار شخص أو مجموعة أشخاص لحسم النزاعات وسيلة مهمة للوصول إلى حقوق الأفراد بعد ترك نظام القوة والثأر الشخصي الذي كان سائدا في العصور السابقة للوصول إلى نظام جديد وهو نظام التحكيم الذي يعدّ من النظم التي تبناها الإنسان لحسم منازعاته[٢].

وعليه، سوف نبحث تطور عمل المحكم منذ العصور القديمة الى الوقت الحاضر وذلك حسب المطلبين الآتيين:

المطلب الأول:المحكم في العصور القديمة.

المطلب الثاني: المحكم في القرون الوسطى والحديثة.

---

[١] رأي روبير ،مشار إليه لدى:د.محمود الكيلاني،عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا ، من دون طبعة ولا مطبعة،١٩٨٨ ،ص٥٠٢.

[٢] علي حميد عبد الرضا،تنفيذ أحكام هيئات التحكيم الأجنبية، رسالة ماجستير،كلية القانون،جامعة بغداد،كانون الأول ١٩٨٩ ،ص١٠ .

المطلب الأول
المحكم في العصور القديمة

أولاً:المحكم لدى السومريين:

إنّ معرفة بلاد سومر لشخص المحكم تعود للألف الثالث قبل الميلاد، حيث وجدت معاهدة بذلك وكانت مدونة على الفخار واحالت مدينتي لكش وأُوما إلى التحكيم لحل نزاعاتهما والمحكم آنذاك هو أحد ملوك مدينة كيش واسمه(مسيلم)[١] ، وإن اللجوء للمحكم لحسم النزاعات كان سائداً في العراق القديم وكان اكبر الأعضاء سناً في كل مجموعة هو الذي يقوم بالتحكيم ويعد تحكيم المحكمين في تلك البلاد سابقة من السوابق القضائية التي عُدّت فيما بعد إحدى مصادر القانون[٢].

ثانياً:المحكم لدى الإغريق:

عرف الإغريق نظام التحكيم مابين القرنين السادس والرابع قبل الميلاد حيث أملت عليهم حاجة حضارتهم اللجوء إلى اختيار أشخاص كمحكمين في نزاعاتهم التي نشأت بين الدويلات الخاصة بالمدن اليونانية[٣]، وكان لدى الإغريق مجلس دائم للتحكيم وهو الذي انشأ بسبب كثرة القضايا على المحاكم الشعبية لديهم، فقاموا بأختيار أشخاص يثقون بهم كمحكمين لفض المنازعات[٤].

ولقد أطلق اليونانيين على الاتفاق الذي يبرم بين المحكم وأطراف النزاع بأسم(عهدة التحكيم)[٥]وكان يتم اختيار المحكمين في ذلك العهد عن طريق القرعة ومن سجلات المواطنين

---

[١] د.قحطان الدوري،عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي،الطبعة الأولى،مطبعة الخلود،بغداد،١٩٨٥ ،ص٣٦ وينظر أيضاً:كاظم حنتوش،أحكام عقد التحكيم في التشريع العراقي،بحث مقدم للمعهد القضائي في بغداد،تشرين الثاني١٩٩٤ ،ص١٩.

[٢] د.قحطان الدوري،المصدر السابق،ص٣٧.

[٣] مقالة بعنوان:الغرف التجارية مطالبة بسرعة حسم النزاع والحفاظ على السرية، من دون اسم كاتب،منشورة على الشبكة العالمية للمعلومات بتاريخ ٢٠٠٣/١٢/١٩،ص١، وعلى الموقع:
www.alriyadh.com

[٤] القاضي احمد سعيد المومني،التحكيم في التشريع الأردني والمقارن،الجزء الأول، من دون جهة طبعة ولاسنة طبع،ص٢٩.

[٥] علي حميد،مصدر سابق،ص١٠ .

وكانوا يشترطون في المحكم أن يكون قد بلغ الستين من عمره وعرفوا كذلك نظام المحكم الواحد حيث كان يتم اختياره للفصل في النزاع وتحدد أجوره ويصدر حكمه لغرض تنفيذه[١].

ثالثاً:المحكم لدى الرومان:

عرفت روما نظام التحكيم في الفترة الواقعة بين القرنين الثامن والسادس قبل الميلاد[٢]،واقتصر عمل المحكم آنذاك على نزاعات القانون الخاص[٣]،وقد تضمن قانون الألواح الاثني عشر الروماني مبدأ تحكيم العائلة والقبيلة ومعاقبة المحكم الذي يبيع ضميره لاحد المتخاصمين بألاعدام، وان الشرائع الرومانية أوجدت ما يزيد على الخمسة أنواع من المحكمين واعطت الشرائع الرومانية أيضا حرية الخصوم في انتخاب محكمين يكون لحكمهم نفس مفعول الأحكام القضائية[٤]،وان قبول المحكم لمهمة التحكيم كان يطلق عليها اسم(عهدة الحكم) وان قرار المحكم لم يكن ملزماً للأطراف فهم أحرار في قبوله أو رفضه ولكن بعد فترة من الزمن اصبح قراره قطعياً وملزماً للأطراف[٥]، ولقد عرفت روما وظيفة البريتور وهو الحاكم القضائي سنة ٣٦٧قبل الميلاد وكان يقوم بسماع أقوال الخصوم ويرى مدى مطابقتها مع قانون الألواح، وبعد ذلك يحيلهم إلى محكم ليفصل في نزاعهم وكان هناك بعض القضايا في روما يتخصص بها المحكم دون القاضي كدعاوى التركات وتقسيم الأموال الشائعة وغيرها[٦]،وبمرور الزمن وظهور العقيدة الدينية بدأ الشعور باحترام حقوق الآخرين يستغرق ضمير الجماعة، ونتج عن ذلك لجوء الناس لرجال الدين الذين اخذوا وظيفة المحكم وحسم نزاعات الناس سواءاً تعلقت بمال أم اعتداء[٧]، وعُدَّ رجال الدين وسطاء بين الناس حيث اخذ الأفراد ينظرون إليهم وكأن حكمهم هو وحيٌ أو إلهام من الآلهة وكان المحكم الكاهن يُعَدُّ في نظر الجماعات البدائية له القدرة على الاتصال بالآلهة وتلقي الأحكام منها[٨]، وان المجتمع الروماني لم يعرف التحكيم الدولي؛ لانه كان ينكر مبدأ المساواة بين الدول آنذاك[٩].

---

[١] القاضي احمد سعيد،مصدر سابق،ص٢٩و٣٠.

[٢] مقالة: الغرف التجارية مطالبة بسرعة حسم النزاع،سبق الإشارة إليها،ص٢ .

[٣] د.قحطان الدوري،مصدر سابق،ص٣٨.

(4)Roger Perrot,Institutions judiciaires,4edition,montchrstion,paris,1992,p.56.

[٥] د.صبيح مسكوني،القانون الروماني،طبعة ١،مطبعة شفيق،بغداد،١٩٦٨،ص٣٢٨و٣٢٩.

[٦] القاضي احمد سعيد،مصدر سابق،ص٣١ومابعدها.

[٧] د.صوفي حسن أبو طالب،مبادئ تاريخ القانون، من دون مطبعة،١٣٨٤هجرية،ص٧٩ومابعدها.

[٨] د.صاحب عبيد الفتلاوي،تأريخ القانون،طبعة١،دار الثقافة،عمان الأردن،١٩٩٨،ص٣٢و٥٦.

[٩] شعيب احمد سليمان،التحكيم في منازعات تنفيذ الخطة الاقتصادية العامة،دار الرشيد للنشر،بغداد،١٩٨١،ص١٤،وينظر أيضا:كاظم حنتوش،مصدر سابق،ص٢١ .

المطلب الثاني

المحكم في القرون الوسطى والحديثة

سيتم بحث تطور عمل المحكم في الفترة اللاحقة عن فترة المجتمع البدائي وذلك حسب الفرعين الآتيين:

الفرع الأول

المحكم في القرون الوسطى

أولا:المُحَكم لدى العرب قبل الإسلام وفي عصر الإسلام

لقد كان النظام السائد لدى العرب قبل الإسلام هو النظام القبلي، فعلى الرغم من سيادة هذا النظام وعلو مبدأ القوة فقد عرفوا القضاء التحكيمي، وكان ينعقد التحكيم عندهم باتفاق يعين فيه اسم الحَكَمْ أو الحكيم[١]، وكان للعرب محكمين من الذين عُرفوا برجاحة العقل وسعة الإدراك والعدل وفهم طبائع الناس وحسن الرأي[٢]، وان حكام العرب قبل الإسلام إما حُكاماً مُنحوا مواهب ومزايا جعلت الناس يركنون إليهم أو كُهاناً لجأ الناس لهم يستفتونهم في الحكم[٣]، يقول اليعقوبي[٤]: ((كان للعرب حكاماً ترجع إليهم في أمورها وتتحاكم إليهم في مناظراتها ومواريثها ومياهها ودمائها لانهم لم يكن لهم دين يُرجع إلى شرائعه فكانوا يُحكمون أهل الشرف والصدق والأمانة والرئاسة والمجد والتجربة))[٥] .

واشتهر من المحكمين عند العرب قبل الإسلام:((أكثم بن صيفي وغيلان بن سلمة الثقفي و عبد المطلب بن هاشم و أبو طالب بن هاشم))[٦]، ولقد كانت أُصول التحكيم متواضعة، ومع ذلك كان الحكماء يَعدّون سماع الطرفين شرطٌ من شروط الحُكم وان الأصل براءة الذمة وكان الكُهان يقومون بوظيفة المحكم في الجاهلية، فكان العرب يلجأون إليهم والى الأصنام لحل

---

[١] د.صبحي محمصاني،الأوضاع التشريعية في الدول العربية ماضيها وحاضرها،طبعة:٤،دار العلم للملايين،بيروت،١٩٨١،ص٣٣ .

[٢] علي حميد،مصدر سابق،ص١٢،وينظر أيضا:د.قحطان الدوري،مصدر سابق،ص٣٨.

[٣] د.جواد علي،المفصل في تأريخ العرب قبل الإسلام،الجزء ٥،طبعة٢،دار العلم للملايين،بيروت،١٩٧٨،ص٦٣٦.

[٤] اليعقوبي:هو احمد بن أبي يعقوب إسحاق بن جعفر بن وهب بن واضح العباسي،مؤرخ توفيّ سنة ٢٨٤هجرية،نقلاً عن د.قحطان الدوري،مصدر سابق،ص٣٩.

[٥] د.جواد علي،مصدر سابق،ص٦٣٨.

[٦] علي حميد،مصدر سابق،ص١٢ ود.جواد علي،مصدر سابق،ص٦٣٧.

خلافاتهم ومن ذلك الأزلام وهي عبارة عن سهام يستقسمون بها إلى جوار الصنم[١]، ولم يكن يشترط أن يكون المحكم من رؤساء القبائل[٢].

إن المحكم عند العرب في العصر الجاهلي لم يكن لديه قانوناً أو قواعد معينة يسير عليها، ولم يكن معين من جهة ما حيث انه لا يمارس وظيفة رسمية، فيعود اختياره وممارسة مهمته إلى الخصوم[٣]، وكان يفصل شيخ القبيلة كمحكم في النزاعات التي تحصل في قبيلته، أما النزاعات التي تقع بين قبيلتين أو اكثر فكانت تحسم عن طريق شيخ قبيلة أخرى محايدة[٤].

ومن الوقائع المشهورة لدى العرب قبل الإسلام قيام الرسول(صلى الله عليه وسلم)بالتحكيم بين أشراف مكة عند إختلافهم فيمن يرفع الحجر الأسود ويضعه في مكانه بالكعبة المشرفة، حيث حَكَّمَ(عليه الصلاة والسلام)بينهم وحسم النزاع القائم آنذاك[٥]، اما في الشريعة الإسلامية فلقد أخذت بالتحكيم وبدليل قولى تعالى:" وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها ... "[٦] وذلك في التحكيم بين الزوجين عند الخلاف.

وقد وردت احاديث نبوية شريفة واخبار عن الصحابة والتابعين واتباعهم عن وقائع كثيرة جرى فيها التحكيم ومنها على سبيل المثال في عصر الخلافة الراشدة عندما حَكَم الخليفة(علي بن ابي طالب) في واقعة صفين، ويعد ممارسة التحكيم في زمن الخلفاء ومن بعدهم إجماعا على ان التحكيم في الأصل سبيل اتخذ لحل النزاعات بين الخصوم[٧]

ثانياً:المحكم في أوربا في القرون الوسطى

إن الملفت للنظر في نظام التحكيم في أوربا أبان القرون الوسطى هو انتشار وسيطرة نفوذ البابا وبعض الملوك، حيث إن الدول المسيحية آنذاك كانت تحتكم إلى البابا أو الإمبراطور[٨]حيث كانا يتنافسان على السلطة العليا في العالم المسيحي، والملاحظ أيضاً انه كان

---

[١] د.صبحي محمصاني،مصدر سابق،ص٣٤ ود.صاحب عبيد،مصدر سابق،ص٢١٤.

[٢] كاظم حنتوش،مصدر سابق،ص٢١ .

[٣] د.قحطان الدوري،مصدر سابق،ص٣٨ .

[٤] شعيب احمد،مصدر سابق،ص١٤.

[٥] د.قحطان الدوري،مصدر سابق،ص٤٦،والجدير بالذكر إن الشريعة الإسلامية أخذت بالتحكيم بدليل قوله تعالى في سورة النساء الآية/٣٥:"وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها... "وذلك في التحكيم بين الزوجين عند الخلاف.

[٦] سورة النساء، الاية٣٥.

[٧] د.قحطان الدوري، مصدر سابق، ص٤٨وما بعدها.

[٨] د.قحطان الدوري،مصدر سابق،ص٦٥.

يعين أحد رجال القانون في هيئة التحكيم وكان يتبع في اختيار المحكم(مبدأ الاقران)[٩] ، وان هذا المبدأ كان يقوم على اختيار الأمراء المتنازعين حكاماً من بين الأمراء الآخرين وكذلك تحتكم المدن المتنازعة إلى مدن أخرى[١]، ولقد لجأ الأفراد بعد ضعف دور البابا والإمبراطور خلال القرن السادس عشر إلى الاحتكام لدى رئيس الدولة، حسب فكرة الاقران السابقة[٢]، وان الاتجاه للتحكيم بدأ يظهر اكثر في العلاقات الانكلوامريكية حيث كان الأطراف يلجئون إلى حَكَم منفرد حيث كان يقوم بذلك او رئيس الدولة أو فقيهاً معروفاً أو دبلوماسياً أو قاضياً أو اللجوء إلى لجنة مختلطة وظهر هذا النوع من التحكيم في القرن الثامن عشر، ومر هذا النوع من التحكيم بمرحلتين:الأولى:لجنة مختلطة دبلوماسية وتتشكل من عضويين يمثل كل منهما الطرف الذي عينه.أما الثانية: فقد اكتسبت من خلالها اللجنة المختلطة صفة التحكيم بعد أن يتم إضافة عضو أخر أجنبي يكون له القول الفصل في حسم النزاع عند الاختلاف بين الأعضاء الوطنيين، وشهد النصف الثاني من القرن التاسع عشر إدخال الوزراء إلى جانب رئيس الدولة في إعداد قرار التحكيم[٣].

الفرع الثاني

المُحَكّم في العصر الحديث

إن ما يحققه عمل المحكم في إطار التجارة الدولية من مزايا عديدة تتمثل في ان القضايا التجارية الدولية تتطلب سرعة المعاملات وميزة السرية والاقتصاد في النفقات، وان نظام التحكيم يوفر لأطراف النزاع أشخاصاً يختارونهم بإرادتهم بعكس القضاء الذي لادور لارادة الأطراف في اختيار من سينظر في نزاعهم[٤].

وظهرت الكثير من الاتفاقيات الدولية في التحكيم وعالجت كيفية اختيار المحكم والشروط اللازمة فيه وكل هذه الأمور سيتم بيانها في هذه الدراسة بالتفصيل.

وجاءت مراكز التحكيم ومؤسساته المتخصصة لتضع لنفسها لوائح خاصة يجري التحكيم من خلالها متى ما لجأ الخصوم إليها، فالمحكمون يُختارون من قائمة معتمدة لديها

---

[٩] كاظم حنتوش،مصدر سابق،ص٢٢.

[١] د.قحطان الدوري،مصدر سابق،ص٦٦.

[٢] كاظم حنتوش،مصدر سابق،ص٢٢.

[٣] د.قحطان الدوري،مصدر سابق،ص٦٧و٦٩.

[٤] د.فوزي محمد سامي،التحكيم التجاري الدولي، دار الحكمة،بغداد،١٩٩٢،ص١٩.

ويؤدون دورهم في حسم النزاع حسب قواعد المؤسسة التحكيمية التي رضيّ الأطراف في الخضوع لها[٥].

ولقد أفرزت هذه المؤسسات التحكيمية محكمين متخصصين في نوع معين من الأنشطة التجارية كما في الاستثمارات مثلاً كالمركز الدولي لحل المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى[١]، ومنها مؤسسات ذات اختصاص عام كمحكمة التحكيم التابعة للغرفة التجارية الدولية في باريس والتي تأسست عام ١٩١٩م وكذلك محكمة لندن للتحكيم الدولي والتي تأسست عام١٨٩١م، وعلى الصعيد العربي بشأن مؤسسات التحكيم مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي والذي تأسس في عام١٩٧٨ [٢]وغيرها من المؤسسات المختلفة.

وعلى صعيد التشريعات الدولية، فلقد اهتمت هيئة الأمم المتحدة بالمحكم وبطرق اختياره وذلك بإصدارها قواعد اليونسترال الصادرة عن لجنة القانون التجاري الدولي في الأمم المتحدة عام ١٩٧٦م و القانون النموذجي عام ١٩٨٥م والذي يعد نموذجاً يمكن للدول أن تستعين به لغرض إصدار تشريعات خاصة في التحكيم[٣]، ونجد إن عمل المحكم اخذ بالتطور اكثر فأكثر والى مدى أوسع مما كان عليه سابقاً، حيث إن المحكم بدأ يعمل على الحواسيب وعبر فضاء الانترنيت وتيسرت الكثير من الأدوات لخدمة عمله وبدعم التشريعات والقواعد الدولية الخاصة بالانترنيت لاعطاء حجية قانونية لِما يصدر من قرارات وإجراءات في إطار التحكيم الإليكتروني، وان مهمة المحكم حالياً أصبحت تتم عبر الانترنيت والبريد الإليكتروني أو بما يسمى(E-mail) وعن طريق ربط مجموعة حوا سيب مع بعضها البعض لممارسة الإجراءات التحكيمية بين المحكم وأطراف النزاع، فحالياً مهمة المحكم وبهذا الأسلوب أصبحت يسيرة اكثر من التحكيم التقليدي، ونجد التشجيع الكبير في دول الغرب لاستحداث مواقع إليكترونية على الشبكة الدولية للانترنيت لحسم النزاعات عن طريق التحكيم[٤] وكما سيتم بيانه في هذه الدراسة فيما بعد.

---

[٥] نجدت صبري عقراوي،التحكيم في منازعات التجارة الدولية،مجلة النفط والتنمية،السنة ١٣،العدد: ١،كانون الثاني وشباط،١٩٨٨،ص١٤٢.

[١] د.محمود كيلاني،مصدر سابق،ص٥١٩.

[٢] مدحت مرعبي،التحكيم التجاري،مقالة منشورة بتاريخ ٢٠٠٣/٥/٢٥،ص٢،على الشبكة العالمية للمعلومات وعلى الموقع:

www.mohamoon.com/montada/

[٣] د.حمزة حداد،التحكيم كوسيلة بديلة لفض المنازعات التجارية،ورقة عمل مقدمة لندوة (محامو المستقبل)في عَمان –الأردن عام ١٩٩٨م،ص٢،منشورة على الموقع:

www.lac.com

[٤] كموقع(Cyber Settle)والذي موقعه:

وتقوم معظم الدول العربية بإصدار قوانين خاصة للتجارة الإليكترونية، والتي تعد بحق الآن هي عصب الحياة؛ وذلك للتعامل عبر الانترنيت في كل شيء وإضفاء طابع المشروعية القانونية على عمل الأفراد في ذلك.

اما في العراق فقد عالجت مجلة الأحكام العدلية موضوع التحكيم والمحكم بالمواد من(١٨٤١-١٨٥١) ونظم أصول المرافعات المدنية والتجارية العراقي الملغى المرقم ٨٨لسنة١٩٥٦ ذلك ايضا، وكذلك الحال مع قانون المرافعات العراقي النافذ المرقم ٨٣ لسنة١٩٦٩ بالمواد من(٢٥١-٢٧٦).

www.cyber settle.com

الفصل الأول

التعريف بالمحكم التجاري الدولي

الفصل الأول
التعريف بالمحكم التجاري الدولي

ان البحث والدراسة في أي موضوع مهما كان الاختصاص يتوجب على الباحث فيه ان يلم بالجوانب الأساسية المحيطة بهذا الموضوع بادئ ذي بدء، ويعطي توضيحاً دقيقاً حوله ليتسنى لقارئ الموضوع ان يتعرف في بداية الأمر على التعريف بهذا الموضوع، وكل الجوانب التي تحيط به وتتعلق فيه.

لذا فان موضوع الدراسة هذه ينصب على المحكم التجاري الدولي فلابد إذن من أن نحدد معنى المحُكِم او الحَكَمْ ومتى يكون المحكم تجاري دولي وهل هناك نوع واحد ام عدة أنواع من المحكمين؟

وان هناك عدة اشخاص وانظمة قانونية قد تلتبس مع المحكم وهي تتشابه معه في قطع دابر الخصومات والوصول الى التسويات بين طرفي الخصومة، فلابد ان نحدد الحد الفاصل بين تلك الانظمة واشخاصها مع نظام التحكيم والمحكم، واخيراً سوف يبحث هذا الفصل مسألة بالغة الخطورة والأهمية ويترتب عليها الكثير من النتائج وهي مسألة طبيعة عمل المحكم وبأي وصف يمكن إدراجها، ومما سبق سيتم معالجة هذه المسائل في هذا الفصل حسب التقسيم الآتي:

المبحث الأول: تعريف المحكم التجاري الدولي وتمييزه من غيره.

المبحث الثاني: أنواع المحكمين وطبيعة عمل المحكم.

المبحث الأول

تعريف المحكم التجاري الدولي وتمييزه من غيره

إن هذا المبحث سيشكل مدخلاً أساسيا للموضوع وسيتم بيان التعريف اللغوي والاصطلاحي والقانوني والفقهي والقضائي للمحكم ومتى يمكن ان يكون المحكم تجاري و دولي، وتحديد الحد الذي يتميز به المحكم من غيره من الأشخاص الذين يمارسون مهمة الفصل في النزاع وحسب المطلبين الآتيين:

المطلب الأول

تعريف المحكم التجاري الدولي

لتحديد معنى المحَكِّمْ يتوجب علينا بيان التعريف اللغوي والاصطلاحي والفقهي والقانوني والقضائي، ومن ثم نحدد متى يكون المحكم تجاري دولي.

الحَكَمْ أو المحكِم(بفتح الكاف وكسرها)لغة:المنصف من نفسه، ورجل مُحكَم :هو الشيخ المنسوب للحكمة[١]

والحَكَمُ جمعها(حُكام):وهو منفذ الحكم والقاضي[٢]، ومن اسماء الله الحسنى وصفاته فهو (الحكم والحاكم) لقوله تعالى:" أفغير الله ابتغي حَكَماً "وكذلك هو الرجل المسن، والحكمان هما:ابو موسى الاشعري وعَمرو بن العاص[٣]، والحكم أيضا:هو من يُختار للفصل بين المتنازعين، لقوله تعالى:" وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها إن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما"[٤].

والحكم(بتشديد الكاف مع الفتح):هو من يفوض اليه الحكم[٥]، والحَكَم(بفتحتين):الحاكم وحكمه في ماله(تحكيما):أي اذا جعل اليه الحكم فيه، (فاحتكم)عليه في ذلك، واحتكموا إلى

---

[١] ابن منظور :جمال الدين محمد بن مكرم، لسان العرب، الجزء ١٢، دار صادر،بيروت،١٩٦٨،ص١٤٠.

[٢] احمد رضا،معجم متن اللغة،المجلد الثاني،الجزء ٥، دار مكتبة الحياة،بيروت،١٩٥٨،ص١٤٠.

[٣] عبد الله البستاني اللبناني،معجم البستان(معجم لغوي)، المطبعة الاميركانية،بيروت،١٩٢٧،ص٥٥٩.

[٤] إبراهيم مصطفى،المعجم الوسيط،الجزء ٢، اشرف على طبعه:عبد السلام هارون،مطبعة مصر،١٩٦٠،ص١٨٩.

[٥] مقالة حول تعريف المحكم، نشرة تحكيم لحل الخلافات التجارية، شباط٢٠٠٣، ص١،منشورة على الشبكة العالمية للمعلومات وعلى الموقع:
www.tahkeem.com

الحاكم:أي تخاصموا اليه وجعلوه حكما بينهم وتحاكموا اليه أي احتكموا[١]،والمحكمون:هم الذين حُكموا في امر، وهم في الحديث:"الذين خُيروا بين القتل على الإيمان أو الارتداد، فاختاروا القتل"[٢].

ولقد قالت العرب:حَكَمْتُ واَحْكَمْتُ وحَكَّمْتُ:أي رددت ومنعت ومن هذا قيل للحاكم بين الناس حَكَمْ؛ لانه يمنع الظالم عن الظلم[٣]، وقال النخعي (رحمه الله):"حَكِّمْ اليتيم كما تحكم ولدك:أي امنعه من الفساد[٤]، وحكموه بينهم: أي امروه ان يحكم ويقال:حَكَّمنا فلانا فيما بيننا:أي اجزنا حكمه بيننا وحَكَّمتُ فلانا:أي اطلقت يده فيما شاء[٥].

اما التعريف الاصطلاحي للمحكم فهو:((من يعهد اليه الفصل في النزاع المطروح على التحكيم))[٦].

اما عن موقف القوانين من ايراد تعريف خاص بالمحكم، فنجد ان اغلب التشريعات لم تضع تعريفا محددا للمحكم بشكل مستقل، ومن بينها قانون المرافعات العراقي[٧] ونرى بشكل جلي أن غالبية التشريعات وضعت تعريف المحكم عند تعريفها لنظام التحكيم[٨].

ومع ذلك نجد أن القانون الفلسطيني للتحكيم المرقم ٣ لسنة ٢٠٠٠ قد وضع تعريفا مستقلا للمحكم حيث عرفه في المادة الأولى على انه:((المحكم هو الشخص الطبيعي الذي يتولى مهمة التحكيم))، واشارت مجلة الأحكام العدلية في المادة(١٧٩٠)إلى المحكم حيث عدّته: ((الحاكم الذي يتخذه الخصمان برضاهما لفصل خصوماتهما ودعواهما)) [٩]، اما عن موقف

---

[١] احمد رضا،مصدر سابق،ص١٤٠ و محمد بن أبو بكر الرازي،مختار الصحاح،ترتيب:محمود خاطر،مطبعة دار المعارف،مصر،١٩٧٣،ص١٤٨.

[٢] احمد رضا،مصدر سابق،ص١٤٠وابن منظور،مصدر سابق،ص١٤٠.

[٣] ابن منظور،مصدر سابق،ص١٤٠

[٤] محمود بن عمرالزمخشري، قاموس الفائق، تحقيق:علي محمد ومحمد أبو الفضل إبراهيم، الجزء الأول، طبعة٢،دار المعرفة،لبنان، من دون سنة طبع،ص٣٠٣.

[٥] ابن منظور،مصدر سابق،ص١٤٠و ١٤١.

[٦] مقالة حول تعريف المحكم، مصدر سابق، ص١.

[٧] ونتفق مع الرأي الذي يذهب إلى أن التعاريف ليست من اختصاص المشرع، بل من اختصاص الفقه.

[٨] يراجع مجموعة قوانين التحكيم:القانون اليمني رقم٢٢لسنة١٩٩٢والاردني٣١لسنة٢٠٠١والمصري٢٧لسنة١٩٩٤والقانون الفرنسي للمرافعات الصادر في١٤/٥/١٩٨١.

[٩] سليم رستم باز اللبناني،شرح المجلة،طبعة ٣،دار إحياء التراث العربي ،بيروت، من دون سنة طبع،ص١١٦٣واحمد سعيد،مصدر سابق،ص٢١١.

قانون المرافعات العراقي المرقم ٨٣لسنة١٩٦٩ النافذ فان المشرع لم يشر إلى تعريف مستقل وخاص بالمحكم وانما ترك ذلك للفقه و القضاء، وهو افضل وارجح.

اما فيما يتعلق بموقف القضاء من تعريف المحكم فنجد ان محكمة النقض المصرية في إحدى قراراتها أشارت إلى أن:"المحكم هو الشخص الذي يعهد اليه-بمقتضى الاتفاق على التحكيم او في اتفاق مستقل- بفض النزاع بين طرفين او اكثر ويكون له نظر النزاع والاشتراك في المداولة بصوت معدود وفي اصدار الحكم والتوقيع عليه"[١]، وفي قرار أخر للمحكمة نفسها أشارت إلى :"ان المحكم ليس طرفا في خصومة التحكيم وانما هو شخص يتمتع بثقة الخصوم واتجهت إرادتهم إلى منحه سلطة الفصل فيما شجر بينهما بحكم شأنه شأن القضاء[٢]، وفيما يخص القضاء العراقي فاني لم أجد من خلال القرارات الخاصة بالتحكيم أي موقف حول هذه المسألة.

أما التعريف الفقهي فقد عرفه أحد الفقهاء المحكم بأنه:((شخص يتمتع بثقة الخصوم أولوه عناية الفصل في خصومة قائمة بينهم وقد يتم تعينه من قبل المحكمة في حالات معينة))[٣].

أما فيما يخص متى يعتبر المحكم انه يقوم بعمله كمحكم تجاري دولي، فأنه يمكن القول بأن المحكم يفصل في النزاع بموجب ما يكون لديه من خبرة وكفاءة وثقافة اطمئن لها اطراف النزاع، ويلاحظ عموما ان النزاعات التي تعرض من قبل الخصوم على التحكيم هي في غالبها تجارية، أي انه اما يكون الخصوم تجارا او موضوع النزاع متعلق بعمل تجاري، وبالتالي يعد المحكم تجاريا اما بالتبعية الموضوعية(أي حسب موضوع النزاع) او بالتبعية الشخصية(أي اذا كان هذا المحكم هو تاجرا وقام بالتحكيم)[٤].

وعليه يخضع المحكم هنا الى نظرية الاعمال التجارية بالتبعية، وذلك كأن يكون المحكم تاجرا للجملة وعُين محكما لنزاع نشب بين تاجرين للتجزئة عميلين له، فيتحول عمله الى عمل

---

[١] طعن رقم١٦٤٠لسنة ٥٤ق-جلسة١٩٨٨/٢/١٤،مشار إليه لدى:حسن الفكهاني،الموسوعة الذهبية لاحكام محكمة النقض لعام ١٩٨٩،ملحق رقم: ٥،الدار العربية للموسوعات،القاهرة،ص١٠١٧و١٠١٨.

[٢] طعن رقم ٨٨٧و١١٥٤لسنة ٥٩ق-جلسة١٩٩١/٦/١٤، مشار إليه لدى:حسن الفكهاني،الموسوعة الذهبية للقواعد القانونية لدى محكمة النقض المصرية من عام ١٩٨٩-١٩٩٢،ملحق رقم:١٠ ،الدار العربية للموسوعات،القاهرة،ص١٦٢و١٦٣.

[٣] د.احمد أبو ألوفا،التحكيم بالقضاء وبالصلح،طبعة١،منشاة المعارف،الإسكندرية،١٩٦٤،ص١٣٣.

[٤] د.احمد عبد الرحمن الملحم، عقد التحكيم التجاري المبرم بين المحكمين والخصوم، مجلة الحقوق،جامعة الكويت، العدد:٢، السنة:١٨، حزيران١٩٩٤،ص٢٠٣.

تجاري بالتبعية الشخصية ووجود ارتباط بين عمل المحكم وحرفته التجارية؛ لانه قام بهذا العمل لحاجات تجارته.

أما القانون العراقي فانه لم يعتبر عمل المحكم عملا تجاريا، وان قانون المرافعات العراقي النافذ لم يعالج التحكيم التجاري الدولي كما فعلت الكثير من الدول كما سنلاحظ ادناه.

وقد نص ايضا قانون التحكيم المصري على معيار التجارية في المادة(٢) منه بقوله: ((يكون التحكيم تجاريا اذا نشأ عن علاقة قانونية ذات طابع اقتصادي سواء أكانت هذه العلاقة عقدية او غير عقدية))، أي ان المحكم يُعد محكما تجاريا متى ما نظر نزاع ذا طابع اقتصادي، وبالتالي يتسع معنى التجارية إلى كل المعاملات والانشطة المتعلقة بتداول السلع والخدمات طالما انتفى عنها الطابع التبرعي كاتفاقات المعونة وغيرها[١] وان موقف المشرع المصري هنا منقول حرفيا من المادة(١) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام ١٩٨٥م.

اما متى يمكن اعتبار المحكم هذا محكما دوليا، فان هذه المسألة اثارت جدلا واسعا وكبيرا مما ادى الى ظهور عدة معايير لتحديد هذا الامر منها: معيار اجرائي يتم من خلاله عد المحكم دوليا متى ما كان القانون الواجب التطبيق على الاجراءات في التحكيم مأخوذ من قانون اجنبي غير وطني، الا ان هذا المعيار انتقد على اساس انه من المحتمل ان تسير الاجراءات في عدة دول وبموجب اكثر من قانون، وظهرت معايير اخرى كمعيار جنسية المحكمين او جنسية الخصوم وغيرها[٢].

وظهر معيار أخر لتحديد دولية المحكم، وان هذا المعيار هو معيار موضوعي يتعلق بموضوع النزاع المعروض على التحكيم، فيعد المحكم دوليا متى ما تعلق موضوع النزاع الذي ينظره بمصالح التجارة الدولية[٣]، أي بتجارة السلع والخدمات بين الدول المختلفة.

وقد نص المشرع المصري في قانون التحكيم في المادة(٣) منه على الدولية بقوله: ((يعتبر التحكيم دوليا اذا كان موضوعه نزاعا يتعلق بالتجارة الدولية...))، أي ينعكس على اقتصاد اكثر من دولة، ويتسع هذا المدلول ليشمل كافة العمليات ذات الطابع الاقتصادي الدولي حتى ولو لم يكن الاطراف من التجار او كان العمل موضوع النزاع لا يعد طبقا لقانون التجارة في

---

[١] د. محمود مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة،٢٠٠٤، ص٣٣.والجدير بالذكر ان المادة(٤/٥) من قانون التجارة العراقي عد أعمال الصناعة وعمليات استخراج المواد الأولية أعمالا تجارية.

[٢] د. احمد السيد صاوي، التحكيم طبقا للقانون رقم ٢٧لسنة١٩٩٤ وأنظمة التحكيم الدولية، الطبعة:٢، مطبعة حمدي سلامة وشركاه،٢٠٠٤،ص١٧ و د. أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار النيل،ص٥٩ومابعدها.

[٣] د. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دار الحكمة، بغداد،١٩٩٠،ص١٠٢.

اوطانهم عملا تجاريا[١] ولم يكتفِ المشرع المصري بايراد المعيار العام بل اشار كذلك على الدولية في حالات اخرى كاختلاف مكان مركز اعمال الطرفين او اتفاق الاطراف على التحكيم لدى مؤسسة او مركز تحكيمي دائم بداخل مصر او خارجها او ارتباط موضوع النزاع باكثر من دولة او اتحاد مركز اعمال الطرفين في دولة واحدة واتفاقهما على ان يكون مكان التحكيم في الخارج.

واخذ بالمعيار الموضوعي ايضا قانون المرافعات الفرنسي في المادة(١٤٩٢)حيث عد التحكيم تجاريا دوليا متى ما تعلق بمصالح التجارة الدولية[٢] وهذا يعد تقنينا لما استقر عليه قضاء محكمة النقض الفرنسية في قرارها بتاريخ ١٩٧١/٥/١٨م[٣]، وبالتالي يعد المحكم تجاريا دوليا متى ما نظر نزاع يتعلق بأمور تجارية ودولية، وان المقارنة بين القانونين المصري والفرنسي نجد ان المشرع المصري قد جمع بين المعيار العام للدولية واشار الى تعداد حالات اخرى يعد فيها المحكم دوليا، وان هذا يعود الى نقله لهذه الحالات من المادة(٣/١) من القانون النموذجي لعام١٩٨٥م بعكس المشرع الفرنسي الذي كان موقفه ادق وافضل؛ لانه اورد الضابط العام لتحديد الدولية وهي تستوعب كل الحالات الاخرى.

ويلاحظ ترجيح المعيار الموضوعي في تحديد المحكم الدولي كونه يتفق اكثر مع حقيقة التعامل التجاري الدولي في الوقت الحاضر، كون ان التحكيم ما هو الا وسيلة لحسم وانهاء المنازعات التي تظهر على صعيد التجارة الدولية، وان هذا موقف الكثير من القواعد والاتفاقيات الدولية الخاصة بالتحكيم[٤]، وقد يكون المحكم اجنبيا وذلك عندما يرتبط التحكيم في احد عناصره بعوامل خارجية او أجنبية ومع ذلك فهنالك خلافا بين الكُتاب في تحديد التفرقة بين المحكم الاجنبي والمحكم الدولي[٥]، حيث ان المحكم الاجنبي قد يكون مشابه للمحكم الدولي؛ وذلك لان هذا المحكم يتعدى في اجراءاته واثره والقانون الواجب التطبيق حدود دولة واحدة، ومن ذلك فليس كل محكم دولي هو بالضرورة يعطي نفس معنى المحكم الاجنبي؛ وذلك لانه قد تكون طبيعة النزاع دولية ويجري التحكيم في دولة واحدة وينتمي اطراف النزاع لتلك الدولة ويطبق قانون تلك

---

[١] د.احمد السيد صاوي، مصدر سابق،ص١٧.

[٢] وهذا موقف قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني المرقم:٩٠لسنة١٩٨٣م في المادة(٨٠٩).

[٣] د. احمد السيد صاوي، مصدر سابق، ص١٧.

[٤] كموقف الاتفاقية الأوربية لعام١٩٦١م في المادة(١) و اتفاقية واشنطن لعام١٩٦٥م في المادة(٢٥). وللتفاصيل اكثر يراجع:د. ابو زيد رضوان، مصدر سابق، ص٦٦وما بعدها.

[٥] د. فوزي محمد، مصدر سابق، ص١٠٤.

الدولة بالنسبة للاجراءات والموضوع، ومع ذلك فهو يعد محكم دولي؛ لان النزاع متعلق بشؤون التجارة الدولية كما ذهب اليه القانون الفرنسي للمرافعات[1]

وكذلك تجدر الإشارة الى ان القانون الدولي الخاص السويسري والصادر في ١٩٨٧/١٢/١٨م قد اورد معيارا اخرا لتحديد المحكم الدولي حيث نص في المادة(١٧٦) على تطبيق احكام الفصل الخاص بالتحكيم الدولي على التحكيم الذي يجري في سويسرا، واذا كان في الاقل محل اقامة او موطن احد اطراف النزاع عند عقد اتفاق التحكيم خارج سويسرا، فلابد من ان يتوافر هذين الشرطين لكي يصار الى تطبيق هذا النص وعد المحكم دوليا، الا ان الراي السائد حاليا على الرغم من اختلاف القوانين والقواعد الدولية في تحديد معيار تجارية ودولية المحكم هو المعيار الموضوعي الاقتصادي الذي تبناه المشرع الفرنسي[2]، وهذا ما نؤيده كذلك ونراه افضل وارجح.

يتبين من ذلك أن المحكم شخص طبيعي لامعنوي (واحد أو اكثر)، يتم تفويضه او تخويله من قبل أطراف النزاع لغرض معين ومحدد اَلا وهو فض المنازعات التي تظهر بينهم للوصول إلى نتيجة سليمة وودية لحل الخصومات بين المتنازعين، وان المحكم يعد تجاريا دوليا متى ما نظر نزاعا يتعلق بمصالح تجارية دولية ولا عبرة لجنسية اطراف النزاع او لجنسية المحكمين او مكان التحكيم.

وعليه، ان هذا المحكم هو الذي كسب ثقة الخصوم لكي يقوم بهذه المهمة في ظل هذا النظام الخاص لحسم النازعات بعيدا عن القضاء العادي ورغبة في حسم نزاعاتهم بدون أي تعقيد واختصارا للجهد والوقت.

المطلب الثاني

تمييز المحكم من غيره

المحكم هو شخص طبيعي يتم اختياره من قبل اطراف النزاع او من اية جهة اخرى لكي يقوم بالفصل في النزاع بين المتخاصمين واحقاق الحق بينهما، وعليه فالمحكم يقوم بدور مهم في فض النزاع، وان هذا الدور قد يشتبه مع بعض الاشخاص في الانظمة القانونية الاخرى مما يستوجب وضع الحد الفاصل بينهم.

ومن هذا المنطلق سوف يتم بحث هذا الموضوع في الفروع الآتية:

---

[1] د. محمود مختار، مصدر سابق، ص٢٢و٢٣، د. فوزي محمد سامي، مصدر سابق، ص١٠٤.

[2] د. فوزي محمد سامي، مصدر سابق،ص١٠٥و١٠٦.

الفرع الأول

تمييز المحكم من القاضي

لبيان أوجه الاختلاف والتشابه بين المحكم والقاضي يتوجب علينا ان نعطي معنى القضاء، فالقضاء لغة:الحكم والالزام والامر لقوله تعالى:"وقضى ربك آلا تعبدوا إلا اياه"[١]، وفي الفراغ قوله تعالى:"فاذا قضيت الصلاة"[٢]، وفي اصطلاح الفقهاء((هو فصل الخصومات وقطع المنازعات على وجه مخصوص))[٣].

وعليه يتشابه عمل المحكم مع عمل القاضي في انهما يقومان بحسم النزاع واقامة العدل، ومع ذلك هناك جملة من الفروقات تتمثل في ان اغلب القوانين تمنع ان يمارس القاضي اية وظيفة او مكاسب عند تعيينه كقاضي ومنها العمل كمحكم مالم يحصل على اذن من جهة معينة وهي في قانون المرافعات العراقي(مجلس القضاء)[٤]، ونجد ان المحكم يقوم بممارسة التحكيم كاداة خصوصية لحسم النزاع، بينما القاضي يمارس القضاء والذي يعد طريقا عاما لحماية الحقوق والمراكز القانونية[٥]، وان المحكم يتم اختياره من قبل اطراف النزاع بينما القاضي يكون معين من قبل الدولة ولا يوجد لارادة الاطراف أي دور في ذلك[٦].

والجدير بالذكر ان هذا الاختلاف بدأ يضمحل حاليا وخصوصا بعد انتشار مراكز التحكيم الدائمة حيث تقوم مثل هذه المراكز بإعداد قوائم بأسماء المحكمين سلفا لكي يقوم الطرفان باختيار محكميهم من ذوي الخبرة والكفاءة لممارسة مهمة التحكيم[٧]، ويلاحظ ان ولاية القاضي عامة؛لانه ينظر في جميع القضايا التي من الممكن ان تعرض عليه في حدود اختصاصه المكاني والنوعي، بينما ولاية المحكم تقتصر فقط على ما يعرضه المتخاصمان

---

[١] سورة الإسراء،الآية ٢٣.

[٢] سورة الجمعة،الآية ١٠.

[٣] كاظم حنتوش،مصدر سابق،ص١٣.

[٤] المادة(٢٥٥)مرافعات عراقي والمادة:(٦٣)من قانون السلطة القضائية المصري المرقم٤٦لسنة١٩٧٢والمادة(١٧)الفقرتين(آ،ب)من قانون استقلال القضاء الأردني المرقم١٥لسنة٢٠٠١ .

[٥] د.وجدي راغب فهمي،هل التحكيم نوع من القضاء؟،دراسة انتقادية لنظرية الطبيعة القضائية للتحكيم،مجلة الحقوق، جامعة الكويت،العدد١و٢،اذار١٩٩٣،ص١٣٨.

[٦] كاظم حنتوش،مصدر سابق،ص٦٥ .

[٧] د.محمد يوسف علوان،تسوية منازعات الاستثمار العربية،مجلة الوحدة الاقتصادية العربية،السنة ٣،العدد٧،تموز١٩٧٧،ص٣٤ .

عليه[١]، والقاضي له ولاية يستمدها من ولاية ولي الامر بينما المحكم فولايته يستمدها من ارادة الخصوم، والقاضي ملتزم بالقواعد القانونية من الناحيتين الموضوعية والإجرائية عندما يحسم الدعوى بخلاف المحكم وخاصة عندما يفوض بالصلح فلا يتقيد بالقواعد القانونية الا ما تعلق منها بالنظام العام والقواعد الواردة بباب التحكيم[٢]، ونجد ان القاضي عندما ينظر النزاع لا يحتاج إلى اتفاق الطرفين، حيث يحق لأي طرف ان يرفع دعواه إلى القاضي بإرادته المنفردة بعكس ما هو عليه الحال مع المحكم[٣]، واخيرا فالقاضي لابد ان لا تربطه بأي من الخصوم أية رابطة قد تؤثر على حياديته حسب قواعد عدم صلاحية القاضي الواردة في قانون المرافعات العراقي بالمادتين(٩١و٩٣) مع ان المحكم يمكن رده لذات الأسباب التي يرد بها القاضي، ومع ذلك فما قيل أنفا بشان القاضي غير مطلوب للمحكم متى ما كانت مثل هذه الروابط والعلاقات مع الخصوم معلومة لديهما قبل اختياره؛ وذلك لان طرفي النزاع يتفقان على التحكيم بعيدا عن القضاء ويختارون شخصا يثقون به لحسم النزاع، اما اذا كانت هذه العلاقات غير معلومة لأحد الطرفين ويعلم بها الاخر فمن الممكن ان تؤثر على اختيار المحكم مما يستوجب رده[٤].

الفرع الثاني

تمييز المحكم من الخبير

الخبرة:هي استشارة فنية يلجأ إليها القاضي عندما يستدعي موضوع الدعوى المنظورة أمامه ذلك؛ لكونها تتعلق بأمور فنية او علمية غير قانونية لا يمكن للقاضي ان يُكَون عقيدته لكي يبت في الدعوى[٥]، وعليه فالخبرة إجراء تحقيقي يروم من ورائها القاضي الحصول على معلومات ضرورية تساعده في حسم الدعوى[٦]، ولقد نصت محكمة النقض المصرية في احدى قراراتها على((ان ندب الخبير يعد من المسائل التي يستلزم الفصل فيها استيعاب النقاط الفنية

---

[١] كاظم حنتوش،مصدر سابق،ص٦٥ومحمد الألفي،التحكيم ومستجداته في ضوء الفقه الإسلامي،مجلة أبحاث اليرموك،مجلد١٣،العدد١٩٩٧،٤،ص٤٣ .

[٢] كاظم حنتوش،مصدر سابق،ص٦٥.

[٣] محمد الألفي،مصدر سابق،٤٣ .

[٤] د.احمد أبو ألوفا،مصدر سابق،ص١٤٣وما بعدها.

[٥] د.آدم وهيب النداوي، المرافعات المدنية، مطبعة جامعة بغداد، ١٩٨٨، ص٢٧٦ .

[٦] كاظم حنتوش،مصدر سابق،ص٦٦.

التي لا تشملها معارف القاضي والوقائع المادية التي يشق عليه الوصول اليها ما عدا المسائل القانونية))[١].

وعليه فالخبير طرف ثالث يتدخل في مناسبة الخصومة ليوضح للاطراف او القاضي او المحكم عناصر فنية معينة في سبيل ازالة الغموض من خلال تقريره[٢].

هناك اوجه للتشابه بين المحكم والخبير حيث ان كلا منهما يكون عددهم عند تعددهم وترا[٣]، وذلك للترجيح بين الاراء عند الاختلاف وكلاهما يخضعان لحالات رد القاضي[٤]، ويلاحظ ان اطراف النزاع يلجأون في كل من التحكيم والخبرة لاشخاص اخرين[٥].

ومع اوجه التشابه تلك نجد ان المحكم يختلف عن الخبير بعدة نواحٍ منها:ان المحكم شخص يتمتع بثقة الخصوم لحسم النزاع ومهمته ليست بالمهمة الفنية[٦]، بينما الخبير شخص له معرفة او دراية في فن معين ويبدي رأيه في المسالة المطروحة عليه [٧]،ولايتطرق لمسائل قانونية[٨] ويلاحظ ان المحكم يصدر قراره بناءا على مايقدمه اطراف النزاع له من ادلة قانونية ومستندات، اما الخبير فهو يعتمد على معلوماته وخبرته وما يقدمه له الاطراف من معلومات[٩]، ونجد من الفروقات ان المحكم من الممكن ان يسير على الاجراءات والقواعد المقررة في قانون المرافعات واعطى المشرع للخصوم ان يعفوه من ذلك ولهم الحق بوضع اجراءات يسير عليها المحكم [١٠]، بينما يقوم الخبير بكتابة تقريره وهو غير ملزم باتباع الاجراءات والمواعيد المقررة

---

[١] طعن رقم ٢٤١٨لسنة ٥٢ق-جلسة١٩٨٦/٥/٦ وغيرها من القرارات ،مشار إليها لدى حسن الفكهاني،الموسوعة الذهبية لاحكام محكمة النقض المصرية حتى عام ١٩٨٩ ،ملحق رقم :٤، الدار العربية للموسوعات، القاهرة،ص١٩٢.

[٢] د.ثروت حبيب،قانون التجارة الدولية،بدون طبعة،مطبوعات جامعة القاهرة بالخرطوم،القاهرة،من دون سنة طبع،ص١٠٤وينظر :احمد سعيد،مصدر سابق،ص٦٣وينظر أيضا: Philippe Malaurie,laurent aynes et p.y,Gauber les contrats speciaux,defrenois,paris,2003,p.691.

[٣] المادة(٢٥٧)مرافعات عراقي والمادة(١٣٣)إثبات عراقي.

[٤] المادة(٩١)مرافعات عراقي.

[٥] علي حميد،مصدر سابق،ص٢٩.

[٦] د.احمد أبو ألوفا،مصدر سابق،ص١٩وآ.حسين المؤمن،الوجيز في التحكيم، مطبعة الفجر ،بيروت،١٩٧٧،ص٢٤.

[٧] أنس محمود الزرري،الخبرة في المسائل المدنية، رسالة ماجستير،كلية القانون،جامعة بغداد،١٩٨٧،ص٢٣ وينظر :د.فوزي محمد،مصدر سابق،ص١٨ .

[٨] طعن رقم:١٧٦٥لسنة:٥٣ق-جلسة١٩٨٨/٣/٢٧،مشار إليه لدى:حسن الفكهاني،مصدر سابق،ص١٩٤.

[٩] د.محمود مختار بريري، مصدر سابق،ص٢٢.

[١٠] خالد عيسى طه،فقه التحكيم واثاره القانونية،مجلة رسالة التامين،العدد:٢٣و٢٤،شباط١٩٧٤،ص١٤،ود.آدم وهيب،مصدر سابق،٢٧٧ .

في قانون المرافعات بل يلتزم بموجب القواعد الواردة في قانون الاثبات ولايحق للخصوم ان يعفوه منها[١]، ونجد كذلك ان رأي الخبير هو رأي استشاري غير ملزم[٢] حيث اشارت محكمة النقض المصرية الى ان تقرير عمل اهل الخبرة متروك لمحكمة الموضوع[٣] اما المحكم فانه يصدر قرارا ملزما واجب التنفيذ على الأطراف المتنازعة[٤]ولا يؤدي كذلك يمينا عند ادائه لعمله بينما الخبير فلابد ان يؤدي اليمين بموجب قانون الخبراء امام القضاء وقانون الاثبات[٥] واوجب القانون على المحكمة تحليف كل خبير يتم انتدابه من غير الخبراء المسجلين بالجدول الخاص بالخبراء[٦].

وتنبغي الاشارة الى ان الخبرة قد تلتبس كثيرا بالتحكيم وهي ما تعرف بحالات{تحكيم الجودة او النوعية((المطابقة))}وبالتالي صعوبة تمييز عمل هذا الشخص هل هو خبرة ام تحكيم؟ حيث يتم الاحتكام لخبير يُعطى نسخة من اتفاق الأطراف مع عينة من السلعة او البضاعة لكي يحدد مطابقتها من عدمها والحد الفاصل في هذا العمل يقف عند دور الخبير اذا قام هذا الشخص وابدى رايه فقط في المسالة، اما اذا اعطى الاطراف له سلطة اتخاذ القرار وترتيب نتائج عن رايه فانه يقوم بدور المحكم[٧].

الفرع الثالث

---

[١] أ.حسين المؤمن، مصدر سابق، ص٢٤ وكاظم حنتوش،مصدر سابق،ص٦٦ ود.احمد أبو ألوفا، مصدر سابق،ص٢٠.

[٢] انس الزرري،مصدر سابق،ص٢٣.

[٣] طعن رقم:٧٠٣لسنة٥٢ق-جلسة١٩٨٨/١٢/٨.مشار اليه لدى:حسن الفكهاني،مصدر سابق،ص٢٠٢ومابعدها.

[٤] د.فوزي محمد،مصدر سابق،ص١٨ وعلي حميد،مصدر سابق،ص٢٩.

[٥] انس الزرري،مصدر سابق،ص٢٤ وادم وهيب،مصدر سابق،ص٢٧٦ وينظر المادة(١٠)من قانون الخبراء أمام القضاء المرقم ٦٣لسنة١٩٦٤ .

[٦] الفقرة الثانية من المادة(١٣٤)من قانون الإثبات العراقي.

[٧] د.محمود مختار،مصدر سابق،ص٢٢ ود.احمد أبو ألوفا،مصدر سابق،ص٢٠.

تمييز المحكم من الوكيل

تعرف الوكالة على إنها:((عقد يقيم به شخص غيره مقام نفسه في تصرف جائز معلوم))[1] ،وان هناك اوجه للتشابه بين الوكيل والمحكم، فانه من الممكن للموكل في عقد الوكالة ان يعزل الوكيل(المادة:٩٤٧مدني عراقي) كما هو الحال عليه عند اطراف النزاع في عقد التحكيم حيث يحق لهم عزل او رد المحكم بالاتفاق (المادة:٢٦٠مرافعات عراقي)، وان الوكيل يستحق اجر عن عمله (المادة:٩٤٠مدني عراقي)كما هو الحال للمحكم عند فصله للنزاع.

اما عن اوجه الاختلاف بين المحكم والوكيل فنجد ان الوكيل يستمد صلاحياته في التصرف من موكله، أي ان الوكيل يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل ويمكن للاخير ان يتنصل عن عمل الوكيل في حالة مجاوزته لحدود وكالته والوكيل لا يمكن ان يباشر أي عمل الا بما يمكن ان يقوم به الموكل[2].

اما المحكم فانه يعد مستقلا بشكل تام عن الخصوم؛ وذلك لان سلطة المحكم تستمد من اتفاق التحكيم ولمجرد الاتفاق على اللجوء للتحكيم تصبح له صفة خاصة ولا يحق للخصوم ان يتدخلوا في عمله وان قراره يلزمهم[3]، ونلاحظ اخيرا ان المحكم غير مسؤول تجاه الخصوم اذا اهمل في دراسة الدعوى وكان المحكم خاطئا؛ وذلك لانه يتمتع بالحصانة كما سيتم بيانها في الفصل الثالث، بينما الوكيل يعد مسؤولا تجاه موكله اذا لم يتبع تعليماته[4].

الفرع الرابع

تمييز المحكم من المُصالح

---

[1] المادة (٩٢٧)مدني عراقي.وعرفها القانون المدني المصري المرقم ١٣١لسنة١٩٤٨ في المادة(٦٩٩)على إنها:((عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بان يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل)).

[2] علي حميد،مصدر سابق،ص٣٠وكاظم حنتوش،مصدر سابق،ص٦٧وخالد عيسى،مصدر سابق،ص١٥وأ.حسين المؤمن،مصدر سابق،ص٢٥و٢٦ود.احمد أبو ألوفا،مصدر سابق،ص٣٠.

[3] د.احمد انعم بن ناجي الصلاحي،النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي،طبعة:١،مركز الدراسات والبحوث اليمني،صنعاء،١٩٩٤،ص٢٤.

[4] د.احمد عبد الرحمن الملحم، مصدر سابق،ص١٩٩.

الصلح في اللغة:هو من المصالحة أي المسالمة وقطع النزاع[١] وعرفه القانون المدني العراقي في المادة(٦٩٨) بأنه:((عقد يرفع النزاع ويقطع الخصومة بالتراضي)).

فالصلح هو اتفاق الطرفين على إنهاء نزاعهما بالتراضي ويفترض في الصلح وجود حقوق متقابلة ينشأ عنها نزاع بين الطرفين فيتفقان على حلها صلحاً دونما حكم قضائي أو تحكيمي[٢]، وعليه فالصلح تصرف قانوني ينهي النزاع بذاته من خلال إنهاءه بإرادة المتنازعين وذلك بنزول متبادل عن حقوقهما قبل الآخر، بينما في التحكيم فهو نظام قانوني خاص يقوم من خلاله المحكم الذي اختاره المتنازعون بحسم النزاع بينهما[٣].

ويتطابق الصلح مع التحكيم في ان كلا منهما يتم من خلالهما فض النزاع بين المتنازعين وذلك بالتراضي ودون حاجة لإصدار حكم من قبل القضاء العادي، وكذلك ان أي نزاع يقع فيه الصلح من الممكن حله عن طريق التحكيم حسب نص المادة:(٢٥٤مرافعات عراقي) ونجد كذلك بان التحكيم والصلح لا يثبتان إلا بالكتابة(المادتان:٧١١مدني عراقي، ٢٥٤مرافعات عراقي)، ولابد ان تتمتع الأطراف المتصالحة بالأهلية الكاملة في التصرف بحقوقهم كما هو الحال عليه في التحكيم[٤] ويستلزم مصادقة المحكمة على الصلح الذي يقع وعلى قرار المحكم عند صدوره[٥].

اما الاختلاف بينهما فيلاحظ في الصلح ان المصالحين هم الخصوم أنفسهم أو من يمثلونهم في النزاع أي دون اللجوء الى شخص او جهة اخرى لحسم النزاع، بينما في التحكيم فالمحكم يختاره الخصوم وهو الذي يصدر القرار المنهي للنزاع[٦]، وان عقد الصلح لايمكن تنفيذه مالم يتم إبرامه أمام المحكمة وكان تنفيذه ممكنا[١] ، بينما في التحكيم فالمحكم يصدر حكما قابلا للتنفيذ بعد تصديقه من المحكمة المختصة وحسب القواعد العامة في القانون[٢]، ولا يقتضي التحكيم تضحية او تنازل من الجانبين على خلاف الصلح حيث أن المحكمين هم كالقضاة

---

[١] علي بن محمد بن علي الجر جاني، التعريفات، تحقيق: إبراهيم الابياري، الجزء :١،طبعة:١،دار الكتاب العربي،بيروت،١٤٠٥هجرية، ص١٧٦ .

[٢] د.حمزة حداد،بعض جوانب قانون التحكيم الأردني،ورقة عمل مقدمة لندوة العقبة بتاريخ٤/١٠/٢٠٠٣،ص٢٢، منشورة على الشبكة العالمية للمعلومات على الموقع: www.lac.com

[٣] د.ثروت حبيب،مصدر سابق،ص١٠٥.

[٤] شيماء محمد سعيد البد راني،أحكام عقد الصلح،رسالة ماجستير،كلية القانون،جامعة الموصل،٢٠٠١،ص١٨.

[٥] قرار محكمة تمييز العراق رقم:١١٣ص-١٩٥٤في ١٩٥٤/٢/١٧،مشار اليه لدى:عبد الرحمن العلام،المبادىء القضائية –القسم المدني لاحكام محكمة التمييز،مطبعة العاني،بغداد،١٩٥٧،ص٢٣٥.

[٦] د.احمد أبو ألوفا،مصدر سابق،ص٢١وادم وهيب،مصدر سابق،ص٢٧٧.

[١] علي حميد،مصدر سابق،ص٣٠ .

[٢] كاظم حنتوش،مصدر سابق،ص٦٤.

يُصدرون حكمهم لصالح من له الحق بذلك، اما في التصالح فنجد انه لابد من نزول كلا الطرفين عن حقوقهما قبل الأخر لغرض إبرام عقد الصلح بينهما[٣]وتنبغي الإشارة إلى ان مشرع القانون المدني العراقي في المادة(٦٩٨) لم يشر إلى معنى النزول بينما في القانون المدني المصري نرى جليا وجود مثل هذه الإشارة إلى التنازل بين الطرفين عن حقوقهما بالتقابل[٤].

ومن الفروقات كذلك ان حكم المحكم يمكن ان يُصدق او يبطل من قبل المحكمة المختصة بذلك وحكم المحكمة برفض التصديق يقبل الطعن بموجب طرق الطعن الاخرى عدا الاعتراض، بينما في عقد الصلح فهو ملزم للاطراف وغير قابل للطعن بموجب طرق الطعن العامة للأحكام وهو وان كان خاضعا للبطلان او الفسخ حسب قواعد القانون المدني[٥]، وتنبغي الإشارة إلى أن المحكمين من الممكن ان يكونوا مفوضين بالصلح ففي هذه الحالة لايمكن وصفهم بانهم محكمين وانما يعدون مخولين من احد اطراف النزاع لاتمام عقد الصلح[٦] وهذا هو احد انواع المحكمين الذي سيتم بحثه في المبحث الثاني من هذا الفصل.

ولقد قضت محكمة النقض الفرنسية بانه يعد تحكيما لا صلحا في حالة ان يتفق الخصوم على طرح نزاعهما على شخص يقوم بحسم النزاع ولو اشترطوا ان يكتب قراره في صورة اتفاق، وايضا اشارت محكمة بروكسل التجارية على انه يعد صلحا لا تحكيما تنازل جميع الخصوم انفسهم عن بعض ما يدعونه مع تكليف خبير بتقدير التعويض[٧].

الفرع الخامس

تمييز المحكم من الوسيط

تعرف الوساطة على انها:((وسيلة اختيارية(طوعيه)يلجأ إليها الأطراف ويختارون من خلالها إجراءات وأسلوب الوساطة من اجل فهم موضوع النزاع ووضع الحلول المناسبة له[١]،

---

[٣] د.ثروت حبيب،مصدر سابق،ص١٠٥ود.آدم وهيب،مصدر سابق،ص٢٧٧.

[٤] المادة(٥٤٩)مدني مصري.

[٥] د.احمد أبو ألوفا،التحكيم الاختياري والإجباري،طبعة:٣،منشأة المعارف بالإسكندرية،١٩٧٨،ص٣٠ وكاظم حنتوش،مصدر سابق،ص٦٤وعلي حميد،مصدر سابق،ص٣٠ .

[٦] شيماء محمد،مصدر سابق،ص١٩.

[٧] قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر في ١٨٦٢/١٢/٢٩وقرار محكمة بر وكسل الصادر في ١٩٣١/٦/١٨مشار اليهما لدى:د.احمد أبو ألوفا،مصدر سابق،ص٢٩ .

[١] دراسة بعنوان:تسوية النزاعات بالطرق البديلة،بدون اسم كاتب،ص ١،منشورة على الشبكة العالمية للمعلومات وعلى الموقع:

وتتم عملية الوساطة من خلال شخص ثالث ومحايد ونزيه يساعد الأطراف في حل النزاع[٢] حيث يعمل الوسيط هذا على تقريب وجهات النظر بين المتنازعين فقط[٣]، وعليه نجد ان الوساطة هي مرحلة متقدمة من المفاوضات وهي تتشابه مع التحكيم في ان كلا من المحكم والوسيط يتم اختيارهما من قبل طرفي النزاع ويتشابه عمل كل منهما كذلك في ان تدخلهما يكون عند وجود نزاع قائم بين الطرفين المتخاصمين ويخضع الوسيط لحالات الرد حيث يمكن رده او عزله من قبل طرفي النزاع في حالة وجود شكوك بينه وبين احد اطراف النزاع[٤] كما هو الحال عليه مع المحكم.

ومع هذا التشابه بين المحكم والوسيط نجد ان هنالك جملة من الفروقات بينهما، فالوسيط من الممكن ان يكون قاضياً حيث يوجد هنالك وسيط قضائي يتم اختياره من بين قضاة محاكم البداءة والصلح[٥] وهذا على العكس بالنسبة للمحكم فالكثير من القوانين تمنع اختيار المحكم من بين القضاة مالم يتم الحصول على اذن من جهة معينة[٦]، وكذلك ان الوسيط لايمكن ان يتخذ قرارا منهياً للخصومة او أي قرار حاسم وقاطع للنزاع بعكس ما عليه الحال مع المحكم حيث ان مهمته في الأصل هي حسم النزاع بإصدار القرار فيها[١]ونجد ان عمل المحكم له الصبغة القضائية فهو كالقاضي، بينما الوسيط هو شخص ثالث حيادي يحاول تقريب وجهات نظر طرفي النزاع[٢] وعليه فالوساطة هي قضاء ذاتي غير ملزم بعكس التحكيم فهو وسيلة

---

www.Arablaw.com

(2)virginia judicial system,on website:

www.courts.state.va.us

[٣] مقالة بعنوان:الوساطة كآلية لحل الخلافات، نشرة تحكيم لحل الخلافات التجارية، ايار ٢٠٠٣،منشورة على الموقع: www.tahkeem.com

(١) المادة(٣و٦) من قواعد السلوك المهني للوسطاء، منشورة على الشبكة العالمية للمعلومات وعلى الموقع: www.tahkeem.com

[٥] الفقرة(ج)من المادة(٢)من قانون الوساطة الاردني المرقم:٣٧لسنة٢٠٠٣،والجدير بالذكر ان هناك وسيط خاص والذي يتم اختياره من بين المحامين والقضاة المتقاعدين او المهنيين ونوع ثالث هو وسيط اتفاقي يتم اختياره من غير النوعين السابقين.للتفاصيل اكثر ينظر:القاضي وليد كناكرية، تسوية المنازعات عن طريق الوساطة،ص ١،مقالة منشورة على الشبكة العالمية للمعلومات وعلى الموقع:

www.qanoun.com

[٦] المادة(٢٥٥)مرافعات عراقي والمادة(١٧/ب)من قانون استقلال القضاء الأردني المرقم لسنة٢٠٠١ .

[١] مقالة بعنوان:الوسائل البديلة لحل النزاعات،بدون اسم كاتب،ص ١،منشورة على الشبكة العالمية للمعلومات وعلى الموقع:

www.tahkeem.com

[٢] مقالة:الوساطة كألية لحل الخلافات،سبق الإشارة إليها،ص١ .

قضائية تُعَدّ قضاءاً ملزماً[٣]، ويشترط في الوسيط ان يكون من اصحاب الكفاءة والخبرة العالية لارضاء توقعات الاطراف[٤] بعكس المحكم؛لان اغلب القوانين لم تشر الى الضوابط المتعلقة بكفاءة المحكم وخبرته.

ويلاحظ ان الاطراف في الوساطة عندما يرتضون الحلول التي يقدمها الوسيط فنتيجة هذا القبول مؤداه ان هذا الاتفاق الذي ينهي الخصومة سوف يتم تنفيذه بشكل تلقائي من قبلهما بعكس قرار المحكم الذي يحتاج في الكثير من الاحيان الى مصادقة واقرار المحكمة المختصة في البلد المراد تنفيذ القرار فيه[٥]، ونجد ان الوقت الذي تاخذه عملية الوساطة يكون اقصر بكثير من الوقت الذي تستغرقه كلا من عمليتي التحكيم او القضاء[٦].

الفرع السادس

تمييز المحكم من الموفق

ان نظام التوفيق هو وسيلة منظمة للوساطة بين الطرفين لاحقة للمساعي الخاصة والمباشرة لاطراف النزاع والغرض منها تقريب المطالب المتضاربة لهما عن طريق اصدار توصية ليس لها صفة الالزام القانوني[١] ويطلق على التوفيق في بعض الاحيان اسم(التسوية الودية)[٢].

ويتشابه كلا من الموفق والمحكم في بعض الامور تكمن في ان اطراف النزاع يختارون شخصا اخر لغرض النظر في موضوع النزاع ومن الممكن اختيار موفق واحد او اكثر بشرط عند تعددهم ان يكون عددهم وتراً(المادة:١٠من اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار العربية)، لكن نظام التوفيق الخاص بالامم المتحدة والصادر عام ١٩٨٠ اشار الى ان يمكن ان يكون هناك موفق واحد فقط مالم يتفق الطرفان على موفقين او ثلاثة حسب نص المادة الثالثة منه وان

---

[٣] د.سيد احمد محمود،الية تسوية المنازعات الناجمة عن تطبيق اتفاقات الجات ومنظمة التجارة العالمية،مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي بجامعة الكويت،العدد:٢،حزيران ١٩٩٨،ص٣٠١.

[٤] المادة(٤)من قواعد السلوك المهني للوسطاء،سبق الإشارة إليها.وينظر أيضا:مقالة بعنوان:دراسة حول قانون الوساطة المدنية الأردني لسنة ٢٠٠٣ ، نشرة تحكيم/ عدد كانون الأول ٢٠٠٣ منشورة على الموقع: www.tahkeem.com

[٥] مقالة: الوساطة كآلية لحل الخلافات،سبق الاشارة اليها،ص٢ .

[٦] وليد كناكرية،مصدر سابق،ص١.

[١] مقدمة اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول العربية المضيفة للاستثمارات العربية ومواطني الدول الاخرى التي دخلت حيز التنفيذ في عام ١٩٧٦.

[٢] د.باسم سعيد يونس،التحكيم الاختياري وسيلة لفصل منازعات العقود الدولية، رسالة ماجستير،كلية القانون،جامعة بغداد، ١٩٩٠،ص٨٢.

الموفق يمارس عمله بكل حيادية واستقلال(المادة:٧/١من نظام التوفيق) كما هو الحال عليه مع المحكم، ويلاحظ ان دور المحكم والموفق لا يظهر إلا عند وجود نزاع قائم.

اما اوجه الاختلاف فنجد ان لجوء الاطراف الى شخص كموفق بينهما لا يمنعهم من اللجوء للقضاء لعرض النزاع عليه فدور الموفق يتمثل بتحديد مواضع النزاع ويصدر مقترحاته التي تنال رضا الاطراف او لا[٣]،بينما في التحكيم فاللجوء اليه يمنع الاطراف من عرض النزاع على القضاء عندما يتولى المحكم مهام نظر موضوع النزاع واصدار القرار في ذلك.

وكذلك إن في التوفيق لابد ان يتم تقديم تنازلات من قبل طرفي النزاع للوصول الى حل وسيط بينهما أما المحكم فانه يصدر حكما قد يلبي كل الطلبات المتعلقة بالطرفين او يرفض إحداها[٤]، ونجد أيضا أن الموفِقْ لا يلتزم بتطبيق قانون معين بعكس المحكم في اغلب الأحيان[٥].

---

[٣] واشارت لذلك كذلك حكم المحكمة الدستورية العليا بمصر في ١٩٩٩/١٢/١٧ بكون التوفيق تسوية ودية لا تحوز التوصية الصادرة بشأنه قوة الأمر المقضي بل معلق نفاذها على قبول الاطراف.مشار اليه لدى:د.محمود مختار،مصدر سابق،هامش ص١٩ .

[٤] د.محمود مختار،مصدر سابق،١٩و٢٠.

(5)Philippe malaurie,Laurent aynes et p.y,op.cit,p.691

David c. verge,arabitration and concilliation and mediation,p.2, On website: www.goodbye courts.com

المبحث الثاني
أنواع المحكمين وطبيعة عمل المحكم

يعد نظام التحكيم من الأنظمة الأساسية لحسم النزاعات بين الخصوم وتتم هذه العملية من خلال اختيار شخص او عدة أشخاص يطلق عليهم بالمحكمين، فهنالك عدة أنواع من المحكمين ولكل نوع خصوصية يتمتع بها، وقواعد خاصة يسير عليها.

وان انتقاء هذا المحكم لحسم المنازعات يثير تساؤلات حول طبيعة عمل هذا الشخص ومن أين يستمد سلطته الخاصة لفض النزاعات، فوظيفة المحكم وطبيعتها تعددت فيها الآراء فمنهم من قال ان طبيعة عمل المحكم هي اتفاقية إرادية قائمة على أساس العقد، ومنهم من قال بأنها قضائية، ومنهم من خلط بين الاتجاهين السالفي الذكر، ومنهم من نظر إلى طبيعة عمل المحكم على ان لها خصوصية وتتميز بإطار خاص بها لوحدها، وكلٌ من تلك الاتجاهات له أسانيد وحجج قد استند عليها في تدعيم رأيه كما سوف نستعرضها في حينها.

وعليه سوف تتم معالجة هذين الموضوعين في المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: أنواع المحكمين.

المطلب الثاني: طبيعة عمل المحكم.

المطلب الأول

أنواع المحكمين

ليس المحكم نوعٌ واحد، وانما هنالك عدة أنواع من المحكمين، لكل واحد منهم معنى خاص به ووظيفة يقوم بها واحكام يسير عليها، وهذا ما سنبحثه في الفروع الآتية:

الفرع الأول

المحكم بالقضاء

يعرف بأنه: ((هو ذلك المحكم الذي يمارس عمله بموجب أحكام القانون وأصول المرافعة مالم يعفَ منها صراحةً))، ويطلق عليه أيضا بالمحكم العادي[١].

ويطلق عليه كذلك تسمية:(محكمون حاكمون)أو (مفوضون بالحُكم)[٢] وهو يعد بمنزلة القاضي.

ولقد أشار قانون المرافعات العراقي المرقم ٨٣لسنة١٩٦٩م المعدل في المادة(١/٢٦٥) منها الى المحكم بالقضاء، إذ يحق للمحكمين الذين فوضوا بالحُكم ان يسيروا على الإجراءات المحددة في قانون المرافعات مالم يتفق طرفا النزاع صراحةً على عدم التقيد بها[٣]، وتجدر الإشارة إلى أن المحكم بالقضاء هو من اكثر الأنواع شيوعاً وانتشاراً في ميدان التحكيم، حيث يصبح المحكم الذي تم اختياره من قبل المحتكمين بمنزلة القاضي ويقوم بالاستماع إلى طلبات ودفوع ووجهات نظر طرفي النزاع وكل ذلك ضمن أصول وقواعد القانون و المرافعات، ومن ملاحظة القانون المصري للتحكيم المرقم ٢٧لسنة ١٩٩٤م نجد ان هذا القانون نص في المادة الثالثة منه على إلغاء نصوص المواد من(٥٠١ إلى ٥١٣) من قانون المرافعات المصري المرقم ١٣لسنة ١٩٦٨م وكذلك إلغاء أي حُكم مخالف لاحكام قانون التحكيم، وان المشرع المصري اخذ بالمحكم بالقضاء في قانونه كونه يحكم بموجب القانون عموماً.

---

[١] د.أمينة النمر، أصول المحاكمات المدنية، الدار الجامعية، ١٩٨٨، ص٣٥٩. والجدير بالذكر إن تسمية المحكم (بالمحكم العادي) هي تسمية المشرع اللبناني في قانون أصول المحاكمات المدنية المرقم: ٩٠لسنة١٩٨٣م في المادة:(٧٧٦).

[٢] أ.حسين المؤمن، مصدر سابق،ص٢٨.

[٣] نزار الطبقجلي، تسوية المنازعات عن طريق التحكيم، مجلة القضاء،السنة:٤٤، العدد:٣و٤،١٩٨٩،ص١٨.

أما القانون الأردني السابق المرقم ١٨لسنة ١٩٥٣م فيلاحظ ان المشرع الاردني عالج نوعاً واحداً من أنواع المحكمين وهو المحكم بالقضاء دون غيره[١]، أما القانون النافذ المرقم ٣١لسنة٢٠٠١ فموقفه مشابه لموقف التشريع المصري، وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الإيطالي قد أطلق تسمية خاصة على المحكم بالقضاء حيث اسماه(المحكم وفقاً للقانون) وهو ما يلتزم به المحكم بالحُكم طبقاً لقواعد القانون الموضوعي والسير على أصول المرافعات والإجراءات[٢].

الفرع الثاني

المحكم بالصلح

في هذا النوع من أنواع المحكمين يعفى المحكم من تطبيق قواعد القانون واصول المرافعة ويحكم بموجب قواعد العدالة والإنصاف[٣] مع مراعاة القواعد المتعلقة بالنظام العام والمبادئ الأساسية لاصول المحاكمات ولاسيما تلك المتعلقة بحق الدفاع وتحديد أسباب الحُكم[٤]ولابد من تحديد اسم المحكم المصالح في صلب اتفاق التحكيم[٥]، ولابد من الإشارة في عقد التحكيم من ان هؤلاء المحكمين مفوضين بالصلح[٦]ولابد من وضوح ارادة طرفي النزاع وضوحاً دقيقاً وتاماً بحيث تتوضح ارادة الطرفين على ان المراد هو الصلح، ولابد من تفسير ارادة

---

[١] د.احمد سعيد المومني، مصدر سابق، ص٦٥.

[٢] د.فتحي والي،قانون القضاء المدني اللبناني، طبعة:١، دار النهضة العربية، بيروت،١٩٧٠، هامش ص١٠٣.

[٣] د.أمينة النمر، مصدر سابق، ص٣٥٩.

[٤] هذا ما أشارت له قواعد مركز تحكيم لحل الخلافات التجارية،منشورة على الموقع:
www.tahkeem.com
ويراجع:نقض في ١٩٧٦/١٢/١٦، طعن ١٧٧س٤٠ق، مشار إليه لدى: أنور طلبة، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض في خمسين عاما(من ١٩٣١ الى كانون الاول١٩٨١، الجزء :٦، دار النشر الثقافة بالإسكندرية،ص٣٧٣.

[٥] د.احمد سعيد، مصدر سابق،ص٦٦.

[٦] والإشارة هذه تكون بشكل صريح؛ لان عدم تفويضهم بالصلح وعدم ذكر أسمائهم في المشارطة يعتبرون محكمون بالقضاء.ينظر:نقض١٩٦٥/٢/٢٥، طعن٦٠س٧٠، نقض١٩٦٥/٦/١٧طعن٤٠٦س٣٠ق، مشار إليهما لدى:أنور طلبة، مصدر سابق،ص٣٧٠.

الطرفين بالحيطة والحذر وعدم التوسع في التفسير؛ وذلك رعايةً لحقوقهم ولان اجراء الصلح يرتكز في الاساس على ارادة الطرفين ورضاهما في ذلك[١].

ومن الجدير بالذكر ان المحكم المفوض بالصلح يطلق عليه المشرع اللبناني في قانونه للمرافعات (بالتحكيم المطلق او المحكم المطلق)حسب نص المادة(٧٧٧)، واخذ به المشرع المصري في الفقرة(٤) من المادة(٣٩) من قانون التحكيم وكذلك الفقرة(د) من المادة(٣٦) من قانون التحكيم الاردني حيث أشارا إلى إن لهيئة التحكيم أن تفصل في النزاع بموجب قواعد العدالة والأنصاف من دون التقيد بالقانون اذا اتفق الطرفان على ذلك، وان إجراء التحكيم بالصلح لايمكن السير فيه والاعتراف به فيما بعد مالم يكن مكتوباً أصلا أي لابد من الإشارة إليه بأي عبارة تفيد هذا المعنى كأن يقال: بصفة مصالحين أو بدون الالتزام بأي قواعد قانونية او يفصل بحسب الضمير والوجدان[٢] وعليه فالمحكم المصالح لا يتقيد بقواعد القانون الموضوعي فضلاً عن ذلك لا يتقيد بأصول المرافعة ولاتسري على تصرفاته الجزاءات المقررة في القانون[٣]، ولقد نصت المادة(٢٥٨)مرافعات عراقي على انه:((إذا أذن طرفا النزاع للمحكمين بالصلح يعتبر صلحهم))، فيلاحظ الإشارة الى المحكم المصالح بنص القانون العراقي وعلى إعطاء المحكمين حرية كبيرة في التصرف وعدم التقيد بأحكام القانون، وكذلك حرية اتخاذ القرارات والإجراءات اللازمة وفقاً لما يلزم لحسم النزاع المعروض عليهم الا ان القانون اوجب عليهم الالتزام بالامور المتعلقة بالنظام العام والاداب العامة[٤]ونشير هنا الى ان مشرعنا قد اقتبس هذه الاحكام من نص المادة(١٤٤) من قانون المرافعات العراقي السابق المرقم٨٨ لعام ١٩٥٦م.

واشارت مجلة الأحكام العدلية الى المحكم المصالح في المادة(١٨٥٠)وجعلت من حكمه واجب الاتباع والخضوع له من قبل الخصمين[٥]، وعليه فالمحكم المصالح يمكن ان يحكم

---

[١] عبد الرحمن العلام، شرح قانون المرافعات المدنية رقم:٨٣لسنة١٩٦٩ مع المبادئ القانونية لقرارات محكمة التمييز مرتبة على مواد القانون، الجزء:٤،مطبعة الزهراء،بغداد،١٩٩٠،ص٤٤٧.

[٢] د.أمينة النمر، مصدر سابق، ص٣٥٩.

[٣] مقالة بعنوان: التحكيم، بدون اسم كاتب،ص١، منشورة على الشبكة العالمية للمعلومات وعلى الموقع: www.egyptainlawyer.com

[٤] المادة:(٢٦٥)مرافعات عراقي. وينظر أيضا:أ.حسين المؤمن، مصدر سابق، ص٢٩.

[٥] سليم رستم، مصدر سابق، ص١١٩٩، وعبد الجليل برنو، شرح قانون أصول المرافعات المدنية والتجارية، الشركة الإسلامية للطباعة والنشر، ١٩٥٧، ص٣٥١.

بموجب قواعد العدالة او ياخذ بالعرف التجاري السائد وحتى لوكان عرفاً أجنبيا وله ايضاً ان يرفض الأخذ بالتقادم او عدم الاعتداد بالمقاصة او باية قاعدة قانونية اخرى مالم تكن متعلقة بالنظام العام والآداب كما سبق الاشارة لذلك، ففي الحالة الأخيرة لابد لهؤلاء المحكمين من الالتزام والتقيد بها ولايمكن مخالفتها[1]ونشير هنا لموقف قواعد التحكيم الخاصة بلجنة القانون التجاري الدولي التابعة للأمم المتحدة (اليونسترال)والصادرة في ١٥/كانون الأول/١٩٧٦م حيث نصت المادة:(٣٣) على:((لا تصدر محكمة التحكيم قراراً بوصفها محكماً مصالحاً أو وفقاً لمبادئ العدالة والإنصاف إلا إذا فوضها الطرفان صراحة في القيام بذلك وكان القانون الواجب التطبيق على اجراءات التحكيم يسمح بمثل هذا التحكيم))، فيلاحظ على هذا النص ان التحكيم بالصلح لا يمكن القيام به مالم يكن هناك تخويل وتراضي عليه من قبل طرفي النزاع بشكل صريح ولابد ان يسمح القانون المطبق على الاجراءات التحكيمية بذلك ايضا وهذا يُعد تأييدا لما سبق قوله بشأن المحكم المصالح.

وبعد كل هذا لابد من تحديد حُكم المحكم المصالح فهو عندما يفصل في النزاع بين الطرفين فانه يقوم بعقد صلح بين الطرفين، لذا عندما يقال انه اصدر حُكماً لايعد هذا حُكماً بالمعنى المفهوم من اللفظ وانما هو الصلح بين الطرفين حيث ان هذا المحكم يقوم بالموازنة والتنسيق بين الادعاءات المختلفة والدفوع المتعددة لطرفي النزاع والتوفيق بينهما توفيقاً عادلاً ويعطي لكل ذي حقٍ حقه[2].

وبعد هذا العرض الذي خصص للمحكم بالقضاء والمحكم بالصلح لابد من ادراج اهم نقاط الاختلاف مابين النوعين وكالأتي:

١_ان المحكم المصالح وكما سبق القول لايتقيد بقواعد القانون الموضوعي ولا بقواعد المرافعات الاجرائية[3].

ولاتسري عليه الجزاءات المقررة في القانون؛ لان رايه وقراره الذي يتخذه هو عنوان الثقة والصحة لدى الاطراف المتنازعة مالم يكن هذا الامر قد تعلق بأسس خاصة بالمرافعات او بحقوق الدفاع،

---

[1] ينظر المادتين:(٢٥٨و١٦٥)مرافعات عراقي و أ.حسين المؤمن، مصدر سابق،ص٣٩.

[2] ينظر المادة:(٥٠٦) من قانون المرافعات المصري١٣ لعام ١٩٦٨م.وأ.حسين المؤمن، مصدر سابق، ص٤٠و٤١.

[3] طعن رقم:٧٣٦لسنة٤٩ق-جلسة١٩٨٢/٥/٤، مشار إليه لدى:حسن الفكهاني، مصدر سابق، ص١٠١١و١٠١٢.

ومع ذلك فالمحكم يعتد بالشكل الخاص عند إصداره للحُكم بالنصوص الخاصة في التحكيم وتشمل كتابة الحُكم وتسبيبه وإيداعه وخضوعه للرقابة[١]، ونشير هنا لقرار محكمة النقض المصرية حيث نص المبدأ على: ((ان إعفاء او عدم تقييد المحكمين بإجراءات المرافعة لا يؤدي ذلك الى عدم اتباع الاحكام الخاصة بالتحكيم فيما يتعلق باصدار الحُكم وما يشتمل عليه من بيانات كوثيقة التحكيم لان اهمال ذلك يؤدي الى بطلان الحُكم))[٢] ، اما المحكم بالقضاء فيجب عليه التقيد بحُكم القانون والسير على قواعد المرافعات وتسبيب حُكمه[٣]، وعليه مما سبق نلحظ ان المحكم بالصلح يصالح ويوازن بين دفوع كلا الطرفين في التحكيم بالصلح بينما المحكم بالقضاء يحكم بموجب القانون[٤].

٢- ان التحكيم بالصلح لا يتجزأ، ومعنى ذلك ان انتفاء سلطة المحكم بعد ان يقوم باصدار حُكمه في الصلح بين الطرفين وفي جزء من الموضوع ودون حسم النزاع بكامله، ففي هذه الحالة يعد مثل هذا الصلح كأن لم يكن موجوداً ودونما اعتبار لاي سبب للانتفاء فيما يتعلق بسلطة المحكم، اما المحكم بالقضاء فعلى الرغم من زوال سلطته تبقى الاحكام الصادرة منه قائمة وصحيحة حتى ولو لم يحسم النزاع مالم تكن الخصومة غير قابلة للتجزئة بطبيعتها او بحكم القانون[٥].

٣- يعد عمل المحكم المصالح اخطر من عمل المحكم بالقضاء؛ وسبب ذلك يعود لان المحكم المصالح لا يتقيد بقواعد القانون واصول المرافعة وان هذا المحكم يعمل على الطلب من كلا الطرفين على التنازل عن جزء مما يدعيه[٦]، وان المحكم بالقضاء يملك رفض جميع الطلبات

---

[١] عبد الرحمن العلام، مصدر سابق، ص٤٤٧و٤٤٨، ود. احمد أبو الوفا، التعليق على نصوص قانون المرافعات، الجزء الثاني،طبعة:٥، منشاة المعارف بالإسكندرية،١٩٧٧، ص١٣٨٦.

[٢] قرار محكمة النقض ، طعن رقم:٧٣٦لسنة٤٩ق-جلسة١٩٨٢/٥/٤م، مشار إليه لدى: حسن الفكهاني، مصدر سابق، ص١٠١١و١٠١٢.

[٣] د.احمد أبو ألوفا، مصدر سابق، ص١٣٨٦، ويراجع المادة:(٥٠٧) من القانون المصري للمرافعات لعام ١٩٦٨م فيما يتعلق في التسبيب.

[٤] أ.حسين المؤمن، مصدر سابق،ص٤٠و٤١، ود. احمد أبو ألوفا، مصدر سابق، ص١٣٨٦.

[٥] د. احمد أبو ألوفا، مصدر سابق، ص١٣٨٦.

[٦] أ. حسين المؤمن، مصدر سابق، ص٤٠.

وادعاءات الطرفين لان يحكم بينما نرى المحكم بالصلح لا يملك رفض مثل تلك الطلبات؛ لانه يصالح ولا يحكم ولا يجوز له أن ينتقص من حقوق الدفاع التي يملكها أحد طرفي الخصومة[١].

وتجدر الإشارة إلى ضرورة معرفة التفرقة بين التحكيم مع التفويض بالصلح عن التحكيم وفقا لقواعد العدالة والإنصاف، فالأول: ((هو تخويل هيئة التحكيم سلطة إصدار حكم نهائي دون الالتزام بتطبيق أي قواعد قانونية على أن يتم تسبيب الحكم استنادا الى معيار شخصي هو ما تراه الهيئة محققا للوئام بين طرفي التحكيم))، أما الثاني: ((فهي تخويل هيئة التحكيم سلطة إصدار حكم نهائي مع التزامها بتطبيق قاعدة موضوعية أو اكثر من قواعد العدالة والإنصاف على أن يتم تسبيب الحكم استنادا الى ماتم تطبيقه من هذه القواعد))[٢].

ومما سبق نؤكد على الدور الذي يلعبه المصالح في التحكيم بالصلح؛ لانه لا يستطيع ان يجرد أي من طرفي النزاع عن حقوقه وإلا عُدَّ مثل هذا الصلح غير جائز وفيه ريبة وخبث وبالتالي يبرز هنا دور المحكم المصالح كونه يقوم بالتنسيق والموازنة بين حقوق كلا الطرفين والتزاماتهما حيث يستطيع الطلب من أحدهما ان يتنازل عن جزء من حقوقه مقابل ان يتنازل الطرف الأخر بقسمٍ منها مساوٍ لما تنازل عنه خصمه[٣].

وبعد كل ما مضى نرى بجلاء موقف المشرع العراقي بشأن المسألة المطروحة السالفة الذكر فنجد ان المادة(٦٩٨) من القانون المدني العراقي قد عرفت الصلح بأنه:((عقد يرفع النزاع ويقطع الخصومة بالتراضي))[٤] ، فنجد من الناحية النظرية ومن خلال هذا النص انها تعطي للمحكم الحق في الأخذ بادعاءات أحد الطرفين وإهمال كل ادعاءات الطرف الاخر وان كانت المادة لم تتضمن الإشارة الى تنازل كل واحد من طرفي النزاع المتصالحين عن جزء من ادعاءاته، لكن وكقاعدة عامة نرى ان عقد الصلح يتضمن المعنى السالف الذكر لذا فالمحكم المصالح لا يستطيع ان يأخذ بكل ادعاءات احد الطرفين واهمال ادعاءات الطرف الاخر وانما يقوم كما اشرنا سابقاً بالتوفيق والموازنة والتنسيق بين طلبات الخصوم وعليه فمهمة المحكم المصالح في تشريعنا العراقي تعد خطيرة وذات مسؤولية كبيرة لا يستطيع من خلالها المحكم

---

[١] عبد الرحمن العلام، مصدر سابق،ص٤٤٨.

[٢] ياسر عبد السلام منصور، دراسة نقدية لقانون التحكيم المصري،الطبعة:١، دار النهضة العربية،القاهرة،٢٠٠٢،ص٨٩و ٩٠.

[٣] أ. حسين المؤمن، مصدر سابق، ص٤٠و ٤١ وعبد الرحمن العلام، مصدر سابق، ص٤٨٨.

[٤] مصدر هذه المادة هو نص المادة (١٨٥٠) من مجلة الأحكام العدلية.

اهمال طلبات احد الطرفين والاستناد الى طلبات الطرف الاخر وهذا طبعاً اذا ما اخذنا بحرفية النص العراقي السابق[١]، وتجدر الاشارة الى موقف القانون الايطالي للمرافعات من التحكيم بالصلح حيث انه اطلق عليه تسمية(التحكيم وفقاً للعدالة)وان مهمة المحكم فيه هو التقيد بقانون الاجراءات واصول المرافعة من دون التمسك بالقانون الموضوعي حيث انه يحكم بموجب قواعد العدالة والانصاف[٢].

الفرع الثالث

المحكم الوطني والأجنبي والدولي

ان تحديد معاني هذه المفاهيم اثارت جدلا كبيرا وواسعا لدى الفقهاء والقضاء؛ وذلك لوضع معيار محدد للتفرقة بينهم، فالمحكم الوطني هو ذلك الشخص الذي يمارس تحكيما ينتمي بجميع عناصره من حيث المنازعة والاجراءات او القانون الواجب التطبيق الى دولة واحدة اما المحكم الاجنبي فهو ذلك الشخص الذي ينظر تحكيما قد يرتبط في احدى عناصره بعوامل خارجية او اجنبية، اما المحكم الدولي فهو الذي يقوم بالتحكيم والذي لا يكون له أي ارتباط بالأنظمة القانونية الوطنية[٣].

الفرع الرابع

المحكم في الحر والمحكم المؤسسي(المنظم)

ان المحكم في في التحكيم الحر او الخاص يعتبر هو الاصل في نظام التحكيم حيث تكون هناك حرية للاطراف في اختيار من يرغبون من الاشخاص لحسم النزاع مع تحديد القواعد والاجراءات التي يسيرون عليها والقانون الواجب التطبيق ومكان التحكيم، فهو عبارة عن تحكيم ينظمه الاطراف بمناسبة نزاعهم، فالمحكم في هذا النوع من التحكيم هو خاص للاطراف وبنزاعهم[٤].

اما المحكم في التحكيم المؤسسي فهنا المحكم يكون قد ابرم عقدا مع احدى المؤسسات او الهيئات التحكيمية الوطنية او الدولية، ويدرج اسمه ضمن قوائم خاصة تعدها مثل هذه المراكز

---

[١] أ. حسين المؤمن، مصدر سابق، ص٤١.

[٢] د. فتحي والي، مصدر سابق، هامش ص١٠٣.

[٣] د. فوزي محمد سامي، مصدر سابق، ص١٠٣.وتجدر الإشارة إلى معالجة هذا الموضوع ضمن تعريف المحكم التجاري الدولي في المبحث الأول من هذا الفصل.

[٤] د. احمد السيد صاوي، مصدر سابق، ص١٥.

لعرضها على طرفي النزاع عند لجوئهم اليها، وقبولهم الخضوع لاجراءاتها وقواعدها، وتعتمد اغلب المراكز والمؤسسات التحكيمية على محكمين ممن يتمتعون بالخبرة والكفاءة والسمعة الدولية العالية في مجال حسم المنازعات[١]

الفرع الخامس

أنواع أخرى من المحكمين

ونخصص هذا الفرع لبعض الأنواع الأخرى من المحكمين ومنها(المحكم المرجح) وهو ((ذلك الشخص الذي يتم اختياره لكي يرجح بين رأي فريق من المحكمين عندما تتساوى الاراء او عندما لايكون عدد المحكمين وتراً[٢]))، وهناك (المحكم الفيصل) ويعرف على انه:((ذلك الشخص الذي يقوم بالفصل في النزاع عند اختلاف أراء المحكمين الآخرين في النزاع فيتدخل المحكم الفيصل لكي يبدي رأيه وقد يكون مخالفاً لاراء باقي المحكمين ويكون بالتالي رايا ثالثاً))، ولقد اخذ القانون الانكليزي للتحكيم والصادر في ١٦/حزيران/١٩٩٦م بالمحكم الفيصل وذلك في المادة(٢١)، ونجد ان القانون الاردني للتحكيم الملغى كان قد اشار الى اعطاء الحق للمتخاصمين بان يتفقا على اختيار محكم اضافي او فيصل[٤] اما القانون الاردني النافذ فياخذ بالمحكم المرجح عند تعدد المحكمين وهو موقف القانونين المصري للتحكيم والفرنسي للمرافعات حسب المادة(١٤٥٤مرافعات فرنسي).

وهنالك نوع اخر يطلق عليه بالمحكم الثالث او المحكم من الغير: ((وهو الذي يقوم بالتدخل في العملية التحكيمية لا لغرض ترجيح الاراء عند تساويها بل لاجل إجراء تحكيم جديد امام هيئة تحكيم جديدة تشكل من قبله ومن قبل المحكمين الأصليين[٣]))،

---

[١] د. حمزة حداد، التحكيم بوجه عام واتجاهات قانون التحكيم الاردني الجديد، ورقة عمل مقدمة لندوة الاتجاهات الحديثة للتحكيم في التشريعات العربية، دمشق ٢٨-٢٠٠١/٨/٣٠،ص٣، منشورة على الشبكة العالمية للمعلومات وعلى الموقع:

www.lac.com

[٢] د. احمد أبو ألوفا، التحكيم بالقضاء والصلح، ص١٣٣ و محمد كامل مرسي، العقود المسماة، الجزء:١، طبعة:٢، مطبعة العالمية، ١٩٥٢، هامش ص٥٤٩.

[٤] الفقرة(ج) من المادة: (٧) .

[٣] د. احمد أبو ألوفا، مصدر سابق، ص١٣٣و١٣٤.

المطلب الثاني

طبيعة عمل المحكم

لتحديد طبيعة عمل المحكم بشكل دقيق فأننا سوف نعالجه حسب الفروع الآتية:

الفرع الأول

الطبيعة التعاقدية

يرى هذا الاتجاه ان لعمل المحكم صبغة تعاقدية في جميع مراحل عملية التحكيم ابتداءاً من الاتفاق عليه وانتهاءاً بصدور القرار التحكيمي[١]؛ وذلك لانه يتم بإرادة ذوي الشأن وان تخلوا بموجب هذه الارادة عن بعض الضمانات التي يكفلها لهم القضاء العادي؛ لانهم من خلال اللجوء للتحكيم فضلوا الإجراءات السريعة والمرنة واختصارا للوقت لحسم النزاع[٢]، فاذن هنا اطراف النزاع هم الذين يحددون الشخص او الاشخاص الذين يمارسون التحكيم ويدفعون اتعابهم ويحددون القانون الذي سوف يطبق ويحسم النزاع وفق نصوصه[٣]، ويرى انصار الطبيعة العقدية بان المحكمين هنا هم مجرد وكلاء او مفوضون عن الأطراف وان قواعد المرافعات والإجراءات المدنية والتجارية لا تنطبق هنا ويُعَدُّ حكم التحكيم بمثابة العقد المبرم بين الأطراف[٤]، ولقد أيدت محكمة النقض الفرنسية الطبيعة التعاقدية لعمل المحكم بطريق غير مباشر في حكمها الصادر في ٩/تموز/١٩٢٨م وعادت واكدت هذا الحكم في قرارها في ٢٧/تموز/١٩٣٧م، وعلى الرغم من ذلك فان أحكام القضاء الفرنسي لم تلقَ تأييدا واسعاً أخر المطاف[٥]، واكدت كذلك المحكمة الدستورية العليا في مصر على الطبيعة العقدية وارتكاز التحكيم على الاختيار الحر لارادة الأطراف كوسيلة لتسوية المنازعات[٦]، وتبنى القضاء المصري هذا الاتجاه حيث أشارت محكمة النقض الى ان: ((اختصاص جهة التحكيم بنظر النزاع يكون مرتكزاً على حكم القانون، لكنه مع

---

[١] علي حميد، مصدر سابق، ص٢٥ وإبراهيم احمد ابراهيم، التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٦،ص٣١ .

[٢] عوض خلف أخو ارشيدة، حكم التحكيم التجاري الدولي ومدى الزاميته القانونية، أطروحة دكتوراه،كلية القانون، جامعة الموصل، ٢٠٠٢، ص٤٢و٤٣ .

[٣] د.محمود مختار، مصدر سابق، ص٨ .

[٤] د.احمد انعم، مصدر سابق، ص١٨.

[٥] د.أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار نهر النيل، ١٩٨٠، ص٢٤و٢٥.

[٦] د.محمود مختار، مصدر سابق، ص٨.

ذلك يكون قائماً على أساس اتفاق الطرفين وان مثل هذه الطبيعة القائمة على الاتفاق تجعله غير متعلق بالنظام العام))[١].

ولقد استند اصحاب هذه النظرية على جملة من الاسانيد منها: ان التحكيم التجاري يقوم على ارادة الاطراف وان لجوء الاطراف للتحكيم يعد هذا تنازلاً عن اللجوء الى القضاء العادي ضمناً ويعطون للمحكم سلطة مصدرها ارادة طرفي النزاع وان مثل هذه السلطة لايمكن وصفها بانها سلطة قضائية بل هي سلطة مستندة على ارادة ذوي الشأن ولا يوجد أي تشابه بين عمل القاضي والمحكم؛ لان الأخير يقوم بعمله تحقيقاً لأغراض ومصالح خاصة(شخصية) بأطراف النزاع بعكس عمل القاضي وان المحكم لا يتمتع بولاية القضاء ولايتم تعينه من قبل السلطة العامة للدولة[٢] ويملك المحكمون حرية أوسع في ممارسة إجراءات التحكيم لا يملكها القضاة[٣]، وعليه ان هذا الاتجاه يجد له أساسا في اعتبارات معاملات التجارة الدولية لتسهيل حركتها ومواجهة التشريعات الوطنية عن طريق العقد لما يتسم به من طابع دولي[٤]، وعلى الرغم من التأييد الذي حظيت به هذه النظرية في بادئ الأمر إلا إنها انتقدت من عدة جوانب منها: توسعها بشكلٍ مفرط وكبير بإعطاء دور كبير لارادة الأطراف؛ وذلك لان المحكم عندما يفصل في النزاع عليه ان يكشف إرادة القانون لا إرادة أطراف النزاع[٥]، وان التحكيم التجاري الدولي ليس ذو طابعاً إرادياً محضاً؛ لان واقع التجارة يظهر بان حرية الخصوم في اختيار المحكم أصبحت وهماً

---

[١] طعن رقم: ١٦٧لسنة:٣١من جلسة: ١٩٦٦/٥/٢٤، مشار إليه لدى: حميد فيصل محمد الدليمي، القانون الواجب التطبيق على مسائل التحكيم في العقود الدولية الخاصة، أطروحة دكتوراه، كلية النهرين للحقوق، جامعة النهرين، ٢٠٠٢، ص٣٠.

[٢] طارق عبد الله عيسى المجاهد، تنازع القوانين في عقود التجارة الإليكترونية، أطروحة دكتوراة، كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠١، ص٢٥١ود.فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، طبعة:٢، دار النهضة العربية، القاهرة،١٩٨١،ص٥٣.

[٣] علي حميد، مصدر سابق، ٢٥.

[٤] عوض خلف، مصدر سابق، ص٤٤.

[٥] اشرف خليل، الطبيعة القانونية للتحكيم، مقالة منشورة بتاريخ ٢٠٠٢/٥/٨،ص١و٢، على الشبكة العالمية للمعلومات،ص١و٢، وعلى الموقع: www.montada.com

لان التحكيم في معاملات التجارة الدولية غالباً ما يُفرضْ على الخصوم فرْضاً كما في العقود النموذجية[١]وفي مجال الاستثمارات.

وكذلك كدليل على انتفاء الطبيعة العقدية ما استقر عليه من استقلالية شرط التحكيم عن العقد الذي نشأت عنه المنازعة وهذا ما تبنته محكمة النقض الفرنسية[٢]وان هذه النظرية تجعل من المحكم محوراً لتحديد طبيعة عمله وان جعل عمل المحكم تعاقدياً لا يكفي لوحده استناداً على الاتفاق فقط بل لابد من النظر الى جميع العناصر الأخرى ككل[٣].

الفرع الثاني

الطبيعة القضائية

ظهر اتجاه اخر يضفي على عمل المحكم صفة قضائية ويشبه عمل المحكم بعمل القاضي، والذي قال بهذا الاتجاه الأستاذ:(كارنيلوتي)حيث جعل من التحكيم نوع من أنواع القضاء[٤]وسادت هذه النظرية في الفقه والقضاء المقارن في فرنسا وإيطاليا ومصروالكويت[٥].

ان مركز الثقل في عمل المحكم هنا ليس كما يقول انصار الاتجاه العقدي يكمن في اتفاق التحكيم بل هو في الحُكم الذي ينطق به المحكم؛ لان الوظيفة التي يقوم بها المحكم هي تطبيق القانون واقامة العدل وصولاً لحسم النزاع وهو مايشبه الى حدٍ كبير دور القاضي في القضاء العادي[٦]، ولقد اشار انصار هذه الطبيعة الى اساس تلك الوظيفة التي يمارسها المحكم فانقسموا الى رأيين:الاول وهم التقليديون حيثُ ذهبوا الى ان اساس هذه السلطة هي تخويل الدولة للمحكم في اقامة العدل وان المحكم يباشر هذه الوظيفة بصورة مؤقتة، اما الرأي الثاني:فيرى ان عمل المحكم ماهو الا بطانة لنظام القضاء في الدولة فيعدُّون عمل المحكم نوعاً من انواع القضاء أي يقرون بوجود قضاءان: قضاء للدولة وقضاء للتحكيم[٧]، ويترتب على الطبيعة

---

[١] العقد النموذجي: هو وثيقة مطبوعة ممكن استخدامها كالعقد الأصلي، إذ تحتوي على جميع القواعد التي تحكم العقد.ينظر بشأنها : د.منير عبد المجيد، التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي في ضوء الفقه والقضاء، بدون طبعة، منشاة المعارف بالإسكندرية، ١٩٩٧، ص٤٣ومابعدها.

[٢] قرار محكمة النقض في ١٩٦٣/٥/٧، مشار إليه لدى: د.أبو زيد رضوان، مصدر سابق، ص٣٧و٣٨.

[٣] علي حميد، مصدر سابق، ص٢٦.

[٤] د.أبو زيد رضوان، مصدر سابق، ص٢٥و٢٦، ود. فتحي والي، مصدر سابق، ص١٠٣و١٠٤.

[٥] د.وجدي راغب، مصدر سابق،هامش ص١٣٤.

[٦] حميد فيصل، مصدر سابق، ص٣١ ود.احمد انعم، مصدر سابق، ص٢٠.

[٧] د.أبو زيد رضوان، مصدر سابق، ص٢٧و٢٨.

القضائية جواز تدخل الدولة؛ لان القضاء منوط اصلاً بالسلطة القضائية وياتي التحكيم استثناءاً حيث يسمح لاشخاص من خارج النظام القضائي للدولة القيام بوظيفة القاضي، وعليه لابد من وجود نظام مراقبة من قبل الدولة على التحكيم بقواعد آمرة تضمن سلامة الإجراءات وسلامة الحُكم وغيرها.[١]

واستند من قال بالنظرية القضائية لعمل المحكم على حجج ومبررات تدعم رأيهم وهي:

١- وحدة الوظيفة او الغاية: وهي تعد الحجة الاساسية باعتبار ان التحكيم والقضاء يقومان بوظيفة واحدة وهي الفصل في المنازعات القانونية، الا انه يمكن الرد على ذلك باعتبار ان القاضي قد يباشر وظيفته ويصدر احكاماً من دون وجود نزاع ومثال ذلك حالة اقرار المدعى عليه بالدين المطلوب وبالتالي الاكتفاء بوجود مصلحة للمدعي بعكس التحكيم فالمحكم لا يظهر دوره مالم يوجد هناك نزاع قانوني نشأ او سوف ينشأ وعليه يقال:(لا تحكيم بلا نزاع)[٢].

٢- اعتراف القانون بنظام التحكيم: يذهب انصار هذه النظرية وباصرار لجعل المحكم قاضياً باعتبار ان المحكم لايستمد سلطته من اتفاق الاطراف وانما من القانون الذي يعترف بنظام التحكيم ويجعل من حكمه ملزماً للمحاكم وان البعض قد عُدّ هذا المحكم قاضياً خاصاً[٣] والبعض تطرف اكثر فعدَّه قاضياً عاماً[٤] ولكن على الرغم من هذه الحجة الا ان اعتراف القانون بعقد التحكيم لا ينفي من هذا العقد انه هو المصدر المباشر لسلطة المحكمين والقانون هو مصدر غير مباشر، ويختلف المحكم عن القاضي من حيث ان القاضي غايته في تطبيق القانون هو حماية القانون في الدولة بينما المحكم جوهر عمله فض المنازعات بين الافراد وان اعتبار المحكم قاضياً خاصا او عاما تنفيه قواعد القانون الموضوعي على أساس انه لا يشترط في المحكم ما يشترط عند تعيين القاضي[٥].

٣- ومما ذهب اليه انصار هذه الطبيعة وحدة المصطلحات المستخدمة بين النظامين، حيث سعت الكثير من القوانين إلى اطلاق مصطلح(الحُكم) على ما يصدره المحكمون عند حسمهم

---

[١] د.محمود مختار، مصدر سابق، ص٧.

[٢] د.وجدي راغب، مصدر سابق، ص١٣٩و١٤٠، وعوض خلف، مصدر سابق، ص٤٧.

[٣] ومن مؤيدي ذلك:د.عزمي عبد الفتاح ود.فتحي والي. يراجع في ذلك د.فتحي والي، مصدر سابق،ص٩٠٤.وتجدر الإشارة إلى أن المادة (١٤٦٦)مرافعات فرنسي اعتبرت المحكم كالقاضي.

[٤] ومن أنصاره: الفقيه موريل.يراجع:د.وجدي راغب، مصدر سابق، ص١٤١.

[٥] د.وجدي راغب، مصدر سابق، ص١٤١.

للنزاع تشبيهاً للحكم القضائي[١] الا ان مثل هذا الامر منتقد؛ لان مصطلح الحُكم مقصور على النهج الذي تتبعه التشريعات العربية في قوانين التحكيم[٢].

٤- ان حُكم المحكم يحوز حجية الشيء المقضي به وينفذ تنفيذاً جبرياً بعد صدور الامر بالتنفيذ وان هذا متأتي من تشبيه المحكم بالقاضي، إلا أن هذه الحجة مردودة؛ لان المحكم ليست لديه سلطات عامة ولا يقوم بخدمة عامة وحكمه لا ينفذ تلقائياً[٣].

ومما سبق يتضح ان عمل المحكم مستقل عن عمل القاضي، ونظام التحكيم هو نظام قائم بحد ذاته ومستقل عن أنظمة التقاضي وفصل النزاعات الأخرى، له سماته وأساليبه وقواعده التي يسير عليها ومهما حاول أنصار الطبيعة القضائية من إضفاء بعض الجوانب التي تطبق في القضاء العادي على عمل المحكم فلن ينجحوا في ذلك كمحاولة جعل إصدار حكم المحكمين باسم السلطة العليا في البلاد وغيرها من المحاولات .

واخيراً يمكن القول بان الذي ساعد على انتشار هذه الطبيعة وإلصاقها بعمل المحكم هو انتشار مراكز التحكيم التي ظهرت كبناء قضائي تحكيمي لحل منازعات التجارة الدولية بعيداً عن النظام القضائي العادي[٤].

الفرع الثالث

الطبيعة المزدوجة(المختلطة)

يرى أصحاب هذه النظرية التوفيقية من خلال النظريتين السالفتي الذكر انه اذا كانت النظرية العقدية لعمل المحكم تضفي عليه الصفة العقدية الاتفاقية وتجعل لمبدأ سلطان الإرادة دوراً كبيراً فيه، وأضفت النظرية القضائية مساواة عمل المحكم بعمل القاضي وان عمله نوع من أنواع القضاء، لذا يذهب أنصار هذا الاتجاه بان عمل المحكم هو ذو طبيعة مزدوجة او ذو نظام قضائي خاص له أساس اتفاقي[٥] أي بمعنى ادق ان المحكم هو قاضٍ خاص ويملك سلطة قضائية مصدرها اتفاق التحكيم، فالعمل المحكم طبيعة مختلطة قضائية بموضوعها واتفاقية في

---

[١] اشرف خليل، مصدر سابق،ص٥.

[٢] د.وجدي راغب، مصدر سابق، ص١٤٥.ومن التشريعات على سبيل المثال: القانون الأردني للتحكيم المرقم:٣١لسنة٢٠٠١م/ المادة:(٣٧)، والقانون المصري للتحكيم المرقم:٢٧لسنة١٩٩٤م /المادة:(٤٠).

[٣] حميد فيصل، مصدر سابق، ص٣٢ ود.احمد أبو ألوفا، مصدر سابق، ص١٨٧.

[٤] د.وجدي راغب، مصدر سابق، ص١٤٧.

[٥] د.أبو زيد رضوان، مصدر سابق، ص٣١و٣٢.

اصلها[١]لذا فهو نظام ذو طبيعة مركبة فعمل المحكم له استقلاله الخاص وهيئته الخاصة[٢]، فنجد في هذه النظرية ان هناك نظاماً مختلطاً يبدأ باتفاق ثم يصير إجراءً ثم ينتهي بقضاء وهو قرار التحكيم[٣]ونجد من خلال هذا الامر بان عمل المحكم ليس اتفاقاً محضاً ولا قضاءا بل ان عمل المحكم في حسم النزاع يمر بعدة مراحل يلبس كل منها لباساً خاصاً[٤]، وان مثل هذا التحليل هو الذي يصب في مصلحة التجارة الدولية التي من متطلباتها اطلاق حرية الاتفاق على التحكيم في مراحله الاولى ثم تحويله الى قضاء في النهاية[٥]، وطبقاً لهذه النظرية يلاحظ بان قرارات المحكم التي يصدرها لايمكن تنفيذها مالم تحوز على سلطة الامر بالتنفيذ من قبل قضاء الدولة المراد تنفيذ القرار لديها وبهذا الامر تحظى على سمة الحكم القضائي[٦]وعلى الرغم مما جاء به هذا الاتجاه من حل وسط وتوفيقي لمشكلة طبيعة عمل المحكم الا انه لم يسلم من النقد وكما ياتي:

١_ إن في هذا الاتجاه هناك خلاف اخر مع الخلاف الاصلي لطبيعة عمل المحكم يكمن في عدم اتفاق أنصار النظرية على الحد الزمني الفاصل الذي ينحسر فيه الطابع الاتفاقي لعمل المحكم ليبرز الجانب القضائي له[٧].

٢_ الطبيعة المختلطة لعمل المحكم من (عقد وقضاء) هي منتقدة بحد ذاتها ولاتقوم على أساس متين؛ لان أنصار النظرية لم يتصدوا للمشكلة نفسها فهو بمثابة العجز والهروب من مواجهة الحقيقة بأبعادها المتعددة فالواجب مواجهة مثل هذه الحقائق المركبة ومحاولة تحليلها لردها إلى عناصرها المميزة وتحديد دور كل عنصر فيها[٨].

---

(1). Philippe malaurie, Laurent aynes et p.y, op.cit, p.694

[٢] د.ثروت حبيب، مصدر سابق، ص١٠٣.

[٣] طارق عبد الله، مصدر سابق، ص٢٥٣و علي حميد، مصدر سابق، ص٢٨.

[٤] إبراهيم احمد إبراهيم، مصدر سابق، ص٣٥.

[٥] طارق عبد الله، مصدر سابق، ص٢٥٣.

[٦] د.أبو زيد رضوان، مصدر سابق،ص٣٣.

[٧] حميد فيصل، مصدر سابق، ص٣٦.

[٨] اشرف خليل، مصدر سابق، ص٧.

٣_ كذلك إن هذه النظرية خلطت مابين حجية حُكم المحكم والقوة التنفيذية له، فحجية حُكم المحكم تثبت له لمجرد صدوره من قبله أما القوة التنفيذية فلا يحوزها مالم يصدر أمر بالتنفيذ من قضاء الدولة العادي[١].

الفرع الرابع

الطبيعة المستقلة لعمل المحكم

بعد استعراض النظريات انفة الذكر والتي ذهب من خلالها انصارها للقول بان عمل المحكم يعد عملاً تعاقدياً اتفاقياً يخضع لمبدأ سلطان الارادة ولمبدأ العقد شريعة المتعاقدين وانه عمل اتفاقي يخضع في مجموعه لما اراده اطراف النزاع على حسب راي الاتجاه التعاقدي.

في حين يرى اخرون بان عمل المحكم ذو صبغة قضائية فهو كالقاضي من حيث انه يقوم بحسم النزاع واقرار العدالة بين المتخاصمين وانه يُصدر حُكم يشابه حُكم القاضي على حسب رأي الاتجاه الثاني القضائي.

وقال اتجاه ثالث بان عمل المحكم ذو طبيعة مركبة(اتفاقية وقضائية) فهو يكون في بادئ الامر اتفاق على اللجوء لاشخاص محكمين لفصل النزاع ثم يختفي الاتفاق لتظهر الصفة القضائية لعمل المحكم، الا ان مثل هذه الاتجاهات السالفة الذكر وكما لاحظنا من حيث الاسس والمبررات المعتمدة من قبل أنصارها لم تخلو من السلبيات والانتقادات التي سبق عرضها فيما مضى.

وان مثل تلك الاتجاهات لا تصلح لتحديد طبيعة عمل المحكم فانه ان كان يمكن الاقرار باحدى تلك النظريات والاخذ بها في اطار التحكيم الداخلي الانه لم يعد مقبولاً الاستناد اليها على الصعيد الدولي وعليه لابد من الاقرار صراحةً بنظام التحكيم اولاً كونه نظاماً خاصاً يتفق مع متطلبات التجارة الدولية في الوقت الراهن اكثر مما سبق، وان طبيعة عمل المحكم يمكن اعطاءها الطبيعة الخاصة المتميزة بعيداً عن قضاء الدولة الداخلي كما ان عمل المحكم له قواعد خاصة تحكمه وهي منتقاة من واقع التجارة الدولية؛ لان عمل المحكم لم يعد ذو طبيعة إرادية خالصة وذلك لان واقع التجارة الدولية يكشف أن حرية الخصوم في اختيار محكميهم أصبحت غير مطلقة بشكل كبير[٢].

---

[١] عوض خلف، مصدر سابق، ص٥٢ واشرف خليل، مصدر سابق، ص٧.

[٢] د.أبو زيد رضوان، مصدر سابق، ص٣٥ وطارق عبد الله ، مصدر سابق، ص٢٥٥.

وعليه فعمل المحكم متحرر من القيود الوطنية وله استقلالية ومجاله الحيوي على صعيد التجارة الدولية ليؤسس له كياناً خاصاً وذاتي[١]، فهو لايجد نفسه في القوانين الوطنية بل في المواثيق والمعاهدات والقرارات الخاصة بالمنظمات الدولية وفي أنظمة ولوائح التحكيم الدائمة[٢].

وبالرغم من الحجج التي جاء بها هذا الاتجاه الا انه انتقد كذلك وانها غير مقبولة ولا تتماشى مع ما يقوم به المحكم من دور في حل النزاعات وذلك على اساس قيامها بوجود مجتمع رجال أعمال متخصصين بالتجارة الدولية بعيداً عن مجتمع الدول وان مثل هذه النظرية تذهب إلى عدم الاعتراف بالأنظمة الوطنية للدول[٣].

وعليه فالمحكم يقوم بعمل لفض النزاع وحسمه وفقاً للمبادئ العامة التي قد وضعها النظام القانوني واهمها مبدأ المساواة والمواجهة، واني إذ أقر في إن عمل المحكم هو مشابه إلى حدٍ ما لعمل القاضي لكن لا يمكن مساواته بالقاضي في إطار العمل القضائي العادي[٤]، والسائد ألان وجود مراكز متخصصة في التحكيم تعد بمثابة اجهزة تحكيم تمارس عملية حسم نزاعات التجارة الدوليةً؛ لأنها أنشأت لسد الفراغ في إطار منازعات التجارة الدولية مما أوجدت معها هيكلية كاملة من نظام قضائي تحكيمي مزدوج، لذا فعمل المحكم له صفة قضائية إلا أننا نضفي عليه صفة الخصوصية عن العمل القضائي العادي؛ لان التحكيم أساسا هو قضاء أصيل للتجارة الدولية ومستقلا بحد ذاته عن أنواع القضاء أو وسائل حسم المنازعات فتشابه المحكم مع القاضي يقترب اكثر من ناحية عمله والتزامه بالإجراءات كأصل عام عند فصله للنزاع وإصدار حكمه ومايشتمله ذلك الحُكم.

---

[١] عوض خلف، مصدر سابق، ص٥٢ ود.باسم سعيد، مصدر سابق، ص٣٣و ٣٤.

[٢] إبراهيم احمد، مصدر سابق،ص٤١ واشرف خليل، مصدر سابق، ص٨.

[٣] د.احمد انعم، مصدر سابق، ص٣٣.

[٤] للاطلاع على أسباب عدم تشبيه المحكم بالقاضي يراجع ص(٢٢-٢٣) من هذه الدراسة عند بحثنا لمسألة تمييز المحكم عن القاضي.

الفصل الثاني

اختيار المحكم واختصاصاته

الفصل الثاني

اختيار المحكم واختصاصاته

يتطلب البحث في موضوع المحكم ودوره في عملية التحكيم التجاري الدولي ان نسلط الضوء على كيفية اختيار المحكم والشروط التي لابد ان تتوافر فيه وفي إطار كلا من التحكيم الخاص والتحكيم المنظم(المؤسسي).

وبعد اختيار المحكم تثبت له اختصاصات لابد له ان يباشرها لحسم النزاع القائم بين طرفي النزاع، وتكون له عدة اختصاصات متنوعة بتنوع مراحل التحكيم التي يمر بها .

وعليه، سوف يتم معالجة هذا الموضوع حسب التقسيم الآتي:

المبحث الأول: اختيار المحكم.

المبحث الثاني: اختصاصات المحكم.

المبحث الأول

اختيار المحكم

يقتضي البحث في موضوع اختيار المحكم التطرق لعدة مسائل منها: اختيار المحكم في التحكيم الخاص او الحر واختياره وفقا للتحكيم المنظم او تحكيم المؤسسات وماهي القواعد التي يسير عليها الطرفان في عملية الاختيار، وكذلك تحديد الضوابط التي تستلزم فيمن يكون محكما من شروط أساسية لشخص المحكم .

لذا سوف يتم بيان طريقة اختيار المحكم وفقا للتحكيم الخاص وكذلك حسب التحكيم المنظم وحسب المطلبين الآتيين:

المطلب الأول

اختيار المحكم في التحكيم الخاص

يلجأ أطراف النزاع بما لديهم من حرية يتمتعون بها في التحكيم بالقيام في اختيار المحكم مباشرةً من قبلهم ودونما حاجة للجوء الى مؤسسة تحكيمية أخرى للقيام بذلك وهو ما يطلق عليه:(بالتحكيم الخاص او الحر[1])، وان في هذا النوع من التحكيم يتوجب على طرفي النزاع ان يتفقا على المحكم او المحكمين الذين سيقومون بحسم النزاع ويثقون بهم ويطمئنون

[1] د. فوزي محمد سامي، مصدر سابق، ص١٣٨و طارق عبد الله، مصدر سابق،٢٤٧.

لقرارهم[١]وهم يكونوا من المحامين او الاساتذة والمحترفين ويتم اختيارهم على اساس خبرتهم الخاصة في مجال معين[٢].

ولقد اكدت على مبدأ حرية اطراف النزاع في اختيار محكميهم الكثير من القوانين، فلقد نصت المادة (٢٥٦) بفقرتها الاولى من **قانون المرافعات العراقي** على حرية اتفاق الخصوم على المحكم وذلك في بداية هذه المادة وبالاستنتاج من مفهوم المخالفة لها، واشارت القوانين المقارنة كذلك على هذا الأمر كالقانون المصري للتحكيم في المادة(١٥) منه على:((تشكل هيئة التحكيم باتفاق الطرفين...))[٣]وهذا ما أكدته قواعد لجنة القانون التجاري الدولي التابعة للأمم المتحدة لعام١٩٧٦م، ومن الجدير بالذكر ان اتفاقية موسكو لعام ١٩٧٢م لم تعترف بدور لارادة الاطراف في اختيار محكميهم؛ لان الاختيار كان يتم من خلال جهات رسمية في الدولة[٤]وكما للاطراف الحق في اختيار محكم واحد لهم الحق كذلك في اختيار اكثر من محكم (كثلاثة او خمسة) حيث يختار كل طرف محكمه وبعد ذلك يختار المحكمان المعينان المحكم الثالث الذي يتولى رئاسة هيئة التحكيم.

ولتوضيح موقف القوانين من مسألة اختيار المحكم في التحكيم الحر، نتطرق لبيان احكام بعض القوانين بهذا الخصوص وكالاتي:

اكد المشرع العراقي على حرية الخصوم في اختيار المحكم سواء اكان وحيدا ام متعددا حسب ما ذهبت اليه المادة (٢٥٦) مرافعات عراقي ونصت المادة (٢٥٥) مرافعات على عدم جواز تعيين القاضي محكما مالم يحصل على اذن من مجلس العدل ولايمكن ان يكون المحكم قاصرا او محجورا من حقوقه المدنية او مفلسا لم يرد اليه اعتباره، فالمادة هذه اشترطت كل الشروط المتعلقة بالمحكم حسب القانون العراقي.

وعليه مما سبق، نجد ان المشرع العراقي وحسب القواعد العامة يتطلب الاهلية الكاملة للشخص وان لا يعتريه أي عارض من عوارض الاهلية حسب نص المادة(١٠٦) مدني عراقي وان يكون شخصا طبيعيا وتتطلب صلاحية الشخص لممارسة التحكيم بان لا يكون ممنوعا كالقضاة مالم يحصل على الإذن وان يكون خطيا ومحددا بالمهمة التي سيقوم بها القاضي وتتضمن اسماء طرفي الخصومة مع ملخص الاتفاق وموضوع النزاع[٥]، وحسنا فعل المشرع

---

[١] عبد الرحمن العلام، مصدر سابق، ص٤٣٨و ٤٣٩.

(2)Nancy R. Kubnsek:Evironmental law,printer hall,New Jersey,2002,p.68.

[٣] النص المصري يطابق نص المادة (١٠) من قواعد القانون النموذجي لعام ١٩٨٥م والمادة (١٤) تحكيم أردني النافذ.

[٤] د. فوزي محمد سامي، مصدر سابق، ص٧١.

[٥] د.قحطان الدوري، مصدر سابق، ص٢١١و ٢١٢.

العراقي على النص صراحة على منع القضاة من ممارسة التحكيم إلا بأذن؛ وذلك صيانةً للقضاء والقضاة من الشبهات ولمظهر الحياد، ونؤيد الرأي الذي يذهب بان المنع يسري كذلك على أعضاء الادعاء العام المنتدبين لاعمال القضاء لاتحاد العلة[١]، ونصت المادة(٢٥٧) مرافعات عراقي بان يكون عدد المحكمين وتراً عند تعددهم عدا حالة التحكيم بين الزوجين[٢]، ومع ذلك لم يشر القانون الى بطلان اختيارهم عند تعددهم ولم يكونوا وتراً مما ادى ذلك الى فتح باب الخلاف والتفسير فظهرت ثلاثة أراء: يذهب الرأي الأول إلى أن النص على وترية عدد المحكمين عند تعددهم وضع للمصلحة العامة وغرضها الحد من الخلاف وتعقد الاجراءات واعتبار مثل هذه المصلحة من النظام العام ويُعد حسب هذا الرأي اختيار المحكمين بعدد شفعي باطلاً[٣]وتبنت محكمة تمييز العراق هذا الرأي[٤]، اما الرأي الثاني فيذهب الى عكس الرأي الأول حيث ان النص وضع لمصلحة الافراد ورعاية حقوقهم فلا تعلق له بالمصلحة العامة[٥]، أما الرأي الثالث فيرى ان البطلان نسبي حيث يرى المحامي الاستاذ (حسين المؤمن) عن هذا الأمر بقوله: ((إذا اتفق الطرفان على محكمين اثنين ولم يحدث خلاف فان المحذور من اختيار محكمين بعدد الشفع هو انقسامهما الى نصفين وبان يذهب كل واحد منهما باتجاه مخالف للاخر ثم يختلفان ايضا على اختيار المحكم الثالث، هذا الاحتمال لايبقى له محل وعليه فاذا رفع النزاع امام القضاء فلا يبقى محل للاعتراض الخصم على اختيار محكمين اثنين بعد ان تم اختيارهما بموافقته ورضاه، لذا يُعَدّ اعتراضه على هذه الحالة انما جاء بقصد النكاية واللجاجة في الخصومة ويبنى على نسبية البطلان، انه لا يجوز للمحكمة انَ تحكُم به من تلقاء نفسها مالم يثيره الخصوم وان الدفع هذا يعد من الدفوع الأولية التي لابد ان يتمسك بها في الجلسة الاولى، اما اذا اختلف المحكمان او تم اختيار المحكمون بعدد شفعي وانقسموا الى قسمين متساويين فيعتبر اختيارهم على هذا الوجه باطلاً))[٦]، وأخذ بهذا الرأي القضاء ايضا[١] ومع ذلك ان من

---

[١] د.آدم وهيب، مصدر سابق، ص٢٨١.

[٢] وذلك انسجاما مع قوله تعالى في سورة النساء الآية (٣٥): "وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها ..."

[٣] كاظم حنتوش، مصدر سابق، ص٨١و٨٢ وأ. حسين المؤمن، مصدر سابق، ص٣٠.

[٤] قرار محكمة تمييز العراق: مدنية أولى/١٩٧٣في ١٩٧٣/١١/١٤، النشرة القضائية، العدد:٤، السنة:١٩٧٣،٤ ص٢٧٣.

[٥] كاظم حنتوش، مصدر سابق، ص٨٢ و أ. حسين المؤمن، مصدر سابق، ص٣٠.

[٦] رأي الأستاذ: حسين المؤمن، مصدر سابق، ص٣٠و٣١.

[١] قرار محكمة بداءة بغداد المرقم:٧١/١١٧١ في ١٩٧٢/١٠/١٩، مشار إليه لدى: كاظم حنتوش، مصدر سابق، ص٨٢و٨٣.

الممكن اختيار محكمين اثنين فيما عدا حالة التحكيم بين الزوجين وينظران النزاع ويصدران القرار التحكيمي دون ان يقع أي خلاف بينهما مادام ان النص العراقي لم يشر الى بطلان مثل هذا الاختيار وان الأجدر بالمشرع العراقي ان يضح حلا لهذه المسالة، ومن الجدير بالذكر ان هنالك اتفاقات عقدتها الحكومة العراقية مع شركات النفط ومنها شركة نفط العراق وشركة نفط الموصل وغيرها واقرت فيها مبدأ التحكيم واجازت عرض النزاع على محكمين اثنين، فلو كان اختيار المحكمين بعدد شفعي باطلا لَمَا اقرته هذه الاتفاقيات وعملت به[٢]، وعلى كل حال نؤيد الرأي الذي يذهب اليه الفقه والقضاء والمنسجم اكثر مع نصوص القانون من اعتبار الرأي الأول هو الراجح والأفضل؛ وذلك لان نص المادة (٢٥٧) مرافعات عراقي هو نص عام وجوبي ومطلق يسري على كل أنواع التحكيم وبأي صورة كان.

ومما لم يشر اليه المشرع العراقي مسألة جنس وجنسية المحكم، حيث انه لم يفرق بين اختيار الرجل والمراة لممارسة مهمة التحكيم، وكذلك مسألة تحكيم الاجنبي فلقد اثارت خلافا فقهيا حيث يذهب راي الى ان اختيار شخص غير وطني فيه تجاوز على السيادة الوطنية، واما الراي الثاني فيذهب الى عكس الراي الاول، وفعلا أجاز العراق ضمنا وبشكل غير مباشر وفي اتفاقيات متعددة خاصة بالبترول تحكيم الأجنبي وذلك باتفاقية مبرمة بين المؤسسة العراقية لتعبئة الطائرات بالوقود والزيوت مع شركة ايرتوتال[٣].

وعليه نذهب لتأييد الراي الذي يعطي الحق للاجانب بممارسة التحكيم؛ لان اساس التحكيم هو اختيار اشخاص يثق بهم اطراف النزاع بغض النظر عن الجنس او الجنسية.

ومن الامور التي لم تلاقِ معالجة من المشرع العراقي مسألة كفاءة وخبرة المحكم، فهنالك رأيان بهذا الخصوص: راي يذهب الى اشتراط ان يكون المحكم ذو خبرة عالية وعلمية وكفاءة ودراية بموضوع النزاع[٤]، في حين يذهب رأي ثاني الى عدم اشتراط ما ذكره الرأي الأول، وان الرأي الثاني يضيف بأنه من الممكن ان يكون المحكم جاهلا وأميا وغير متخصص[١]، الا ان رأي عدم التخصص والكفاءة والخبرة ان كان مقبولا سابقا الا انه في الوقت الراهن لا يمكن الأخذ به؛ وذلك لتعقد المشاريع والمنازعات وظهور طائفة جديدة من المنازعات بما يسمى بمنازعات التجارة الإليكترونية ومنازعات الانترنيت واجراء التحكيم عن بعد او(التحكيم

---

[٢] أ.حسين المؤمن، مصدر سابق، ص٣١.

[٣] محمد علي يوسف، النظام القانوني لعقد التحكيم في المسائل المدنية والتجارية في العراق، مجلة القانون المقارن، العدد:٣١، ٢٠٠٢، ص١٠٥ وأ. حسين المؤمن، مصدر سابق،ص٣٣.

[٤] د. باسم سعيد، مصدر سابق، ص٦٩.

[١] رأي د. احمد أبو ألوفا، مشار إليه لدى: حامد المختار، التحكيم في العراق، مجلة القضاء، الأعداد:١و٢و٣و٤، السنة:٣٦، ١٩٨١، ص٤٣٤.

الإليكتروني) كل هذه المسائل وغيرها تحتاج إلى خبرة الشخص الذي يكون محكما والى كفاءته في ادارة مثل هذه الامور وله دراية شاملة في عمل الحاسبات وادارتها، وعليه كيف يمكن القول بان المحكم يمكن ان يكون جاهلا وأُمياً وغير متخصص في الوقت الحالي ؟ ومما سبق يتضح عدم قبول الرأي السابق الذي ينادي بعدم تخصص من يكون محكما او لا ضرورة لتوافر الخبرة لديه.

ولابد للمحكم ان يكون مستقلا عن باقي الأطراف وله استقلال مهني وان لم ينص القانون على ذلك ولاتقع عليه أي تأثيرات من أي خصم، ويلاحظ انه لا يجوز اختيار أحد الخصوم حكما او من كانت لديه مصلحة في العقد او من نتيجة النزاع[٢]، ومن الممكن اختيار الشخص الذي لاتقبل شهادته لاحد الطرفين؛ لان اختيار المحكم بعكس اختيار الشاهد تكون من قبل جميع الخصوم ولان أمر الثقة والنزاهة متوفر لديه[٣]، وفي حالة حصول خلاف بين الطرفين في عملية الاختيار فانه ينهض دور القضاء في ذلك حسبما نصت عليه المادتين(٢٥٦و٢٦٣)من قانون المرافعات وتشمل حالات عدم الاتفاق على المحكمين او امتناع واحد أو اكثر من المحكمين المتفق عليهم عن العمل أو اعتزاله أو عزله أو قيام مانع من مباشرته لمهمته، فلأي من طرفي النزاع مراجعة المحكمة المختصة لذلك بعريضة تقدم إليها وان قرار المحكمة بتعيين المحكمين يعد قراراً قطعياً غير قابل للطعن أما قرارها برفض التعيين قابل للطعن تمييزاً حسب نص المادة(٢١٦)مرافعات وهذا ما نصت عليه المادة(٢٥٦) بفقرتها الثانية.

إن تدخل المحكمة في الاختيار لابد أن يكون محدداً بحدود الطلب المرفوع إليها، ولا يحق لها تجاوزه كما حصل بالقرار الصادر من محكمة بداءة الكرخ بتاريخ١٩٨٨/٦/١١ حيث قامت المحكمة بتعيين أحد المحكمين عن احد الاطراف وعينت المحكم الثالث على الرغم من ان شرط التحكيم ينص على قيام محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية في باريس بتعيينه عند عدم اتفاق المحكمان المعينان عليه خلال مدة (١٤) يوم، وان قيام المحكمة بهذا التعيين بررته على اساس ان العقد مبرم في العراق ونفذ فيه والقانون الواجب التطبيق هو القانون العراقي ويلاحظ ان موقف المحكمة منتقد ولايحق لها التدخل في اختيار المحكم الثالث[١].

اما عن موقف **التشريع المصري الخاص بالتحكيم**، فاجاز في المادة(١٥) منه على اخضاع كيفية تشكيل الهيئة لحرية وارادة الطرفين وبالامكان تكوين الهيئة من محكم واحد او اكثر، ولقد اشار المشرع بنص امر بخصوص ان يكون عدد المحكمين عند تعددهم وترا والا

---

[٢] كاظم حنتوش، مصدر سابق، ص٧٧ و محمد علي يوسف، مصدر سابق، ص١٠٥.

[٣] أ. حسين المؤمن، مصدر سابق، ص٣٣و٣٤.

[١] للمزيد من التفاصيل حول هذا القرار ينظر:د. فوزي محمد، مصدر سابق، ص٢٩٠ومابعدها.

كان التحكيم باطلا بعكس ما عليه الحال مع المشرع العراقي كما بينا سابقا، ويلزم ان يكون المحكم متمتعا بالاهلية الكاملة ولايعتريه أي عارض من عوارض الاهلية يؤدي للحجر عليه او حرمانه من الحقوق المدنية وغير محكوم عليه بجناية او جنحة مخلة بالشرف او اشهار افلاسه مالم يرد اليه اعتباره وكل ذلك نصت عليه المادة(١/١٦)، واذا اريد اختيار ثلاثة محكمين يختار كل طرف محكمه ثم يتفق المحكمان على اختيار المحكم الثالث فاذا لم يعين احد الطرفين محكمه خلال مدة(٣٠) يوما التالية لتاريخ تعيين اخرهما قامت المحكمة المشار اليها في المادة (٩) من هذا القانون بالاختيار بناءا على طلب احد الطرفين وان المحكمة التي تقوم باختيار المحكم الواحد او المحكمين في حالة تعددهم عند الاختلاف في اختيارهم هي محكمة استئناف القاهرة اذا كان التحكيم تجاري دولي مالم يتفق الأطراف على اختصاص محكمة استئناف أخرى ويثبت كذلك الحق للمحكمة بالاختيار عندما يخالف أحد الأطراف إجراءات الاختيار المحددة بينهما او تخلف الغير عن الاختيار(المادة: ٢/١٧)تحكيم مصري.

ومما مضى نجد أن المادة(١٧) من القانون المصري للتحكيم قد خولت المحكمة سلطة تعيين المحكم في حالة عدم اختياره خلال المدة الاتفاقية او القانونية إلا إن هذه المادة لم تحدد طريقة اللجوء للمحكمة لغرض التعيين هل يكون عن طريق دعوى ام عن طريق إصدار أمر على عريضة؟ومع ذلك فان المادة(١٧) أنفة الذكر والمادة الثانية من نفس القانون التي أعطت وزير العدل إصدار قوائم خاصة بالمحكمين وكذلك القرار المرقم: (٢١٠٥)لسنة١٩٩٥ والذي انشىء بموجبه مكتب خاص لشؤون التحكيم اقتصرت على تخويل المحكمة سلطة اختيار المحكم عند تعذر اختياره من دون إعطاء الحق لطرفي النزاع في إبلاغهما بأسماء المحكمين وبياناتهم والخبرة المتوافرة لديهم مما يتعارض ذلك مع حرية طرفي النزاع في اختيار من يرغبون في حسم نزاعهما[٢].

ويلاحظ أن القانون المصري للتحكيم ينطبق فقط في حالتين: وهي حالة اذا كان التحكيم يجري في مصر سواء أكان بين أشخاص القانون العام ام أشخاص القانون الخاص اما الحالة الأخرى فينطبق عليها القانون اذا كان التحكيم تجاريا دوليا يجري في الخارج واتفق الأطراف على تطبيقه وهذا ما حددته المادة الأولى من القانون، ومع ذلك بارك المشرع المصري لجوء اطراف النزاع الى منظمة تحكيمية دائمة او مركز للتحكيم مقره مصر او في الخارج، وكذلك اشار في المادة السادسة الى تغليب ارادة الطرفين التي توجهت للخضوع لاحكام اتفاقية معينة او اية وثيقة اخرى بما يخص اختيار المحكمين والتزام الأطراف بذلك[١].

---

[٢] ياسر عبد السلام، مصدر سابق،ص٤٦و٤٧.

[١] د. احمد السيد صاوي، مصدر سابق، ص٧٧.

وفيما يتعلق بشخص من يُختار محكماً، فلقد منع قانون السلطة القضائية المصري المرقم:٤٦لسنة ١٩٧٢ القاضي من ممارسة التحكيم مالم يحصل على موافقة المجلس الاعلى للهيئات القضائية، ومع ذلك اجاز المشرع المصري ان يكون القاضي محكما وبدون الحصول على الاذن في حالة كون احد اطراف النزاع من اقاربه او اصهاره لغاية الدرجة الرابعة بدخول الغاية او كان احد اطراف النزاع الدولة او الهيئات العامة وذلك حسب نص المادة(٦٣) الفقرة(ب)؛ وان السبب يكمن في اجازة ان يكون القاضي محكما في هاتين الحالتين هو توافر الثقة والطمأنينة عند اختياره[٢]، واجاز المشرع المصري تحكيم الاجانب حيث اشار الى جواز ان يكون المحكم من اية جنسية ليست من اطراف النزاع ومن أي جنس كان مالم يتفق الاطراف او ينص القانون على خلافه حسبما نصت عليه المادة(١٦) بفقرتها الثانية[٣].

ولم يشر المشرع المصري لمسالة الكفاءة والخبرة ونص صراحةً على وجوب ان يكون المحكم مستقلا وان لاتمسه اية شكوك قد تؤثر على استقلاليته حسب نص المادة(١٦) بفقرتها الثالثة، ولم يعالج القانون المصري حالة تعدد الاطراف في النزاع وكيفية اختيار محكميهم بان يكون هناك اكثر من مدعي واحد واكثر من مدعى عليه كما فعلت قواعد الغرفة التجارية الدولية في باريس كما سنلاحظه فيما بعد.

ونجد ان هنالك بعض القوانين العربية الخاصة في التحكيم قد جاءت بنصوص تميزت فيها عن غالبية التشريعات الاخرى **كالقانون اليمني للتحكيم** المرقم ٢٢لسنة١٩٩٢ الذي نص في المادة(٢٢) الفقرة(ب)منه على جواز تشكيل محكمة التحكيم من محكمين اثنين فقط، يختار كل طرف محكما له وكذلك منع القانون اليمني في المادة(١١) ان يكون القاضي محكما في قضية منظورة امامه ولو باتفاق الخصوم، وكذلك تميز المشرع اليمني بموقفه في المادة(١٧) حيث نص على:((يجب تعيين شخص المحكم او المحكمين في اتفاق التحكيم، وفيما عدا حالة التحكيم بين الزوجين او الحالات التي يتفق عليها الطرفين على خلاف ذلك، اذا تعدد المحكمون وجب ان يكون عددهم وترا والا كان التحكيم باطلا))، وعليه ان هذا النص يوحي لنا بان الاصل في عدد المحكمين في حالة كونهم اكثر من محكم واحد لابد ان يكون وتري، واستثنى من هذا الشرط حالتي التحكيم بين الزوجين وتلك الحالات التي يتفق عليها الطرفين على ذلك.

---

[٢] محمد العشماوي وعبد الوهاب العشماوي، قواعد المرافعات في التشريع المصري والمقارن، الجزء:١، من دون طبعة، المطبعة النموذجية، القاهرة، ١٩٥٧،ص٢٩٧ و عبد الحميد المنشاوي،التحكيم الدولي والداخلي في المواد المدنية والتجارية والإدارية طبقا للقانون رقم:٢٧لسنة١٩٩٤،بدون طبعة، منشاة المعارف بالإسكندرية،١٩٩٥،ص٤٠.

[٣] وهي متطابقة مع المادة (١٥/ب) من القانون الأردني لعام ٢٠٠١.

وتميز كذلك **نظام التحكيم السعودي** المرقم ٤٦لسنة ١٤٠٣هجرية في المادة(٣) منه على جواز ان يكون المحكم من الوطنيين او الاجانب المسلمين، ونص في المادة(٤) على ان المحكم لابد ان يكون من ذوي الخبرة وهو القانون الوحيد الذي نص على ذلك من بين قوانين الدول العربية النافذة، واشارت اللائحة التنفيذية لنظام التحكيم السعودي في المادة(٣) منه على ان المحكم يكون من أصحاب المهن الحرة او غيرهم، واشارت كذلك على ان رئيس الهيئة عند تعدد المحكمين لابد ان يكون على دراية وعلم بالقواعد الشرعية والانظمة التجارية والعرف والتقاليد السارية في المملكة والمتعلقة بالتحكيم الدولي.

اما عن موقف **القانون الفرنسي**، فالذي يمكن ملاحظته على قانون المرافعات الفرنسي والصادر في ١٩٨١/٥/١٤ انه فرق في نصوصه مابين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي، وعالج كلا منهما على حدة وعَدَّ في المادة(١٤٩٢) التحكيم دوليا متى ما تعلق بوجود مصالح تجارية دولية ونصت المادة(١٤٩٣)منه على انه يجوز لاتفاق التحكيم بصورة مباشرة او بالرجوع الى مجموعة من القواعد الخاصة بالتحكيم ان تعين محكما او اكثر او تشترط طريقة تعيينهم، وعليه اشارت المادة(١/١٤٥١) على انه لا يجوز أن يُعهد بالتحكيم الا لشخص طبيعي يتمتع بالاهلية الكاملة لمباشرة كافة حقوقه المدنية، ومن غير الممكن ان يكون المحكم شخص معنوي فاذا ما تم تعيين مثل هذا الشخص فمهمته تكون تنظيم عملية التحكيم[١] وهذا ما نصت عليه المادة(٢/١٤٥١)، وعليه لايمكن ان يكون المحكم مركزا او غرفة تجارية او هيئة ولازال في فرنسا الخلاف محتدم بشان تولي المرأة التحكيم من عدمه[٢]، ويذهب الراي الراجح في فرنسا الى ان صمت المشرع الفرنسي عن اشتراط جنسية معينة فيمن يكون محكما تعني جواز اختيار الاجنبي محكما، وبخصوص اختيار القاضي محكما فيلاحظ ان وزارة العدل الفرنسية لها موقف حذر إزاء صمت المشرع الفرنسي فأجازت بمنشورها الصادر في ١٩٨٦/١٠/٢٦الرئيس كل محكمة ان يبحث في كل حالة على حدة ما اذا كان من المناسب وحسب ظروف العمل ودون الانتقاص من هيبة القاضي الاذن له بتولي مهمة التحكيم[١]، ومع ذلك فقد صدر المرسوم الفرنسي المرقم (٩٤/٣١٤) في ١٩٩٤/٤/٢٠ والذي أعطى الحق بمشاركة القضاة في التحكيم مع الإذن المسبق(المادة الثالثة منه)[٢].

ولقد اشار القانون الفرنسي على جواز تشكيل المحكمة التحكيمية من محكم واحد حسب نص المادة(١٤٥٣) ونص كذلك على انه في حالة اختيار طرفي النزاع لمحكمين اثنين فلابد من

---

(1)Jean vencint,Serge guinchard:procedure civile,25edition,dalloz,Paris,1996,p.999.

[٢] د. احمد السيد صاوي، مصدر سابق، ص٩٣.

[١] المصدر نفسه،ص٩٤و٩٥.

(2)Jean vencint,Serge guinchard,op.cit,p.999.

إكمال المحكمة التحكيمية بمحكم اخر سواء اتفق الاطراف على ذلك او يتولى الامر المحكمان المعينان اللذان تم اختيارهما واذا اختلفوا تولى الاختيار رئيس المحكمة الابتدائية وهذا ما نصت علية المادة(١٤٥٤) مرافعات فرنسي[٣]، ويلاحظ ان هناك من القوانين ما تنص على أن يكون المحكم من التجار كما في فنزويلا وخصوصا في الأمور المتعلقة بالمعاملات التجارية، ويشترط القانون الإسباني أن يكون المحكم من المحامين عند حسم النزاع طبقا للقانون[٤]، ونجد ان القانون اليوناني يمنع المرأة من أن تكون محكما والقانون النمساوي والإيطالي يمنعان القاضي من ان يكون محكما في كل الأحوال[٥].

اما عن موقف **القانون الإنكليزي للتحكيم** والصادر في ١٦/ ١٩٩٦/٦ فانه اعطى حرية للطرفين للاتفاق على عدد المحكمين الذين سوف يشكلون المحكمة التحكيمية حسب نص المادة(١٥) بفقرتها الاولى، ونصت الفقرة الثانية منها الى ان أي نص تعاقدي يشير الى تشكيل المحكمة من محكمين اثنين او من أي عدد شفعي اخر سيتم تفسيره على انه يتطلب تعيين محكم اضافي مالم ينص اتفاق الاطراف على خلاف ذلك.

واجاز القانون الإنكليزي إعطاء الحق للأطراف بالاتفاق على تعيين محكم فيصل ولهم الحرية في تحديد دوره ويمكنهم ان ينصوا بشكل خاص على انه بإمكانه حضور الجلسات ومتى يمكن ان يحل محل المحكمين الاخرين مع سلطة اتخاذ القرارات وإصدار الأوامر والأحكام التحكيمية وهذا ما أشارت له المادة(٢١) من القانون، وعند عدم وجود مثل هذا الاتفاق فالفقرة الثالثة من نفس المادة أشارت إلى مشاركة المحكم الفيصل في الجلسات ويستلم المستندات وعناصر الاثبات مثله مثل المحكمين الاخرين، وعند عدم وجود أي خلاف بين المحكمين الاخرين فبإمكانهم اصدار القرارات والأحكام اما عند الاختلاف بينهما فلابد لهما من ان يقوما بابلاغ الاطراف والمحكم الفيصل بذلك ودون تاخير ويحل المحكم الفيصل محلهما ويمارس صلاحيتهما مع سلطة اتخاذ القرارات والاحكام التحكيمية كما لو كان محكما مفرداً، اما ان حصل العكس أي لم يقمْ المحكمان بإبلاغ الفيصل والأطراف او في حالة رفض احدهما الانضمام للاخر لإعلام الأطراف فيجوز لاي من الأطراف في الإجراءات التحكيمية (بعد ابلاغ المحكمة التحكيمية والاطراف الاخرى) ان يطلب من القاضي بان يأمر المحكم الفيصل بان يحل محل المحكمين الاخرين ليمارس المهام نفسها مع سلطة اتخاذ القرارات والأحكام التحكيمية كما لو كان محكما مفردا وهذا ما نصت عليه الفقرات (٢و٣و٤)من المادة(٢١).

---

[٣] وهذا مطابق لما ورد في القانون اللبناني المرقم ٩٠لسنة ١٩٨٣في المادة (٧٧١) الفقرة الثانية.

[٤] د. فوزي محمد سامي، مصدر سابق، ص١٥٥.

[٥] د.احمد السيد صاوي، مصدر سابق،ص٩٣و٩٥.

وعليه مما سبق نجد ان المشرع الإنكليزي قد تبنى المحكم الفيصل الذي من الممكن ان يستقل برأي خاص وجديد ومغاير للآراء الأخرى لفصل النزاع بعيدا عن اراء باقي أعضاء المحكمة التحكيمية.

اما ما جاءت به **قواعد لجنة القانون التجاري الدولي التابعة للامم المتحدة (اليونسترال)** لعام ١٩٧٦م حيث نصت هذه القواعد على طريقة اختيار المحكم الوحيد من قبل الطرفين حيث أشارت الى انه:١- يجوز لكل طرف ان يقترح مايأتي: ((أ-اسم شخص واحد ليكون المحكم الوحيد أو أسماء جملة أشخاص يتم من خلالها اختيار هذا المحكم. ب- اسم مؤسسة واحدة او اسماء عدة مؤسسات او اسم شخص واحد او اسماء جملة اشخاص يمكن اختيار سلطة التعيين من بينها اذا لم يتفق طرفا النزاع على تسمية سلطة التعيين))، ٢-((وفي حالة انقضاء (٣٠) يوما من تاريخ تسلم احد الطرفين اقتراحا مقدما وفقا للفقرة الاولى دون اتفاق الطرفين على تعيين المحكم تولت سلطة التعيين المتفق عليها من قبل الطرفين هذا الاختيار، فاذا لم يتفقا عليها او امتنعت او لم تتمكن من تعيينه خلال (٦٠) يوما من تاريخ تسلم الطلب المقدم من احد الطرفين يحق لاي من الطرفين ان يطلب من الامين العام لمحكمة التحكيم الدائمة بلاهاي تسمية سلطة التعيين))، ٣-((تقوم سلطة التعيين بناءا على طلب أحد الطرفين بتعيين محكم واحد في اقرب وقت ممكن وتقوم بهذا التعيين حسب القوائم المعدة لهذا الغرض مالم يتفق الطرفان على استبعادها او رأت سلطة التعيين عدم جدواها في هذا الظرف: أ- ترسل سلطة التعيين للطرفين بناءا على طلب احدهما نسخة متطابقة من قائمة تتضمن ثلاثة اسماء على الاقل.ب- لكل من الطرفين وخلال مدة (١٥) يوم من تاريخ تسلمه للقائمة ان يعيدها للسلطة بعد شطب الاسم او الاسماء التي يعترض عليها وترقيم الاسماء الاخرى حسب الافضلية . ج- بعد انقضاء مدة(١٥) يوم تعين سلطة التعيين المحكم من بين الاسماء التي اعتمدها الاطراف. د- وفي حالة تعذر التعيين حسب اتفاقهم تتولى سلطة التعيين وحسب سلطتها التقديرية هذا التعيين.

وفي حالة تعيين اكثر من محكم يقوم كل طرف باختيار محكمه ويقوم المحكمان المختاران باختيار المحكم الثالث، وفي حالة اخطار احد الاطراف الطرف الاخر باختيار محكمه خلال مدة(٣٠) يوما من تاريخ استلامه للاخطار بضرورة تعيين محكمه ولم يقم بذلك فيحق للطرف الاخر ان يطلب من سلطة التعيين المحددة من قبل الطرفين اختيار المحكم الثاني او يجوز للطرف الاول ان يطلب من الامين العام لمحكمة التحكيم الدائمة بلاهاي اختيار سلطة التعيين اذا لم يقم الطرفان باختيارها او رفضت القيام بذلك او فشلت في ذلك خلال مدة(٣٠) يوما من تسلم طلب احد الطرفين ويجوز للطرف الاول عند ذلك ان يطلب من الامين العام لمحكمة التحكيم الدائمة بلاهاي تسمية سلطة التعيين وله عندئذٍ ان يطلب منها تعيين المحكم

الثاني ولسلطة التعيين في كلا الحالتين ممارسة سلطتها التقديرية في تعيين المحكم، وفي حالة انقضاء(٣٠) يوما من تاريخ تعيين المحكم الثاني دون ان يتفق المحكمان على اختيار المحكم الرئيس تتولى سلطة التعيين هذا الاختيار بالطريقةِ نفسها التي يعين بها المحكم الواحد وحسب المادة(٦)[١] .

واود الإشارة الى موقف بعض الاتفاقيات التي لم تنص على إنشاء مراكز خاصة للتحكيم وانما طرفي النزاع يمكن ان يختاروها كقانون للخضوع له عند حسم نزاعهم فذهبت **اتفاقية نيويورك** الخاصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين لعام ١٩٥٨ بان الحُكم التحكيمي من الممكن ان يلاقي صعوبات في الاعتراف به وتنفيذه في حالة عدم تشكيل هيئة التحكيم وفقا لرغبة الاطراف واتفاقهم[٢]، واشار **برتوكول جنيف الخاص بشروط التحكيم** لعام ١٩٢٣ على تشكيل هيئة التحكيم حسب اتفاق الاطراف وكذلك هذا ما اكدته **الاتفاقية الأوربية** لعام ١٩٦١ ونصت في المادة(٤) على انه : ((في حالة عدم الاتفاق على المحكم فيمكن للمدعي(طالب التحكيم) ان يطلب اتخاذ الاجراءات اللازمة لتعيين المحكم من رئيس غرفة التجارة في البلد الذي اختاره الطرفان مكانا للتحكيم او يطلب من رئيس غرفة تجارة البلد الذي يقيم فيه المدعى عليه وقت طلب اجراء التحكيم او البلد الذي يوجد فيه مركز أعماله أو يقدم الطلب للجنة الخاصة المشار إليها بملحق الاتفاقية، واجازت الاتفاقية في المادة(٣) من أن يكون المحكم أجنبيا.

وفيما يخص **قواعد القانون النموذجي الصادر عن الامم المتحدة عام ١٩٨٥**، فيلاحظ تطابقه مع احكام القانون المصري للتحكيم[١] وخاصة فيما يتعلق بتشكيل هيئة التحكيم؛ وذلك لان القانون المصري اقتبس معظم احكامه من القانون النموذجي وكما هو الحال مع القانون الاردني والعماني وغيرها من قوانين التحكيم الحديثة، إلا أن الملاحظ في القانون النموذجي انه لم ينص على البطلان عند عدم اختيار المحكمين بشكل وتري مما يعني جواز الاختيار الشُفعي[٢].

---

[١] المادة(٧) بفقراتها الثلاث.ونصت المادة(٥) على وترية عدد المحكمين.

[٢] المادة(٥) من الاتفاقية.

[١] يقارن المادتين(١٠و١١) من القواعد مع ماسبق ذكره من تشكيل هيئة التحكيم في القانون المصري.

[٢] د. حمزة حداد، قانون التحكيم المصري ومدى اعتباره نموذجا لتشريعات بعض الدول العربية، ورقة عمل مقدمة لمؤتمر التحكيم في القاهرة، ١٩٩٤،ص٨.

المطلب الثاني

اختيار المحكم في التحكيم المنظم

هناك نوع أخر من أنواع التحكيم وهو ما يسمى (بتحكيم المؤسسات أو التحكيم المنظم) والذي يعرف بأنه: ((ذلك التحكيم الذي تتولاه هيئات او مراكز دولية او وطنية متخصصة وفقا لقواعد وإجراءات موضوعة سلفا كالاتفاقيات الدولية او القرارات المنشئة لهذه الهيئات او المراكز، وان مثل هذه المراكز او الهيئات تاخذ من التحكيم مهنة لها))[٣]، وان لجوء الاطراف الى مؤسسات تحكيمية للنظر في نزاعاتهم التي نشأت او التي قد تنشأ أصلا عائد بالدرجة الأساس للإدارة المهنية التي توفرها مثل هذه المراكز وتحديدها للرسوم والتكاليف وتوفر افضل المحكمين من حيث درجة الكفاءة والخبرة والجدارة في ادارة عملية التحكيم وحسم النزاع[٤].

وعليه سوف يتم تسليط الضوء على بعض المراكز التحكيمية البارزة في العالم و بيان أحكام قواعدها من مسألة اختيار المحكم وكالآتي:

نلاحظ في **قواعد غرفة التجارة الدولية في باريس** والنافذة في ١٩٩٨/١/١بتمتع هيئة التحكيم ومحكمة التحكيم[٥] المنبثقتان عن الغرفة التجارية بسلطات واسعة في تعيين المحكمين حتى لو اتفق الأطراف على عدد المحكمين وتسميتهم، اذ لايعدو كون ذلك مجرد اقتراح يحتاج الى تثبيت وتصديق من قبل الهيئة، وللاطراف حرية في اختيار محكميهم وعددهم وفي حالة عدم الاتفاق تعين المحكمة محكما منفردا للفصل في النزاع مالم يتبين ان الخلاف يستدعي لحله عن طريق تعيين ثلاثة محكمين، ففي هذه الحالة يعين المدعي خلال (١٥) يوم اعتبارا من استلام التبليغ من المحكمة محكمه ويعين المدعى عليه محكما خلال(١٥) يوم اعتبارا من تاريخ استلام التبليغ الخاص بالتعيين الذي قام به المدعي وهذا ما اشارت له المادة(٢/٨).

ونصت المادة السابقة نفسها بفقرتها الثالثة على انه في حالة اتفاق الطرفين على حل النزاع عن طريق محكم وحيد فيجوز الاتفاق عليه لغرض إقرار تعينه، وإذا لم يتفق عليه خلال

---

[٣] طارق عبد الله، مصدر سابق، ص٢٤٨ و علي حميد، مصدر سابق، ص٦٠ و د. فوزي محمد، مصدر سابق،ص٢٤٣.

[٤] مقالة بعنوان: التحكيم المؤسسي، ماهي الميزات؟، نشرة تحكيم لحل الخلافات التجارية لشهر شباط ٢٠٠٣، منشورة على الموقع:

www.tahkeem.com

[٥] إن هيئة التحكيم تعد إحدى أجهزة التحكيم في غرفة التجارة الدولية وهي لا تتولى الفصل في المنازعات وانما مهمتها تشكيل محكمة التحكيم وهي تقوم بالتصديق على اختيار المحكمين عن طريق الأمانة العامة الخاصة بها. يراجع المادة الأولى من القواعد.

مدة(٣٠) يوما من تاريخ استلام تبليغ طلب التحكيم للطرف الاخر او ضمن اية مدة إضافية تمنحها الأمانة العامة تعين المحكمة هذا المحكم، ونصت الفقرة الرابعة على حالة عرض النزاع على ثلاثة محكمين فيقوم كل طرف في طلب التحكيم كما في الرد على هذا الطلب بتعيين محكما واحدا سعياً لتثبيته، واذا امتنع احد الاطراف قامت المحكمة بالتعيين ويعد المحكم الثالث هو الذي يتولى رئاسة المحكمة مالم يكن الاطراف قد اتفقوا على اجراء اخر، فيخضع التعيين في هذه الحالة للتثبيت حسب نص المادة التاسعة واذا لم يكن التعيين قد تم حتى انقضاء المهلة المحددة من قبل الأطراف اوالتي منحتها المحكمة تعين المحكمة المحكم الثالث، وتراعي المحكمة عند الاختيار جنسية المحكم ومحل اقامته وغير ذلك من العلاقات مع دول الاطراف او المحكمين الاخرين وهذا مانصت عليه المادة التاسعة بفقرتها الاولى.

ويقع على عاتق الامين العام للهيئة التثبيت والتصديق على الاشخاص المسمين كمحكمين حسبما اشارت له المادة التاسعة بفقرتها الثانية من القواعد، ويلاحظ ان هيئة التحكيم عندما تعين محكما وحيدا او رئيسا للمحكمة فهي تباشر بالتعيين حسب اقتراح لجنة وطنية من لجان الغرفة واذا لم تقبل الهيئة الاقتراح او لم تقدم اللجنة اقتراحها خلال المهلة المحددة، فيحق للهيئة اما تكرار طلبها او ان توجه طلبها الى لجنة اخرى ويحق للهيئة عندما ترى ان الظروف تتطلب هذا الامر ان تختار المحكم الوحيد او رئيس المحكمة من بلد ليست به لجنة وطنية مالم يعترض على ذلك احد الاطراف خلال المهلة الممنوحة من الهيئة، وهذا ما نصت عليه المادة التاسعة في الفقرتين الثالثة والرابعة.

ولقد عالجت القواعد النافذة للغرفة مسألة لم تعالجها قواعد عام ١٩٨٨ السابقة وهي حالة تعدد أطراف النزاع[١]، حيث نصت المادة العاشرة بفقرتها الاولى على انه في حالة تعدد المدعين او المدعى عليهم وعرض النزاع على ثلاثة محكمين لحسمه فالمدعين بالتضامن من جهة والمدعى عليهم بالتضامن من جهة اخرى يعين كل منهم محكما وذلك لغرض تثبيته حسب نص المادة التاسعة وفي حالة افتقاد التعيين التضامني او أي اتفاق اخر بين الاطراف على تشكيل المحكمة فيحق للهيئة ان تعين كل عضو من اعضاء المحكمة واسناد مهام الرئاسة لاحد هؤلاء الاعضاء ويكون للهيئة عندئذٍ الخَيار لاختيار من تعدّهُ مناسبا للعمل كمحكم وهذا ماشارت له المادة العاشرة بفقرتها الثانية، ويحق لاي طرف من الاطراف الاعتراض على اختيار احد المحكمين بسبب انتفاء استقلاليته او لاي سبب اخر بمذكرة خطية للامانة العامة خلال مدة(٣٠)

---

[١] وأخذت قواعد مركز التحكيم التجاري الدولي لدول مجلس التعاون الخليجي بذلك.ينظر بشأنه:د.حمزة حداد، التحكيم وفق قواعد مركز التحكيم التجاري الدولي لدول مجلس التعاون الخليجي، من دون مكان نشر، من دون سنة، ص٢، منشورة على الموقع: www.lac.com

يوما من تاريخ استلامه الاخطار بتعين المحكم او تثبيته او خلال(٣٠) يوما من تاريخ علمه بالوقائع والظروف التي يقوم عليها طلب الاعتراض اذا كان هذا التاريخ لاحقا لاستلام الاخطار، وهذا ماشارت له المادة(٢/١١)، وهيئة التحكيم تصدر قرارها في شكل طلب بعد ان تكون الامانة العامة قد هيأت لكل من المحكم المعني والأطراف الاخرين وكل عضو من اعضاء المحكمة في حالة تعددهم امكانية التقدم بملاحظاتهم خطياً ضمن مهلة وتعمم هذه الملاحظات على كل من الاطراف والمحكمين، وهذا ما نصت عليه المادة(٣/١١).

اما عن **قواعد محكمة لندن للتحكيم الدولي** فكما هو الحال مع قواعد الغرفة فالمبدأ في قواعد محكمة لندن[٢] هو اعطاء الحرية لطرفي النزاع لاختيار محكميهم كما نصت على ذلك المادة السابعة، ومن ثم يتم ارسال اسم المرشح من قبل طرفي النزاع للمحكمة لكي تعينه من قبلها؛ لان محكمة لندن هي وحدها فقط التي تعين المحكم بعد ان تستطلع عن وضعه المهني السابق والحاضر لكي تسمح بتعينه وعند عدم الترشيح من قبل طرفي النزاع للمحكم المختار، تقوم محكمة لندن باختيار المحكم بصرف النظر عن عدم التسمية ودون الوضع في الاعتبار أية تسمية متأخرة تأتي من الأطراف وهذا ما نصت عليه المادة السابعة بفقرتها الثانية، ومن الممكن كذلك ان يقع اختيار المحكم المستعجل حيث يحق لاي طرف الطلب من المحكمة بان يتم اختيار محكم واحد او اختيار أي محكم بديل ويتم ذلك بتقديم طلب كتابي للمحكمة مع نسخة منه لجميع الاطراف وبيان اسبابه وهذا مااشارت له المادة التاسعة بفقرتيها الاولى والثانية.

واشارت القواعد كذلك على انه في حالة تعدد جنسيات الأطراف فالمحكم الوحيد او الرئيس لايمكن ان يكون حاملا لجنسية اطراف النزاع نفسها مالم يوافق الأطراف كتابةً على ذلك، وان جنسية الأطراف تفهم على انها تلك الجنسية لأغلبية الشركاء او أصحاب المصالح والذي يحمل جنسية دولتين يعدُّ مواطناً لكلا الدولتين وهذا ما نصت عليه المادة(٦/١و٢و٣).

ونصت القواعد في المادة الخامسة منها الى ان المحكم بموجب هذه القواعد يشمل المذكر والمؤنث ويشمل المحكم الواحد والمتعدد ولابد ان يبقى مستقلا عن باقي الأطراف، وتجدر الإشارة إلى أن هذه القواعد بدأ نفاذها من ١٩٩٨/١/١م.

أما بشأن **المركز العربي للتحكيم التجاري** فقد انشا بموجب **اتفاقية عَمان للتحكيم التجاري الدولي عام ١٩٨٧** وتم إقرار إنشاء هذا المركز ليمارس التحكيم ووضعت له قواعد خاصة به، حيث أشارت الاتفاقية بقيام المركز بإعداد قائمة من أسماء المحكمين المعروفين بنزاهتهم ومن رجال القضاء والقانون ومن ذوي الخبرة العالية والاطلاع الواسع في التجارة والمال والصناعة ويتمتعون بالأخلاق العالية والسمعة الحسنة وهذا ما نصت عليه المادة(١/١٤)، وان

---

(2)The London court of International Arbitration (lcia) Rules, on website: =

مثل هذه القوائم التي يعدها المركز لا تعد ملزمة للأطراف فيحق لهم الاستعانة بها للاختيار بعكس ما عليه الحال مع مشروع الاتفاقية الذي كان يَعدُّها ملزمة للأطراف[1]، وجاءت الاتفاقية بنص متميز وهو ان المحكم الذي يتم اختياره يقوم بأداء يمين قانوني سواء اكان الاختيار من قوائم المركز ام من خارجها ويؤدى اليمين امام رئيس المركز او من ينيبه لذلك وهذا ما نصت عليه المادة(٢/١٤)، وفي حالة عدم الاختيار المحكم من قبل الاطراف نجد ان الاتفاقية لم تعالج هذه المسالة وهو نقص في احكامها الا انه مع ذلك اذا اتفق طرفا التحكيم على محكم واحد وقدما للمركز طلبا للتحكيم دون التوصل الى تعيين المحكم فعلى رئيس المركز دعوة الطرفين لاختياره خلال مدة(٣٠) يوما من تاريخ الدعوة وعند عدم التعيين يتولى المكتب تعينه من القائمة[2]، وهذا الحكم يطابق ما نصت عليه المادة(٣/١٨).

وفي حالة التحكيم بثلاثة محكمين فاذا لم يعين طالب التحكيم محكمه تولى المكتب تعيينه خلال اسبوع من تاريخ وصول الطلب وكذلك اذا لم يقم المطلوب التحكيم ضده خلال (٣٠) يوما المنصوص عليها في المادة(١٧) تولى المكتب تعيينه من القائمة، ويدعو رئيس المركز الطرفين للاتفاق على المحكم الثالث من القائمة ليكون رئيس الهيئة خلال مدة(٣٠) يوما من تاريخ الدعوة، وفي حالة عدم اتفاقهما يتولى المكتب تعيين المحكم الثالث من القائمة ونصت الاتفاقية على عدم جواز ان يكون المحكمون من نفس جنسية احد الطرفين في حال تعينهم من قبل المكتب ويفصل المكتب باية منازعة تخص التعيين بقرار نهائي وعلى وجه السرعة وهذا ما نصت عليه المادة(١/١٨و ٢و ٣و ٤و ٥)، وان مصر لم تنضم لهذه الاتفاقية، اما العراق فقد انضم إليها[1].

ولقد تركت كذلك **جمعية التحكيم الأمريكية**[2]لطرفي النزاع سلطة واسعة لاختيار المحكم كما هو عليه الحال في قواعد غرفة التجارة الدولية بباريس ومحكمة لندن، حيث تترك الجمعية لهما حرية الاختيار مالم يخلو اتفاقهما من تحديد في هذا الشان او يتخلف احدهم عن تعيين محكمه اذ تقوم الجمعية في هذه الحالة بتعيين المحكمين او المحكم من القوائم المعدة لهذا

= www.lcia.com

[1] د. فوزي محمد، مصدر سابق، ص١٥٠.

[2] د. فوزي محمد سامي، الاتفاقيات العربية في التحكيم الدولي في مجال القانون الخاص، مجلة العلوم القانونية، مجلد:٧، العدد١و ٢، ١٩٨٨، ص٣٣.

[1] اقرها العراق بالقانون المرقم:٨٦لسنة١٩٨٨م المنشور بالوقائع العراقية في عددها المرقم:٣٢١٥في ١٩٨٨/٨/١٥م.

(2)American Arbitration Association Rules on website:
www.adr.org

الغرض[٣]وحتى في هذه الحالة تقوم اولا بارسال قائمة باسماء عشرة محكمين من قوائمهما الى طرفي النزاع لترتيبها حسب الافضلية التي يرونها تناسبهم، واذا رات الجمعية عدم موافقتها على صاحب الافضلية عند الخصم المعني بسبب جنسيته او خبرته ارسلت قائمة اخرى واذا لم تحظى هذه القائمة الاخرى بموافقة الاطراف تولت الجمعية الاختيار من بين قوائمها وتقوم الجمعية باختيار محكم واحد الا اذا كانت طبيعة النزاع وقيمته تقتضي ان يكون الاختيار ثلاثي، وفي هذه الحالة الاخيرة سوف يرسل المدير للأطراف قائمة تتضمن(١٥) اسما ومنها سوف يشطب الاطراف خمسة اسماء ويرتب الباقي حسب الأفضلية ولابد من ارجاع القوائم خلال مدة(٢٠) يوما من تاريخ إرسالها الى الطرفين، وعند عدم إرجاعها سيعد كل المحكمين في تلك القوائم مقبولين ويحضرون امام المدير لاختيار الأنسب منهم للمهمة، أما اذا كان من بين المقبولين محكمين غير قادرين على ان يقوموا بواجباتهم فالمدير يملك السلطة بالاختيار من بين الأعضاء الاخرين في القائمة دونما حاجة للخضوع إلى قوائم إضافية وهذا ما نصت عليه المادة(٧/١و٢)من القواعد النافذة في ١٥/ ٣/١٩٩٦ [٤]، واكدت الجمعية على ان يكون المحكم مستقلا ونزيها ولاتكون بينه وبين أحد الخصوم او الشهود أية علاقة[١]، ولابد ان لا يرتبط عند اختياره باي نشاط اجتماعي او عائلي او تجاري او مالي او شخصي مع احد الخصوم قد يثير مسالة عدم استقلاليته[٢].

اما **الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية** والتي ابرمت عام ١٩٨١ واقرها العراق[٣] ومن خلالها تم تشكيل محكمة الاستثمار العربي والتي هي عبارة

---

[٣] د. احمد السيد صاوي، مصدر سابق، ص٨٣.

[٤] وتجدر الإشارة إلى أن نظام اختيار المحكمين بموجب القوائم يُعمل به في المركز اليمني للتوفيق والتحكيم وهذه القوائم تجبر الأطراف على الاختيار منها، وان مثل هذا الأمر يعد منافيا لحرية الطرفين في اختيار محكمهم إلا أن مثل هذا يمكن تفسيره على أن مبدأ حرية الطرفين في الاختيار ثابتة وهم يجبرون على القوائم عندما لا يتفقون على اختيار محكمهم.ينظر في ذلك:د.حمزة حداد، دور مؤسسات التحكيم في العملية التحكيمية، ورقة عمل مقدمة للمركز اليمني للتوفيق والتحكيم،٢٠٠١،ص٣،منشورة على الشبكة العالمية للمعلومات وعلى الموقع: =

= www.lac.com

(1)Disclosure and challenge of an Arbitrator, 2004,on website: www.adr.org

(2)Cannous of judicial ethics for Arbitration jurisprudence,22/May/2000,by the general meeting of the Polish Arbitration Association,on website: www.pssp.org.pl

[٣] اقرها العراق بالقانون المرقم: ٤٤لسنة١٩٨١ المنشور في الوقائع العراقية في عددها المرقم: ٢٨٣٢ في١/٦/١٩٨١.

عن هيئة قضائية تختص بالفصل في المنازعات التي تعرض عليها من احد طرفي الاستثمار وخاصة في المنازعات المتعلقة بتطبيق احكام الاتفاقية او الناتجة عنها حسب ما اشارت له المادة(١/٢٩)، ولقد نصت المادة الثانية من ملحق الاتفاقية على الاجراءات المتعلقة بتعيين المحكمين وهي قد تركت للاطراف حرية اختيارمحكم واحد او اكثر ونصت الفقرة الثالثة منها كذلك على انه اذا لم يقم الطرف الاخر باختيار محكمه او لم يتفق المحكمان على تعيين المحكم المرجح(الرئيس) خلال المدة المحددة تتكون هيئة التحكيم من محكم واحد او أي عدد فردي من المحكمين بينهم حَكم مرجح ويحق لاي طرف ان يطلب تعينهم من جانب الأمين العام لجامعة الدول العربية وتعد جامعة الدول العربية هنا سلطة تعيين[٤].

اما عن موقف **المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في نيويورك** فنجد ان هذا المركز تم إنشاؤه بموجب اتفاقية واشنطن لعام ١٩٦٥ والتي تعالج تسوية منازعات الاستثمار والتي قد تنشا بين دولة ورعايا دولة اخرى موقعة على الاتفاقية، ويمكن ان تتشكل هيئة التحكيم من محكم واحد او أي عدد اخر من المحكمين وحسبما يتفق عليه الاطراف فاذا لم يتفقوا على ذلك تتشكل الهيئة من ثلاثة محكمين[١] حيث يختار كل طرف محكما ويتولى الاطراف بعد ذلك اختيار المحكم الثالث الذي يتولى الرئاسة، فهنا تعيين المحكم الثالث لايتم عن طريق المحكمان المعينان من قبل اطراف النزاع كما هو الحال عليه في قواعد اليونسترال والقانون النموذجي الذي يتطابق موقفه مع القانون المصري واذا لم تتشكل الهيئة خلال مدة تسعين يوما من تاريخ الاخطار بتسجيل الطلب يقوم رئيس المركز بتعيين العضو او الاعضاء الناقصين وهو على عكس الاطراف له الحق في اختيار المحكمين من الجدول[٢]، ويشترط ان تكون جنسية اغلب

---

[٤] والجدير بالذكر بان الكثير من الاتفاقيات والقواعد التحكيمية قد أشارت إلى وجود سلطة خاصة للتعيين كاتحاد المصارف العربية حيث أعطى سلطة التعيين عند عدم اختيار المحكم لمجلس إدارة الاتحاد أو أية لجنة يختارها المجلس للقيام بذلك، للتفاصيل اكثر ينظر:د.حمزة حداد، التحكيم في المنازعات المصرفية، ورقة عمل مقدمة لندوة التحكيم في القضايا المصرفية، عَمان،٢٠٠٠، ص١، منشورة على الموقع:

www.lac.com

ولقد طعن بمبدأ اختيار المحكم حسب هذه السلطة على أساس انه يخالف مبدا الرضائية، لكن محكمة النقض الفرنسية رفضت ذلك في قرار لها للغرفة المدنية بتاريخ١٩٣٦/١٠/٥ للتفاصيل ينظر:محمد ظاهر معروف، شرط التحكيم في عقود القانون العام وعقود القانون الخاص، مجلة ديوان التدوين القانوني، العدد:١، السنة:٦، نيسان١٩٦٧، ص٧٦. واكد القانون الفرنسي على ذلك بإجازة اختيار المحكم لمؤسسة تحكيمية حسب نص المادة(١٤٥٥)مرافعات.

[١] د. محمود مختار، مصدر سابق، ص٨٦و٨٧.

[٢] د. صالح بن بكر الطيار، المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار،ص٤، دراسة منشورة بتاريخ٧/حزيران،٢٠٠٢، على الشبكة العالمية للمعلومات وعلى الموقع:

المحكمين تختلف عن جنسية اطراف النزاع ولكن يستثنى من ذلك حالة اتفاق الاطراف على تعيين محكم وحيد او تعيين كل طرف محكمه من قبله[٣] .

نخلص مما سبق الى ان هنالك دور للاطراف في اختيار المحكم حسب نظام التحكيم الخاص او الحر وان كان هذا الدور هو اخذا بالانحسار بسبب اللجوء لمراكز التحكيم، وان اختيار الاطراف للمحكم لابد ان يكون متمتعا بالخبرة الكافية والمهنية العالية في مجال موضوع النزاع الذي يعرض عليه، وفي الوقت الراهن يستوجب ان يكون المحكم على قدر ثقافي عالٍ وخبرة علمية وتقنية كبيرة وبالأخص بعد ظهور منازعات التجارة الإليكترونية والتي تتطلب اشخاص ممن لديهم القدرة على ممارسة العمل على شبكة الانترنيت وعلى الحواسيب حيث ان المحكم في اطار التحكيم الإليكتروني الذي بدا يشيع الان لابد ان يتمتع بالاهلية الفنية الضرورية التي تمكنه من القيام بذلك على افضل ما يمكن، وان يكون على دراية تامة باستخدام تلك الأجهزة الإليكترونية والتي ستكون من أدوات عمله في هذا النوع من التحكيم[٤].

وعليه، فأنني أبقى ادعم الرأي الذي يجعل من شرط الكفاءة والخبرة والعلم بالمسائل المحيطة بموضوع النزاع واختصاص المحكم من الناحية العلمية به من الأمور الأساسية والضرورية حاليا التي لايمكن تجاهلها كما كان الامر هكذا بالامس، ولوحظ ان قيام الأطراف باختيار طريق التحكيم لفض المنازعات وقيامهم بانفسهم باختيار من سيفصل في النزاع لا يبعدهم على الرغم من ذلك عن سلطة القضاء؛ لان الاخير يمكن ان يتدخل في حالات معينة في اطار اختيار المحكم ونجد ان مؤسسات التحكيم بعضها تضع قوائم خاصة وجداول بأسماء المحكمين لتساعد اطراف النزاع على الاختيار من خلالها ان رغبوا بذلك، وان من المؤسسات من يُجبر الأطراف على الاختيار من ضمن هذه القوائم مما يتعارض ذلك مع الرضائية في اختيار المحكمين، ونشير هنا الى ان التشريع العراقي يُعد وخاصةً في نصوص التحكيم متخلفا بشكل لا يقبل الشك مقارنة مع القوانين العربية الاخرى التي فصلت التحكيم عن قانون المرافعات ولها قوانين حديثة ومبادئ مستحدثة في أمور التحكيم، فحبذا لو أن المشرع يساير هذا التطور الواقعي للتحكيم في العالم ويستحدث له قواعد لها خصوصية على اعتبار ان نظام التحكيم هو نظام لحل المنازعات مستقل عن باقي الأنظمة الأخرى، وان كل هذه الأنظمة القانونية هي تشكل

---

www.mohamoon.com

[٣] د. خالد محمد جمعة، المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار كطريق لحل منازعات الاستثمار المباشر، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد:٣، السنة:٢٢، ايلول١٩٩٨، ص٢١٧.

[٤] المستشار القانوني: عبد القادر ورسمة غالب، صعوبات تعترض إجراءات التحكيم الإليكتروني، ص١و٢، دراسة منشورة على الشبكة العالمية للمعلومات وعلى الموقع:

www.albayan.co.ae

أسرة قانونية واحدة.

المبحث الثاني

اختصاصات المحكم

عند اختيار المحكم لمهمة حسم النزاع بين الطرفين تثبت له اختصاصات لابد له ان يمارسها لغرض حسم النزاع بين الطرفين، وتتنوع مثل هذه الاختصاصات حسب كل مرحلة تمر بها عملية التحكيم فهناك اختصاصات يقوم بها قبل بدء الإجراءات الخاصة بالتحكيم وهنالك اختصاصات يمارسها عند بدء الإجراءات والنظر في النزاع واختصاصه كذلك بتصحيح الحُكم وتفسيره والذي سيتم معالجته في موضوع انتهاء مهمة المحكم باصدار الحكم التحكيمي وذلك في الفصل الثالث لكي يكون الموضوع شاملا لكل فقراته، ودوره في تحديد القانون الواجب التطبيق، وان ممارسة المحكم لهذه الاختصاصات قد ينفرد بها لوحده ومنها ما تكون كشراكة بين المحكم وجهات أخرى كالقضاء مثلاً.

وتجدر الإشارة إلى إن مهمة المحكم في التحكيم العادي(غير الإليكتروني) تختلف عندما ينظر النزاع في إطار التحكيم الإليكتروني وقواعده التي لها من الخصوصية والتطور في نظر النزاع وحسمه.

وعليه، سوف يتم بحث كل هذه المسائل حسب التقسيم أدناه:

المطلب الأول: اختصاصات المحكم قبل السير بالإجراءات التحكيمية.

المطلب الثاني: اختصاص المحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق.

المطلب الثالث: اختصاصات المحكم عند السير بالإجراءات.

المطلب الأول

اختصاصات المحكم قبل السير بإجراءات التحكيم

تعد مثل هذه الاختصاصات ضرورية ولابد ان يقوم بها المحكم قبل ان يبدأ نظر النزاع وتتمثل بالبت في وجود اتفاق للتحكيم وصحته والبت في اختصاصه عند وقوع أي دفع بانعدام اختصاصه ودوره في تحديد مكان التحكيم ولغة التحكيم.

الفرع الأول

اختصاصه بالبت في وجود اتفاق التحكيم

لقد أعطيت للمحكم مهمة القيام بتفحص اتفاق التحكيم من حيث وجوده وموضوعه وأشخاصه وان يثبت المحكم بأنه مختصاً بالنظر في النزاع عندما يدفع احد الاطراف بعدم اختصاصه، وهذا ما يطلق عليه الفقه(بمبدأ الاختصاص بالاختصاص) حيث يحق لهيئة

التحكيم ان تبت في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها وبعدم وجود اتفاق للتحكيم او سقوطه او بطلانه او عدم شموله لموضوع النزاع[١]، والجدير بالذكر ان شرط التحكيم اصبح مستقلا عن العقد الأصلي وهو الذي يعد الأساس العملي والقانوني لمبدأ الاختصاص بالاختصاص والاستقلالية تعني انه إذا كان العقد موضوع التحكيم باطلا أو ابطل أو فسخ او انهي فهذا لايؤثر على اتفاق التحكيم نفسه[٢]، ويلاحظ ان هناك تفرقة بين التحكيم الداخلي والدولي من حيث النظر بالدفوع المتعلقة بعدم صحة اتفاق التحكيم او عدم وجوده وفي اختصاص المحكم حيث يعود الامر للقضاء العادي في التحكيم الداخلي ويعد شرط التحكيم غير مستقل عن العقد الاصلي بالمعنى المشار اليه سابقا، الا ان هذا المفهوم اخذ بالانحسار في اطار التجارة الدولية وعلاقاتها الواسعة وفي التحكيم الدولي حيث ان المفهوم السائد هو استقلالية شرط التحكيم وان نظر مثل هذه الدفوع تكون من اختصاص هيئة التحكيم نفسها[٣]ولابد للمحكم ان يتاكد من مدى صحة عرض النزاع على التحكيم وجواز حسمه عن طريق التحكيم، والجدير بالذكر ان قانون المرافعات العراقي نص في المادة(٢٥٤) على:((لا يصح التحكيم إلا في المسائل التي يجوز فيها الصلح.....)) ولقد أشار القانون المدني العراقي في المادة(٧٠٤) على انه لابد ان يكون المصالح عنه مما يجوز اخذ البدل في مقابلته وان يكون معلوما ان كان يحتاج للقبض او التسليم، وهناك اموراً نص عليها كذلك وتعد متعلقة بالنظام العام[٤]، فلابد للمحكم ان يفصل بهذه الدفوع قبل البدء بالفصل في النزاع؛ لانها لها تاثير على حُكمه فيما بعد وذلك لانه قد يتعرض حُكمه الى عدم الاعتراف وعدم تنفيذه فيما اذا كان المحكم غير مختص طبقاً لشرط التحكيم[٥].

ولقد أعطت القوانين والقواعد الدولية الحق لهيئة التحكيم او المحكم بالنظر في مثل هذه الامور بعكس التشريع العراقي الذي لم يعطِ الاختصاص للمحكم بهذه الامور كونه قد عالج التحكيم الداخلي فقط، واجاز التشريع المصري للتحكيم في الفقرة الاولى من المادة(٢٢) وهو

---

[١] د. عمر مشهور حديثة الجازي، قانون النقل البحري وقضاياه، دراسة ألقيت في غرفة تجارة عَمان، ٢٠٠٣،ص١٢، منشورة على الشبكة العالمية للمعلومات وعلى الموقع:

www.jcdr.com

[٢] د. عمر مشهور حديثة الجازي، اتفاق التحكيم في ظل قانون التحكيم الأردني رقم ٣١لسنة٢٠٠١، المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي،العدد:٢٢، ٢٠٠٣، ص٦.

[٣] د. حمزة حداد، قانون التحكيم المصري ومدى اعتباره نموذجا لتشريعات بعض الدول العربية، ص١٣.

[٤] ويعد من النظام العام الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية كالأهلية والميراث والأحكام المتعلقة بالانتقال والإجراءات اللازمة للتصرف في الوقف وفي العقار وفي التصرف في مال المحجور ومال الوقف ومال الدولة وقوانين التسعير الجبري وسائر القوانين التي تصدر لحاجة المستهلكين في الظروف الاستثنائية. (المادة ٢/١٣٠)مدني عراقي.

[٥] المادة الثالثة من اتفاقية تنفيذ الأحكام لجامعة الدول العربية لعام١٩٥٢.

مطابق لما جاء في المادة(١٦)من القانون النموذجي لعام ١٩٨٥ باختصاص الهيئة بمثل هذه الأمور لكنّ القانونين يختلفان من حيث الأثر المترتب على رفض الدفع من قبل الهيئة، فالقانون المصري نص على عدم جواز الطعن بالقرار الا عن طريق رفع دعوى بطلان الحُكم التحكيمي المنهي للخصومة حسب نص المادة(٥٣) تحكيم مصري، أما القانون النموذجي فلقد أعطى الحق للطرفين بالطعن في قرار الرفض أمام المحكمة المختصة خلال مدة(٣٠) يوما من تسلم الطرف القرار، وقرار المحكمة قطعي لا يقبل الطعن حسبما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة(١٦)، ولكن يلاحظ ان النص المصري في المادة السابقة محل نظر؛ لان الدفع هذا الذي يثار امام الهيئة دفع لابد ان يتمسك به الخصوم بدليل ان المادة نصت في الفقرة الثانية منها على: ((يجب التمسك بهذه الدفوع في ميعاد لايجاوز ميعاد تقديم دفاع المدعى عليه.....))وفي هذا تعارض، مع ان مسالة البت بوجود اتفاق التحكيم او بطلانه هي مسائل اولية لابد ان يفصل بها المحكم من تلقاء نفسه[١]، وعليه فالافضل بالمشرع المصري ان يعطي لهيئة التحكيم الفصل بمثل هذه الدفوع من تلقاء نفسها وان يعطي كذلك حق الطعن بقرار رفض الدفع للاطراف امام المحكمة المختصة بدلا من انتظار صدور الحُكم وان تنظر المحكمة هذا الطعن بصورة مستعجلة[٢]، وان سلطة المحكم في تقرير مدى صحة العقد او بطلانه هي سلطة بحث لا حُكم فلا يحق له اصدار حُكم بصحة العقد او بطلانه؛ لانها تخرج عن اختصاصه[٣].

ولقد حسم المشرع الفرنسي استجابةً للفقه والقضاء موقفه من ذلك فنص على ان المحكم كالقاضي يفصل في اختصاصه حسب نص المادة(١٤٦٦)، واشارت قواعد غرفة التجارة الدولية على حق هيئة التحكيم في الفصل بأي ادعاء يثار أمامها حول انعدام العقد الاصلي او بطلانه والفصل في الاثار المترتبة على ذلك حسب الفقرة الثانية من المادة(٦)من قواعد عام ١٩٩٨النافذة[٤].

---

[١] ويتبنى هذا الاتجاه: د. عبد الرزاق السنهوري،الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء:١،الطبعة:٢،دار النهضة العربية،القاهرة، ١٩٦٤،ص١٥٠و١٥٢.

[٢] ياسر عبد السلام، مصدر سابق، ص٦٠و٦٦.

[٣] د. احمد السيد صاوي، مصدر سابق، ص٦٦.

[٤] واعطت مثل هذا الحق قواعد الجمعية الأمريكية للتحكيم في الفقرتين(٢و٣)من المادة(١٦) وهو كذلك موقف قواعد محكمة لندن في المادة(٢٥) وهذا ما أشارت له قواعد اليونسترال لعام ١٩٧٦في المادة(٢١)بفقرتها الثانية والاتفاقية الأوربية في المادة(٥) واتفاقية واشنطن. ينظر للتفاصيل:د. عز الدين عبد= = الله، تنازع القوانين في مسائل التحكيم الدولي في مواد القانون الخاص، المجلة القضائية العربية،العدد:١، السنة:٢١، نيسان١٩٨٤،ص٤٣و٤٤.

وقد يواجه المحكم اتفاق تحكيم مكتوب إليكترونيا[١]فكيف يمكن للمحكم أن يثبت صحة وجوده ويأخذ به على الرغم من عدم وجود الكتابة بالمفهوم التقليدي لها؟

ان وجود ثورة الاتصالات الحالية والتقنية العالية المستخدمة في إبرام العقود عبر وسائل الاتصال الحديثة نجد من خلالها نجاح فكرة التحكيم الإليكتروني؛ وذلك بإنشاء عدة مواقع إليكترونية على شبكة الانترنيت حيث ظهر اول موقع عام ١٩٩٤ وعلى الموقع:/ www.cybersettle.com/ويتضمن الموقع كل المتطلبات الشاملة لحسن سير حسم النزاع إليكترونيا وعن طريق التحكيم[٢].

ان الكتابة في اتفاق التحكيم مسالة مهمة حيث اعتبرت بعض التشريعات وجود مثل هذه الكتابة كشرط انعقاد للاتفاق وبعضها الأخر اخذ بها كشرط إثبات[٣]، ونجد ان مفهوم الكتابة في القانون او اللغة لا يستوجب أن تكون على الورق فمن الممكن ان تكون الكتابة كذلك على الخشب او الحجر وهكذا، ونجد عدم وجود ارتباط بين فكرة الورق والكتابة فلا يشترط ان تكون الكتابة على ورقة موقعة بالمفهوم التقليدي وهو ما يفسح المجال لقبول كل الدعامات في مجال الإثبات أيا كانت مادة صنعها والمقصود بالدعامات: مادة الورق أو الأقراص المدمجة الليزرية..... الخ[٤].

---

[١] ظهوره يرجع لانتشار وذيوع التجارة الإليكترونية وظهور منازعاتها مما أدى إلى إيراد شرط التحكيم في عقودها لغرض حسم النزاع عن طريق التحكيم الإليكتروني، والذي بدوره الأخير يتم إبرامه عبر وسائل الاتصالات الحديثة ومن دون حاجة لالتقاء أطراف النزاع في مكان معين.المحامي: يونس عرب، التقاضي في بيئة الانترنيت، ورقة عمل مقدمة لندوة في الإمارات،ص١٢، ٢٠٠٢، منشورة على الشبكة العالمية للمعلومات وعلى الموقع:

www.arablaw.org

وينظر : وليد الزيدي، التجارة الإليكترونية عبر الانترنيت، الطبعة:١، دار المناهج للنشر، عَمان،٢٠٠٤، ص٤٩و٥٠ وينظر أيضا:مجموعة بحوث لمؤتمر الأعمال المصرفية الإليكترونية بين الشريعة والقانون، غرفة تجارة وصناعة دبي، ٢٠٠٣،ص٤٤.

[٢] محمد أبو الهيجاء، الإجراءات أمام المحاكم الآلية للتحكيم التجاري، دراسة منشورة على الشبكة العالمية للمعلومات وعلى موقع النادي العربي لتقنية المعلومات والإعلام بتاريخ:٢٠٠٣/١١/١٩،ص٢، وعلى الموقع:
www.ac4mit.org

[٣] كقانون المرافعات العراقي الذي اعتبرها شرط إثبات في المادة(٢٥٢)، أما القانون المصري للتحكيم فعدها شرط انعقاد بالمادة(١٢) منه .

[٤] المحامي: ربيع خشانة، قانون التوقيع الإليكتروني بات ضرورة ملحة،٢٠٠٣، ص٢، دراسة منشورة على الشبكة العالمية للمعلومات وعلى الموقع: =

www.Damascusbar.org =

ومما سبق يتضح ان السندات الإليكترونية: ((هي عبارة عن كتابة غير تقليدية للمعلومات مستخرجة من وسائط خزن لتقنيات علمية تعمل على تحويل الحروف المكتوبة والسندات المرسلة عن طريقها الى نبضات كهربائية فيتحول الضغط على الحروف الى إشارة كهربائية تؤدي الى طبع هذه الحروف او استنساخها عن بعد بسرعة قياسية كبيرة مهما بعدت المسافة))[١] ، وعليه إن الأدلة الجديدة يجمعها جامع واحد وهو إنها تستخرج من أجهزة خزن البيانات الخاصة بالحاسب الآلي وهي تشتمل على بيانات ومعلومات مخزنة[٢]على وسائط معينة كالأقراص الصلبة التي تكون موجودة داخل الحاسب الآلي أو الأقراص المرنة والتي تكون مصنوعة من مادة مرنة وموضوعة داخل غلاف بلاستيكي بمقاس(٣,٥بوصة) او(٥,٢٥بوصة) يتم التسجيل عليها أو الأقراص الليزرية وهي عبارة عن قرص دائري الشكل يتم التسجيل عليها من خلال مشغلات الأقراص المتراصة وبطريقة الليزر، ويمكن قراءة محتوياتها بموجب جهاز خاص مرتبط بالحاسب الآلي يدعى(C D- ROM DRIVE)[٣].

ويتضح إن مثل هذه الكتابة هي مجموعة حروف أو أرقام أو رموز أيا كانت دعامتها ورقية أو بلاستيكية أو مخزنة في ذاكرة الحاسب الآلي وبصرف النظر عن طريقة انتقالها، ويشترط في هذه الكتابة أن تكون مفهومة لكي تعطي معنى معيناً لها[٤]، ومع ذلك لاقى اتجاه الكتابة الإليكترونية في اتفاق التحكيم معارضة من قبل البعض الذين رفضوا مثل هذا النوع من الكتابة على أساس أن هذه الكتابة لا يمكن مشاهدتها إلا عن طريق الحاسب الآلي فإذا ما أطفأنا الحاسب او أصابه أي خلل فانه قد تُفقد مثل هذه الكتابة، ولقد رفضت إحدى المحاكم في النرويج الاستناد لمثل هذا النوع من الكتابة في اتفاق التحكيم مستندةً على اتفاقية نيويورك، إلا أن البعض يرى ضرورة الاعتماد على هذه الكتابة ومنهم ماستل وبويد حيث يعرفان الكتابة على إنها: ((وسيلة لانتاج كلمات بصورة مرئية وبوسائل إليكترونية او اية كلمات يمكن إعادتها من خلال الخزن الإليكتروني كالكلمات المسجلة على قرص ممغنط وان احتمال فقدان مثل هذه

---

[١] أستاذنا د.عباس العبودي وأستاذنا د.جعفر الفضلي، حجية السندات الإليكترونية في الإثبات المدني في ضوء التعديل الجديد للقانون المدني الفرنسي المرقم:٢٣٠لسنة٢٠٠٠، مجلة الرافدين للحقوق،كلية القانون–جامعة الموصل،العدد:٢٠٠١،١١،ص٢.

[٢] د. نجلاء توفيق فليح، الحجية القانونية لمخرجات الحاسب الآلي في الإثبات المدني، مجلة الرافدين للحقوق، كلية القانون–جامعة الموصل، العدد:١٠، اذار ٢٠٠١، ص٩٩.

[٣] عبد الحميد بسيوني، إعداد الكمبيوتر، بدون طبعة، مصر،من دون سنة طبع، ص٢٣، نقلا عن: د.نجلاء توفيق، مصدر سابق، ص١٠٠.

[٤] د. علي سيد قاسم، الجوانب القانونية للتوقيع الإليكتروني، بحث منشور في سلسلة بحوث(الجوانب القانونية للتجارة الإليكترونية)، الطبعة:١، المجلس الأعلى للثقافة، القاهرة، ٢٠٠٣،ص٢٨٣و٢٨٤.

الكتابة يقابله كذلك احتمال فقدان الوثيقة الورقية أو احتراقها))[1]، واستند البعض الاخر لابرام اتفاق التحكيم بالوسائل الإليكترونية على نص المادة الثانية بفقرتها الثانية من اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ حيث عُدَّ وجود هذه الفقرة تلبي الحاجات الضرورية للاعتماد على الوسائل الإليكترونية الحديثة حيث ساوى بين البرقية والبريد الاليكتروني(E-mail) للاعتراف بالاتفاق المكتوب للتحكيم، وعلى الرغم من وجود اختلافات بين البرقية والبريد الاليكتروني والتي تتمثل بان دائرة البرقيات تستطيع التحقق من هوية المرسل بعكس البريد الاليكتروني، ومن الصعوبة تغيير البرقية عند ارسالها بعكس البريد الاليكتروني الذي يمكن ان يتعرض لتغييرات، وان شركات البرقيات تؤكد على تمتع البرقية بدرجة عالية من الاتقان بعكس البريد الاليكتروني الذي يمكن ان يصيبه الاخفاق ومع ذلك فان مثل هذه المساوىء لايمكن الارتكاز عليها لمنع الاخذ بالتطورات الحديثة في الاتصالات، فانه يمكن التحقق من محتوى النص في البريد الاليكتروني من الطرف المرسل له وانه من الممكن ان يقع تزوير كبير في الرسائل او الفاكس بينما في البريد الاليكتروني فهو اقل تعرضا للتزوير ومن الممكن الاعتماد عليه لتقديم سجل موثوق به كما هو الحال مع الرسائل، وعليه يمكن توسيع نص المادة الثانية بفقرتها الثانية من الاتفاقية ليشمل رسائل الاتصالات الحديثة كالانترنيت والبريد الإليكتروني لإضفاء الاعتراف الصحيح للكتابة الإليكترونية في اتفاق التحكيم[2].

ولقد اعترفت الكثير من القوانين بالكتابة الاليكترونية ومنها القانون النموذجي للتجارة الاليكترونية الصادر عن الأمم المتحدة عام١٩٩٦ حيث نصت المادة السادسة بفقرتها الأولى على:((عندما يشترط القانون ان تكون المعلومة مكتوبة تستوفي رسالة البيانات ذلك الشرط إذا تيسر الاطلاع على البيانات الواردة فيها على نحو يتيح استخدامها بالرجوع إليها لاحقا))، وان مثل هذا النص لابد أن يفهم على ضوء الفقرة(أ) من المادة الثانية من القانون التي اشارت الى ان رسالة البيانات:((هي المعلومات التي يتم انشاؤها او ارسالها او استلامها او تخزينها بوسائل اليكترونية او ضوئية او بوسائل مشابهة)) ونجد ان هذا القانون تبنى معيار موضوعي لفهم الكتابة وهو معيار(تيسر الاطلاع) كعنصر وشرط لتعريف الكتابة، ومن جانب اخر نجد ان هذا القانون ركز على صفة قابلية الكتابة في الرجوع اليها لاحقا من خلال مصطلح عام ومطلق عن

---

(1)Rob Horne, electronic contracts: Formalities, part:1,p.2,on website:
www.interab.com

(2)Richard hill, on-line arbitration: Issues and solutions, December 1998,p.2&3,on website:
www.ombuds.org
and Andres moncayo Von hase, arbitration and e-commerce related disputes:legal barriers and challenges, 2001,p.12&13,on website:
www.droit-internet-2001

التقييد بصفات ضيقة كالكتابة الدائمية او غير القابلة للزوال ذاتيا وغيرها[١]، ونجد ان المشرع العراقي قد اعطى القاضي في نص المادة(١٠٤) من قانون الاثبات المرقم ١٠٧لسنة١٩٧٩المعدل سلطة جوازية في الاستفادة من وسائل التقدم العلمي في استنباط القرائن القضائية وان مثل هذا النص محل نظر؛ لانه اعطى سلطة جوازية وليست وجوبية للقاضي وتجاهل كذلك التقدم العلمي الكبير في مجال الاتصالات الحديثة ودقة هذه الوسائل التي أدت لقلب المبادئ التي تقوم عليها التفرقة بين القرائن القانونية والقرائن القضائية؛ لان الأخيرة لا تعطي اليقين القاطع في الإثبات[٢].

واخذ المشرع المصري بالمفهوم الواسع للكتابة في قانون التحكيم بموجب المادة(١٢) حيث نصت على: ((يجب ان يكون اتفاق التحكيم مكتوبا والا كان باطلا، ويكون اتفاق التحكيم مكتوبا اذا تضمنه محرر وقعه الطرفان او اذا تضمنته ما تبادله الطرفان من رسائل او برقيات او غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة))[٣] ، اما في فرنسا حيث كان التعديل السابق لنص المادة(١٣٤٨) عام١٩٨٠من القانون المدني قد اتخذ موقفا وسطا من الادلة الاليكترونية، حيث انه لم يمنح لها حجية كاملة وبالمقابل لم يهدرها واعطى الحق لاي شخص ان يثبتها بكافة طرق الاثبات[٤]، اما في التعديل الجديد بالقانون رقم٢٣٠ في ١٣/آذار/٢٠٠٠والذي عدل بموجبه نص المادة(١٣١٦) من القانون المدني حيث ساوى الكتابة الإليكترونية مع الكتابة التقليدية وبشروط نصت عليها الفقرة الاولى من هذه المادة وهي: ((تكون الكتابة الإليكترونية كالكتابة المكتوبة على دعامة ورقية بشرط تحديد الشخص الذي أصدرها او ان يكون تدوين الكتابة وحفظها قد تم في ظروف ذات طبيعة تضمن تكاملها))[٥].

---

[١] د. فائق الشماع، التجارة الإليكترونية،مجلة دراسات قانونية، بيت الحكمة–بغداد، العدد:٤،٢٠٠٠،ص٤٣.

[٢] أستاذنا د. عباس العبودي، الحجية القانونية لوسائل التقدم العلمي في الإثبات المدني، الطبعة:١، الإصدار:١، الدار العلمية ودار الثقافة للنشر، عَمان، ٢٠٠٢، ص٦و٧.ولنفس المؤلف:شرح أحكام قانون الإثبات العراقي،الطبعة:٢،دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل،١٩٩٧، ص٢٩٢و٢٩٣.

[٣] وهذا اتجاه قواعد الغرفة التجارية الدولية في باريس في المادة الثالثة وموقف الاتفاقية الأوربية في المادة(١١) إلا أنها استثنت الدول التي لا تفرض قوانينها الكتابة، فالاتفاق يبقى صحيحا إذا تم بالشكل المطلوب حسب تلك القوانين.

[٤] أستاذنا د. عباس العبودي، حجية السندات الإليكترونية لمعطيات الحاسب الآلي في الإثبات المدني، مجلة كلية النهرين للحقوق، جامعة النهرين–بغداد، المجلد:٦، العدد:١٠، تشرين الثاني٢٠٠٢، ص٣٨.

[٥] د. احمد السيد صاوي، مصدر سابق، ص٤٩. وهذا موقف قانوني المرافعات النمساوي والإيطالي وللاطلاع اكثر حول القانونين يراجع الموقع التالي:

national lawwww.jus.uio.no/lm/arbitration

اما عن موقف القانون الإنكليزي فنجد ان القانون الخاص بالإثبات والصادر عام ١٩٦٨ في المادة الخامسة منه منحت الوثائق المستخرجة من الحاسب الآلي حجية الشهادة وبشروط هي ان تكون الوثيقة المتضمنة للبيان قد تم استحصالها عندما كان الحاسب يعمل بشكل منتظم وان يكون الحاسب الذي صدرت منه الوثيقة يعمل بصورة ملائمة وان تكون المعلومات التي تتضمنها الوثيقة قد استخرجت من الحاسب في المجرى الاعتيادي لتنفيذ النشاطات[١]، ومع ذلك فقد صدر قانون جديد للاثبات المدني في عام ١٩٩٥ ودخل حيز التنفيذ عام١٩٩٦ وسمح بالإثبات بواسطة السندات الاليكترونية بشرط ان تُعتمد وفق آلية خاصة وبالقدر الكافي من الفعالية وميز القانون الجديد بين حالتين: الحالة الأولى: ان يكون من يتولى عبء الاثبات يمارس تجارة او ينتمي لسلطة عامة فيمكن لأي من هؤلاء ان يقوم بالإثبات بواسطة السندات الإليكترونية وبان يتقدم للقضاء بإفادة صادرة من الشخص المسؤول في المؤسسة او الشركة عن الاعمال او العقود المراد إثباتها يوقعها مدير المبيعات او المسؤول عن مسك السجلات تفيد بان السندات الإليكترونية المدعى بها أمام القضاء هي متأتية فعلا من هذه السجلات. اما الحالة الثانية: فهي عندما يكون الشخص مستهلكا عاديا او يستخدم شبكة الانترنيت فيتم اثبات الاعمال والعقود الاليكترونية وفقا للقواعد التي تحددها المحاكم ومنها اثبات مصدر السند وكيفية نشوئه وهوية صاحبه واثبات ان النظام المعلوماتي يعمل بشكل صحيح وتقدير عمر السند.

وشكلت غرفة التجارة الدولية في باريس عام١٩٩٠ مجموعة عمل تختص بالجوانب القانونية والتجارية لتبادل المعطيات الإليكترونية، ووجدت هذه المجموعة ان اغلب التشريعات الداخلية تشترط ان يكون هناك مستند ورقي موقع من الأطراف عند إبرام بعض التصرفات، وعليه وضع مشروع إعلان للسياسة العامة لغرفة التجارة الدولية يقوم على ضرورة وضع عقد نموذجي للتجارة في المعطيات الإليكترونية والذي يهدف لإنشاء أساس لمعطيات المعلوماتية ومشروع اخر يهدف الى وضع قواعد موحدة وعملية للتوثيق والشهادات الاليكترونية[٢].

ويعد المجلس الأوربي وهو اول منظمة دولية بين الحكومات درس موضوع قبول الأدلة والرسائل الاليكترونية (غير الورقية) حيث اعتمدت اللجنة الوزارية في عام ١٩٨٣ التوصية الموجهة للدول الأعضاء والمتعلقة بتوفيق التشريعات التي تشترط الكتابة بحيث تقبل الوثائق والبيانات المعلوماتية واعطاء السندات الاليكترونية حجية الاصول والاوراق المستنسخة عنها، وعلى الدول ان تشير بان الاوراق والبيانات لابد ان تكون مسجلة على الحاسب الالي ووضعت

---

[١] د.عباس العبودي، مصدر سابق، ص٣٦و٣٧.

[٢] د. عصمت عبد المجيد بكر، مشكلة الإثبات بوسائل التقنيات العلمية، مجلة القضاء، العددان:١و٢، السنة:٢٠٠٢،٥٥،ص٢٦و٣٠و٣١.

المجموعة الاوربية برنامجا للعمل بهذا الخصوص منذ عام ١٩٨٧ ولغاية ١٩٩٢وجدت ان هناك صعوبات قانونية حول صلاحية قبول السندات الاليكترونية، ومع ذلك فبعد صدور القانون النموذجي للتجارة الاليكترونية لعام١٩٩٦ واصلت اللجنة الاوربية جهودها واصدر البرلمان الاوربي توجيها لكي يتم اعتماده في الدول الاعضاء عام ١٩٩٩ لتحديد الاطار القانوني للتوقيع الإليكتروني[١]، واعطت اتفاقية هامبورغ المبرمة عام ١٩٧٨ مشروعية الاخذ بالتوقيع الاليكتروني واشارت كذلك ان مصطلح الكتابة يشمل البرقية والفاكس[٢] دليلا على الاخذ بالمفهوم الواسع لمصطلحي الكتابة والتوقيع .

اما بالنسبة للحجية القانونية لمثل هذه السندات الإليكترونية نجد ان القانون النموذجي قد اشار في المادة التاسعة على قبول رسالة البيانات في الإثبات بشرط ان تكون هي الدليل الوحيد في حالة غياب الدليل التقليدي وان الفقرة الثانية من نفس المادة لا تعطي حجية مطلقة لرسالة البيانات حيث انها تمنحها فقط ما تستحقه من حجية في الإثبات ويراعى في تقدير حجية هذه الرسائل الطريقة التي استخدمت في إنشاء أو تخزين أو إبلاغ الرسالة وللطريقة التي حُددت بها هوية منشئها ولأي عامل أخر[٣]، واعطى قانون البينات الأردني المرقم ٣٧لسنة٢٠٠١ حجية قانونية للرسائل الاليكترونية حيث منح لها قوة الاسناد العادية في الاثبات مالم يثبت من نسب اليه ارسالها انه لم يقم بذلك او لم يكلف أحدا بإرسالها[٤]، واعترفت بذلك أيضا قانون التجارة الإليكترونية البحريني لعام ٢٠٠٢ في المادة الخامسة[٥]، وعليه يتضح مما سبق ان ابرام اتفاق التحكيم إليكترونيا لا يمنع من إضفاء الحجية القانونية والاعتراف به من قبل المحكم وحسب ما نصت عليه التشريعات والقواعد الدولية للتحكيم ولابد من وجود ضمانات تقنية متوازنة مع هذا الاعتراف تمنع الإساءة واستغلالها بشكل مضر كما في التزوير.

---

[١]د.عباس العبودي، الحجية القانونية لوسائل التقدم العلمي في الإثبات المدني، ص١٣٥.ود.عصمت عبد المجيد، مصدر سابق،ص٢٤و٢٥.

[٢] د. عباس العبودي، حجية السندات الإلكترونية لمعطيات الحاسب الآلي في الإثبات المدني، ص٣٥.

[٣] د. فائق الشماع، مصدر سابق، ص٤٤.

[٤] أستاذنا د. عباس العبودي، حجية الأدلة الإليكترونية في الإثبات المدني، مجلة القانون المقارن، العدد:٣٣، ٢٠٠٣، ص٣٥.

[٥] نص القانون الكامل وغيرها من قوانين التجارة الإليكترونية منشورة على الموقع:
www.arablaw.org

الفرع الثاني

اختصاص المحكم في تحديد مكان التحكيم

يعد مكان التحكيم من الامور الاساسية التي لابد ان يتم الاتفاق عليها، بحيث يعد هذا المكان هو الذي يجب ان يصدر حُكم التحكيم فيه، وهو المكان الذي تتخذ فيه الاجراءات التحكيمية ولهذا المكان جملة من الفوائد منها: تسهيل الامر لطرفي النزاع والمحكمين والشهود والخبراء للحضور الى الجلسات الامر الذي يوفر الكثير من الوقت والجهد والنفقات وتتابع الجلسات، والاهم من ذلك ان هذا المكان يجد اهميته بشكل اكبر عندما يكون قانون الدولة الذي يجري التحكيم على ارضها هو القانون الواجب التطبيق سواء أكان على الموضوع ام على الاجراءات، وكذلك هذا المكان هو الذي يحدد جنسية التحكيم سواء أكان وطنيا أم أجنبيا، ويراعى فيه مايتعلق بالنظام العام من قواعد عندما يصدر المحكم الحُكم ويراد تنفيذه[١]، وأهميته تكمن في تحديد المحكمة المختصة التي يراد الرجوع اليها لحسم بعض المسائل ويلعب الحس السياحي كذلك دورا في اختيار المكان الملائم ليكون هو مكانا للتحكيم[٢]، والجدير بالذكر إن الأصل في اختيار مكان التحكيم حسب ما يتفق عليه طرفا النزاع وفي حالة اتفاقهما على اللجوء إلى مركز تحكيم معين فلا يعد ذلك الخضوع الى مقر هذه المؤسسة التحكيمية بل فقط الخضوع للإجراءات الخاصة بها ويبقى لهم الحق في اختيار مكان التحكيم، ولايوجد ما يمنع ان يجرى التحكيم في اكثر من مكان واحد؛ لانه لا يوجد إلزام بان يكون مكان التحكيم واحدا وفي حالة اجراء التحكيم في عدة اماكن، فانه لابد من اختيار مكان واحد هو الذي يصدر الحُكم فيه[٣].

اما عن موقف قانون المرافعات العراقي فنجد ان المشرع لم يشترط ان يجري التحكيم في مكان معين، الا ان المتعارف عليه ان يجرى التحكيم في مكتب اكبر المحكمين سناً واذا كانوا من المحامين او المهندسين ففي مكتب اقدمهم والافضل ان تتم في مكتب المحكم الثالث المرجح عند تعدد المحكمين؛ لانه هو الذي يتولى رئاسة الهيئة ويدير الجلسات ولايشترط حسب التشريع

---

[١] د.احمد السيد صاوي، مصدر سابق، ص١٢٧، وعمر مشهور، مصدر سابق، ص١٢، ود. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، قواعد وإجراءات التحكيم وفقا لنظام غرفة التجارة الدولية، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي في جامعة الكويت، العدد:١و٢، السنة:١٧، اذار١٩٩٣، ص٨٨و٨٩.

[٢] د. فوزي محمد، التحكيم التجاري الدولي، ص١٦٢.

[٣] د. احمد شرف الدين، دراسات في التحكيم في منازعات العقود الدولية، مطبعة أبناء وهبة حسان، القاهرة، من دون سنة طبع، ص٣٢، ود. محمود سمير الشرقاوي، التطورات الحديثة في قانون التحكيم المصري، مجلة مصر المعاصرة، العدد: ٤٤٩و٤٥٠، السنة: ٨٩، كانون الثاني– نيسان١٩٩٨،ص٢١٩.

العراقي للمرافعات ان تتم جلسات التحكيم في مكان واحد مالم يتفق الخصوم على مكان معين لإجراء التحكيم[١].

وطبقا لاحكام القانون المصري للتحكيم نجد ان المادة(٢٨) اعطت الحق لطرفي النزاع الاتفاق على مكان التحكيم سواء أكان في مصر ام في خارجها ويلاحظ ان النص المصري محل نظر؛ وذلك لان محكمة النقض الفرنسية منذ الخمسينات كرست مبدأ حرية الأطراف في اختيار مكان التحكيم حيث قضت: ((بان رضاء طرفي الخصومة هو أساس التحكيم))، ويستوي أن يكون المحكمون في مصر وان يجري التحكيم فيها أو يكونوا موجودين في الخارج ويصدروا حكمهم هناك[٢]، وفي حالة كون التحكيم دولي فان خضوعه للقانون المصري مشروط بان يجري التحكيم في مصر، فان اختيار الاطراف مصر كمكان للتحكيم لايتصور انه استخداما للرخصة الواردة في المادة(٢٨) وانما هو تطبيق لمبدأ سلطان الارادة وحرية الاطراف في ذلك؛ لان الاطراف لحظة ابرام اتفاق التحكيم واختيار مصر كمكان للتحكيم لم يكونوا خاضعين للقانون المصري ولاتوجد جدوى لهذا النص اذا تعلق الامر بتحكيم دولي يجري في الخارج مع الاتفاق على الخضوع للقانون المصري؛ لان مكان التحكيم تم تحديده ابتداءا بارادة الاطراف خارج مصر[٣]، وكرر القانون المصري للتحكيم نص المادة(٢٠) من القانون النموذجي والذي اجاز لهيئة التحكيم الاجتماع في أي مكان تراه مناسبا للمداولة او سماع أقوال الشهود أو الخبراء أو طرفي النزاع أو معاينة البضائع وغيرها من الممتلكات.....مالم يتفق الطرفان على خلافه[٤].

ونجد ان المشرع الفرنسي في قانون المرافعات لم يتعرض أصلا لموضوع مكان التحكيم سواء في التحكيم الداخلي أم الدولي؛ لان النصوص المتعلقة بالتحكيم الداخلي تفترض ان يجري التحكيم في فرنسا، ومع ذلك يحق للأطراف ان يتفقوا على التحكيم خارج فرنسا والخضوع للقانون الفرنسي لتنظيم الاجراءات، بينما في التحكيم الدولي فالأصل هو الخضوع لسلطان الإرادة ويتمتع الأطراف في ذلك بسلطة مطلقة نوعا ما في تحديده[٥].

ونلاحظ ان الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في البلاد العربية لعام١٩٨١قد تجاهلت إرادة أطراف النزاع في ذلك حيث نصت الفقرة الخامسة من المادة الثانية من ملحقها على انعقاد هيئة التحكيم لاول مرة في الزمان والمكان اللذين يحددهما المحكم

---

[١] كاظم حنتوش، مصدر سابق، ص١٠١.

[٢] نقض ١٩٥٦/٤/١٢، طعن رقم: ٣٦٩س٢٢ق، مشار اليه لدى: د. محمود مختار، مصدر سابق، هامش ص١٠٣.

[٣] د. محمود مختار، مصدر سابق، ص١٠٣و١٠٤.

[٤] وهذا يطابق المادة (١٦) يونسترال والمادة (١٤) من قواعد الغرفة التجارية الدولية في باريس.

[٥] د. محمود مختار، مصدر سابق، ص١٠٤.

المرجح، وبعد ذلك تقرر الهيئة مكان انعقادها ومواعيدها ونلاحظ ان مثل هذا النص محل نظر لاشتراطها مثل هذا القيد على ارادة الاطراف وتجاهلها لمبدأ سلطان الإرادة[١] فالافضل ترك الامر للاطراف في تحديد المكان وعند عدم الاتفاق يصار الى هيئة التحكيم لتتولى تحديده.

ونصت الاتفاقية العربية(عَمان١٩٨٧) في المادة(٢٢) على ان مكان التحكيم هو مقر المركز بالرباط الا اذا اتفق الطرفان على اجراء التحكيم بدولة اخرى وبشرط موافقة الهيئة بعد التشاور مع المكتب، وهذا كذلك قيد على حرية الاطراف وهو محل نظر[٢].

ولقد نصت قواعد محكمة لندن للتحكيم الدولي في الفقرة الاولى من المادة(١٦) على ترك حرية الاختيار في تحديد مكان التحكيم للاطراف في ذلك وبشكل مكتوب، وعند عدم الاختيار فمقر التحكيم يكون في لندن مالم تقرر محكمة لندن ان هنالك مقرا اخر مناسب للتحكيم، وبعد ان تمنح الاطراف الفرصة في اعطاء رأيهم في ذلك.

وتطابقاً مع ماسبق ذكره بشأن موقف القوانين والقواعد الدولية والاتفاقيات بخصوص مكان التحكيم، فان ما تحققه ميزة عدم اجبار الطرفين بالاجتماع مع المحكم في مكان واحد هي احدى السمات التي جاء بها التحكيم الإليكتروني، فشبكة الانترنيت لا تعترف بالحدود الجغرافية فالمكان وحتى الزمان عنصران لايكون لهما أي تاثير في انشطة تبادل المعلومات والعلاقات الناشئة في بيئة الانترنيت، فالانترنيت واسطة تربط المحكم مع اطراف النزاع في أي مكان كانوا فيه وفي أي وقت، وهي تعد بحق إحدى النقاط الايجابية في تسهيل اجراء التحكيم الإليكتروني، وتقليل نفقات الانتقال او استدعاء الشهود والخبراء حيث يستطيع من خلال الحواسيب إجراء كل ما تتطلبه العملية التحكيمية بكل سهل ويسر[٣].

ونجد اهمية هذا المكان في التحكيم التقليدي تظهر عندما لا يختار الاطراف القانون الواجب التطبيق، حيث يعد قانون المكان الذي يجري فيه التحكيم هو الواجب التطبيق، لكن في إطار التحكيم الاليكتروني وبيئة الانترنيت التي تتم كما قلنا في عالم افتراضي بلا حدود ولا جغرافيا مكانية او زمانية فقيلت بصدد تحديد مكان التحكيم في إطاره بعدة نظريات أهمها: ان مكان التحكيم هو مكان المحكم، أي المكان الذي يقيم فيه المحكم عادةً الا انه يؤخذ على ذلك حالة وجود هيئة تحكيم مكونة من اكثر من محكم فكيف يمكن تحديد مكان التحكيم في هذه

---

[١] د. فوزي محمد، الاتفاقيات العربية في عقود القانون الخاص، ص١٩. وأن قواعد مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون الخليجي يشترط ان يكون مكان التحكيم كمبدأ عام في مقر المركز بمملكة البحرين، وعند اتفاق الطرفين على خلافه لابد ان توافق الهيئة على ذلك بعد التشاور مع الأمين العام للمركز (المادة: ٦)، ينظر بشأنه: د.حمزة حداد، التحكيم وفق قواعد مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون الخليجي، ص٣.

[٢] د. فوزي محمد، مصدر سابق، ص١٩.

[٣] المحامي: يونس عرب، مصدر سابق، ص١٥.

الحالة؟[١]، اما الثانية: فذهبت الى ان مكان التحكيم هو مكان الأجهزة المستخدمة لخدمة التحكيم، ونظرية ثالثة: عدَّت التحكيم الاليكتروني والذي يتم عن بُعد غير مرتبط بمكان معين، ومع ذلك فان هذه النظريات لها مآخذ عدة منها إضافة لما سبق قوله أعلاه صعوبة تحديد مكان الاجهزة المستخدمة[٢]، ومع ذلك فالرأي الراجح ان الأطراف يحددوا مكان التحكيم مباشرة او بالإشارة لقواعد التحكيم، واذا لم يقوموا بذلك قامت هيئة التحكيم بتحديده وان كان ذلك يؤدي لصعوبة تحديده عند عدم نص القواعد على عوامل معينة لتحديده.

الفرع الثالث

اختصاص المحكم في تحديد لغة التحكيم

ان تحديد لغة التحكيم مسالة ذات أبعاد كبيرة فيما يخص طرفي النزاع؛ لانه في حالة اجراء التحكيم بلغة لايتحدثها أحد طرفي النزاع او من يدافع عنه او شهوده، فانه سيكون هنالك عبئاً ثقيلا عليه ويحمله الكثير من النفقات الخاصة بالترجمة، وان تحديد اللغة يقيد من مجال اختيار المحكمين الى الحد الذي يقصر فيه الاختيار على المحكمين القادرين على إنجاز المهمة بتلك اللغة، ويلاحظ ان الأفضل الاتفاق على اللغة عند كتابة شرط التحكيم وإذا لم يتضمن العقد تحديد للغة فانه في الغالب تكون لغة العقد هي لغة التحكيم[٣].

ولم يحدد قانون المرافعات العراقي اللغة التي يجري بها التحكيم ولا اللغة التي يُكتب بها الحُكم، ولكن الأصل ان تتم جلسات التحكيم ويكتب الحُكم بلغة البلد الذي يجري التحكيم على ارضه، ونجد ان في العراق تتم المرافعة ويكتب الحُكم باللغة العربية بوصفها لغة أهل البلد مالم يتفق الخصوم على خلافه وخاصة عند تعدد اللغات ولا يوجد مانع من كتابة حكم التحكيم بلغة أجنبية، ويلاحظ أن التحكيم الذي يجري بلغة اجنبية لا يعد باطلا ولا اثر لها في تحديد طبيعة الحكم[٤]، وان الأفضل للأطراف ان يحددوا لغة واحدة تعتمد في الإجراءات وحتى صدور الحُكم[٥].

ولقد حاول المشرع المصري في قانون التحكيم ان ياخذ بالاتجاهات الحديثة في هذا المجال فنصت المادة(٢٩) منه على ان التحكيم يجري باللغة العربية الا انه جعل ذلك مشروطا

---

(1) UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT, DisputeSettlement,international commercial arbitration,NEW YORK and Geneva,2003,p.4,on website:
www.unctad.org

[٢] المستشار: عبد القادر ورسمة غالب، مصدر سابق، ص٦.

[٣] د. إبراهيم الد سوقي، مصدر سابق، ص٩٠.

[٤] كاظم حنتوش، مصدر سابق، ص١٠٣.

[٥] د. احمد شرف الدين، مصدر سابق، ص٣٣.

بعدم اتفاق الاطراف على لغة اخرى غيرها، ومعنى ذلك انه جعل للارادة الصريحة للاطراف دورا كبيرا في الاختيار وهي الاصل، واما ما نص عليه في القانون فدوره احتياطياً[١]، ويحق لهيئة التحكيم ان تقرر بان يرفق باي ورقة او مستندات تقدم ترجمة الى اللغة او اللغات المستعملة في التحكيم حسبما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة(٢٩)[٢] .

اما القانون الفرنسي فانه لم يشر في قانون المرافعات لمسالة تحديد اللغة ولم يُورد الا اشارة لترجمة المستندات في حالة تنفيذ احكام التحكيم الصادرة في الخارج او في مجال التحكيم الدولي[٣]، والجدير بالذكر ان اغلب لوائح هيئات التحكيم لم تحدد اللغة التي تستعمل عند تخلف الاختيار الصريح للغة المستخدمة وتركت ذلك لهيئة التحكيم او المحكم لاختيار اللغة المناسبة لظروف النزاع، وان المحكم يأخذ عند تحديده للغة معرفة الطرفين لها ومعرفته هو بها كذلك، وقد يكون معيار الاختيار هو لغة العقد او لغة اتفاق التحكيم والقانون الاجرائي هو الذي يحدد ذلك[٤].

وعدّت الاتفاقية العربية لعام١٩٨٧ اللغة العربية لغة الإجراءات والمرافعات والحُكم وذلك في الفقرة الأولى من المادة(٢٢) واعطت الحق في حالة سماع أقوال الطرفين او الشهود او الخبراء إذا كانوا جاهلين للغة العربية الاستعانة بمترجم يحلف امام الهيئة، ويمكن تقديم مذكرات أولية أو أوراق أخرى او إجراء مرافعات أجنبية على ان ترفق بترجمة الى اللغة العربية.

ونصت قواعد محكمة لندن على ان اللغة المبدئية للتحكيم هي لغة اتفاق التحكيم مالم يكن الأطراف قد اتفقوا على خلاف ذلك، وفي حالة كتابة الاتفاق بأكثر من لغة فيحق لمحكمة لندن مالم ينص الاتفاق على مباشرة الاجراءات باكثر من لغة، اختيار اللغة التي تجري بها عملية التحكيم وإذا لم يتفق الاطراف على تحديد اللغة او اللغات التي تستعمل في التحكيم فان الهيئة تقرر اللغة او اللغات وذلك عقب اعطاء الاطراف فرصة تقديم تعليق مكتوب عليها مع الأخذ بنظر الاعتبار ما تراه مناسبا من ظروف القضية، وتعطي محكمة لندن الحق بتقديم اية ترجمة من وثائق او مذكرات او مستندات ضرورية للفصل في النزاع وهذا ما نصت عليه المادة(١٧) بفقراتها الأربعة.

---

[١] د.محمود مختار، مصدر سابق، ص١٠٦ و حميد فيصل، مصدر سابق، ص١٥٤.

[٢] وهذا ما أشار له القانون النموذجي في المادة (٢٢) وكذلك نص المادة (٢/١٧) من قواعد اليونسترال.

[٣] د. محمود مختار، مصدر سابق، ١٠٦.

[٤] حميد فيصل، مصدر سابق، ص١٥٤. وهذا موقف قواعد غرفة التجارة الدولية في باريس في المادة(١٦).

المطلب الثاني

اختصاص المُحَكّم في تحديد القانون الواجب التطبيق

ان مسالة تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع وعلى الاجراءات تعد بالغة الاهمية، حيث أن للأطراف دوراً في ذلك وللمحكم دور أهم في تحديدهما، وعليه سوف يتم بحث هذين المسألتين في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول

اختصاص المحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات

انقسمت أراء الفقهاء إلى فريقين بشأن تحديد هذا القانون، فمنهم من يرى ربط التحكيم واجراءته بمكان التحكيم فقانون مكان التحكيم هو الذي يطبق على أساس إن التحكيم تصرف قضائي اجرائي، بينما يذهب آخرون لربط التحكيم واجراءته بإرادة الأطراف[١]، وهذا الراي يقوم على اساس ان التحكيم يعد تصرف اتفاقي[٢]، ونجد ان خضوع الاجراءات لقانون مكان التحكيم له عدة مزايا منها: ان الاجراءات ستكون كاملة كونها تخضع لقانون دولة نافذ ويسهل عمل المحكم بطلب المعونة القضائية من سلطات الدولة الذي يتم على ارضها التحكيم، الا ان من مساوئه صعوبة تحديده عندما تعقد هيئة التحكيم جلساتها في اكثر من دولة، ومن التطبيقات القضائية بهذا الخصوص قيام المحكم بتطبيق قانون محل التحكيم في النزاع بين احدى الشركات وشركة الزيوت الايرانية، حيث ابرم الاتفاق في جنيف وقرر المحكم اجراء التحكيم في لوزان واخضع المحكم اجراءات التحكيم للقانون السويسري على اساس انه قانون محل التحكيم[٣]، ونجد ان للاطراف دوراً واسعاً ومطلقاً في اختيار قواعد الاجراءات في اطار تحكيم العلاقات الخاصة بعكس تحكيم المؤسسات الذي تضيق فيه ارادة الاطراف، وان مسألة قواعد الاجراءات قد تؤثر على الاعتراف وتنفيذ الحُكم التحكيمي؛ وذلك اذا كانت الاجراءات المتبعة من قبل محكمة التحكيم مخالفة لما اتفق عليها الاطراف او لقانون البلد الذي تم فيه التحكيم عند عدم

---

[١] نصت المادة (٢٥) من القانون المدني العراقي على: ((يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للخصوم إذا اتحدا موطنا، فإذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد هذا مالم يتفق المتعاقدان أو تبين من الظروف إن قانونا أخرا يراد تطبيقه)).

[٢] د. فوزي محمد، التحكيم التجاري الدولي، ص١٦٦ود. عز الدين عبد الله، مصدر سابق، ص٤٤و طلال ياسين، العقود الدولية وتطبيقاتها في القانون العراقي، أطروحة دكتوراه، كلية القانون – جامعة بغداد، ١٩٩٦، ص١٦٠.

[٣]د. باسم سعيد، مصدر سابق، ٦٦وعلي حميد، مصدر سابق، ص٦٥وآ.عبد الهادي عباس وآ.جهاد الهواش، التحكيم، الطبعة:١، من دون مطبعة ولامكان طبع، ١٩٨٢،ص٤٢٢.

الاتفاق عليها من قبل الأطراف[١] وعليه فالدور الأول للأطراف في اختيار قواعد الإجراءات او القانون الذي يطبق، وهذا ما اكدته الكثير من التشريعات والاتفاقيات الدولية[٢].

والاهم من كل ما سبق، يبرز دور المحكم عندما لايتفق الخصوم على اختيار القواعد التفصيلية لإجراءات سير المنازعة في حالة التحكيم الخاص، وقد لا يختارون قانون لذلك فيتركون الأمر للمحكمين التي تكون لهم الحرية في ذلك، ويملك المحكم سلطات أوسع وغير معترف بها فيما يتعلق بالقضاء العادي[٣] ويذهب البعض إلى أن عند غياب الاتفاق فعلى المحكم ان يبحث عن الإرادة الضمنية للخصوم إلا أن هذا الاتجاه انتقد، ونادى البعض بتطبيق قانون محل التحكيم عند غياب الاتفاق[٤]، ومع ذلك فالاتجاه الغالب يستبعد أي دور احتياطي لقواعد إجراءات مكان التحكيم ومن ثم يترك الأمر والحرية الكاملة للمحكم في تحديد ذلك[٥].

ونلاحظ ان قانون المرافعات العراقي لم يعالج التحكيم التجاري الدولي، ولقد نصت المادة(٢٦٥) من قانون المرافعات على وجوب ان يتبع المحكمون الاوضاع والاجراءات المقررة في قانون المرافعات الا اذا تضمن الاتفاق على التحكيم او أي اتفاق لاحق عليه اعفاء المحكمين منها صراحة او وضع اجراءات معينة يسير عليها المحكمون، أي ان الاصل في الاجراءات خضوعها للقانون العراقي، ومع ذلك أعطى القانون حرية للأطراف في وضع قواعد معينة على خلاف ما هو وارد في القانون، ولقد أيدت محكمة تمييز العراق هذا الاتجاه في قرارها المرقم(٢٣٥١)مدنية أولى في عام١٩٧٩ بشرط عدم مخالفته لقواعد النظام العام والاداب العامة[٦].

ونشير الى ان القانون المصري للتحكيم نص في المادة(٢٥) على ان لهيئة التحكيم عند عدم وجود الاتفاق بين الأطراف ان تحدد بنفسها القانون الواجب التطبيق وهذا ما اشار له

---

[١] د.هشام صادق علي ود. حفيظة السيد حداد، دروس في القانون الدولي الخاص، الكتاب الثالث، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٠، ص٢٠٩ ود. باسم سعيد، مصدر سابق، ص٩٥.

[٢] مثل بروتوكول جنيف١٩٢٣ والاتفاقية الأوربية لعام ١٩٦١ والقانون المصري للتحكيم في المادة (٢٥) والقانون الفرنسي للمرافعات في المادة (١٤٩٥).

[٣] د. أبو زيد رضوان، الضوابط العامة في التحكيم التجاري الدولي، القسم الثالث، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد:٢، السنة:٣، تموز١٩٧٩، الطبعة:٢، ١٩٩٤من المجلة، ص٤٥و٤٦.

[٤] طارق عبد الله، مصدر سابق، ص٢٧٥.

[٥] د. فوزي محمد، مصدر سابق، ١٦٧ود. مظفر ناصر، القانون الواجب التطبيق في قرارات هيئات التحكيم الدولية، مجلة العدالة، وزارة العدل، العدد:١، السنة:٢، ٢٠٠٠،ص٣٣.

[٦] د. باسم سعيد، مصدر سابق، ص٦٨.

القانون الفرنسي للمرافعات في المادة(١٤٩٤) حيث يحدد المحكم القواعد من قبله او بالاحالة الى قانون اخر[١].

وعليه ومما سبق، يلاحظ بان إرادة الأطراف هي الأصل في تحديد القانون واذا لم توجد وكانوا قد اختاروا مكان للتحكيم فقانون إجراءات ذلك المكان هو الواجب الاتباع، وفي حالة عدم اختيار مكان للتحكيم فان هذا المكان يحدد من قبل المحكمين وبالتالي يصار الى تطبيق قواعد ذلك المكان، مع الاخذ بنظر الاعتبار انه في التحكيم المؤسسي يتم الرجوع لقواعد واحكام هذه المؤسسات لتحديد القانون الذي يطبق على الإجراءات[٢].

الفرع الثاني

اختصاص المحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع

يعد تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع من الامور المهمة؛ لانه على اساسه سوف يصدر حُكم التحكيم وبالتالي حسم النزاع، ويلاحظ انه لاتوجد صعوبة بالنسبة للقاضي في اية دولة في تحديد القانون الذي يطبقه على الموضوع اذ عليه ان يطبق النصوص القانونية للدولة التي يستمد منها سلطته، وبالتالي يطبق قواعد القانون الدولي الخاص والمتعلقة بتنازع القوانين، اما فيما يخص المحكم فيلاحظ انه يستمد سلطته في الاصل من اتفاق التحكيم أي ان مصدر سلطته هي ارادة الاطراف، وبالتالي فالمحكم يلتزم بتطبيق القانون الذي اتفق عليه الاطراف وهم يتمتعون بسلطة واسعة في تحديده ولا يتطلب اختيارهم ان توجد صلة موضوعية بين العقد والقانون المختار، وكمثال على ذلك قيام المحكم بتطبيق القانون السويسري المتفق عليه بين الاطراف في نزاع رفعت بموجبه شركة نرويجية دعوى ضد شركتين بلغارية و اثيوبية على اساس انه لابد ان يؤخذ بالحسبان انتماء الاطراف الى دول ذات نظم قانونية مختلفة واتجهت ارادة الاطراف لتفادي اية مشكلة لتنازع القانون السويسري وان هذا الاختيار تسوغه مصلحة قانونية[٣]، ويحق للاطراف الاتفاق على اختيار اكثر من قانون لحُكم موضوع النزاع كما حصل في التحكيم بين السعودية وشركة ارامكو الأمريكية على اخضاع بعض المسائل لقانون الدولة

---

[١] حميد فيصل، مصدر سابق، ص١٣٤ود. منير عبد المجيد، مصدر سابق، ص١٤٧ونصت على ذلك قواعد الغرفة التجارية بباريس في المادة (١٥) والمادة (١٩) نموذجي، أما اتفاقية عَمان فهي لم تحدد كيف يتم اختيار الإجراءات، لكن مع ذلك يمكن الأخذ بما سبق قوله بشأن هذا الأمر وما يؤيد ذلك نص المادة (٢١) منها والخاصة بتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.

[٢] د. فوزي محمد، مصدر سابق، ص١٦٩وطلال ياسين، مصدر سابق،ص١٦٤.

[٣] طارق عبد الله، مصدر سابق، ص٢٨٠وعلي حميد، مصدر سابق، ص٧٦و٧٧.

الطرف في النزاع والبعض الاخر للقانون الذي ترى المحكمة ملائم في تطبيقه[١]، ولقد اكدت الاتفاقيات والقواعد الدولية على مبدأ حرية اختيار الاطراف لهذا القانون[٢].

أما بالنسبة للقانون المرافعات العراقي فلم يكن موقفه واضحا من ذلك الا انه يمكن الاستنتاج من خلال نص المادة(٢٦٦) مرافعات التي اشارت على ان المحكمين يفصلون في النزاع على اساس عقد التحكيم وما يقدمه الخصوم لهم..... ويجوز لهم الفصل في النزاع بناءا على الطلبات والمستندات المقدمة لهم من جانب واحد اذا تخلف الطرف الاخر عن تقديم ماليه من اوجه الدفاع في المدة المحددة[٣]وكان الاجدر بالمشرع العراقي ان ينص على ذلك بشكل دقيق وواضح.

ونجد في حالات اخرى ان اطراف النزاع قد لايقومون باختيار القانون بشكل صريح، فعلى المحكم ان يبحث عن الارادة الضمنية او المفترضة وتتمتع الهيئة بسلطة اختيار القانون حسبما تراه مناسبا ولها الحرية الكاملة في ذلك الا انه واستثناءا من ذلك نجد ان اتفاقية هامبورغ لعام١٩٧٨ والخاصة بالنقل البحري الدولي للبضائع والتي تعد اول نص دولي يتعلق بالتحكيم البحري خصوصا، حيث الزمت المادة(٢٢) منها هيئة التحكيم البحري بتطبيق قواعد المعاهدة على التحكيم حيث لاتوجد حرية للهيئة في اختيار قانون او قواعد اخرى بشأن التحكيم البحري[٤].

ويلاحظ ان البحث عن القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع عند انعدام إرادة الأطراف يتم عندما يقوم المحكم باختيار ما يلائم حُكم موضوع النزاع، فقد يرى المحكم بتحديد هذا القانون من خلال أحد القوانين الوطنية التي لها صلة بالنزاع، وهنا سلطة المحكم ليست مطلقة حيث انه يبحث عن هذا القانون أما حسب منهج التنازع او تطبيق القانون الذي يراه اكثر ارتباطا بموضوع النزاع، فبالنسبة للبحث عن القانون الواجب التطبيق وفقا لمنهج التنازع حيث يتم من خلال قاعدة الإسناد في القانون الذي يرى المحكم انه على صلة بالعقد، ولكن ظهرت مشكلة

---

[١] د. عز الدين عبد الله، مصدر سابق، ص٤٨.

[٢] كالاتفاقية الأوربية في المادة (٧) واتفاقية واشنطن في المادة (٤٢) واتجاه القانون المصري للتحكيم في المادة (٣٩) والفرنسي للمرافعات في المادة (١٤٩٦)وغرفة التجارة الدولية بباريس في المادة (١٧). وللتفاصيل اكثر ينظر:د.احمد عبد الحميد عشوش، تنازع مناهج تنازع القوانين، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، ١٩٨٩،ص٣٢ وأيضا:د. فوزي محمد، الاتفاقيات العربية في التحكيم الدولي في القانون الخاص، ص٣٤ ود. محمود سمير، مصدر سابق، ٢٢١.

[٣] وهذا اتجاه محكمة تمييز العراق في قرارها المرقم ٤٣مدنية اولى بتاريخ١٩٩٢/٢/٢٢، مشار إليه لدى: إبراهيم المشاهدي، المختار من قضاء محكمة التمييز، الجزء:١، مطبعة الزمان، بغداد، من دون سنة طبع، ص٧٧.

[٤] د. عمر مشهور، قانون النقل البحري وقضاياه، ص٣٠.

تتمثل بأنه كيف يمكن ان نصل لقاعدة التنازع هذه؟وعليه، ظهرت عدة أراء بهذا الصدد: يذهب الرأي الأول إلى تطبيق المحكم لقواعد التنازع في الدولة التي يجري فيها التحكيم على أساس قبول الأطراف الضمني لقواعد التنازع لقانون هذا البلد، الا ان هذا الرأي منتقد؛ لان الطبيعة المعارضة لمكان التحكيم تجعل من الصعوبة تطبيقه، ويرى البعض تطبيق قانون دولة القاضي الذي استبعد بسبب التحكيم الا انه منتقد؛ لانه لابد من معرفة المحكمة المختصة لولا وجود اتفاق التحكيم وهذا من الصعوبة تحديده في مجال التجارة الدولية، ويذهب راي اخر لتطبيق قواعد التنازع في بلد تنفيذ الحُكم على اساس اعتبارات عملية تكمن في تنفيذ الحكم ومع ذلك قد يحصل ان يتصل التنفيذ باكثر من دولة، ويذهب راي اخر لضرورة اعمال قواعد التنازع في قانون الجنسية المشتركة او الموطن المشترك لطرفي النزاع لكن هذا الراي منتقد؛ لان احتمال ان يكون طرفا النزاع من جنسيتين مختلفتين او موطن غير مشترك، ويذهب راي اخر لاعطاء الهيئة البحث عن قواعد الاسناد التي تراها ملائمة دون التقيد بقواعد التنازع في قانون ما او من خلال ربط النزاع بقواعد الاسناد والتي تعتبر اكثر اتصالا به[1]، ونجد ان المحكم يختار القانون الاكثر ملائمة لموضوع النزاع اخذا بنظر الاعتبار القواعد المتعارف عليها في التعامل التجاري الدولي[2].

وبشأن القانون العراقي فنص المادة(٢٥)من القانون المدني هو الذي يستعان بها في هذا الصدد، ونجد ان القانون اليمني للتحكيم لعام١٩٩٢ لم يمنح الهيئة أي حرية في اختيار القانون عند تخلف اطراف النزاع عن الاختيار، حيث على لجنة التحكيم ان تطبق قواعد التنازع الواردة في القانون اليمني حسب ما اشارت له المادة(٤٥) من القانون.

وحث القانون المصري للتحكيم في المادة(٣٩) هيئة التحكيم على تطبيق القواعد الموضوعية في القانون الذي له صلة اكثر بموضوع النزاع[3]، واعطى كذلك القانون الفرنسي للمرافعات للمحكم اختيار القانون الملائم لتطبيقه على موضوع النزاع وذلك في المادة(١٤٩٦).

---

[1] درع حماد عبد، عقد الامتياز، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق-جامعة النهرين،٢٠٠٣،ص١٩٦ وينظر للتفاصيل اكثر:د. فوزي محمد، التحكيم التجاري الدولي، ص١٨٨ ود. ابو زيد رضوان، الاسس العامة في التحكيم التجاري الدولي،ص١٥٤.

[2] د. احمد ضاعن السمدان،القانون الواجب التطبيق في التحكيم التجاري الدولي، مجلة الحقوق، العدد:١و٢، السنة:١٧، أيار وحزيران١٩٩٣، جامعة الكويت،ص٢٠١ و هذا ما تبنته الاتفاقية العربية في المادة (٢١) وكذلك موقف قواعد اليونسترال في المادة (٣٣).

[3] وفي قضية طرفاها تاجر بلجيكي وشركة باكستانية على ترويج سجاد شرقي لبلجيكا حيث تمسك التاجر البلجيكي بتطبيق قانونه على موضوع النزاع إلا أن المحكم قرر أن القانون الباكستاني هو الذي ينطبق؛ وذلك على اساس ان العقد ابرم في باكستان وشحن السجاد من باكستان ويدل ذلك على ان القانون الباكستاني له اوثق

وقد ظهرت قواعد تتعلق بالتجارة الدولية يطلق عليها (عادات واعراف التجارة الدولية) والتي يمكن اعتبارها قانونا يمكن تطبيقه على موضوع النزاع وتنازعها رأيين فقهيين بصدد مدى جواز تطبيقها كقانون، فالرأي الأول يرى من هذه العادات والأعراف إنها لا تطبق إلا بوصفها شرطا تعاقديا وهي متجردة من الطابع القانوني، ولابد من اتفاق الأطراف عليها ولا تتسم بعنصر الجزاء، الا ان الرأي الراجح يرى بانها تشكل نظاما قانونيا له صفة الالزام؛ وذلك لان استقرار العمل بها وتطبيقها على نحو مستمر جعل منها ذات طابع قانوني ملزم فتحولت من سوابق قضائية الى قواعد مجردة، ولقد اشارت محكمة استئناف باريس لذلك حيث جعلت منها أحكاما قانونية لابد من تطبيقها دونما حاجة لاتفاق الاطراف عليها، وان هذه القواعد يفترض علم المهنيين بها[١]، ويعود تطبيق مثل هذه العادات عند غياب اختيار الاطراف للقانون؛ وذلك لكي يتخلص المحكم من اللجوء لقواعد التنازع في القوانين الوطنية، ولكي يسهل عليه امر تحديد القانون واعتبار مثل هذه العادات والاعراف بمثابة قانون قاضي بالنسبة للمحكم الدولي، وعليه ان يضع في الحسبان هذه القواعد والاعراف عند غياب اختيار الأطراف؛ لانها تكون مؤهلة تلقائيا لحكم عقود التجارة الدولية[٢]، وان مصادر هذه القواعد تكمن بانها قواعد معيارية من خلق الجماعات المستقلة على صعيد التجارة الدولية، وليست من انشاء أي جهاز تشريعي لاية دولة او كما تسمى لدى البعض(قانون جديد للشعوب) ومن اهم مصادر هذه العادات: هي الشروط العامة للعقود النموذجية، حيث لاترتبط هذه العقود بقانون دولة ما، وكذلك فان القواعد الدولية لتفسير مصطلحات التجارة الدولية والصادرة عن الغرفة التجارية في باريس والموقعة في فيينا عام ١٩٥٣ تعتبر اهم مصادرها[٣]، وتقوم هيئات التحكيم بتطبيق مثل هذه العادات اما مباشرةً على أساس إنها قانون ذاتي لا يحتاج للعودة لقواعد التنازع او من خلال اختيار الخصوم لها الا ان الرأي الأول هو الأرجح، وهذا ماشار له القانون المصري للتحكيم في المادة(٣٩) والمشرع الفرنسي للمرافعات في المادة(١٤٩٦) ولقد ذكر الفقيه روبيرفي تعليقه على تعديل قانون المرافعات الفرنسي بقوله: ((انه بالفعل ان الحركة التي تدفع لإنشاء قانون حقيقي لأعراف

الصلة بموضوع النزاع من غيره. ينظر بشانه وللاطلاع اكثر على مثل هذه القضايا يراجع(مجموعة قضايا التحكيم الدولي) على الشبكة العالمية للمعلومات وعلى الموقع: www.arablaws.org

[١] د. منير عبد المجيد، مصدر سابق، ص٥٣ومابعدها.

[٢] طارق عبد الله، مصدر سابق، ص٢٨٦ وحميد فيصل، مصدر سابق، ص٢٢٠ ود. مظفر ناصر، مصدر سابق، ص٣٧ ودرع حماد، مصدر سابق، ص٢٠١.

[٣] د. أبو زيد رضوان، الضوابط العامة في التحكيم التجاري الدولي، القسم الرابع، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد:٢، السنة:٤، نيسان١٩٨٠، ص٤٧و٤٨.

التجارة الدولية قد اصبحت غير قابلة للانفصال وهي ليس فقط حلاً للمشكلات الاقتصادية الدولية وانها غدت نتيجة الممارسة العملية للتحكيم الدولي اداته المناسبة))[١].

وان هذه العادات والاعراف تساعد المحكم في سد النقص الموجود في القانون المختار من قبل الخصوم او تفسير بعض نصوصه الغامضة او لغرض استبعاد القانون المختص لمخالفته للنظام العام الدولي[٢]ونجد ان لهذا المبدا تطبيقات قضائية كالنزاع الحاصل بين شركة البانية واحدى الشركات في زيوريخ، وان المتعاقدين لم يحددا القانون الواجب التطبيق صراحة وعند عرض النزاع على الهيئة طبقت عادات واعراف بلد الوصول أي القانون السويسري، وهذا يتفق مع ما اعلنته الشركة الألبانية من قيام الهيئة بتطبيق القانون الذي تراه معقولا[٣].

وظهرت كذلك في اطار التحكيم الدولي ما يسمى (بالمبادىء العامة في القانون او المبادىء المشتركة بين الامم المتحضرة) والتي تُعد عاملا مشتركا لمعظم النظم القانونية، وتبنتها قرارات التحكيم في قضاياها كالقرار الصادر في جنيف بين شركة ارامكو والسعودية عام ١٩٥٢، وكذلك شركات البترول الامريكية في ليبيا عام١٩٦٩ [٤]، وتتمثل هذه المبادئ بعدة أمور منها: العقد شريعة المتعاقدين وتنفيذ العقود بحسن نية[٥]، ويعاب على هذه المبادئ الغموض وصعوبة تحديد مضمونها بشكل دقيق[٦].

وقد يفوض المحكم ان يحكم بالصلح او تطبيق قواعد العدالة والانصاف، فانه يسمح له بذلك وان مثل هذه القواعد تعد احدى مصادر قانون التجارة الدولي متى ما استمر المحكم على اعتناقها وتطبيقها[٧]، ويجب ان لاتكون سلطة المحكم هنا مطلقة تؤدي لاهدار الحقوق الاساسية للخصوم وعليه مراعاة قواعد النظام العام الداخلي اذا كان بصدد تحكيم داخلي، اما في التحكيم الدولي فلابد من مراعاة قواعد النظام العام الدولي حتى وان خالف قواعد النظام العام الداخلي[٨]، ولقد اخذ بذلك قانون المرافعات العراقي بالمادة(٢٥٨)وكذلك المصري للتحكيم في المادة(٤/٣٩)

---

[١] رأي روبير، مشار إليه لدى:د. محمود الكيلاني، مصدر سابق، ص٥٥٠، وهذا موقف كلا من: قواعد غرفة التجارة الدولية في باريس في المادة (١٧) واتفاقية عَمان في المادة (٢١) والاتفاقية الأوربية في المادة (٧) واليونسترال في المادة (٣٣) والاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في المادة (٣٧).

[٢] د. ابو زيد رضوان، مصدر سابق، ص٥٠ومابعدها.

[٣] طارق عبد الله، مصدر سابق، ص٢٢٣و٢٢٤.

[٤] وتبنتها كذلك اتفاقية واشنطن في المادة (٤٢).

[٥] د. منير عبد المجيد، مصدر سابق، ص٤٥ ود. باسم سعيد يونس، القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، أطروحة دكتوراه، كلية القانون-جامعة الموصل،١٩٩٨، ص٧٨.

[٦] د.ابو زيد رضوان، مصدر سابق، ص٦٣ومابعدها ود. خالد محمد الجمعة، مصدر سابق، ص٢٢٩و٢٣٠.

[٧] د. منير عبد المجيد، مصدر سابق،ص٤٦.

[٨] د. محمود مختار، مصدر سابق، ص١٤١ومابعدها.

والمرافعات الفرنسي في المادة(١٤٧٤) عندما يكون أمام تحكيم داخلي وفي المادة(١٤٩٧)الخاصة بالتحكيم الدولي[١].

المطلب الثالث

اختصاصات المحكم عند السير بالإجراءات

عندما تنتهي المرحلتين السابقتين من العملية التحكيمية، يبدا المحكم باعلان بدء الاجراءات والنظر في النزاع لحسمه واصدار الحكم، ويمارس المحكم للوصول الى تلك الغاية عدة اختصاصات وتمر العملية التحكيمية بعدة مراحل، تتمثل ببدء الاجراءات وتحديد مواعيد الجلسات وادارتها وتقديم أدلة الإثبات، واتخاذ مايلزم من اجراءات تحفظية ووقتية، وهذا ما سوف نبينه في الفروع آلاتية:

الفرع الأول

بدء الإجراءات التحكيمية

والمقصود بها السير بالإجراءات الخاصة بالتحكيم وقيام المحكم بمهمته الفعلية لحسم النزاع وإصدار الحكم المنهي للخصومة بين الطرفين، ولقد اختلفت اكثر القوانين والقواعد في تحديد لحظة بدء الإجراءات، فتتحقق لحظة بدء الإجراءات عند إشعار طالب التحكيم الطرف الأخر برغبته في حسم النزاع عن طريق التحكيم واتخاذ الإجراءات اللازمة وبعد ان يتم تعيين المحكم يقدم طالب التحكيم طلباته مع نسخة من اتفاق التحكيم والعقد الأصلي وأية وثائق او مستندات تدعم ادعائه للمحكم، وعلى الاخير ان يخبر المدعى عليه بما جاء في طلبات المدعي، ويقوم المحكم بتحديد مدة على المدعى عليه ان يجيب فيها ويبدي دفاعه[٢].

ولقد عالج قانون المرافعات العراقي في المادة(٢٦٦) على التزام اطراف النزاع بتقديم لوائحهم ومستنداتهم الى المحكمين خلال المدة التي تم تحديدها لهم، ونجد ان هذا القانون لم يحدد بشكل واضح لحظة بدء الإجراءات، على انه استنادا لهذا النص يمكن اعتبار ان بدء الإجراءات يكون بعد تقديم اللوائح والمستندات اللازمة للفصل في النزاع أو بعد فوات المدة المحددة من قبل الهيئة لتقديم تلك اللوائح وذلك استنادا للمادة(٢٦٦).

اما القانون المصري للتحكيم فتبدا الإجراءات من اليوم الذي يتسلم فيه المدعى عليه طلبا بالتحكيم من المدعي مالم يتفق الطرفان على موعد اخر حسب نص المادة(٢٧) أي كأن يتفق أن تبدا الاجراءات من تاريخ اول جلسة لهيئة التحكيم، وبعد ذلك يقوم المدعي خلال الموعد

---

[١] وهذا أيضا موقف الغرفة التجارية الدولية في باريس في المادة (١٧) بفقرتها الثالثة وكذلك الاتفاقية العربية في المادة (٢١) بفقرتها الثانية.

[٢] د. فوزي محمد، مصدر سابق، ص٢٥٩و٢٦٠.

المحدد بين الطرفين او الذي تحدده الهيئة بارسال بيان مكتوب للمدعى عليه والى المحكمين تتضمن دعواه ويشتمل على اسمه وعنوانه واسم المدعى عليه وعنوانه وشرح لوقائع الدعوى وتحديد مسائل النزاع حسب ما نصت عليه المادة(٣٠)، واذا لم يقم المدعي دون عذر مقبول بارسال بيانا مكتوبا بدعواه تقوم الهيئة بانهاء الاجراءات مالم يتفق الطرفان على خلافه حسب نص المادة(٣٤) واذا لم يقم المدعى عليه بارسال بيان دفاعه خلال المدة المحددة من قبل الطرفين او الهيئة فانه لا يعد عدم رده اقرارا منه بطلبات المدعي مالم يتفقان على خلافه وذلك حسب ما اشارت له الفقرة الثانية من المادة(٣٠) والفقرة الثانية من المادة(٣٤).

ويحق حسب القانون المصري للتحكيم لكل من طرفي النزاع تعديل طلباته او اوجه دفاعه او استكمالها خلال الإجراءات مالم ترفض الهيئة ذلك تفاديا لتعطيل الفصل في النزاع حسب ما نصت عليه المادة(٣٢)، او تعديل موضوع النزاع والذي يخرجه عن نطاق التحكيم على حد تعبير المادة(٢٠) يونسترال والمادة(٢٣)نموذجي.

الا انه مما سبق يتضح ان هنالك نقاطا سلبية تسجل على تلك النصوص في القانون المصري للتحكيم ومنها ان تحديد موعد بدء الاجراءات حسب ارادة الطرفين امر محل نظر؛ لان هذا الموعد يعد ميعادا جوهريا يرتب اثارا موضوعية منها قطع التقادم وبدء سريان الفوائد القانونية، فلا يمكن ترك ذلك للطرفين وان العمل يجري لدى مؤسسات التحكيم على تحديد موعد بدء الاجراءات من تاريخ استلام المنظمة لطلب التحكيم، فالأفضل الا يخرج تاريخ اقامة دعوى التحكيم عن ميعاد استلام المدعى عليه لطلب التحكيم في حالة التحكيم الخاص وميعاد استلام المنظمة او المركز لطلب التحكيم في التحكيم المؤسسي وهذا موقف قواعد الغرفة التجارية الدولية في باريس بموجب الفقرة الثانية من المادة(٤).

ونجد ان منع هيئة التحكيم الطرفين من تعديل طلباتهم او التقدم بطلبات جديدة يعد محل نظر؛ فالأفضل ترك الأمر لهم واعطائهم الحرية في ذلك ودون الاحتجاج عليهم بتعطيل او تأخير الفصل في النزاع، وان ما اعتبره القانون انه في حالة اتفاق الأطراف على ان عدم قيام المدعى عليه بإرسال دفاعه خلال المدة المحددة، يعد إقرارا بطلبات المدعي هو امر غير مقبول بتاتا، فالأفضل أن نعتبر إن كل اتفاق بهذا الشكل يعد باطلا بين الطرفين[1]، ومع ماتم ذكره نجد ان القانون المصري قد جاء بنص محدد لايثير أي لبس او غموض حول بيان يوم بدء الاجراءات وذلك في المادة(٢٧)على عكس التشريع الفرنسي حيث نصت المادة(١٤٥٦)منه على ان مهمة المحكمين تنتهي بمضي ستة اشهر من اليوم الذي اعلن فيه اخر المحكمين قبول مهمته، ومما لاشك فيه ان مسالة اثبات قبول المحكمين تثير صعوبات عملية، مما اقترح البعض

[1] ياسر عبد السلام، مصدر سابق، ص٧٣ومابعدها.

الى تحرير محضر يعتبر بمثابة وثيقة حاسمة في تحديد بدء الاجراءات، ويتضمن توقيع ممثلي الاطراف والمحكمين والذي يعد تاكيدا لقبولهم لهذه المهمة ويعتبر تاريخه هو بدء سريان المهلة التي يجب ان تنتهي فيه مهمة المحكم[١].

وتميزت قواعد غرفة التجارة الدولية في باريس بنص المادة(١٨) والذي اشار الى انه عند تحويل الملف من الامانة العامة الى محكمة التحكيم حيث تقوم الاخيرة باعداد وثيقة المهمة حسب المستندات التي بين يديها وبحضور الاطراف وفي ضوء أفاداتهم، وتحتوي هذه الوثيقة على أسماء كل الأطراف وألقابهم وصفاتهم وعناوينهم وكذلك عناوين الأطراف الذين يرسل اليهم التبليغ، وعرض مختصر لمطالب الاطراف ولائحة الأمور المتنازع عليها مالم ترى المحكمة انه من غير الملائم إجراء ذلك، وكذلك تتضمن أسماء وألقاب وصفات المحكمين ومكان التحكيم وأمور تتعلق بالقواعد الاجرائية، وان امكن الإشارة للسلطة الممنوحة للمحكمة ولابد من توقيع الوثيقة من قبل الأطراف ومن المحكمة وتقوم الأخيرة بإرسالها موقعة للهيئة خلال شهرين من تسلمها الملف ويحق للهيئة بناءا على طلب من المحكمة او من تلقاء نفسها ان تمدد هذه المدة، وفي حالة رفض أحد الأطراف التوقيع على الوثيقة تعرض على الهيئة لاعتمادها، ومتى تم التوقيع طبق البند(٢) من المادة(١٨) او اعتمدتها الهيئة يباشر بالتحكيم، ولايجوز لاي من الطرفين ابداء أي طلبات او ادعاءات جديدة بعد اعتماد الوثيقة من قبل هيئة الغرفة او التوقيع عليها اذا كانت مثل هذه الطلبات خارج نطاق الوثيقة مالم تقرر المحكمة جواز ذلك مع الاخذ بنظر الاعتبار طبيعتها او الادعاءات المقابلة الجديدة ومرحلة التحكيم واية ظروف لها صلة حسب نص المادة(١٩)، وتجدر الاشارة ان اعداد مثل هذه الوثيقة لها جملة فوائد تتمثل في تمكين المحكمين من فحص نقاط النزاع، وتنظيم الاجراءات وكذلك تحديد بعض المسائل التي لم يتفق عليها كمكان التحكيم او اللغة او القانون الواجب التطبيق، وان الأفضل عدم حل بعض نقاط الاختلاف بين الطرفين في الوثيقة؛ لأنها قد تسبب إطالة أمد النزاع وتأخير البدء في نظره[٢].

وفي إطار التحكيم الإليكتروني يتوجه الطرف الراغب بالتحكيم لموقع المركز الإليكتروني وإرسال طلب التحكيم اليه من خلال تعبئة نموذج التحكيم المعد لهذا الغرض، ويتضمن النموذج جملة من البيانات لابد من إدراجها كأسماء الاطراف كاملةً وتحديد أعضاء الهيئة وتحديد الاجراءات وغيرها[١]، ومن الممكن استعمال البريد الاليكتروني(E-mail) كذلك لارسال المستندات

---

[١] د. محمود مختار، مصدر سابق، ص١٠٨و١٠٩.

[٢] د. إبراهيم الدسوقي، مصدر سابق، ص٩٤و٩٥.

[١] محمد أبو الهيجاء، التحكيم الإليكتروني،دراسة منشورة في النادي العربي لتقنية المعلومات والإعلام بتاريخ٢٤/تموز،٢٠٠٤، ص٢، على الموقع:

والوثائق الخاصة بهم الى موقع المركز الاليكتروني[٢]، حيث يعد هذا النوع من البريد وسيلة فعالة في استخدام شبكات الحاسب الالي في نقل الرسائل بدلا من الوسائل التقليدية[٣]، ويقوم المدعي بارسال قائمة ببياناته على ان لاتتجاوز سعة معينة حددها مركز التحكيم(court house) بواحد ميغابايت(1 Mb) ويتم ارسال طلب التحكيم للمركز بالنقر على مفتاح إرسال(send) مع تزويد المدعى عليه بنسخة من الطلب او ترك ذلك للمركز، ولابد من اداء الرسوم الادارية الخاصة بالمركز عندما يتسلم المركز الطلب وقبوله نظر النزاع، وتبدا بذلك التاريخ الاجراءات الخاصة لنظر النزاع، وبعد ذلك يتم اخطار المدعى عليه بالادعاءات الموجهة ضده ومنحه مهلة عشرين يوما لتقديم اجاباته ودفوعه حولها وتقديم قائمة بالبيانات التي يستند اليها وارسالها للمركز او تقديمها عند النظر بالنزاع[٤]، ويلاحظ ان الاتجاه القضائي العراقي قد اقر باستعمال الوسائل الاليكترونية في اجراءات التبليغ القضائي[٥]، وعليه يمكن الاستناد على ذلك في استعمال مثل هذه الوسائل في امور التحكيم ليتم التبليغ وتبادل طلب التحكيم والرسائل والوثائق والمستندات من خلالها.

ولقد تبنت غرفة التجارة الدولية في باريس ايضا هذا الامر بموجب قواعدها الصادرة عام١٩٩٨ في الفقرة الثانية من المادة الثالثة حيث تقوم الأمانة العامة للغرفة بدورها في توزيع المستندات والطلبات على جميع الأطراف وبشتى الوسائل المتوفرة ومنها الوسائل الإليكترونية، ولابد من وضع الضمانات الأمنية الكافية التي تضمن عدم التلاعب أو التدخل أثناء هذه المرحلة[٦]، ونادى الاجتماع السنوي الذي عقد في جمعية التحكيم السويسرية بجنيف في ٥/أيلول/٢٠٠٣ على ضرورة استعمال الوسائل الإليكترونية في مجال التبليغات وإرسال طلبات التحكيم عن طريق البريد الإليكتروني[١].

---

www.ac4mit.org

(2)Virtual Magistrate Established for the Internet, 4/march/1996,p.1, on website: www.vmag.org

[٣] بحوث مؤتمر الأعمال المصرفية الإليكترونية بين الشريعة والقانون، غرفة تجارة وصناعة دبي، ١٠-١٢/٥/٢٠٠٣، ص٢١٢٣.

[٤] محمد ابو الهيجاء، مصدر سابق، ص٣.

[٥] قرار محكمة بداءة الموصل المرقم: ١٨٩٨ في١٣/٦/١٩٩٤، وقد أيدته محكمة تمييز العراق. مشار إليه لدى:د. عباس العبودي، شرح أحكام قانون المرافعات العراقي، دار الكتب للطباعة والنشر، الموصل، ٢٠٠٠،ص١٥٣.

[٦] المستشار: عبد القادر ورسمة غالب، مصدر سابق، ص٦.

(1)Richard Hill, E-arbitrtion security:A practical approach,5/September/2003,p.1,website: www.batnet.com

الفرع الثاني
جلسات التحكيم وأدلة الإثبات

لكي يقوم المحكم بالفصل في النزاع عليه ان يبلغ الخصوم بموعد مناسب لحضور الجلسات ولتمكين كلا الطرفين من شرح موضوع الدعوى وعرض حججه وادلته، وللهيئة ان تكتفي فقط بتقديم المذكرات والوثائق المكتوبة مالم يتفق الطرفان على خلافه كأتفاقهما على إلزام الهيئة بإتاحة الفرصة لهما في المرافعة الشفوية لتوضيح ما قدمه كلا منهما من أدلة واقناع الهيئة[٢]، ولا يشترط قانوننا للمرافعات حضور الأطراف في اول جلسة بل من الجائز أن تتم الجلسات في غيابهم، ولكن يشترط أن يتم تبليغهم بزمان ومكان انعقاد الجلسات لكي يستطيعوا أن يدافعوا عن مصالحهم[٣]، ولابد من تحديد مدة لتقديم الوثائق والمستندات اللازمة وفي حالة تخلف احد الطرفين عن ذلك خلال تلك المدة، يحق للمحكمين ان يُصدروا حكمهم استنادا لما قدمه الطرف الاخر من مستندات[٤]وذلك حسب ما اشار له قانون المرافعات العراقي في المادة(٢٦٦) وقانون التحكيم المصري في المادة(٣٥)، ولابد من تدوين ملخص لوقائع كل جلسة في محضر يتسلم كل طرف صورة منه حسب ما نص عليه المشرع المصري في المادة(٣٣) بعكس القانون العراقي الذي لم يتطلب حضور كاتب مع المحكم بل اشترط فقط توقيع المحكم على الحُكم، ولكن من الناحية العملية تستوجب ان يكون هناك محضراً للجلسة ويثبت تاريخ الجلسة فيه، وهذا التاريخ هو الذي يعتمد عليه في تحديد ميعاد اصدار الحُكم[٥].

وتجري جلسات التحكيم بشكل سري؛ وذلك حفاظا على اسرار اطراف النزاع التجارية والصناعية والتقنية، وحفاظا على اسماء الاطراف الذين يتعاملون معهم او بحكم انتماء احد الاطراف لجنسية دولة تحظر دخوله في هكذا صفقات مالم يتفق الاطراف على خلافه[١] وهذا ما نصت عليه الفقرة السابعة من المادة(٢٠) من قواعد الغرفة والفقرة الرابعة من المادة(٢٥)يونسترال والفقرة الرابعة من المادة(١٩) من قواعد محكمة لندن، الا ان القانون العراقي والمصري لم يشيرا الى سرية جلسات التحكيم الا انه كما سبق بيانه من مزايا سرية الجلسات فانه على الرغم من عدم وجود نص الا ان هذا لا يمنع من إجراء الجلسات بشكل سري؛ لانها تعد من مزايا التحكيم

---

[٢] د. احمد السيد صاوي، مصدر سابق، ص١٣٤ وكاظم حنتوش، مصدر سابق، ١٠١.

[٣] كاظم حنتوش، مصدر سابق،ص١٠٢.

[٤] محمد علي يوسف، مصدر سابق، ص١١٠.

[٥] كاظم حنتوش، مصدر سابق، ص١٠٢.

[١] د. حمزة حداد، التعريف بالتحكيم بوجه عام وبقواعده لدى اتحاد المصارف العربية، ورقة عمل مقدمة لمؤتمر التحكيم في أفاق القرن الحادي والعشرين، من١٠-٢٠٠١/١١/١٢، تونس، ص٨و٩.

المهمة[٢]، واشارت قواعد اليونسترال في المادة (١٤) على اعادة سماع المرافعة الشفوية في حالة رد المحكم الوحيد او المحكم الرئيس، وتركت قواعد القانون النموذجي في المادة(٢٤) لهيئة التحكيم مسالة عقد جلسات مرافعة شفوية لتقديم البيانات والحجج او انها تسير في الاجراءات على اساس المستندات المقدمة لها مع مراعاة أي اتفاق بين الاطراف بهذا الشان، وهذا موقف القانون المصري للتحكيم كذلك في المادة(٣٣) بفقرتها الاولى، واعطت الاتفاقية العربية في المادة(٢٥) بان للهيئة في أي مرحلة من مراحل الدعوى ان تطلب من الطرفين تقديم مستندات او ادلة اخرى وان تجري معاينة المكان محل النزاع، وان تتخذ ما تراه مناسبا من التحقيقات وان تخلف احد الاطراف عن الحضور دون عذر مقبول في أية مرحلة من مراحل التحكيم تجري المرافعة في غيابه ولايعتبر غيابه او عدم تقديم دفاعه تسليما بادعاءات الطرف الاخر حسب المادة(٢٨) من الاتفاقية[٣].

وفي اطار جلسات التحكيم نشير اخيرا الى ان المحكمين يتولون اجراء التحقيق في النزاع، ويوقع كل منهم على المحاضر مالم يتفقوا على انتداب أحدهم للقيام بذلك، وتعد مثل هذه القاعدة من النظام العام وعليه لا يجوز النظر في النزاع إلا بحضور المحكمين جميعهم إلى جلسة التحكيم وإلا كانت الإجراءات باطلة[٤]، وهذا ما نصت عليه المادة(٢٦٧) مرافعات عراقي.

وقد تطرأ على جلسات التحكيم أحوالا طارئة تؤدي لوقفها وانقطاعها، فحالات الوقف تتمثل بالوقف الاتفاقي والذي يحصل باتفاق الأطراف على ذلك وعلى المحكم ان يستجيب لذلك بشرط عدم تجاوز الوقف لمدة ثلاثة اشهر من تاريخ اقرار المحكمة لاتفاقهم حسبما أشارت له المادة(٨٢) مرافعات عراقي، ويشترط في هذا الوقف على الرأي الراجح ان لا يتجاوز الثلاثة اشهر؛ لان هناك قوانين قد وضعت مدة لإصدار حكم التحكيم خلالها بعد بدء الإجراءات فمن غير المعقول ان تطول مدة الوقف اكثر من ذلك[١]، والنوع الثاني من الوقف هو الذي يكون بناءا على قرار من المحكم حسب ما نصت عليه المادة(٢٦٨) مرافعات وهي حالات تقف عقبة في سير الإجراءات وخروجها عن ولاية المحكم في نظرها كالطعن بالتزوير في ورقة ما او اتخذت اجراءات جزائية بشانها، فيطلب المحكم من الاطراف التوجه للمحكمة المختصة لو لم يكن هناك تحكيم، ومن الحالات الاخرى انقطاع الجلسات أي منع النظر في الدعوى والسير بها بسبب قيام سبب من اسباب الانقطاع المحددة قانونا كوفاة احد الخصوم او فقدانه لاهليته،

---

[٢] المستشار: عمرو عيسى الفقي، الجديد في التحكيم في الدول العربية، المكتب الجامعي الحديث بالإسكندرية،٢٠٠٣،ص١٤٦.

[٣] وهذا موقف اتفاقية واشنطن في المادة (٤٣) وقواعد الغرفة التجارية الدولية في باريس في المادة (٢٠و٢١).

[٤] عبد الرحمن العلام، مصدر سابق، ص٤٧٢.

[١] للمزيد من التفصيلات في هذا الامر ينظر:د.فوزي محمد، مصدر سابق،ص٣٠٥.

والاهلية هنا هي اهليته للتقاضي أي كما لو كان تاجرا وافلس او سجن ولم يحضر من يمثله وحالة زوال صفة من يباشر الخصومة عن الخصم أي (التمثيل القانوني)[٢] وهذا ما نصت عليه المادة(٨٤) مرافعات عراقي، ولا تنقطع الخصومة بموت الوكيل او انتهاء وكالته او موت المحكم او فقدان اهليته او عزله او اعتزاله[٣].

وعالج المشرع المصري في المادة(٤٦) من قانون التحكيم حالات الوقف فقط، اما حالات الانقطاع فتمت احالتها الى القواعد العامة للمرافعة في قانون المرافعات، اما المشرع الفرنسي فلم يورد نصا خاصا بشأنها وعليه يتم الرجوع الى القواعد العامة كذلك[٤]، وبديهيا انه عند بدء الجلسات فلابد من نهاية لها حيث يتم غلق باب المرافعة وانهاء الجلسات تمهيدا لاصدار الحُكم النهائي في النزاع.

وعند النظر في النزاع من قبل الهيئة لابد من تحديد ادلة الاثبات التي يتم الاعتماد عليها في الجلسة وتلك التي يحتاجها المحكم في الفصل في النزاع، وعليه فهيئة التحكيم تدير النزاع وفقا لما اتفق عليه الاطراف، ففي حالة اتفاقهم على اخضاع التحكيم لقانون معين فيما يتعلق بالاثبات فلابد من المحكم مراعاة ذلك لتحديد كيفية الاثبات وما يقبل ومالا يقبل من الأدلة[٥]، ونجد ان للمحكمين القيام بإجراءات الاثبات المختلفة حيث يستطيعون سماع الشهود او معاينة الاماكن او الاستعانة بالخبراء، وكذلك احضار الخصوم واستجوابهم وان المحكمين ليست لديهم سلطة إلزامية التي يملكها القضاء، فلا يستطيعون اصدار امر لاحضار أي شاهد او توقيع الغرامة عليه عند امتناعه عن الحضور او الشهادة[١].

ولقد اشار قانون المرافعات العراقي لحالة طلب احضار الشهود وطلب الانابات القضائية[٢]حيث نصت المادة(٢٦٩) بان على المحكمين الرجوع للمحكمة المختصة بنظر النزاع لاصدار القرار الخاص بتلك المسائل، أي بمعنى ليس للمحكمين صلاحية حسب القانون العراقي

---

[٢] القاضي: ضياء شيت خطاب،بحوث ودراسات في قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣لسنة١٩٦٩، مطبعة الجبلاوي، من دون مكان طبع، ١٩٧٠، ص١٩٦ومابعدها و د. عباس العبودي، مصدر سابق، ص٨٧و٨٨.

[٣] د. فوزي محمد، مصدر سابق، ص٣٠٧.

[٤] حيث أحالت المادة (١٤٦٥) مرافعات ذلك الى القواعد العامة.

[٥] د.محمود مختار، مصدر سابق،ص١١٣و١١٤.

[١] د.فتحي والي، مصدر سابق،ص١٢٧.

[٢] الإنابة القضائية: وهي عبارة عن طلب تنتدب المحكمة المرفوع أمامها النزاع محكمة مكان وجود الإجراء الذي تقتضيه الفصل في الدعوى المذكورة كاستجواب شاهد لكي تقوم المحكمة المنتدبة بهذا الإجراء نيابة عن المحكمة المرفوع أمامها الدعوى والتي تعذر عليها مباشرته بنفسها بسبب بعد المسافة أو لأي مانع أخر. د.عبد الحميد المنشاوي، مصدر سابق،هامش ص٥٧.

فـي اصـدار مثـل هـذه القـرارات وتوقـف سـريان المـدة اللازمـة لاصـدار حكمهـم عنـد الاحالـة للمحكمة[٣]، وعليه للمحكمين الاستماع للشهود وان يستعينوا باهل الخبرة ويقوموا باجراء الكشف والمعاينـة علـى محل النزاع[٤]، ويستطيع كذلك المحكم الطلب من المحكمـة بـان تكلف الغير بابراز مستند او وثيقة موجودة لديه لها تاثير كبير وضرورية في حسم النزاع[٥].

وبموجب القانون المصري للتحكيم حيث نصت المادة(٣٦) منه على ان لهيئة التحكيم متـى رأت وجهـا لـذلك ان تعين خبيرا ويمكن ان تعقد جلسة لمناقشة الخبير فـي تقريره، وإتاحـة الفرصة للطرفين لسماعه ومناقشته ويطلع الخبير على الوثائق والمستندات لكي يقدم تقريره حول ذلك، ويطـرح تسـاؤل هنـا بانـه هل يمكن للهيئـة ان تجبـر احد الاطـراف علـى تقديم وثـائق او مستندات التي يحجبها ويحتاج اليها الخبير؟ نعم، يمكن ذلك ويمكن اعتبار امتناعه عن تقديمها اقرارا بادعـاءات الطـرف الاخـر بخصـوص الجزئيـة موضـوع النـزاع[٦]، وتميـز القـانون المصـري للتحكيم بحُكم جديد حيث انـه لـم يشـترط أداء اليمين عند أداء الشـاهد لشـهادته ولـم يشـترط ذلك أيضـا للخبير[٧]وذلك حسب نص المادة(٤/٣٣)منه، وعند عدم حضور الشاهد او امتناعه عن اداء الشهادة فيختص رئيس المحكمة المشار اليها في المادة التاسعة من القانون بناءا على طلب من الهيئة إصدار حُكم عليه ولرئيس المحكمة هذه كذلك إصدار الانابات القضائية بناءا على طلب هيئة التحكيم[١]، ولم يعالج القانون المصري للتحكيم مسالة طلب احد الاطراف الزام خصمه بتقديم دليل او مستند تحت يده الا انـه فـي حالـة اتفاق الاطـراف علـى تطبيـق قـانون الاثبـات المصري فانه حسب نص المادة(٢٠) منه يمكن ان يطلب الخصم سواء بالتجائه للقضـاء أو الـى التحكيم الزام خصمه بتقديم تلك الادلة في حالات ثلاث وهي: الأولى: اذا كان القانون يجيز ذلك، والثانيـة: اذا كـان المحـرر مشـتركا بـين الطـرفين، والثالثـة: اذا اسـتند اليـه خصـمه فـي ايـة مرحلة من مراحل الدعوى[٢]، والجدير بالذكر ان قواعد محكمة لندن في المادة(٢٢) اجازت لهيئة التحكيم ان تامر أي طرف بتقديم صورة من أية مستندات او وثائق موجودة تحت يده مالم يتفق الاطراف على خلافه.

---

[٣] د. باسم سعيد، مصدر سابق، ص٧٠.

[٤] أ.حسين المؤمن، مصدر سابق، ص٣٨و ٤١ وعبد الرحمن العلام، مصدر سابق، ص٤٧٤.

[٥] د. فوزي محمد، مصدر سابق، ص٢٩٩.

[٦] د. محمود سمير الشرقاوي، مصدر سابق، ص٢١٨ ود. محمود مختار، مصدر سابق، ص١١٤.

[٧] د. حمزة حداد، قانون التحكيم المصري ومدى اعتباره نموذجا لقوانين الدول العربية،ص١٥.

[١] د.عبد الحميد المنشاوي، مصدر سابق، ص٥٦و٥٧.

[٢] د. احمد السيد صاوي، مصدر سابق،ص١٤١ و د. محمود مختار، مصدر سابق،ص١١٥.

أما القانون العراقي للإثبات فانه وضع معيارا عاما لذلك، حيث انه لم ينص على حالات حصرية كما فعل القانون المصري[٣] حيث نصت المادة(٥٣) منه على:((للمحكمة من تلقاء نفسها او بناءا على طلب أحد طرفي الدعوى تكليف الطرف الآخر بتقديم دفتر أو السند الموجود في حيازته أو تحت تصرفه الذي يتعلق بموضوع الدعوى متى كان ذلك ضروريا لضمان حسن الفصل فيه)).

ونجد ان القانون الفرنسي أعطى لهيئة التحكيم إمكانية إصدار أمر لاحد الاطراف بتقديم ما تحت يده من عناصر الإثبات اذا طلب الطرف الاخر ذلك حسب نص المادة(١٤٦٠) مرافعات، وان الأفضل ان يعالج الاطراف مثل هذه المسالة بالاتفاق بينهم، وعلى الرغم من وجود هذا النص الفرنسي فالمحكم لايتمتع بسلطة امر عندما يمتنع الخصم عن تقديم الدليل ويعد امتناعه هو تسليم بصحة ما يدعيه الطرف الاخر، ولقد نصت المادة(٢٧) نموذجي على جواز اتفاق الاطراف وبموافقة الهيئة على طلب المساعدة من قضاء الدولة للحصول على الادلة.

اما في اطار استعمال الوسائل الاليكترونية والاتصالات الحديثة في ادارة جلسات التحكيم فان ذلك يعود لارادة الاطراف واستقلاليتهم في ذلك، ويمكن للمحكمة ان توافق على ذلك شريطة ان لايمثل استعمالها عقبة امام احد الاطراف في الحصول على المعلومات، وعلى سبيل المثال سوف لن يكون مقبولا بان يتم نقل وثائق وتسليم مستندات عبر الاقراص الليزرية او المرنة اذا اكد احد الاطراف على عدم وجود تسهيلات لقراءتها او الاطلاع عليها بسهولة[٤]، وتدور جميع اجراءات المرافعة عن طريق شبكة الانترنيت وبواسطة البريد الاليكتروني(E –mail)[١] ، ويتم تبادل المستندات الاليكترونية وتقديم الادلة والوثائق الكاملة حول حقوق الاطراف وما يطلبونه عبر هذه الوسائل، ولابد ان تعطى لمثل هذه المستندات حجية السندات الورقية كونها تتضمن كتابة بالمفهوم المشار اليه سابقا[٢]، وتحتوي على توقيعا لابد ان يكون بالمفهوم الواسع والحديث له أي توقيعا اليكترونيا وهو يعد بيانات في شكل اليكتروني مدرجة في رسالة بيانات او مضافة اليها او مرتبطة بها منطقيا يجوز ان تستخدم لتعيين هوية الموقع بالنسبة الى رسالة البيانات ولبيان موافقة الموقع على المعلومات الواردة فيها وهذا ما نصت عليه المادة الثانية من القانون النموذجي الخاص بالتوقيعات الاليكترونية الصادر عن الامم المتحدة عام٢٠٠١، وان تلك الطريقة هي جديرة بالتعويل عليها بالقدر المناسب للغرض الذي أنشئت او أبلغت من اجله

---

[٣] أستاذنا د. عباس العبودي، شرح احكام قانون الإثبات المدني العراقي، ص١٤٦و١٤٧.

(4)Richard hill, op.cit, p.3

[١] طوني ميشال عيسى، التنظيم القانوني لشبكة الانترنيت، الطبعة الأولى، دار صادر، بيروت، ٢٠٠١، ص٤٨٣.

[٢] يراجع ص(٧٢-٧٧) من هذه الدراسة.

رسالة البيانات في ضوء كل الظروف، ولابد من ان تتوفر كل الضمانات الضرورية للحفاظ على توقيع الشخص الاليكتروني من التزوير وذلك باستعمال ضمانة تشفير التوقيع الاليكتروني وان تكون هنالك شهادات رقمية اليكترونية خاصة[٣] لكل شخص تصادق على صحة المعلومات التي تصدر من الشخص والتي تعبر عن توقيعه، وعند اشتراط القانون تقديم الاصل من الوثائق والمستندات او الاحتفاظ بها في شكلها الاصلي، فتستوفي رسالة البيانات ذلك اذا وجد ما يعول عليه لتأكيد سلامة المعلومات منذ الوقت الذي أنشئت فيه لاول مرة في شكلها النهائي او كانت تلك المعلومات مما يمكن عرضه على الشخص المقرر ان تقدم اليه[٤]، وان مقبولية التوقيع الاليكتروني على السندات اصبحت امر واقع في الكثير التشريعات الخاصة بالتجارة الإليكترونية[٥]واعطيت له حجية قانونية تساوي التوقيع العادي ولاخوف من تزويره؛ وذلك لانه كما سبق القول هناك لكل توقيع شهادة اليكترونية تثبت ملكية الشخص لتوقيعه الاليكتروني تصدر عن جهات موثوقة لكل الأطراف في المراسلات الإليكترونية[٦]، ونجد في احدى الولايات الأمريكية إنها قامت في عام ١٩٩٦ باصدار اول قانون خاص بالتوقيع الاليكتروني[١]، وكذلك اخذ القانون الفرنسي في تعديله للمادة(١٣١٦) عام ٢٠٠٠ المشار إليها سابقا بالتوقيع الإليكتروني[٢] حيث يتم من خلاله تحديد هوية مصدر السند وقبوله الالتزام بمحتواها[٣].وذلك حسب المادة(١٣١٦/٤).

وتعد جمعية التحكيم الامريكية من رواد حسم النزاعات على الانترنيت من خلال اشتراكها في مشروع القاضي الافتراضي، حيث تمارس التحكيم الاليكتروني وكذلك تمارس المنظمة العالمية للملكية الفكرية التحكيم وتبنت فكرة التحكيم الاليكتروني، فمن خلال تجربتي جمعية التحكيم الامريكية والمنظمة العالمية للملكية الفكرية نجد انه قد تبنيا قواعد خاصة لهذا الغرض فيمكن تسلم الوثائق والمستندات الاليكترونية والتاكد من مصداقيتها والثقة التي تتوافر

---

[٣] الشهادات الإليكترونية: هي سجل معلوماتي يحتوي على مجموعة معلومات تعريفية منها اسم المستخدم طالب الشهادة واسم سلطة المصادقة وتاريخ صلاحية الشهادة المعطاة ووظيفة هذه الشهادات هي التعريف بالشخص الذي يحملها وأهليته وتصادق على توقيعه إليكترونيا وعلى كل ما يقوم به عبر شبكة الانترنيت.المادة (٧) من القانون النموذجي للتوقيع الإليكتروني.

[٤] د.عصمت عبد المجيد، مصدر سابق،ص٢٣و٣٩.

[٥] كالتشريع البحريني للتجارة الإليكترونية في المادة السادسة منه.

[٦] ربيع خشانة، مصدر سابق،ص٧.

[١] طوني ميشال، مصدر سابق، ص٣١٤.

[٢] يراجع ص (٧٥) من هذه الدراسة.

[٣] د. عباس العبودي، حجية السندات الإليكترونية لمعطيات الحاسب الآلي في الإثبات المدني، ص٣٩.

بها، وايضا يمكن الاستماع الى اطراف النزاع او الشهود والخبراء بشكل شخصي من قبل المحكم او هيئة التحكيم او من خلال استخدام الوسائل الملائمة الاخرى التي تفي بالغرض نفسه كاستعمال التقنيات الحديثة والاجهزة الملحقة بالحاسب الالي والتي تنقل الصورة والصوت بشكل مباشر وبكل دقة، وتجدر الاشارة ان نظام المنظمة العالمية للملكية الفكرية تبنت فكرة استخدام التبليغات الآلية في اطار التحكيم حيث تم دعم ذلك بقاعدة بيانات كبيرة لغرض وضع ارشيف خاص لكل ما يرسل منها وما يصل اليها[٤].

وتجدر الاشارة هنا الى كلام الاستاذ:(عبد الحميد الاحدب) حول فكرة التحكيم الاليكتروني وانتشارها حيث قال:((لقد أجرينا تحكيما في جنيف قبل شهر من الان عن طريق التليفون من خلال ثلاثة محكمين مع المحامين وتم الحديث عن طريق التليفون وتحديد للجلسة القادمة وهذا يحصل بصورة مباشرة ومن خلالها يترافع المحامون ويتذاكر المحكمون ويصدرون حكمهم ولا يحتاج الأمر إلى الانتقال إلى باريس او طوكيو ويبقى كل شخص في مكانه ويتم الترافع عبر وسائل الاتصال الاليكترونية الحديثة))[٥].

وعليه يتضح مما سبق قبول الوثائق المكتوبة بكتابة إليكترونية وموقعة بتوقيع إليكتروني ولها حجية قانونية مساوية للمستندات الورقية، وحتى لو تطلب الامر الاستعانة بمستندات اصلية فان تقديمها في شكل اليكتروني او حفظها بذلك الشكل لايؤثر على حجيتها بشرط توفر الضمان الكافي للمحافظة عليها، وفي حالة الالزام بتقديم اصل المستند لشخص معين فانه يجب ان يكون السجل الاليكتروني من الممكن الدخول عليه واستخدامه وحفظه بشكل قابل للفهم من هذا الشخص حسبما نصت عليه المادة(٧) من القانون البحريني للتجارة الإليكترونية[١]، اذن فيما يتعلق بتبادل الوثائق وارسالها واستلام المستندات وتبليغها فان كل هذه الامور من الممكن ان تتم بسهولة عند اجراء التحكيم الاليكتروني وارسالها عن طريق موقع المركز التحكيمي على الشبكة او عن طريق البريد الاليكتروني، ويمكن للاطراف الاطلاع واسترجاع رسائل او وثائق سبق ارسالها الى المركز، وان تلك الرسائل التي ترسل للمركز فانها سوف تبلغ بنفس الوقت لكل

---

(4)M.Scott Donahey, current development in online dispute resolution,p.9&10 on website: www.tannedfeet.com

[٥] نص كلام الأستاذ: عبد الحميد الأحدب– الأمين العام المساعد للاتحاد العربي والمختص بنشاط الأمانة في الدول الأوربية، مقالة بعنوان: صنعاء احتضنته مؤخرا: المؤتمر الرابع للتحكيم الدولي... مستجدات جديدة في التحكيم الإليكتروني، ص٢،منشورة على الشبكة العالمية للمعلومات بتاريخ ٢٠٠٥/٣/٣، وعلى الموقع: www.26sept.com

[١] السجل الإليكتروني: هو السجل الذي يتم إنشاؤه او إرساله او تسلمه او بثه او حفظه بوسيلة إليكترونية، المادة الأولى من القانون البحريني للتجارة الإليكترونية ويتطابق مع المادة الثانية من قانون إمارة دبي المرقم: ٢لسنة ٢٠٠٢.

الاطراف الاخرين، وان المحكم يحق له الاتصال بالاطراف لكي يسال الاسئلة ويجمع المعلومات والحجج وما يقوم به يطلع عليه باقي الاطراف[٢]، وطبيعي ان كل هذه الامور تحدث عن طريق الشبكة العالمية للمعلومات (الانترنيت) من خلال برامج خاصة تنقل الصورة والصوت مباشرة وبارتباط واحد بين كل الاطراف وهيئة التحكيم وفي أي مكان كانوا هم فيه، ومن خلال هذه الميزة يمكن استخدام كاميرات فيديو رقمية تتيح للطرفين مشاهدة بعضهما الاخر بطريقة تشبه الجلسة الحقيقية للمرافعة، ومن خلالها يمكن الاستماع للشهود والاطلاع على تقرير الخبراء وطرح الاسئلة، وكل هذه الامور تتم عن طريق قنوات امنة تابعة للمركز مع الحفاظ على سرية الجلسات والمرافعة وان مثال هذه المزايا تخفف من العبء الملقى على كاهل المحكم واختصارا للوقت اكثر مما لو اجري التحكيم بشكله التقليدي المعتاد[٣].

الفرع الثالث

الإجراءات الوقتية والتحفظية

هذا المصطلح يقصد به: ((تلك التدابير المؤقتة التي تتسم بصفة مستعجلة ولاتمس اصل الحق وتكون في صورة طلب تحفظي للحفاظ على إمكانية تنفيذ الحق في المستقبل او طلب مستعجل لتحقيق مصلحة آنية للطالب أو حمايتها[١]))، وان من يملك الاختصاص باتخاذ مثل هذه التدابير التي تتميز بالاستعجال تعد من المسائل البالغة الاهمية وبالاخص في التحكيم التجاري الدولي، حيث لابد من وجود جهة مستعدة دائما لمواجهة خطر داهم بهذه المصلحة التي يحميها القانون مؤقتا؛ وذلك لان التاخير في تشكيل هيئة التحكيم وفي الاجراءات امامها وفي صدور القرار واجراءات تنفيذه من شأنها ان تضيع الوسائل اللازمة لتحقيق الحماية القانونية للحق مستقبلا.

والاستعجال كما عبر عنه الفقيه الفرنسي(Real) بأنه:((مدة نهار برمته أو بضع ساعات قد تجر في بعض الظروف أضرارا لا تعوض وظلما فادحا لا ظلم وراءه))[٢]، وان غاية مثل هذه الإجراءات في حالة التحكيم هي بصورة أساسية حماية الملكية موضوع النزاع من

---

(2)The virtual magistrare arbitration programme, basic rules, sep.1999,p.1, on website: www.vmag.org

[٣] محمد أبو الهيجاء، مصدر سابق، ص٩و١٠ وينظر أيضا: عبد القادر ورسمة غالب، مصدر سابق، ص٨و٩ و كذلك: Richard hill, op.cit, p.4&5

[١] د. سيد احمد محمود، سلطة المحكم في إصدار الأحكام الوقتية والأوامر في القانون المقارن والكويتي والمصري، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد:٣، السنة:٢٥، ايلول٢٠٠١، ص٨٢.

[٢] مصلح احمد الطراونة، مدى اختصاص قاضي الأمور المستعجلة في المنازعات المتفق بشأنها على التحكيم في القانون الأردني، مجلة مؤتة، جامعة مؤتة–الاردن، المجلد:١٥، العدد:٤، ٢٠٠٠، ص٢٢٢.

الأضرار التي قد تصيبها لحين إنهاء النزاع او حماية البيانات من الضياع أو التلف لحين استعمالها بصورة جادة وغيرها[٣].

ويلاحظ انه قد ظهرت اتجاهات متعددة بشأن مدى تمتع المحكم بإصدار مثل هذه التدابير ومن بين هذه الاتجاهات: الاتجاه الأول: ويعطي لسلطة القضاء العادي اتخاذ مثل هذه التدابير؛ وذلك لان الاتفاق على التحكيم لا يبعد سلطة القضاء عن نظر موضوع المنازعة المعروضة على هيئة التحكيم، وهو ما يعرف بالأثر السالب لاتفاق التحكيم ويستند هذا الاتجاه على أساس ان المحكم لا يملك سلطة إلزامية عندما يراد تنفيذ مثل هذه الإجراءات، وانتقد هذا الاتجاه؛ وذلك لانه يجزأ النزاع بين اكثر من جهة[٤]، أما الاتجاه الثاني: فيعطي الاختصاص للمحكم استنادا لارادة اطراف النزاع ووجود شخص المحكم الذي يحسم النزاع، وان هيئة التحكيم هي الأقدر في تحديد مدى ملائمة اتخاذ مثل هذه التدابير، ويؤدي هذا الاتجاه الى الاقتصاد في النفقات وتوحيد جهة الفصل في النزاع، وتبنت محكمة النقض الفرنسية هذا الرأي في بعض أحكامها (كالقرار الصادر في ١٩٨٤/٣/١٤ وفي ١٩٩٠/٣/٦)، ويذهب راي لاعطاء الاختصاص للهيئة بعد تشكيلها الا في حالتين: الأولى: إذا كان الأجراء يحتاج لسلطة إلزامية لتنفيذه، والثانية: ان يتم الاجراء المطلوب في دولة غير الدولة التي يعقد المحكمون جلساتهم[١] وان هاتين الحالتين أضعفتا هذا الاتجاه من جانب الفقه والقضاء، اما الاتجاه الثالث: فيقوم على اساس الاختصاص المشترك بين محاكم الدولة وهيئة التحكيم، حيث يمكن لاي منهما اتخاذ مثل هذه التدابير وهذا نابع من حرية الأطراف وحقهم في اللجوء الى القضاء على الرغم من وجود اتفاق للتحكيم ولا يعني ذلك التنازل عن الاتفاق[٢].

ومن مطالعة نصوص التحكيم الخاصة في قانون المرافعات العراقي نجد انه لم يشر إلى مثل هذه الإجراءات مما يؤدي للرجوع إلى النصوص العامة في المرافعات وحسب نص المادة(١٤١) منه والتي أعطت الحق لمحكمة البداءة بالنظر في الطلبات المستعجلة التي يخشى عليها فوات الوقت وبشرط عدم المساس بأصل الحق، وانه حتى لو وضع الأطراف اتفاقا على منح المحكم سلطة اتخاذ مثل هذه التدابير فان هذا القانون لم يشر الى مدى قوة مثل هذه

---

[٣] أ. جورج حزبون، معوقات إجراءات التحكيم السابقة على إصدار القرار ودور الرقابة القضائية، مجلة دراسات، الجامعة الأردنية، المجلد:٢١آ، العدد:٥، تشرين الاول١٩٩٤، ص٣٨.

[٤] د. حفيظة السيد حداد، مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية في المنازعات الخاصة الدولية المتفق بشأنها على التحكيم، بدون طبعة، مطبعة الانتصار، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ١٩٩٦، ص١٨و٢٢.

[١] د. سيد احمد، مصدر سابق، ص٩٩وما بعدها.

[٢] د. حفيظة السيد حداد، مصدر سابق، ص٢٧و٢٨.

القرارات بهذا الخصوص، وعليه فالأفضل اللجوء الى القضاء تجنبا لأية مشكلات قد تنجم بسبب عدم نص المشرع العراقي على إعطاء مثل هذه السلطة للمحكم[٣] ولقد تبنى التشريع المصري للتحكيم الاتجاه الثالث واعطى اختصاص مثل هذه التدابير للقضاء و لهيئة التحكيم وذلك في المادتين(١٤و ٢٤)، واعطى القانون في المادة(٤٢) لهيئة التحكيم إصدار أحكاما وقتية او جزئية قبل اصدار الحكم المنهي للخصومة[٤]، الا انه قد تظهر هناك صعوبة في فهم مضمون نص المادة(١٤) والتي نصت على ان للمحكمة المشار اليها في المادة(٩) من القانون ان تأمر باتخاذ مثل هذه التدابير بناءا على طلب احد طرفي التحكيم سواء قبل بدء الاجراءات او أثناء السير بها، الا ان المفهوم الدقيق لذلك النص يتضح ان للاطراف اللجوء الى القضاء العادي قبل بداية هيئة التحكيم من نظر النزاع وكذلك في حالة خلو اتفاق الاطراف على تخويل الهيئة اصدار مثل هذه التدابير، اما في حالة وجود اتفاق بين الاطراف على قيام هيئة التحكيم باتخاذ مثل هذه التدابير فان ذلك يمنع القضاء من القيام في ذلك، ويشترط تمسك الاطراف بالاتفاق[١]، ونجد ان نص المادة(١٤) كان غير دقيق ومحل نظر؛ لانه ذكر مصطلح (تدابير مؤقتة او تحفظية) الذي لا يعرفه المشرع المصري للدلالة على مفهوم (الاوامر على العرائض)، وكذلك انها لم تحدد المسائل التي يحق للقاضي اتخاذ مثل هذه الاوامر فيها ولم تشترط التسبيب وانها منحت المحكمة بكامل هيئتها سلطة اصدار هذا الامر، وانه من المستحسن ان يصدرها رئيس المحكمة فقط باعتباره قاضيا للامور الوقتية[٢]، ومن الملاحظ ان قضاء محكمة النقض المصرية منع القضاء من اتخاذ مثل هذه التدابير في قرارها الصادر في ١٢/كانون الأول/١٩٩٦ حيث ألغت قرار الأمر الوقتي الصادر من رئيس محكمة استئناف القاهرة، واشترطت ان يكون هناك نص قانوني يجيز للخصم استصدار الامر في موضوع النزاع المعروض على التحكيم واعمالا للنص العام الوارد في المادة(١٩٤) مرافعات وقيدت القضاء باصدار مثل هذه الاوامر بما حدده القانون على سبيل الحصر، وعليه هذا القرار محل نظر؛ لان وجود نص المادة(١٤) من قانون التحكيم

---

[٣] د. فوزي محمد، مصدر سابق، ص٢٩٨.

[٤] د. سيد احمد، مصدر سابق، ص١٠٣ و هذا ما أشار له القانون الدولي الخاص السويسري في المادة (١٨٣) والنظام الايرلندي والإنكليزي والمادة (١٧) نموذجي و المادة (٢٦) يونسترال والمادة (٢٣) من قواعد غرفة التجارة الدولية في باريس والمادة (٢٦) من اتفاقية واشنطن وكذلك المادة (٤٧) منها والمادة (٦) من الاتفاقية الأوربية، إلا إن اتفاقية نيويورك لم تشر الى بقاء اختصاص القضاء أم حجبه إلا انه حسب التطبيقات القضائية في الدول ترجح استمرار القضاء في اتخاذ مثل هذه التدابير. ينظر بصدد ذلك: د. محمود مختار، مصدر سابق، ١٥٣ و د. خالد محمد، مصدر سابق، ص٢٣٢.

[١] د. محمود مختار، مصدر سابق، ص١٤٨ و د. احمد السيد صاوي، مصدر سابق، ص١٥١.

[٢] ياسر عبد السلام، مصدر سابق، ص٤٣.

وهو نص خاص يقيد النص العام وهو ايضا لاحق على نص المادة في قانون المرافعات والتعديل الذي جرى عليه في عام ١٩٩٢[٣].

وفيما يخص موقف المشرع الفرنسي فان النصوص الخاصة بالتحكيم في قانون المرافعات لم تشر الى نص صريح بهذا الخصوص[٤]، الا ان القضاء الفرنسي سار في اطار تشجيع هذه الاجراءات؛ وذلك لان وجود اتفاق التحكيم لا يمنع المحاكم الفرنسية من اصدارها[٥]ومن هذا المنطلق اثير تساؤل من جانب الفقه الفرنسي بأنه: أليس بإمكان المحكم ان يتخذ مثل هذه التدابير ويبقى الاختصاص للقضاء؟ يذهب جانب من الفقه الفرنسي بالقول إذا كانت مهمة المحكمين تتعلق بالفصل في النزاع وبيان رأي القانون فيها فهم لا يملكون إصدار مثل هذه التدابير على اساس ان هذه التدابير ترتبط بفكرة التنفيذ الجبري ووسائله وهو محصور بالقضاء فقط هذا من جانب، ومن جانب اخر يمكن القول بان التدبير التحفظي لابد ان يكون له تقييما مسبقا لحقوق الافراد وهو يؤثر على الحكم التحكيمي، ويتضمن انتقاصا من سلطات المحكم فيمكن الاعتراف لهم باصدارها مالم يتفق الاطراف على خلافه[١]، وعليه نجد في فرنسا انه اذا كنا بصدد تحكيم داخلي فعلى الرغم من وجود اتفاق للتحكيم فهو لايمنع لجوء الاطراف للقضاء الا اذا اتضح استئثار المحكم بهذه التدابير بعد ان تلقى ملف التحكيم[٢]، اما في التحكيم الدولي فبعد ان تقوم محكمة التحكيم بنظر النزاع فالتمسك بشرط التحكيم يحجب القضاء عن نظر الموضوع وعن اتخاذ مثل هذه التدابير، ولايمكن للقضاء ان يتدخل الا في الفترة السابقة من نظر محكمة التحكيم للنزاع، ومع ذلك فان توافر حالة الاستعجال في التحكيم التجاري الدولي الذي يتم الاتفاق عليه والخضوع الى قانون المرافعات الفرنسي تطبيقا للمادة(١٤٩٥) يمكن ان تسمح باختصاص المحاكم الفرنسية باتخاذ مثل هذه التدابير[٣].

---

[٣] د. احمد السيد صاوي، مصدر سابق، ص١٥٣.

[٤] وسام توفيق عبد الله، اعتبارات العدالة في تحديد الاختصاص القضائي الدولي، رسالة ماجستير، كلية القانون–جامعة الموصل، ٢٠٠٤، ص٩٩.

[٥] وذلك حسب نص المادة (٨٠٩) مرافعات فرنسي ((وباللجوء لقاضي الأمور المستعجلة ولو خلال إجراءات التحكيم....)).

[١] د. حفيظة السيد حداد، مصدر سابق، ص٥٧و٥٨.

[٢] قرار محكمة روان في ١٩٨٩/٩/٢٩ مشار اليه لدى: د. محمود مختار، مصدر سابق، ص١٥١. وينظر للتفاصيل اكثر حول اختصاص قاضي الامور المستعجلة، د. منير عبد المجيد، مصدر سابق، ص١٦٦.

[٣] نقض مدني في ١٩٨٤/٣/١٤ حيث منع القضاء المستعجل بعد اتصال محكمة التحكيم بالنزاع.د. محمود مختار، مصدر سابق، ص١٥٢.

أما القضاء الأمريكي فانه في بادئ الأمر لا يجيز للقضاء اتخاذ هذه التدابير من قبله؛ لان ذلك يتعارض مع القاعدة التي أوردتها اتفاقية نيويورك في الفقرة الثالثة من المادة الثانية التي تعد جزءا من القانون الأمريكي، إلا أن القضاء فيما بعد تراجع عن موقفه ذلك واعطى للقضاء الحق بإصدار مثل هذه التدابير الى جانب هيئة التحكيم[٤].

[٤] د. سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، الكتاب الأول: اتفاق التحكيم، من دون مطبعة، القاهرة، ١٩٨٤ ، وينظر قرار لمحكمة الاستئناف الفيدرالية في ٨/ تموز/١٩٧٤ لنفس المصدر، ص٤٥٤.

الفصل الثالث

حقوق المحكم والتزاماته

وانتهاء مهمته

الفصل الثالث

حقوق المحكم والتزاماته وانتهاء مهمتهِ

عند قبول المحكم لمهمة نظر النزاع فانه سوف يترتب على ذلك حقوقا والتزامات على عاتق الطرفين، وان هذه المهمة بين المحكم وأطراف النزاع تؤدي الى ظهور حقوقا للمحكم تُعد التزامات على الأطراف، وبالمقابل تكون هناك التزامات على المحكم تُعد حقوقا للأطراف .

وبعد ذلك تنتهي مهمة المحكم الذي تم اختياره لحسم النزاع بين الطرفين، فالطريق الطبيعي لانتهاء مهمته تكون باصدار الحُكم المنهي للخصومة والحاسم لها ومع ذلك قد تنتهي مهمة المحكم لاسباب اخرى سيتم استعراضها تباعا في المبحث الثاني من هذا الفصل.

وعليه، فلقد تم تقسيم الفصل هذا إلى مبحثين هما:

المبحث الأول: حقوق المحكم والتزاماته.

المبحث الثاني: انتهاء مهمة المحكم.

المبحث الأول

حقوق المحكم والتزاماتهِ

كما سبق أن أوضحنا في مقدمة الفصل ان اي عقد يبرم يرتب حقوقا وواجبات على طرفيه، وعقد التحكيم وكغيره من العقود يرتب حقوقا وواجبات على عاتق كلا من المحكم وأطراف النزاع، وتجدر الاشارة الى ان مثل هذه الحقوق والواجبات تسري على التحكيم الخاص والمنظم، وعليه سوف يتم بحث هذا الموضوع من خلال تقسيم المبحث إلى مطلبين نخصص الأول منه للحقوق والثاني للواجبات.

المطلب الأول

حقوق المحكم

يثبت للمحكم عدة حقوق؛ وذلك لانه شخص انيطت به مهمة الفصل في النزاع وبالتالي يتمتع بحقوق تكون كواجب على الخصوم تجاه المحكم، فهناك حقه في قبول مهمة التحكيم؛ وذلك لانه لايمكن إجبار شخص على القيام بعمل ما دون إرادته، وحقه في الاتعاب والنفقات التي أنفقها على التحكيم وحقه في التمتع بالحصانة.

ومما سبق، فسوف تتم معالجة هذه المسائل بالتفصيل حسب الفروع الاتية:

الفرع الأول

حق المحكم في قبول مهمة التحكيم

ان تعيين المحكم سواء أكان من قبل الخصوم ام من القضاء، يعد بمثابة إيجاب موجه للمحكم من قبلهم، ولا يمكن القول بانعقاد العقد الخاص بالتحكيم او بتشكيل هيئة التحكيم ما لم يقبل المحكم المهمة وهي حسم النزاع بين الطرفين؛ والعلة من وراء ضرورة وجود قبول المحكم هي اعطاءه الفرصة لكي يقرر في مباشرة المهمة من عدمها عندما يتعرف على التشكيلة المتكاملة للهيئة وان كان باستطاعته التعاون مع باقي المحكمين، ولكي يتم اتاحة الفرصة له لكي يتعرف على مدى مقدرته على حل النزاع خلال مهلة التحكيم؛ وذلك لان قبول المحكم للمهمة ومن ثم اعتزاله بسبب عدم مقدرته على الفصل في النزاع يعد اخلالا بالتزام عقدي يوجب المسؤولية عليه والتعويض للأطراف[1]، وعليه مما سبق نجد ان هناك حقا للمحكم في قبول مهمة التحكيم من عدمها عندما يعرض عليه اختياره كمحكم، واذا قبلها صراحة او ضمنا وجب عليه القيام بعمله مالم توجد اسباب تمنعه من ذلك كالمرض او السفر الطويل[1].

---

[1] د. احمد عبد الرحمن الملحم، مصدر سابق، ص٢١٨.

[1] محمد كامل مرسي، مصدر سابق، ص٥٥٠.

ولقد عالج قانون المرافعات العراقي هذه المسالة حيث اعتبر قبول المحكم ضروري لمباشرة مهمة التحكيم وحل النزاع، حيث نصت المادة(٢٥٩) على:((يجب ان يكون قبول المحكم للتحكيم كتابة مالم يكن معينا من قبل المحكمة، ويجوز ان يثبت القبول بتوقيع المحكم على عقد التحكيم....))[٢]وعليه لايمكن اجبار المحكم للقيام بالتحكيم دون ارادته ورضاه، ولابد ان يكون القبول مكتوبا ولم يشر المشرع لاي شكلية معينة لهذه الكتابة فمن الممكن ان تكون في صلب العقد او في خطاب يرسله المحكم الى الخصوم سواء أكان معاصرا للاتفاق بالتحكيم ام بعد قيام النزاع، وتصح كذلك استخدام وسائل الاتصالات الحديثة كالبريد الاليكتروني واستعمال المحادثة عبر الانترنيت لايصال القبول للاطراف مباشرة وذلك في اطار التحكيم الاليكتروني وكما تم توضيحه سابقا في هذه الدراسة[٣].

وتجدر الاشارة الى ان الشروع بالقيام بمهمة التحكيم او القيام بها فعلا يعد دليلا على قبول المحكم، وتبقى للمحكم حرية القبول او الرفض حتى وان تم اختياره من قبل المحكمة[٤]، ونجد ان بعض التشريعات والقواعد الدولية التحكيمية لا تشترط قبول المحكم ان يكون صريحا بل قد تلزمه عند اختياره ان يكشف عن جميع الظروف التي قد تكون سببا في عزله او رده او عدم صلاحيته، فهو عندما يقوم بذلك يعد قد قَبِلَ ضمنيا مباشرة المهمة، وهذا ما أشارت له المادة(١٢) من القانون النموذجي والمادة(٢/٧) من قواعد الغرفة التجارية الدولية في باريس وكذلك المادة(٧) من قواعد جمعية التحكيم الأمريكية والقانون السويسري للدولي الخاص وغيرها، ولابد من تحديد مدة لغرض تقديم قبول المحكم فيها لكي لا يؤثر عدم قبوله او التأخر في رده لاطالة امد النزاع واهدار الكثير من الوقت[٥]، والمشرع الاردني في قانونه النافذ لم يشر الى قبول المحكم ومع ذلك فان القواعد العامة والاساسية في التحكيم تستوجب القبول من جانب المحكم ولا يجوز اجباره عليها.

اما القانون الفرنسي للمرافعات فقد اشترطت المادة(١٤٥٢) على ان تشكيل المحكمة التحكيمية لا يمكن ان يظهر للوجود مالم يقبل المحكم او المحكمون المهمة تلك، والنص الفرنسي لا يستلزم الكتابة وهو اتجاه محل نظر؛ لانه قد يثير مشكلات بشان تحديد تاريخ أخر

---

[٢] وأشترط كذلك التشريع المصري للتحكيم ذلك في المادة (١٦) بفقرتها الثالثة.

[٣] يراجع ص (٩٨-١٠١و٧٢-٧٧) من هذه الدراسة.

[٤] د.ادم وهيب، مصدر سابق، ص٢٨١ وعبد الرحمن العلام، مصدر سابق، ص٤٥٠، ولقد نص المشرع التونسي في الفصل(١١) منه على:((ان قبول المحكم يكون كتابة او بالتوقيع على اتفاق التحكيم او بقيامه بعمل يدل على شروعه في المهمة)).

[٥] د.احمد عبد الرحمن، مصدر سابق، ص٢١٨و٢١٩.

قبول يكتمل به التشكيل[١]ولقد اشار القضاء الفرنسي الى حق المحكم بالقبول و لا تفرض مهمة التحكيم إجباريا.[٢]

الفرع الثاني

حق المحكم في الحصول على أتعابه وما أنفقه من مصاريف

عندما يتم تخويل المحكم سلطة حسم النزاع بين المتنازعين يكون له حق في ان يحصل على اتعاب نظير فصله في النزاع مالم يكن قد قبل المهمة بدون مقابل[٣]وعليه يتم تعويض المحكم عما بذله من جهد ووقت خلال نظر النزاع، وتقدر على أساس الجهد المبذول طوال مدة التحكيم وقيمة الدعوى ومركز المحكمين الاجتماعي والمالي والثقافي مع الأخذ بنظر الاعتبار العرف الجاري ان وجد مثل ذلك[٤]، ويستحق كذلك المحكم المصاريف التي أنفقها في سبيل حسم النزاع وتتمثل في نفقات الإقامة واتعاب الكاتب الذي ساعده و نفقات الإيداع والانتقال والخبرة وانتقال الشهود وغيرها[٥]، ويعد حق المحكم في الحصول على اتعابه والمصاريف التي أنفقها من أهم الانتقادات التي وجهت لنظام التحكيم؛ وذلك على اساس كثرة مصاريفه ونفقاته قياسا للقضاء وخصوصا عندما يكون التحكيم دولي، ويعود ذلك الى انه قد يكون اعضاء الهيئة المشتركة فيها ثلاثة محكمين وأطراف النزاع والمحامين من جنسيات مختلفة او مقيمين في دول متنوعة مما يستوجب معه زيادة المصاريف بالنسبة لتنقلاتهم واجتماعاتهم وفضلا عن أتعاب المحكمين والمصاريف الادارية الخاصة بالمركز الذي ينظم التحكيم عندما يكون التحكيم مؤسسي[٦]الا ان مثل هذا الراي بدا ينحسر حاليا؛ بسبب ظهور اسلوب التحكيم الإليكتروني والذي لايستوجب انتقال اعضاء الهيئة او اطراف النزاع من بلد لاخر مما يقلل معه المصاريف والنفقات.

وتحدد اجور المحكم ومصاريفه في قرار التحكيم النهائي ويتحملها بوجه عام من يخسر دعواه، ومع ذلك فان كان هناك اتفاق على توزيعها بشكل اخر وجب اتباعه[١]، وان تحديد مثل هذه الاجور يختلف حسب نوع التحكيم الذي اختاره الاطراف فان كان التحكيم خاصا فالاتفاق

---

[١] د.محمود مختار، مصدر سابق، ص٨٩.

(2)Jean Vincent, Serge guichard, op.cit, p.999.

[٣] منير القاضي، شرح قانون اصول المرافعات المدنية والتجارية، الطبعة:١، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٥٧، ص٢٢٧.

[٤] كاظم حنتوش، مصدر سابق، ص١١٠.

[٥] د.منير عبد المجيد، مصدر سابق، ص٢٧٩.

[٦] د. حمزة حداد، التحكيم كوسيلة بديلة لتسوية المنازعات التجارية الدولية، ص٢.

[١] د. منير عبد المجيد، مصدر سابق، ص٢٧٩.

عليها يكون بين المحكم والاطراف حيث يعد اطراف النزاع ملتزمين شخصيا وتضامنيا بأدائها للمحكم [٢]وطبيعي ان منظمات التحكيم ومراكزها توجد لديها جداول خاصة لحساب اجر المحكم من خلالها.

وقد يخول القانون المحكم بان يحدد اتعابه وما يتحمله كل طرف او انه في حالة عدم الاتفاق بين الخصوم والمحكم على ذلك، فيعتبر على انه اتفاق ضمني بين الخصوم والمحكم على منح الاخير سلطة تحديد اتعابه وهذا موقف القانون الأسترالي والنيوزلندي[٣].

ومن التشريعات[٤]ما تمنح المحكم لوحده فقط تحديد الأتعاب والمصاريف التي يستحقها والقدر الذي يلتزم به كل خصم بدفعه وفي هذه الحالة يقوم المحكم بتحديد أتعابه حسب المرحلة التي قطعها في عملية حسم النزاع وان تكون اتعابه معقولة حسبما أداه من عمل على اساس مدة التحكيم والصعوبات التي واجهته وقيمة الدعوى[٥]، وتمارس المحكمة المختصة رقابة طبقا للقواعد العامة عندما يلجأ الاطراف اليها؛ وذلك لسد الطريق بوجه المحكم من ان يكون متعسفا في استعمال حقه، وهذا موقف الفقه والقضاء في فرنسا[٦]، وان حق المحكم في الحصول على اتعابه قد يثير بعض الصعوبات و خصوصا عندما ينتهي التحكيم بدون اصدار حُكم فيه كحالة وفاة المحكم او توقفه عن السير بالاجراءات، فهل يستحق أتعاب في هذه الحالة؟ ان في هذه الحالات وغيرها لابد من التمييز بين فرضين: الأول: اذا كان عدم صدور الحكم ناتجا عن سبب لايد له فيه فهو يستحق اتعابه وما انفقه كتعويض، ويتم تقدير ذلك على اساس ما انجزه من عمل وما بذله من جهد وما حُرم منه من مكاسب مادام هو حسن النية. اما الثاني: أي ان سبب عدم الاستمرار في التحكيم يعود اليه(عدا حالة الوفاة) وعن سوء نية فهو لايستحق الاتعاب، وفي جميع الاحوال لابد ان يعاد اليه ما انفقه من نفقات في سبيل ما قام به من مهمته بحدود الاتفاق وبحسن نية[٧]،وهذا ما نؤيده لكي لا يضيع جهد ونفقات المحكم عندما كان ينظر النزاع بلا جدوى، وكذلك في حالة إبطال الحُكم(القرار) الذي اصدره وكان سبب الإبطال يعود لخطئه واهماله فلا يستحق شيئا؛ لانه تسبب في ضياع جهد ووقت الاطراف بينما اذا كان العكس فيستحق الاتعاب والمصاريف[١].

---

[٢] د. فوزي محمد، مصدر سابق،ص ٢٤١ ود. احمد عبد الرحمن، مصدر سابق، ص٢٢٧.

[٣] د. احمد عبد الرحمن، مصدر سابق، ص٢٢٧.

[٤] كقانون التحكيم الأردني السابق رقم ١٨لسنة ١٩٥٣ في المادة (١٩) .

[٥] د. احمد عبد الرحمن، مصدر سابق، ص٢٢٧ ود. احمد سعيد، مصدر سابق، ص٣٩١.

[٦] د. فوزي محمد، مصدر سابق، ص٣٤٤.

[٧] د. احمد سعيد، مصدر سابق، ص٣٩١.

[١] د. احمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، ص٢٠٦.

وعالج قانون المرافعات العراقي في المادة(٢٧٦) مسألة أجور المحكمين فاشار إلى ان تحديدها يكون باتفاق الخصوم في عقد التحكيم او باتفاق لاحق وعند عدم وجود مثل هذا الاتفاق تحددها المحكمة المختصة بنظر النزاع في حكمها او بقرار مستقل يقبل التظلم والطعن تمييزا بحيث يعتبر قرارها من قبيل الاوامر على العرائض والذي يجوز التظلم منه خلال(٣) ايام من تاريخ صدوره او تبليغه وذلك حسب المادتين(١٥٣) و(٢١٦) مرافعات، وعليه فالمشرع العراقي لم يعطي للمحكم اي دور في تحديد اجوره واتعابه بنفسه عند عدم وجود الاتفاق على ذلك بين الطرفين، ولقد اعتبر القضاء العراقي ان من يخسر الدعوى يتحمل مصاريف التحكيم[٢].

اما المشرع المصري للتحكيم فانه لم يضع نصوصا خاصة لهذا الامر، وبالتالي من الممكن معالجة مثل هذه المسالة باتفاق الاطراف على قبول نصوص اجر المحكم ونفقاته المتبعة لاحد المراكز او حسب احدى القواعد او الاتفاقيات الدولية الخاصة بالتحكيم والجدير بالذكر ان موقف المشرع الفرنسي للمرافعات مطابق للتشريع المصري، ونجد ان الاتفاقية العربية للتحكيم التجاري عام ١٩٨٧ أعطت للمحكم بموجب المادة(٣٢) حق تقدير أتعابه بنفسه.

وحددت قواعد الغرفة التجارية الدولية في باريس اتعاب المحكمين ومصاريف التحكيم بموجب المادة(٣١) حيث نصت على ان مصاريف التحكيم تشمل على اتعاب ومصاريف المحكمين ومصاريف الغرفة الادارية كما حددتها الهيئة وحسب الجدول الساري المفعول واتعاب الخبراء الذين تعينهم المحكمة ومصاريفهم وتلك المصاريف المعقولة التي يتكفلها الاطراف للدفاع عن مصالحهم خلال التحكيم، واعطت الفقرة الثانية من نفس المادة الحق للمحكمة بان تحدد الاتعاب بمبلغ اعلى او ادنى من الجدول الساري المفعول اذا وجدت ان هنالك ظروفا تستوجب ذلك، ويحق للمحكمة خلال سير التحكيم ان تتخذ اي قرار بشان مصاريف اخرى جديدة، واجازت المادة(٣٠) ان يقوم المدعي بدفع تامين عندما يستلم الامين العام للهيئة طلب التحكيم لتغطية مصاريف التحكيم حتى اعداد وثيقة المهمة[١] وان هذا التامين يبقى خاضعا للتعديل خلال سير اجراءات التحكيم، ونصت الفقرة الثالثة من هذه المادة على تحمل المدعي والمدعى عليه

---

[٢] د. فوزي محمد، مصدر سابق، ص٣٤٤و٣٤٥. وينظر قرار محكمة تمييز العراق بخصوص المصاريف: رقم القرار ١٤٤٢مدنية اولى١٩٧٩، ٥٩١مدنية اولى١٩٨٠تاريخه١٩٨١/٦/١٠، مجموعة الأحكام العدلية، وزارة العدل،العدد:٢، السنة: ١٢، نيسان وأيار وحزيران١٩٨١، ص٧٣. والجدير بالإشارة الى ان موقف نظام التحكيم السعودي مطابق لتشريعنا وذلك في المادة (٢٢).

[١] وتسمى كذلك برزنامة تسلسل الاجراءات. وهي التي يتم تنظيمها من قبل محكمة التحكيم وبموجب المستندات المقدمة اليها من طرفي النزاع وبحضور الاطراف وفي ضوء اخر افاداتهم وتحتوي على مجموعة من البيانات كاسماء اطراف النزاع بالكامل وعناوينهم وعرض لطلبات الاطراف واسماء المحكمين وعناوينهم ومكان التحكيم وغيرها. يراجع: المادة(١٨) من قواعد الغرفة التجارية في باريس.

بالتساوي تامين المصاريف، وعند عدم التزام اي طرف بدفع مبلغ التامين يجوز للامين العام بعد التشاور مع محكمة التحكيم ان يطلب منها وقف عملها وتحدد مهلة لاتقل عن(١٥) يوم لاداء التامين والا اعتبرت الطلبات او الادعاءات التي لم يقدم بشانها تامينا للمصاريف مسحوبة عند انقضاء المدة.

وتجدر الاشارة الى ان المحكم لايحق له ان يطالب بما يسمى(باتعاب التعهد)وهي تلك الاتعاب التي درج المحامون في بريطانيا على تقاضيها عند نظرهم للدعاوى التجارية من موكليهم؛ وذلك تحسبا من انهاء وكالته قبل اتمام المهمة ومن ثم خسارة المحامي الاتعاب، ففي احدى الدعاوى بين شركة هونداي التي كانت تقوم ببناء اجهزة ثاقبة لشركة نورجيرل الا ان الاخيرة رفضت الاستلام واحيل النزاع الى التحكيم وعين كل من الخصوم محكما من جانبه ومن ثم عين المحكم الثالث وقد قبل المحكمان المهمة دون الاتفاق على الاتعاب عدا المحكم الاخير الذي اشترط ان تبدا المرافعة خلال سنة ونصف الى سنتين وتبدا المدة من ٥/ايار/١٩٨٧ وقد قدر لها ان تستغرق ثلاثة الى خمسة أسابيع، وبشهر شباط عام١٩٩٠ توفي المحكم المعين من شركة هونداي واستبدل بغيره وطلب الخصوم من المحكمين عدم احتساب(١٢) اسبوع تبدا من ٢٨/نيسان/١٩٩٢ ورد المحكمين بلائحة لاتعابهم تضمنت تكاليف التعهد فلم يرتضي الخصوم ذلك، واحيل النزاع للمحكمة التجارية وحَكم القاضي(فيليب) بان على المحكم عند قبولهم القيام بمهمة التحكيم بذل العناية الواجبة في مباشرة التحكيم ويستحق كل واحد منهم أتعابا معقولة لقاء عملهم، وهذا لا يتضمن الحق في تكاليف التعهد واضاف(ليقات) بانه يتعين عدم الخلط بين مهمة المحكم ومهمة المحامي فما هو معقول لاحدهم من تكاليف ربما لايكون معقولا للاخر[٢].

وعالجت قواعد اليونسترال لعام ١٩٧٦ مسالة حق المحكم بالأتعاب والمصاريف ونصت عليها المواد(٣٨ إلى ٤١)وميزت هذه القواعد بين وجود سلطة تعيين وقامت بإصدار جدول للأتعاب والمصاريف حيث تسير هيئة التحكيم عليه او عند عدم وجود جدول خاص بذلك من قبل سلطة التعيين، فيحق لاي من الطرفين ان يطلب منها تحديد الاسس التي بموجبها تقدر الاتعاب وفي كلا الحالتين لايحق لهيئة التحكيم ان تقدر الاتعاب الا بعد استشارة سلطة التعيين في حالة طلب احد الطرفين ذلك وقبول السلطة على تقديم الاستشارة، ونصت المادة(٤٠) على ان مصروفات التحكيم تقع اصلا على الطرف الخاسر للدعوى ويجوز للهيئة توزيعها مناصفة بين الطرفين ولايجوز للهيئة ان تتقاضى اتعابا عن تفسيرها او تصحيحها للحكم التحكيمي[١]، ونشير اخيرا الى ان اغلب القوانين والقواعد التي سبق بيانها تحدد مقدار الاتعاب والمصاريف

---

[٢] د. احمد عبد الرحمن، مصدر سابق، ص٢٣١و٢٣٢.

[١] د. فوزي محمد، مصدر سابق، ص٣٤٢ومابعدها.

على اساس معيار(قيمة الدعوى) اي بمعنى انه كلما زادت قيمة الدعوى زادت الاتعاب، وهذا غير دقيق ولايحقق العدالة للمحكم، فالأفضل والأرجح ان يعتمد(معيار الساعات المبذولة) في حل النزاع؛ لانه قد تكون الدعوى كبيرة وفيها الكثير من الأطراف والمبالغ المدعى بها قليلة والخلاف معقد ويحتاج الى وقت طويل لحسمه والعكس صحيح إذا كانت المبالغ المدعى بها كبيرة والخلاف سهل ويحتاج إلى ساعات قليلة[٢] وهذا ما نؤيده أيضا في ذلك.

الفرع الثالث

حق المحكم في التمتع بالحصانة

إن صدور الحكم وظهور طرف خاسر في النزاع فانه قد يقوم مثل هذا الشخص الذي صدر الحكم ضده لمحاولة تصفية حسابه مع المحكم من خلال الملاحقات القضائية التعسفية مما يجعل أمر التحكيم هزيلا في حل مشاكل التجارة الدولية[٣]فظهرت أصوات نادت ولازالت تنادي بضرورة ان يتمتع المحكم بحصانة لكي يحسم النزاع على اكمل وجه، كونه يقوم بوظيفة شبه قضائية فلابد له ان يتخلص من الشكوك والمخاوف التي قد تنتابه لكي يصمد المحكم أمام تلك الدعاوى التعسفية التي من الممكن إقامتها عليه إضرارا به[٤]، ولقد ظهر مبدا الحصانة في بادئ الأمر عندما رفع محامٍ دعوى ضد قاضٍ طالبا الحكم له بالتعويض عن الضرر الذي لحق به جراء حرمانه من السير في الدعوى التي كان يتابعها امام القاضي، الا ان المحكمة العليا في الولايات المتحدة الامريكية في دعوى(Bradley v. Fischer) أفادت: ((بان القضاة معفيون من المسؤولية المدنية عن الأعمال القضائية التي يقومون بها في حدود اختصاصهم)) وذكرت المحكمة:((ان مبدا الحصانة متأصل الجذور في الشريعة العامة وهو مبدا ذو أهمية قصوى للإدارة السليمة للعدالة))، وعليه ان القاضي لايعد مسؤولا مدنيا الا عن افعاله غير القضائية او كان ذلك الفعل القضائي خارج حدود اختصاصه، وان القول بذلك يتوجب ان يكون هناك معيار لتحديد الافعال التي يقوم بها القاضي وتحدد على انها قضائية لكي يستفيد من الحصانة وفي غياب مثل هذا التحديد، جرى القضاء على اعفاء القضاة من جميع الافعال التي ياتونها طالما كانت اثناء او بسبب قيامهم بأعمالهم[١]، وان مصدر الحصانة للمحكم ليس العقد المبرم بينه وبين الخصوم بل هي منبثقة من طبيعة المهمة التي يقوم بها وهي مهمة شبه قضائية لها

---

[٢] د. احمد عبد الرحمن، مصدر سابق، ص٢٣٢.

[٣] د. عبد الحميد الأحدب، موسوعة التحكيم– التحكيم الدولي، الجزء:٢، دار المعارف، من دون مكان طبع ولا سنة طبع، ص٢٣٤.

[٤] د. احمد عبد الرحمن، مصدر سابق، ص٢٥١.

[١] احمد عبد الرحمن، مصدر سابق ص٢٥٢.

خصوصية عن مهمة القاضي؛ لكي تخلصه من المخاوف التي قد تسبب له اضرارا من الخصوم وقيام بعض التشريعات مثل قانون المرافعات العراقي مثلا في المادة(٢٦١) الخاصة بالرد بتشبيه المحكم بالقاضي؛ لأنه يقوم بنفس ما يقوم به القاضي من حسم النزاع وبالتالي إخضاعه للنظام القانوني الذي يخضع له القاضي من حيث الواجبات التي تفرض عليه والحقوق التي يتمتع بها[٢]، ولو اننا اخذنا بالراي المعاكس لما سبق فيعني ذلك ان الاطراف قد اعفوا المحكم من اخطاءه وهذا لايمكن الاقرار به؛ لان الدول ذات الاتجاه اللاتيني لاتسمح بان يتفق المتعاقدان على استبعاد مسؤولية احدهم من افعاله المتعمدة ولقد اكد الفقيه(سالمون):((بانه تم الاتفاق على ان القضاة يتمتعون بحصانة مطلقة تجاه اي من الدعاوى المدنية التي تقام ضده بخصوص اي شيء يقولونه او يفعلونه في المحكمة خلال المرافعة، وهذا الافتراض قد تم تطبيقه على المحكم ايضا))[٣].

وظهرت ثمة دوافع تكمن وراء بروز حق المحكم في الحصانة من الدعاوى المدنية، فمن هذه الدوافع ان قيام الخصوم بإقامة دعوى المسؤولية على المحكم عن الأضرار التي تصيبهم، تؤدي لترك المحكم نظر النزاعات والتقليل من عددهم، وهذا يناقض سياسة المشرع في الولايات المتحدة والمملكة المتحدة، وان طبيعة عمل المحكم تحتم ان يخرج أحد الخصوم خاسرا في نهاية الدعوى مما قد يُشعر هذا الخصم بان ظلما وقع عليه وبالتالي يقاضي المحكم وإذا حصل مثل ذلك فلن يكون هناك استقرار للمعاملات او حد للدعاوى مما يناقض فكرة المشرعين في ضرورة استقرار المعاملات، ولو قبلنا بمقاضاة المحكم عن كل ما يصدر منه لأدى ذلك وحسب المجرى العادي للامور لقيام المحكم بتامين نفسه من احتمالات مسؤوليته بما يحصل عليه من زيادة تكاليف النفقات التي يطلبها من الخصوم او تضمين العقد المبرم بينهما على شرط يقضي بالحصانة من المسؤولية[١]وتأييدا لما سبق ذكره نجد ان المحاكم في أمريكا تمد حصانة القاضي للمحكم كما فعلت محكمة تكساس العامة عام ١٩٩٥ وكذلك محكمة(Olson) عام ١٩٨٢[٢]، وهكذا الحال ايضا في انكلترا عندما رفض احد القضاة ويدعى(بوفيل) من ارساء سابقة قضائية لمسؤولية المحكم مدنيا عن اهماله اذ اقام حكمه على غياب السابقة القضائية التي تجيز مقاضاة المحكم اذ قال:((لا وجود لمبدأ يفيد بان الشخص اذا ما نصب للفصل في النزاع في دعوى بين

---

[٢] حاجم فلاح راكان الشمري، مخاصمة القضاة، رسالة ماجستير، كلية القانون– جامعة بغداد، ١٩٨٩، ص٣٨.

(3)Anastasia Tsakatoura, The Immunity of Arbitration, 20/June/2002,on website: www.inter~lawyer.com

[١] د. احمد عبد الرحمن، مصدر سابق، ص٢٥٣.

(2)James J. Juneay, Texas court of Appeals, Third district, at Austin, on website: www.3rdcoa.courts.state.tx.us

الخصوم يكون محلا لرفع دعوى للتعويض عن الاهمال الذي وقع به... لا وجود لمثل هذه السابقة ... وانا لن ارسي هذه السابقة))[٣] ومن هذا الاتجاه نجد إضفاء الحصانة للمحكم شأنه شأن القاضي في ذلك.

ومع ظهور ذلك الاتجاه الذي نادى بضرورة تمتع المحكم بالحصانة، ظهرت أصوات المعارضين لمثل ذلك الأمر واقاموا ادعاءاتهم على عدة مبررات منها انتقادهم تشبيه المحكم بالقاضي بسبب الاختلاف بينهما من عدة نواحٍ فالقاضي يستمد سلطته من الدولة بشكل مباشر وهو ايضا لا يعين من قبل الخصوم، وكما أكد(كَيلبراندون) في قضية (ارنسون ضد كاسون) بان:((المواطن لا ينتقي القضاة في هذا النظام كما انه لا يكافئهم وليس للقاضي أية مساومة مع الأطراف))[٤] ، اما المحكم فهو شخص أولاه الخصوم الثقة لحسم النزاع ولاتعينه السلطة العامة بشكل مباشر، فهو شخص عادي على الأغلب ولا تشترط به شروط العمل القضائي[٥]، وان سلطة المحكم مستمدة من اتفاق الأطراف والعقد، وكذلك ان حصانة المحكم هي مستقلة بالضرورة عن مهمته التي يقوم بها فلو كان القاضي في دولة ما لا يتمتع بالحصانة فمن باب أولى عدم سريانها على المحكم وان تمتع المحكم بالحصانة سيؤدي لإهمال المحكم في عمله وعدم اللجوء إليه ويؤدي لعدم تفانيه في عمله وبذل الجهد المطلوب منه مادام انه ضمن لمصلحته تكاليف المهمة المستحقة له بعد اصدار الحكم، ويدعم هذا الاتجاه ما قررته احدى المحاكم في قرار لها حول نزاع وقع عام ١٩٨٤ بين:(Hoosac Tunnel dock and elevaton v. o`brien)بان المحكم له الحق في الحصانة حتى عن الأفعال العمدية التي يرتكبها قاصدا الأضرار بأحد الخصوم[٦]، ونشير هنا الى اختلاف القوانين من مسألة حصانة المحكم، فالولايات المتحدة تاخذ بحصانة المحكم بشكل مطلق وتمنع ملاحقته من اي خطأ فادح او عادي، اما المانيا والنمسا وإنكلترا والنرويج فتعطي للمحكم حصانة ضد الخطأ ولكنها ليست بحصانة مطلقة، حيث تثار مسؤوليته حسب القانون الإنكليزي للتحكيم لعام١٩٩٦ بموجب نص المادة(٢٩) إذا ارتكب خطأ بسوء نية، أما في فرنسا وإسبانيا فموقفها من ذلك على عكس باقي الدول فهي لا تمانع من ملاحقة المحكم قضائيا، ففي فرنسا لايمكن ملاحقة القاضي إلا بشروط صعبة وإذا لوحق فان الدولة هي التي تضمن الخطأ وتكون مسؤولة عنه وهذا لا ينطبق على المحكم، فهو كما يقول الفقه الفرنسي:((يبقى فردا....)) وملاحقة المحكم بالمسؤولية تبقى ممكنة بشروط

---

[٣] الدعوى بين:(Tharsis sulphur and copper co. LTD. v. Loftus)نقلا عن:د.احمد عبد الرحمن، مصدر سابق، ص٢٥٣.

(4)Anastasia Tsakatoura, op.cit., p.5.

[٥] حاجم الشمري، مصدر سابق، ص٣٩.

[٦] د. احمد عبد الرحمن، مصدر سابق، ص٢٥٥.

اسهل من تلك التي يلاحق بها القاضي ولكن المحاكم تؤمن مع ذلك حماية للمحكمين، ولقد ذهب الاجتهاد الفرنسي لأبعد من ذلك اذ عَدَّ: ((ان مجموع الانتقادات الموجهة للمحكمين تنصب ضمنيا على مأخذ عام انهم حكموا بصورة غير صحيحة وفي هذا الحقل فان تضييق سلطة المحكمين لا تنسجم ولاتتفق ولاتتلائم مع مهمتهم الرامية إلى الفصل في النزاع المعروض عليهم، وبالتالي فان مسؤوليتهم لايمكن البحث عنها الا في اطار الخطأ الجسيم المعادل للغش)) وعَدَّ ايضا هذا الاجتهاد بان إيراد الاتهامات ضد المحكمين والقول بان عملهم كان مشبوها وانهم ارتكبوا أخطاء مهنية دون ادلة على ذلك يعد عملا يتسم بالخفة وقلة العناية[١].

والسؤال الذي يطرح الان هو: مامدى الحصانة التي لابد ان يتمتع بها المحكم؟ فظهر اتجاهان بهذا الصدد، فالأول: يعطي للمحكم حصانة مطلقة من جميع الدعاوى التي ترفع ضده من الخصوم ففي إحدى الدعاوى قضت المحكمة بعدم مسؤولية المحكم مدنيا حتى عن أفعاله الاحتيالية التي تشكل تآمرا مع احد الخصوم ومحاميه لإصدار حكم معيب إضرارا بالخصم الاخر لكن مثل هذا الاتجاه لايمكن قبوله بهذا الشكل؛ لانه يدل على انحياز متطرف لمصلحة المحكم[٢]، وانه كيف يمكن تحصين الخطأ الفادح والفاضح لمثل هذا المحكم؟ وأليس هذا النوع من المحكمين خطرا على التحكيم وعلى ثقة الناس به، وعليه فان اخطر مافي الحصانة ان تستر العيوب والغش، فكيف يمكن ان يستمر التحكيم وفيه غش وجهل لا يجوز محاسبته؟[٣]، وكما أكد الفقيه(لاليف) بأنه: ((عدم مسؤولية المحكمين وخصوصا اذا منحوا حصانة مطلقة فان ذلك سوف يشجع الإهمال، فهل من الأفضل باسم الحصانة ان نترك الطرف المتضرر دون علاج في مثل هذه الحالات؟))[٤]، اما الاتجاه الثاني: فهو ينتقد فكرة الحصانة المطلقة(absolute immunity) ودعا الى ايجاد نوع من الحصانة أطلق عليها اسم(الحصانة المشروطة) او(المهذبة للمحكم) (qualified immunity)فمثل هذا الاتجاه لا يستبعد الحصانة كليا ولا يحدد المسؤولية كليا، فهم لا يستحقون الحصانة اذا قاموا بأعمال تعد إضرارا بالخصوم وكذلك حالات الاحتيال والإهمال ويمكن التمسك بالحصانة اذا ارتكب أفعالا خاطئة تجاه الخصوم بحسن نية، وان مثل هذا الاتجاه هو الأقرب للمنطق القانوني السليم، وان ما جاء به اتجاه(الحصانة المشروطة) من إيجابيات إلا انه لم يحدد تلك الشروط التي يمكن منح المحكم على أساسها الحصانة ولم يحدد معيارا معينا لتحديد المهام القضائية من عدمها والتي يستفيد المحكم بموجبها

---

[١] د. عبد الحميد الأحدب، مصدر سابق، ص٢٣٤ومابعدها.

[٢] د. احمد عبد الرحمن، مصدر سابق، ص٢٥٦و٢٥٧.

[٣] د. عبد الحميد الأحدب، مصدر سابق، ص٢٣٧.

(4)Anastasia Tsakatoura, op.cit, p.6&7

بالحصانة[1]ومما سبق نجد ان حصانة المحكم تكون بشروط حيث يعد مسؤولا عن الخطأ الفادح دون العادي ويسأل عن الغش وأي فعل يثبت انه ارتكبه بسوء نية وهذا ما نرجحه في بشأن حصانة المحكم.

وصحيح ان اجتهاد المحاكم في دول أعراف القوانين الانكلوامريكية فهمت الحصانة بمعنى ان المحكم الذي فصل في النزاع لايمكن ملاحقته بالمسؤولية للطريقة التي حسم بها النزاع، ولكن حصانة المحكم من المسؤولية عن الخطأ أخذت تتطور مع الزمان والمكان الى حد إقامة العلاقة بين الخصوم والمحكم على أساس تعاقدي وبالتالي خضوعه للمسؤولية العقدية بعد ان كان يتمتع بحصانه مشابه لحصانة القاضي، وان حماية المحكم في الفقه الامريكي تتوجه بالدرجة الاساس الى الوظيفة لا الى شخص المحكم، ففي النظام القانوني الكندي الذي يعترف بحصانة المحكم صدر عن محكمة استئناف كيبيك عام ١٩٨٥ قرار يَعدُّ الأشخاص الملاحقين بالمسؤولية عن الخطأ في تخمين ثمن البضائع يمارسون مهمة المحكمين وبالتالي الحصانة تحميهم، ولكن محكمة النقض بكندا أبطلت الحكم واعتبرت ان هؤلاء هم خبراء فصلوا في النزاع ليتمتعوا بالحصانة[2]، اضافة لمشكلة تمتع المحكم بالحصانة وما اثارته من جدل ظهرت مشكلة اخرى وهي هل بالإمكان ان تتمتع مؤسسات ومراكز التحكيم المنظم(المؤسسي) بالحصانة على اساس انها شخص معنوي، ففي كثير من الاحيان يلجأ الأطراف إلى المؤسسة للمطالبة بالتعويض عن الأضرار التي أصابتهم، عندما يكون المحكم متمتعا بالحصانة او كان معسرا وان لم يتمتع بالحصانة، واول هذه الدعاوى[3] التي أثارت حصانة المؤسسة التحكيمية تتلخص وقائع الدعوى في ان عضويين لدى المدعى عليه نشب خلاف بينهما فلجأ كل طرف الى المؤسسة لحل النزاع ولم يرتضِ احد الخصوم الحُكم ورفع دعوى ضد المؤسسة مطالبا بالتعويض وحكمت المحكمة برفض الدعوى على اساس ان وظيفة ادارة التحكيم هي شبه قضائية ومشمولة بالحصانة[1].

ويمكن القول ان حصانة المحكم تؤخذ من قانون البلد التابع لها المحكم وفقا للاصول العامة، مع انه يمكن ان نجد ان هناك بعض الدول التي ترشح محكمين دوليين من قائمة معدة

---

[1] د. احمد عبد الرحمن، مصدر سابق، ص٢٥٧.

[2] د.عبد الحميد الأحدب، مصدر سابق، ص٢٣٥و٢٣٧.

[3] وهي الدعوى بين:(Melody v. South St. Paul live stock exchange).

[1] د. احمد عبد الرحمن، مصدر سابق، ص٢٦٠.

بأسمائهم لدى جهات خاصة مثل وزارة العدل وبالتالي تكون حصانة المحكم كحصانة القاضي[٢].

ولقد نص القسم(١٤) من القانون الموحد للتحكيم في الولايات المتحدة لعام٢٠٠٠ على منح المحكم ومنظمة التحكيم حصانة كحصانة القاضي عن اعمالها التي تقوم بها ولايمكن مسألتهما مدنيا ولايمكن دعوة المحكم الى الشهادة او اية منظمة اخرى حيث يحق للمحكمة اصدار قرار بمنع اتخاذ اي اجراء ضدهما[٣]ومع ضرورة تمتع المحكم بالحصانة فقد ترفع عنه مثل هذه الحماية عندما يمارسون اعمالا تعد كسوء تصرف مع اطراف النزاع، فنجد ان المحكم غير معفي من المسؤولية بسبب الاحتيال او الفساد الذي وقع به[٤].

ولقد نصت المادة(٣٤) من قواعد غرفة التجارة الدولية في باريس بتمتع المحكم ومحكمة التحكيم واللجان الوطنية للغرفة بالحصانة، وذهبت المادة(٣٥) من قواعد الجمعية الامريكية للتحكيم لعام٢٠٠٠ الى الحصانه حتى عن الاعمال ذات الطابع الاداري وهذا موقف محكمة لندن في المادة(٣١) منها وقواعد مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم التجاري في المادة(٤٠)، وتجدر الاشارة الى ان القانون الانكليزي للتحكيم لعام١٩٩٦ نص وبشكل صريح على تمتع اي مؤسسة او مركز تحكيمي او اي شخص اخر بالحصانة عن الاعمال التي قام بها مالم يثبت سوء نيته عند ارتكابها، وذلك بموجب المادة(٧٤)، ومع كل ما سبق قوله حول تقرير الحصانة للمحكم والمبررات التي تقوم عليها، الا انه يمكن ان تقام مسؤولية المحكم ويسأل عن الاضرار التي ارتكبها بحق احد طرفي النزاع او كلاهما، وذلك اذا اخل بالتزاماته كامتناعه عن اداء المهمة التي قبلها او مخالفته للمبادىء الاساسية الخاصة بحقوق الاطراف،فانه سيكون مسؤولا عن تعويض الاضرار التي ترتبت عن هذا الاخلال وفقا للقواعد العامة للمسؤولية العقدية، ونجد ان اغلب التشريعات والقواعد الدولية الخاصة بالتحكيم لم تنظم نصوصا خاصة لمسؤولية المحكم ولا يمكن القول بان نصوص المرافعات الخاصة بمسؤولية القضاة تطبق عليه؛ وذلك لان مثل هذه النصوص تواجه قضاة الدولة، اما المحكم وان كان يقوم بعمل شبيه بالقاضي الا انه لا يتبع

---

[٢] مقالة حول حصانة المحكم، من دون اسم كاتب،ص١، منشورة بتاريخ ٢٠٠٤/٧/١٩ على الشبكة العالمية للمعلومات وعلى الموقع:

www.mohamoon.com\montada

[٣] يمكن الاطلاع على موقف القانون من خلال الموقع:

www.law.upenn.edu/bll/ulc

(4)Securities Industry Conference, The Arbitrators Manual, January2001,p.25,on website:
www.meyerassoc.com

دولة معينة ولا يصدر حكمه باسمها وهو لا يستمد سلطاته او صفته الا من اتفاق الاطراف[١]، ومن مطالعة نصوص التحكيم في قانون المرافعات العراقي ونصوص قانون التحكيم المصري وكذلك المرافعات الفرنسي لا نجد أي نص خاص ينص على تمتع أو إعفاء المحكم من الحصانة، وان تمتع المحكم بالحصانة في العراق يستوجب وضع نص تشريعي بهذا الشأن، وبالتالي تطبق القواعد العامة للمسؤولية ويسأل بدعوى مدنية مالم يكن قاضيا فيسأل بدعوى المخاصمة، الا ان بعض التشريعات ذهبت الى اقامة مسؤولية المحكم على اساس المسؤولية العقدية ومنها قانون المرافعات الايطالي(المادة:٨١٣) والمرافعات الاسباني(المادة:٢٥) وقانون الاجراءات المدنية النمساوي(المادة:٢/٥٨٤)، ومع كل ما مضى فان مسؤولية المحكم يمكن ان تقام ويسال مدنيا عن اهماله الجسيم وخطئه الفادح وخصوصا اذا ما انطوى عمله على غش او سوء نية استنادا للقواعد العامة التي تحكم المسؤولية التقصيرية ولجبر الاضرار الفادحة التي اصابت الخصوم والتي تتمثل باضاعة الوقت والمصاريف للخصوم[٢]، ومما لاشك فيه ان وجود قواعد رد المحكمين سواء عند بدء اجراءات تشكيل الهيئة او اثناء السير بالاجراءات يؤدي الى تجنب حالات المسؤولية، ولذلك يندر وجود احكام لادانة المحكمين على اساس احكام المسؤولية العقدية والتقصيرية[٣]

المطلب الثاني

التزامات المحكم

عند قيام المحكم بنظر النزاع المعروض عليه فانه لابد ان يلتزم بجملة من الواجبات التي تعد بالمقابل حقوقا لطرفي النزاع وإلا قامت مسؤوليته عن الإخلال بواجباته ووجب عليه

---

[١] د. احمد عبد الرحمن، مصدر سابق، ص٢٦٢و د. محمود مختار، مصدر سابق، ص٨٩.

[٢] د. احمد السيد صاوي، مصدر سابق، ص١٠٩و ١١٠.

[٣] د. محمود مختار، مصدر سابق، ص٩٠.

التعويض، وان الواجبات الملقاة على كاهل المحكم والتي لابد ان يلتزم بها متنوعة وكثيرة الا ان اهمها ما سيتم بيانه ادناه وحسب الفروع الاتية:

الفرع الأول

التزام المحكم بالحياد والاستقلال تجاه طرفي النزاع

ان المحكم عندما يباشر نظر النزاع فهو كما اوضحنا سابقا عمله شبيه بالقاضي، فعلى المحكم بناءا على ذلك ان يكون مستقلا ومحايدا؛ لان وجود هذين العنصرين يحقق نجاح التحكيم، فلا يصح للمحكم ان ياخذ صورة المحكم المحامي ولا صورة المحكم الخصم[١] ولقد تاكد هذا الاتجاه منذ امد بعيد فرسالة أمير المؤمنين(عمر بن الخطاب){رضي الله عنه} إلى ابي موسى الاشعري خير دليل على ذلك حيث قال: (أما بعد، فان القضاء فريضة محكمة وسنة متبعة فافهم إذا أدلي إليك فانه لا ينفع تكلم بحق لانفاذ له، آسٍ بين الناس في مجلسك وفي وجهك وقضائك حتى لا يطمع شريف في حيفك ولا ييأس ضعيف من عدلك....))[٢].

وانه لابد من عدم الخلط بين استقلال المحكم وحياده، وان كان هذا الخلط ناتج من عدم وجود تحديد دقيق وشامل لكلا المصطلحين والاختلاف الفقهي الكبير في إيجاد تعريف واضح لهما، فالاستقلال: هو عدم تبعية المحكم لأي من طرفي النزاع او عدم ميل العاطفة تجاه احد الخصوم وان لا يستلم توجيهات من أحدهم وعدم وجود تأثيرات من عداوة او مودة يرجح معها عدم قدرته على الحكم[٣]، اما الحياد: فهو عدم الميل او الحكم بالهوى لاحد الطرفين وعدم وجود مصلحة للمحكم في النزاع، وذكر البعض على انه ((موقف ذهني بحت بينما الاستقلال يتصل بالعلاقة بين الخصوم والمحكم المتصلة مثلا بالعلاقة التجارية او الاجتماعية وغيرها[٤])).

ويعد مبدأ حياد المحكم من النظام العام الاجرائي التي ترمي لتحقيق المصلحة العامة[١]والحياد يمكن ان يتحقق عندما يحمل المحكم جنسية دولة تختلف عن جنسية اطراف النزاع وذلك في التحكيم التجاري الدولي وهذا ما تشير له اغلب القواعد والقوانين[٢]، وعليه فالمحكم لابد ان يكون غير متأثر بأية مصالح شخصية وان يفصل في النزاع من واقع الاوراق

---

[١] د. منير عبد المجيد، مصدر سابق، ص١٤٠.

[٢] محمد بن أبي بكر أيوب الزري المعروف بابن القيم الجوزية، أعلام الموقعين عن رب العالمين،تحقيق:طه عبد الرؤوف سعد، الجزء:١، دار الجيل، بيروت، ١٩٧٣، ص٨٥ومابعدها.

[٣] د. احمد السيد صاوي، مصدر سابق، ص٩٩ و د. احمد عبد الرحمن، مصدر سابق، ص٢١٠.

[٤] رأي(Andreas bucher)، مشار إليه لدى: د. احمد عبد الرحمن، مصدر سابق، ص٢١٠.

[١] حميد فيصل، مصدر سابق، ص١٨٠.

[٢] كقواعد الغرفة التجارية في باريس والقانون المصري وغيرها، وللتفاصيل اكثر يراجع المبحث الأول من الفصل الثاني من هذه الدراسة.

ولا يقضي بمعلوماته الشخصية، الا ان الشرط الاخير يمكن التخفيف منه في مجال التحكيم خصوصا؛ لان المحكم عندما يختاره الخصوم قد يكون من اهل الخبرة او من رجال الاعمال الذين لهم معرفة في الامور التجارية[٣]وان مثل هذا الواجب الملقى على كاهل المحكم لابد ان يلتزم به لكي لا يتعرض إلى إنهاء مهمته وإعفاءه منها بالرد او العزل من قبل الخصوم.

ونجد ان بعض الفقهاء حاول ان يضع حدا فاصلا بين المصطلحين انفي الذكر فاشار للاستقلال بانه يكفي الظهور بمظهر الانحياز وليس الانحياز الفعلي وذلك حسب معيار موضوعي يسهل تبيانه، بينما الحياد فلا يكفي فيه الظهور بمظهر المنحاز بل يتعين اثبات الانحياز الفعلي وذلك لان المعيار هنا شخصي يصعب اثباته، ونجد ان الكثير من القوانين لم تتشدد في شروط اختيار من يكون محكما مما سبب عدم وجود ضمانة كافية للخصوم في ذلك؛ لان التشريعات الخاصة بالدول المتحضرة تستوجب فيمن يمارس عملا مهنيا كالمحامي او الطبيب او المهندس او القاضي ان يحصل على شهادة او خبرة وذلك للاشارة الى مؤهلاته وكفائته حتى اذا ما قدم خدمة للجمهور فتكون حائزة على الحد الادنى من المستوى المطلوب[٤]، ومع ذلك فالقول بصعوبة اثبات عدم حياد المحكم ليست بالمطلقة بل يمكن اقامة الدليل على ذلك من خلال الاستنتاج بانه قد فسح المجال لاحد الطرفين في ابداء دفوعه وطلباته ولم يسمح للاخر او مقاطعته او يبدي تحمسا لسماع شهود احد الاطراف دون الاخر مما يدل على انتفاء حياديته تجاه احد الطرفين[٥]، وعليه فعدم خضوع المحكم لاية جهة رسمية ذات مصلحة يؤمن نوع من الحياد والضمانة الضرورية في نظر المستثمرين الاجانب وكذلك الحال مع اللجوء لمنظمات التحكيم ومراكزها التي تعطي لكلا الطرفين وحسب قواعدها الاجرائية والموضوعية قدرا من الحيادية وتضع الطرفين على قدم المساواة[١].

ومن التطبيقات القضائية الدعوى بين(Tracomin s.a v. gibbs Nathaniel Canada)

الذي طلب المشتري رد المحكم الذي عين من البائع لظهوره بمظهر المنحاز ضد المشتري وكان موضوع العقد تزويد المشتري بكمية من الفول السوداني وقد عين المحكم بواسطة طرف اخر في دعوى اخرى ضد المشتري نفسه، وكان المشتري قد رفع دعوى في لندن يطلب اجراء وقتي اذ حضر هذا المحكم وجلس بجانب محامي الخصم واخذ يناقش معه دفاعه ودفوعه ضد المشتري دون ان يكون له صلة بالدعوى ولقد برر المحكم ذلك بانه ليس له مصلحة وانه تقاعد من

---

[٣] د. منير عبد المجيد، مصدر سابق، ص١٤١.

[٤] د. احمد عبد الرحمن، مصدر سابق، ص٢١٤و٢١٥.

[٥] د. احمد السيد صاوي، مصدر سابق، ص١٠٠.

[١] د. جورج حزبون، النظام القانوني للتحكيم الأجنبي في القانون الداخلي، مجلة الحقوق، العدد:٤، السنة:١١، كانون الاول١٩٨٧، جامعة الكويت، ص١٨٩و١٩٠.

ممارسة التجارة وانه كان يستوضح فقط دفاعهم ولم يعمل على توجيه المحامي، وقد حكم القاضي بان مثل هذا السلوك كافي لاثبات احتمال الانحياز الظاهر من جانب المحكم ولقد تشدد القاضي في ذلك وافاد في حكمه:((كثير من المحكمين يوافقون على ان مهمة الظهور بمظهر المنحاز اكثر صعوبة عليهم من القاضي؛ لانهم اكثر اتصالا بالخصوم وفي بعض الاحيان فان هذه المهمة تكون اصعب من الحكم في موضوع الدعوى))[٢] ومع ذلك فانه لايعيب المحكم توافر مصلحة ادبية له في حسم النزاع وانه لابد ان يتحلى بمظهر الحياد فلا يجعل نفسه في موقف متكافىء بين الطرفين بسبب علاقات عائلية او خاصة بينه وبين أحدهم[٣] وعلى المحكم من خلال ما سبق واجب الكشف عن اية ظروف قد تمس استقلاليته او حيدته وتجعله في موقف قد يتعرض فيه الى اعفاءه من اداء مهمته وذلك برده كما سياتي بيانه في المبحث التالي.

وفي احدى القضايا أقدمت المحكمة الفدرالية للولايات المتحدة على انتقاد المحكم الذي قام بمناقشة مضمون دفاع الخصم الذي عينه في مقر ذلك الخصم وفحص المستندات وحاول مناقشة المحكم المعين من الخصم الاخر وكل ذلك قبل اتمام تشكيل هيئة التحكيم بتعيين المحكم المرجح فاذا اقدم المحكم على ذلك فعليه ان يعلنه للخصم الاخر او لايقوم به الا بموافقة الخصم الاخر[٤].

ويتضح مما سبق ان المشرع العراقي قد اكد على ضرورة ان يكون المحكم مستقلا وغير متحيز الى طرف دون طرف اخر وذلك لانه ساوى في اسباب الرد بين المحكم والقاضي؛ لان القاضي لابد ان يكون غير متحيز وان يكون محايد يمكن الاطمئنان لحكمه بالاطمئنان لعدم تحيزه وعدم التأثر بأي مؤثر[١] وهذا ما نصت عليه المادة(٢٦١) مرافعات، ونص كذلك قانون التحكيم المصري في الفقرة الثالثة من المادة(١٦) على واجب المحكم في ان يفصح عند قبوله عن اية ظروف من شانها إثارة الشكوك حول حيدته واستقلاليته[٢]، اما المشرع الفرنسي فعالج مثل هذه المسائل في المادة(١٤٦٣) من قانون المرافعات، واشارت محكمة باريس في حكمها في ١٩٨٩/٦/٢ لضرورة توافر استقلال المحكم وتوافر الحيادية عند نظره للنزاع حسب قرار محكمة باريس في ١٩٨٦/١/١٣[٣]، ولقد نظمت قواعد جمعية التحكيم الامريكية وقواعد جمعية

---

[٢] د. احمد عبد الرحمن، مصدر سابق، ص٢١٢و٢١٣.

[٣] د. احمد أبو الوفا، التحكيم بالقضاء وبالصلح، ص١٤٤و١٤٥.

[٤] د. احمد عبد الرحمن، مصدر سابق، ص٢٣٦و٢٣٧.

[١] ضياء شيت خطاب، مصدر سابق ص٣٧.

[٢] واشارت لذلك أيضا: الفقرة(٥) من المادة(١١) نموذجي والمادة(٩) يونسترال و المادة(٧) من قواعد الغرفة التجارية في باريس.

(3)code de procedure civile,5 edition, 1991-1992,dalloz,paris, p.650&651.

المحامين الدولية(IBA)أحكاما وقواعد خاصة بالسلوك الأخلاقي للمحكم والتي لابد له ان يلتزم بها ويكشفها والتي قد تؤثر على حياده واستقلاليته[٤] وهي لا تختلف عما سبق ذكره فيما مضى.

الفرع الثاني

التزام المحكم في احترام حق الدفاع للطرفين

يعد مثل هذا الواجب من اهم الواجبات التي لابد للمحكم ان يلتزم بها؛ والسبب في ذلك يعود الى انه من الممكن الطعن بالحكم التحكيمي الصادر منه ورفض تنفيذه وبالتالي إبطاله إذا لم يراعِ مثل هذا الواجب تجاه الخصوم، وان حق الدفاع يعد اهم أسس التقاضي، فهو من الحقوق الأساسية التي لايمكن إنكارها فلا يكفي تأكيد هذا الحق بل لابد من تمكين كل طرف من ابداء اوجه دفاعه والرد على حجج الآخر[٥]، وان حق الدفاع بالمفهوم الحديث لم يعد يعني مجرد تمكين الخصم من عرض وجهة نظره أمام الهيئة التحكيمية بل يشتمل ايضا على منح الخصوم حق مناقشة ما يقدمه من ادعاء ودفاع في الدعوى بغية دحضه وبالتالي إقناع الهيئة بإصدار الحكم لصالحه[٦]، وان هذا الحق يعني كذلك تحقيق المساواة في المراكز الإجرائية بين الخصوم؛ لانه لايمكن تحقيق العدالة دون هذه المساواة[٧]، وحق الدفاع هو احد قواعد النظام العام الإجرائي الذي يفرض على المحكم إعطاء الطرفين الفرصة الكاملة لتقديم ما لديهم من ادلة ومستندات وشهود واعطائهم الوقت الكافي لجلب الشهود وتبادل اللوائح وغيرها[١]، وان مثل هذا الحق لابد من مراعاته عند اجراء التحكيم ولو لم ينص عليه؛ لانه يعد ضمانة من ضمانات التقاضي ويعتبر من قبيل الاخلال بحق الدفاع السماح لاحد الطرفين بتوكيل محامٍ وحرمان الاخر من ذلك او مناقشة احد الطرفين وسماع اقواله في غيبة الطرف الاخر، واذا كان الاقرار الذي تلقاه المحكم من الغير قد استند عليه في الحكم ولم يُعلم الاطراف به فحكم المحكم يعد مخالفا لحقوق الاطراف وتتحقق المخالفة ايضا عندما يكون هناك نزاع بين شركاء وتم سماع شريكين اخرين بعيدا عن الاطراف ودون اعلام الباقي بذلك وبنتيجة الاستماع[٢].

وبناءا على ماتقدم، على المحكم ان يفسح المجال كاملا امام الاطراف للدفاع عن حقوقهم؛ لان تمكين الطرفين من تقديم ادلتهم واوجه دفاعهم هو حقٌ لايحق للمحكمين التفريط به

---

[٤] د. احمد عبد الرحمن، مصدر سابق، ص٢٣٤.

[٥] عوض خلف، مصدر سابق، ص٨٠.

[٦] جليل حسن الساعدي، كفالة حق الدفاع أثناء نظر الدعوى المدنية، رسالة ماجستير، كلية القانون–جامعة بغداد، ١٩٩٣، ص٣.

[٧] عمرو عيسى الفقي، مصدر سابق، ص١٣٣.

[١] حميد فيصل، مصدر سابق، ص١٨٠.

[٢] د. منير عبد المجيد، مصدر سابق، ص١٥٢.

والتساهل فيه، ولقد جاء في قرار لمحكمة استئناف مصر والصادر عام ١٩٣١ بأنه: ((حق الدفاع مقدس وبخاصة في مسائل التحكيم))[٣] ويرتبط بحق الدفاع واجب اخر يلتزم به المحكم وهو مكمل له وهو معاملة الاطراف على قدم المساواة؛ لان الاخلال بمبدأ المساواة بين الاطراف يخل كذلك بحق الدفاع، وان الاخلال بحق الدفاع قد ينتج عن عدم المساواة بين الخصمين فافساح المجال لخصم للدفاع عن حقه دون الخصم الاخر يخل بمبدا المساواة وفيه اخلال بحق الدفاع[٤] وطبيعي لكي يستوفي الطرفين حقهما في الدفاع فانه لابد من اتمام التبليغات الخاصة بمواعيد الجلسات بشكل صحيح ليتسنى لكل طرف الحضور في الموعد المحدد لذلك[٥]، ويلتزم المحكم بكفالة حق الدفاع وذلك في اطار نظام الدولة التي يجري التحكيم على ارضها ولدى الدولة التي سوف ينفذ الحكم لديها، وعلى المحكم ان يحترم القواعد الامرة في قانون مكان التحكيم بما في ذلك إجراءات التحكيم وتقديم الأدلة ومنها وجوب نظر النزاع عند حضور الخصوم وبحضور جميع أعضاء الهيئة ومن الصعوبة بمكان استبعاد ما تقضي به نصوص النظام العام في بلد مكان التحكيم، وان كفالة حق الدفاع في اطار النظام العام لدولة التنفيذ ضروري؛ لانه يمكن للخصم ان يثبت انه لم يعلن إعلانا صحيحا بتعيين المحكم او بافتتاح الاجراءات وانه لم يقدم دفاعه وكل هذه قد تؤدي لوجود غش في الاجراءات مما ادى لعدم تمكن احد الاطراف من تقديم دفاعه، ويعد ذلك متعارضا مع النظام العام لدولة التنفيذ مما يستتبع رفض الاعتراف والتنفيذ للحكم[١].

ويعد من تطبيقات حق الدفاع(احترام مبدأ المواجهة بين الخصوم) والذي يعني تمكين الخصوم من إجراء مناقشة حرة بين الخصوم حيث يستمع المحكم لكل من الرأي والرأي الأخر وتقديم اوجه الدفاع والادعاء وطرحها لغرض مناقشتها، فما يضيفه هذا المبدأ هو تمكين كل خصم من العلم بالطلبات واوجه الدفاع المقدمة من خصمه مما يؤدي بالنتيجة لاجراء مناقشة بينهم[٢]، ويعد هذا المبدأ من المبادئ الأساسية المفروضة عالميا والذي يهدف الى عدم مفاجأة الطرف الاخر وعدَّ البعض ان هذا المبدأ يتفرع من حق الدفاع ليشكل جزءا من الكل، ويعد حق الدفاع أوسع نطاقاً من مبدا المواجهة؛ وذلك بسبب ما يفرضه حق الدفاع على المحكم والاطراف من واجبات تزيد عن مجرد حصول الاجراءات بمواجهة الخصوم، وان هذا المبدا قد تطور كثيرا فلقد كان في القانون الروماني القديم يعني قيام الطرف باقناع المحكم بوجهة نظره ثم تطور الى

---

[٣] آ. حسين المؤمن، مصدر سابق، ص٣٨.

[٤] د. احمد السيد صاوي، مصدر سابق، ص١١٨.

[٥] د. فوزي محمد، مصدر سابق، ص١٧٦.

[١] د. منير عبد المجيد، مصدر سابق، ص١٥٢وما بعدها.

[٢] جليل حسن، مصدر سابق، ص٣و١٧.

حرية المناقشة بين الخصوم للوصول الى اقناع المحكم وذلك بإسماع المحكم كل منهما رايه في الدعوى وتطور اكثر ليصل الى منح كل خصم الحق بان يعلم بوسائل دفاع الخصم الاخر وبما يثار في الدعوى من اسباب واقعية وقانونية وحق مناقشتها[٣].

ومما سبق يتضح بانه لايمكن القيام باية اجراءات او تقديم طلبات جديدة او تعديلها في جلسة تخلف عنها الطرف الاخر والموجهة اليه تلك الطلبات[٤]، ويلاحظ بانه لايعد اخلالا بحق الدفاع ان تقضي هيئة التحكيم بعلمها الشخصي؛ وذلك لان اختيار المحكم يقوم على اساس توافر خبرة معينة لديه لها صلة في موضوع النزاع ولايعد إخلالا كذلك بحق الدفاع ولا بمبدا المواجهة ان تفصل الهيئة في موضوع النزاع دون تحديد جلسة للمرافعة بعد استئناف الخصومة لسيرها بالفصل في طلب الرد اذا كانت الهيئة قد سمعت قبل تحقق سبب الوقف دفاع الخصوم وتقديمهم للمستندات إليها[٥]ولا يخل كذلك عندما تقرر الهيئة الاكتفاء بتقديم مذكرات ووثائق مكتوبة دون عقد جلسة مرافعة شفوية مالم يتفق الأطراف على خلافه حسب مانصت عليه المادة(٣٣) تحكيم مصري، ونجد ان مبدا المواجهة يتحقق اما بالمواجهة الشفوية او المواجهة الكتابية(تقديم مذكرات او وثائق)[١].

ان موقف القوانين والقواعد الدولية والاتفاقيات متفق على ضرورة كفالة مثل هذه المبادىء الاساسية؛ لكي لايتعرض حكم المحكم الى البطلان فيمكن الاستناد لذلك لنص المادة(٢٦٥) مرافعات عراقي التي توجب على المحكمين اتباع الاوضاع والاجراءات المقررة في قانون المرافعات وحتى لو ورد اعفاء من السير على قواعد المرافعات الواردة في صلب القانون، فان ذلك لا يمس أسس التقاضي المهمة كحق الدفاع ومبدا المواجهة والمساواة بين الطرفين عند نظر النزاع[٢]، ولقد نصت المادة(٢٦) تحكيم مصري على وجوب معاملة طرفي النزاع على قدم المساواة وتهيئة لكل طرف فرص متكافئة وكافية لعرض دعواه[٣]، ونصت كذلك الفقرة(١/ج) من المادة(٥٣)من نفس القانون على بطلان الحكم التحكيمي اذا لم يستطع احد الطرفين تقديم دفاعه بسبب عدم اعلانه اعلانا صحيحا بتعيين المحكم او باجراءات التحكيم او لاي سبب اخر خارج

---

[٣] سحر ديب شرف الدين، مبدأ الوجاهية في التحكيم الداخلي والدولي، رسالة أعدت لنيل دبلوم دراسات عليا في قانون الأعمال، الجامعة اللبنانية،ص١، منشورة على الشبكة العالمية للمعلومات وعلى الموقع:
www.tahkeem.com

[٤] كاظم حنتوش، مصدر سابق، ٩٨.

[٥] د. احمد السيد صاوي، مصدر سابق، ص١٢٠.

[١] جليل حسن، مصدر سابق، ص٢٠.

[٢] عبد الرحمن العلام، مصدر سابق، ص٤٦٢و٤٦٣.

[٣] عمرو عيسى، مصدر سابق، ص١٣٣.

عن ارادته مما يعد بالتالي اخلالا بحق الدفاع وبالمساواة وبتهيئة الفرص المتكافئة للاطراف لابداء دفوعهم وعرض وجهة نظرهم ويعرض الحكم للبطلان[٤]، ونص القانون الفرنسي للمرافعات كذلك على امكانية الطعن بالحكم اذا ثبت عدم مراعاة حقوق الدفاع ولم يحترم مبدا المواجهة بين الخصوم[٥]، والجدير بالذكر ان الاتفاقية العربية للتحكيم لم تشر باي نص لمثل هذه الأمور ومع ذلك فيمكن الاخذ بها وان لم ينص عليها؛ لأنها تعد من المبادئ الرئيسة في التقاضي وهي مبادئ عالمية لايمكن إنكارها أبدا وان احترام مثل هذه المبادئ لا يكون من جانب المحكم أو الهيئة فقط، بل كذلك من جانب الأطراف الذين عليهم أن يلتزموا بها فيما بينهم[٦].

اما بالنسبة للتحكيم الاليكتروني فان اسلوبه يهدد المعاملة المتساوية للاطراف في مراحل مختلفة عند نظر النزاع، وانه لابد من احترام هذا المبدا هنا فارسال اية وثائق او بيانات الكترونية لهيئة التحكيم من قبل احد الاطراف فيجب بالمقابل ان ترسل للطرف الاخر اما بصورة مباشرة او عن طريق المؤسسة التحكيمية، ولابد من منع تبادل الوثائق والبيانات الاليكترونية من جانب واحد فقط اي بين احد الاطراف والمحكم وان ابداء الدفاع والاجابة عليه من قبل الطرفين من خلال اجهزة الفيديو المتصلة بجهاز الحاسب الالي وعبر الشبكة العالمية للمعلومات(الانترنيت) يحقق احترام حق الدفاع ومبدا المواجهة؛ لانها تتم بصورة متلاحقة ومتزامنة مع بعضها البعض دون انقطاع، ويجب ان تتوفر لكلا الطرفين نفس القدرات التقنية والفنية عند اجراء التحكيم عن بعد فحصول اي ضعف او انقطاع في مجال الاتصال بين الهيئة والطرف الاخر فان مثل هذا الامر يجعل من المستحيل ان يستفيد هذا الطرف من المناقشة والمواجهة التي تجري في ذلك الوقت[١].

الفرع الثالث

التزام المحكم بالسرية في التحكيم

تعد السرية من اهم المميزات التي يتميز بها نظام التحكيم؛ وذلك لان لجوء الاطراف الى هذا النوع من وسائل حسم النزاعات يعود بالدرجة الاساسية لما يتميز به من سرية في الاجراءات وعدم جواز نشر الحكم التحكيمي بعد فض النزاع والحفاظ على سرية الاسرار الخاصة بالافراد او

---

[٤] د. محمود مختار، مصدر سابق، ص٢٢١.

[٥] ونجد أن اتفاقية نيويورك نصت على ذلك في المادة(٥) وأيضا الاتفاقية الأوربية في المادة(٩) واتفاقية جنيف لعام ١٩٢٧ في المادة(٢) وقواعد القانون النموذجي في المادة(١٨) واليونسترال في المادة(١٥).

[٦] د. فوزي محمد، مصدر سابق، ص١٧٧و١٧٨.

(1)UNITED NATIONS Conference on Trade and Development, OP.CIT., P.36.

المؤسسات عند عرض نزاعهم على هيئة التحكيم[٢]، وعليه يحرص اطرف عقود التجارة الدولية على سرية ما تتضمنه هذه العقود من شروط وخصوصا عقود نقل التقنية او تراخيص استغلال براءات الاختراع وما تتضمنه من كشف الاسرار الصناعية ويعتمد مالكها على الكتمان واحاطتها بسياج من السرية عن طريق الاتفاق وتشديد الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات[٣] فعندما يرتبط شخص بعلاقة ثقة وكتمان مع اخر يقع على عاتقه التزام عدم اساءة استخدام عنصر الكتمان، وعليه ان يستعمل العناية الواجبة في تنفيذ التزامه ولغرض دعم عنصر الخصوصية للمعلومات التي افضى بها الخصوم للمحكم وذلك للاعتماد على المحكم في عدم كشف اسرارهم فقد رتب القضاء في دعوى(PRINCE ALBERT V. STRANGE) مبدأ مفاده انه اذا ارتبط شخص مع اخر بعلاقة ثقة وكتمان وأفضى المؤتمن بالمعلومات الى شخص ثالث بما علمه انتقل عبء الكتمان الى ذلك الشخص الثالث فيكون ملتزما تجاه الشخص الاول الذي تخصه المعلومات[٤]، وعليه فالتزام المحكم اساسي هنا؛ لان الشركات والافراد عندما تلجا الى التحكيم ترغب في الابتعاد عن ساحات القضاء القائم على العلانية لكي تتجنب التشهير بسمعتها الدولية اذا ما خسرت دعواها[١].

واذا كان مبدا علانية الجلسات يعد من المبادئ الأساسية في النظام القضائي العادي الا انه في التحكيم فالاصل هو السرية فيه وفي جميع مراحله مالم يتفق الاطراف على خلافه؛ وذلك حفاظا على اسرار اطراف النزاع واقتصار الجلسات على اطرافه اومن يمثلهم فقط[٢]وحتى دفع بالبعض من اطراف النزاع الى انه يفضل خسارة دعواه على كشف اسراره التجارية او الصناعية التي تمثل في نظره ذات قيمة اكبر من قيمة الحق موضوع النزاع[٣]، ومن خلال ما مضى ان المعلومات التي يعلمها المحكم اثناء جلسات التحكيم هي تتصل بخصوصية الخصوم وكما يقول(WESTIN ALLEN) بان: (الخصوصية هي حق الافراد والمؤسسات في ان يحددوا لانفسهم متى وكيف والى اي مدى يمكن للمعلومات الخاصة ان تصل للاخرين))وعليه مادامت

---

[٢] ياسر عبد السلام، مصدر سابق، ص١ و حمزة حداد، التحكيم بوجه عام واتجاهات قانون التحكيم الأردني الجديد، ص١١.

[٣] د. محمود مختار، مصدر سابق، ص١٣و١٤.

[٤] د. احمد عبد الرحمن، مصدر سابق، ص٢٤٦.

[١] نجدت صبري، مصدر سابق، ص١٤١.

[٢] علي حميد، مصدر سابق، ص٢٠ و جورج حزبون، مصدر سابق، ص١٨٨و ١٨٩ و دراسة بعنوان:اثر التحكيم على العمل التجاري، منشورة في نشرة مركز تحكيم لحل الخلافات التجارية على الشبكة العالمية للمعلومات، نشرة شهر نيسان٢٠٠٣، وعلى الموقع:

WWW.TAHKEEM.COM

[٣] محمد أبو الهيجاء،التحكيم الإليكتروني، ص٢.

جلسات التحكيم سرية لايمكن ان يحضرها سوى اطرافها او من يمثلهم فلابد ان تظل تلك المعلومات طي الكتمان وخصوصا في المنازعات التجارية على اعتبار ان التاجر لم يلجا الى التحكيم الا لاخفاء معاملاته التجارية وكذلك الصبغة المالية لمثل هذه المنازعات حيث اعتبرها البعض على انها ملك للتاجر على الرغم من وجود من يعارض ذلك، ففي احدى الدعاوى قبلت المحكمة ادعاء المدعي من ان له حق ملكية على بعض المعلومات المتصلة بسوق الاوراق المالية ومنعت المدعى عليه من اساءة استعمالها[٤]، وواجب الالتزام بالسرية في التحكيم له عدة مواضع لابد للمحكم ان يراعيها والا تعرض حكمه للابطال ومنها القيام باجراءات التحكيم واتسامها بطابع السرية كما لاحظنا بشان الجلسات وكذلك المداولة التي بين الهيئة لابد ان تتم بشكل سري وحتى لو لم تنص القوانين عليها كونها تعد من الاعراف التحكيمية التي لابد من مراعاتها في التحكيم الداخلي والدولي، وكذلك اصدار الحُكم وتسليمه للاطراف مع عدم جواز نشره الا بموافقة الاطراف على ذلك، وعليه فان افشاء السرية الخاصة بالمداولة مثلا يؤدي الى بطلان الحكم على أساس انه خالف قاعدة اجرائية متصلة بالنظام العام في التقاضي[١].

ولابد كذلك من ضمان السرية عند إجراء التحكيم عن طريق وسائل الاتصال الحديثة كالانترنيت وغيرها، وان كان ضمان السرية في هذا النوع من التحكيم الاليكتروني قد يكون اصعب من التحكيم العادي؛ والسبب يعود لان وسائل الاتصالات الحديثة قد تكون اقل امانا وضمانا في الحفاظ على المعلومات التي تتبادل من خلالها؛ لان المعلومات الاليكترونية هنا ستكون اكثر عرضة للسقوط في الأيادي من السجلات الورقية وان المعلومة في الانترنيت ممكن ان تنتشر بسرعة واي انتهاك للسرية يمكن ان يكون له عواقب خطيرة على الطرفين، فلابد ان تقوم المؤسسات التحكيمية التي تمارس عمليات التحكيم الإليكتروني بان تبذل جهودا في سبيل ضمان سرية الوقائع الإليكترونية وانها محمية من اي سيطرة عليها بسبب استعمال تحايلي لتكنولوجيا المعلومات، وعليه فلابد من حماية البريد الإليكتروني(E-MAIL) وخصوصا عند ملئ الاستمارات، ولقد كشفت دراسة حديثة ان مؤسسات التحكيم نادرا ما تطبق أنظمة الأمن على البريد الإليكتروني وانه لابد من حماية الأنظمة بواسطة استخدام وسائل الرموز وفكها وأسلوب التوقيع الإليكتروني وان المؤسسات التحكيمية لابد ان تجهز بقاعدة بيانات ومعلومات لكي تستطيع ان تتخلص من اي هجوم قد تتعرض له انظمة معلوماتها الاليكترونية والحفاظ عليها من التخريب، ونجد ان غرفة التجارة الدولية في باريس لها مشروع منظم حول سرية الوقائع

---

[٤] د.احمد عبد الرحمن، مصدر سابق، ص٢٤٦و٢٤٧.

[١] د. احمد السيد صاوي، مصدر سابق، ص١٧٧. وحول مواقف الدول من سرية المداولة ينظر ص(١٣٥)وما بعدها من هذه الدراسة.

الاليكترونية مع نظام ادارة اليكترونية لاجراء التحكيم اطلق عليه اسم(NET CASE) حيث يتم فتح خط لكل حالة وتفتح للاطراف فقط وللمؤسسة التحكيمية ولكل فرد حسب مركزه في العملية التحكيمية، وعلى سبيل المثال سوف لن تستطيع السكرتارية الخاصة بالغرفة الوصول الى المداولات عندما يقوم المحكمون بعملهم، وبذلك يحافظون على السرية وعليه لابد من مراعاة اجهزة الحاسب الالي وانظمة الامان الخاصة بها والحفاظ عليها من اي اختراق؛ لان اي اهمال في ذلك قد يسبب اضرارا كبيرة للأطراف[٢]، وتعد السرية في اجراءات التحكيم في المملكة المتحدة امر معترف به وهو يعتبر كالتزام ضمني على كل من الطرفين ويتضمن ان لايتم كشف الوثائق والبيانات والطلبات الخاصة بالتحكيم الى الغير، وللسرية سمتان: الاولى: سرية بين الاطراف والثانية: في مدى سرية الاجراءات اي بمعنى اخر ماهي الوثائق والمستندات التي ستكون محمية من الافشاء للغير[١].

وبالنسبة لقواعد المنظمة العالمية للملكية الفكرية الصادرة عام ١٩٩٤ فلها اجراءات في خصوص حماية السرية صارمة جدا وذلك للحفاظ على الأسرار الفكرية والتجارية عند التقدم بها الى مركز التحكيم التابع لها وعدم اطلاع الغير عليها[٢]ولقد نصت قواعد المركز التحكيمي لحل منازعات الملكية الفكرية في المادة(٧٤) على سرية الوثائق وحفظها بعيدا عن اطلاع الغير عليها ونصت المادة(٧٥) على سرية القرار واشارت المادة(٧٦) على التزام المركز بالحفاظ على سرية الوثائق المقدمة اليه والابقاء على المعلومات التي تقدم اليه والى هيئة التحكيم طي الكتمان.

ومما سبق نجد ان على المحكم عدة واجبات لابد ان يراعيها ومنها انه يحظر عليه ان يستفيد ماديا او معنويا من المعلومات التي يحصل عليها ويعلمها اثناء الجلسات وعدم جواز افشاء المعلومات لوسائل الأعلام بقصد الربح؛ وذلك بسبب الاخلال بعنصر الثقة والكتمان القائم بينه وبين الخصوم ويمنع الغير من الاطلاع على المستندات الخاصة بالدعوى التي تقدم بها

---

(2)United Nations conference on trade and development, op.cit., p.37&38.

(1)Atkin Chambers, confidentiality in arbitration and mediation,p.4, March,2000 on website:
www.icclaw.com

(2)Jeffrey W.Sarles, Mayer Brown, solving the arbitral confidentiality conundrum in international arbitration, the article appeared in the American arbitration association, 18th edition, 2002, p.7,on website:
www.mayerbrownrowe.com

الخصوم، ويمنع المحكم من الإدلاء بشهادة أمام القضاء في دعوى مدنية عن اية معلومات أدلى بها الخصوم أثناء نظره للنزاع[٣].

[٣] د. احمد عبد الرحمن، مصدر سابق، ص٢٤٨و٢٤٩ و ينظر أيضا: قواعد السلوك المهني للمحكمين، منشورة على الشبكة العالمية للمعلومات وعلى الموقع:
. www.tahkeem com

المبحث الثاني

انتهاء مهمة المحكم

تنتهي مهمة المحكم بشكل طبيعي عندما يصدر حكمه الفاصل والمنهي للخصومة بأكملها، وقد تنتهي مهمة المحكم بغير اصدار القرار او الحكم التحكيمي كما في رده او عزله وغيرها من الاسباب الاخرى، وبالتالي سيتم بيان هذه الحالات المهمة لانتهاء مهمة المحكم وما يترتب عليها من نتائج وحسب المطالب الاتية:

المطلب الأول

انتهاء مهمة المحكم بإصدار الحكم(القرار) التحكيمي

اختلفت التسميات حول نهاية إجراءات التحكيم واحقاق الحق لاحد طرفي النزاع فمنهم من اطلق مصطلح(الحكم التحكيمي) على نهاية التحكيم باصدار مثل هذا الحكم المنهي للخصومة[١]وبعضها ارتاءء تسمية(القرار التحكيمي) على ذلك، ولقد تبنى قانون المرافعات العراقي لنفسه تسمية(القرار التحكيمي) حسب نص المادة(٢٧٠) مرافعات ويعد مصطلح القرار في القانون العراقي اكثر شمولا من الحكم؛ ذلك ان القرار القطعي هو الحكم الذي تنتهي به الدعوى[٢]، ولقد عرفت اتفاقية نيويورك في المادة الاولى منها الحكم التحكيمي بانه☹(ليس هو الحكم الصادر من محكمين معينين للفصل في حالات محددة بل ايضا يشمل الأحكام الصادرة عن هيئات تحكيم دائمة يحتكم اليها الأطراف))، ويلاحظ على هذا التعريف بانه عام وشامل؛ لانه قد تصدر من المحكم احكاما تمهيدية او جزئية ليست فاصلة في النزاع ومع ذلك تعد احكاما تحكيمية، وعليه يمكن تحديد المقصود بحكم التحكيم القابل للتنفيذ دوليا بانه هو الحكم الذي يكون ملزما ومنهيا للخصومة وقد وضعت محكمة استئناف باريس تعريفا لحكم التحكيم في حكمها الصادر في ٢٢/اذار/١٩٩٤ في قضية(sardisud)بقولها:((اعمال المحكمين التي تفصل بطريقة نهائية في كل او جزء من النزاع المعروض عليهم سواء في اساس النزاع او في الاختصاص او في إجراءات تحكيمية وتفضي الى وضع حد نهائي للدعوى))[٣] ، ومع ذلك تبقى المسالة خلافية بشأن التسمية على مستوى الفقه والقضاء والتشريعات وان الجدل بشأنها لا

---

[١] القانون المصري للتحكيم في المادة(٤٠) أطلق عليه اسم الحُكم وكذلك المادة(٢٤) من قواعد الغرفة التجارية. للتفاصيل اكثر ينظر: د. فوزي محمد، مصدر سابق، ص٣١١.

[٢] ضياء شيت خطاب، مصدر سابق،ص٨٦و٨٧.

[٣] أ شرف خليل، حكم التحكيم الأجنبي، دراسة منشورة على الشبكة العالمية للمعلومات بتاريخ ٢٠٠٢/١٠/٢٧، ص٢، وعلى الموقع:

يوصل الى نتيجة فألاهم من التسمية ان يصدر حكم المحكم او قراره مع التزامه بواجباته في هذه المرحلة لكي لا يضيع جهده وجهد ووقت الاطراف والنفقات بلا فائدة اذا ما ابطل الحكم بعد ذلك لسبب من اسباب الابطال وعدم جواز تنفيذه.

ويثور تساؤل حول طبيعة الحكم او القرار الذي يصدره المحكم، فظهرت عدة اتجاهات بهذا الشأن، فالاتجاه الاول: يرى بان الحكم له طبيعة تعاقدية على اساس ان اللجوء للتحكيم يعود لارادة الأطراف والالتزام بنتيجة التحكيم النهائية[١]وهذا موقف الفقه والقضاء المصري والفرنسي في القرن التاسع عشر[٢]وتستند هذه الطبيعة على اساس مصلحة مشتركة تجمع الطرفين وتتمثل بقيام المحكم بإصدار حكم ينهي النزاع[٣]، اما الاتجاه الثاني: فيرى بإضفاء الصفة القضائية على الحكم؛ ذلك على اساس وظيفة المحكم وتشابها مع وظيفة القاضي واستقر القضاء والفقه الفرنسي على ان ما يصدره المحكم من قرار فاصل في النزاع يعد حكما حقيقيا أي عملا قضائيا يعتد به كحكم لا اتفاق، واعتبر الراي في فرنسا ان مجرد صدور القرار والتوقيع عليه يعد كورقة رسمية شأنه شأن أحكام القضاء لايمكن إنكارها إلا بالادعاء بالتزوير، وفي العراق يعد قرار التحكيم كحكم؛ لانه يصدر بناءا على إرادة المشرع الذي وضع له شكليات خاصة لصدوره تشبه الأحكام القضائية[٤]وهذا اتجاه محكمة تمييز العراق بموجب القرار ١٦٦١/حقوقية/١٩٦٧في ١٩٦٧/١٢/٣١[٥]، وايضا مما ساعد في انتشار مثل هذا الاتجاه ظهور مراكز التحكيم الدائمة واحتوائها على اجهزة متكاملة وتنظيم خاص لحسم المنازعات مما يفضي عليها تشابهها مع المحاكم العادية، اما الاتجاه الثالث:فيعتبر ان الحكم له طبيعة مختلطة(عقدية وقضائية) فالحكم يكون كالحكم القضائي من يوم التصديق عليه من المحكمة المختصة، اما قبل ذلك فله صفة تعاقدية فقط[٦]وهناك من يرى اعتبار الحكم ذو طبيعة خاصة و مستقلة عن كل التأثيرات الاخرى عليه[٧] وان هذه الاختلافات تعود بالدرجة الاساس الى الاختلاف اصلا حول طبيعة عمل المحكم والاتجاهات المتباينة في ذلك وكما بيناها في المبحث الثاني من الفصل الاول.

---

[١] عوض خلف أخو رشيدة، تنفيذ أحكام التحكيم التجارية وفقا للاتفاقيات الدولية، رسالة ماجستير، كلية القانون- جامعة الموصل، ١٩٩٩، ص١٢.

[٢] كاظم حنتوش، مصدر سابق، ص١٢٠.

[٣] د. محمود مختار، مصدر سابق، ص٨٨و٨٩.

[٤] كاظم حنتوش، مصدر سابق،ص ١٢٣ومابعدها

[٥] عبد الرحمن العلام، مصدر سابق،ص ٤٨٩.

[٦] د. احمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، ص٢٤٥.

[٧] عوض خلف،حكم التحكيم التجاري الدولي ومدى الزاميته القانونية،ص١٤و١٥.

ان المحكم عندما يمارس عمله لاصدار الحكم التحكيمي فهو لايقوم باصدار الحكم المنهي للخصومة فقط، بل يمكن ان يصدر احكاما وقرارات اخرى الا انها ليست فاصلة في الدعوى كالقرارات الجزئية او التمهيدية كقرار المحكم لتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع او القرار الخاص في اختصاصه، فمثل هذه القرارات تعد إجرائية غير فاصلة وغالبية القوانين لا تنص عليها[١]، اما القرارات التي يصدرها المحكم ولها اثر في حسم النزاع فهي:

آ- قراره بالصلح بين الطرفين وذلك عندما يكون المحكم مخولا بالحكم بالصلح من الطرفين وبالتالي لا يلتزم المحكم بتطبيق القواعد القانونية ويمكن الاستناد في حكمه على مبادىء العدالة، ولابد ان يكون تفويض المحكم هذا بشكل صريح او بصيغة يفهم على انها يقصد الصلح من ورائها.

ب- قد يصدر المحكم قرارا بالتسوية بين الاطراف، اي تفاهم على حل النزاع وديا ويتم اخطار المحكم بذلك لغرض انهاء الاجراءات وطلب الاطراف هذا غير ملزم للمحكم فله عدم الاستجابة لذلك اذا وجد ان التسوية غير مشروعة او تخالف النظام العام[٢] وهذا ما نصت عليه المادة(٣٤) يونسترال والمادة(٤١) تحكيم مصري والمادة(٢٦) من قواعد الغرفة التجارية في باريس.

ج- يمكن كذلك للمحكم اصدار احكاما اضافية تفصل فيما اغفلته الهيئة من طلبات حيث يقدم طلب للهيئة من احد الطرفين خلال مدة(٣٠) يوما التالية لتسلم الحكم وتصدر الهيئة قرارها خلال(٦٠) يوما من تقديم الطلب حسبما نصت عليه المادة(٥١) تحكيم مصري، ولقد سبق ايضاح ان لهيئة التحكيم رفض تعديل الطلبات التي يقدمها الخصوم او التقدم بادعاءات جديدة اذا رات ان في ذلك تعطيلا للفصل في النزاع، فهل يدخل ذلك في مفهوم الطلبات التي أغفلها الحكم؟ يرى الأستاذ كمال عبد العزيز: ((ان مثل هذه الطلبات تدخل في مفهوم المادة(٥١) التي عالجت إصدار الأحكام الإضافية[٣])) ولم يعالج المشرع العراقي ذلك في نصوص التحكيم ولا قواعد الغرفة التجارية الدولية في باريس.

أما عن الكيفية التي يصدر بها الحكم المنهي للخصومة فتتطلب معالجته ان نعالج مسائل إصداره حسب الفروع الاتية:

---

[١] د. إبراهيم الد سوقي، مصدر سابق، ص٩٩.

[٢] د. فوزي محمد، مصدر سابق، ص٣٢٢ومابعدها.

[٣] رأي آ.كمال مشار إليه لدى:د.محمود مختار، مصدر سابق،ص٢٠٤، ونصت على إصدار مثل هذه الأحكام كلا من: المادة(٤٩) من اتفاقية واشنطن والمادة(٣٣) نموذجي والمادة(٤٦٣) مرافعات فرنسي والمادة(٣٧) يونسترال.

الفرع الأول

المداولة

وهي المناقشة التي تتم بين اعضاء هيئة التحكيم اذا تعددوا للاتفاق على وجه الحكم في الدعوى، ومن الممكن ان يصدر المحكم الوحيد حكمه دون مداولة، والخصومة تدخل مرحلة المداولة عندما تتهيأ لاصدار الحكم وانتهاء المرافعة[١]وتسبق المداولة قيام هيئة التحكيم باصدار قرار لختام المرافعة ولم يشر قانون المرافعات العراقي لذلك ولا القانون المصري للتحكيم، ومع ذلك فالرأي عندي جواز تطبيق القواعد العامة في المرافعة على هذه الحالة، ونجد ان قواعد الغرفة التجارية الدولية في باريس نصت في المادة(٢٢) الى ان محكمة التحكيم تعلن ختام المرافعة اذا رات ان الفرصة قد تركت لسماع الاطراف ولايجوز بعد هذا التاريخ تقديم اية مذكرة خطية او حجة او دليل الا اذا طلبت محكمة التحكيم ذلك او سمحت به، وهذا موقف القانون الفرنسي للمرافعات ايضا في المادة(١٤٦٨) والمادة(٢٩) يونسترال.

ولابد ان تكون المداولة سرية، وذلك يفهم حسب قانوننا بموجب المادة(٢٧٠) مرافعات بان:((يصدر المحكمون قرارهم بالاتفاق او الاكثرية بعد مداولة فيما بينهم مجتمعين)) فتشير العبارة الاخيرة على ان المداولة تقتصر على الهيئة التي اشتركت في نظر النزاع وحسمه[٢]، ونص كذلك قانون المرافعات الفرنسي في المادة(١٤٦٩) على ان المداولات سرية بين المحكمين وتبنت محكمة باريس في حكم لها الزامية المداولة بين المحكمين بقرارها الصادر في ٥/نيسان/١٩٧٣[٣]، وتجدر الاشارة الى ان القانون المصري للتحكيم لم يستلزم المداولة بين المحكمين حسب نص المادة(٤٠) منه وذلك عند اتفاق الاطراف على إعفائهم منها[٤]الا ان مثل هذا الامر عُدَ محل نظر؛ لان الغرض من المداولة وخصوصا عند تعدد المحكمين هو ان يبدي كل محكم رايه في القضية لبيان الحكم العادل مع بيان الاسباب التي استند عليها وتتاح لكل محكم فرصة التعرف على اراء باقي الاعضاء، وانه عملا يصعب حدوث اتفاق كامل في وجهات النظر بين اثنين او اكثر من المحكمين على منطوق واسباب الحكم فموقف المشرع المصري غير سليم[٥] ونؤيد ما يقال بصدد إن هذه المادة منتقدة، ولم يشر المشرع المصري كذلك لسرية المداولة ومع ذلك يمكن الاخذ بها كونها تعد من المبادىء الاساسية للتقاضي التي

---

[١] د. احمد السيد صاوي، مصدر سابق، ص١٧٥.

[٢] آ. حسين المؤمن، مصدر سابق، ص٤٦.

(3)code de procedure civile, p.653.

[٤] د. محمود مختار، مصدر سابق، ص١٧٢.

[٥] ياسر عبد السلام، مصدر سابق، ٩١و٩٢.

تتصل بالنظام العام[١]، ولقد نصت اتفاقية عَمان في المادة(٣١) منها على انه بعد اقفال باب المرافعة نهائيا تجتمع هيئة التحكيم للمداولة واصدار القرار، وان التفسير الحرفي لهذا النص يتضح من خلاله ان الهيئة تجتمع مرة واحدة للمداولة واصدار القرار، لكن مع ذلك من الممكن عقد اكثر من اجتماع للمداولة وكذلك لاصدار القرار، وهذا يعني ان المداولة عن بعد او بموجب وسائل الاتصال الحديثة غير جائزة بموجب هذه الاتفاقية، الا ان تفسير النص مع ما يتطلبه واقع التحكيم الاليكتروني خصوصا انه لا يشترط ان يكون اجتماع الهيئة اجتماعا ماديا بل يمكن ان تتم المداولة عن طريق وسائل الاتصال الحديثة كالانترنيت والبريد الاليكتروني وهي وسائل مضمونة ويمكن الاعتماد عليها بدقة كبيرة[٢]وان الواقع العملي درج على عدم ضرورة التقاء المحكمين ماديا لاجراء المداولات، وهذا ما أوضحه حكم المحكمة السويسرية العليا حيث أشارت:((بان المحكمين لا يحتاجون الى الالتقاء بصورة شخصية ويتمتعون بحرية إجراء المداولات بوسائل اليكترونية بما في ذلك البريد الإليكتروني(E-mail) وبشرط اتخاذ الإجراءات الاحترازية الضرورية)) وعليه، فالمتطلب الوحيد حسب اتجاه المحكمة هو ان تتم المداولات بين المحكمين بصورة فعلية ولا يفرض القانون اي اجراء خاص يتعلق بالمداولات[٣]، ويضيف احد الشراح[٤]بانه قد تكون هناك صعوبات في حالة رفض احد المحكمين الحضور شخصيا للمداولة ففي هذه الحالة اشار القضاء الايطالي لجواز ان تجري المداولة بحضور اغلبية المحكمين واجازت محكمة النقض الفرنسية الى عدم اجتماع المحكمين سوية للمداولة بل اعطت الحق للاقلية في فرصة ابداء الراي ولو على مسودة القرار الذي يرسل اليها بالبريد[٥]، وانتفاء السرية في المداولة يؤدي الى بطلان الحكم بسبب مخالفته لقاعدة اجرائية متعلقة بالنظام العام، ومع ذلك فان القانون المصري للتحكيم في المادة(٤٠) نص على ان:((الحكم يصدر من هيئة التحكيم المشكلة من اكثر من محكم واحد.... بعد مداولة.... مالم يتفق طرفا التحكيم على غير ذلك))مما يدل على جواز ان تكون المداولة علنية او سرية وما يدل على عدم مراعاة المشرع للسرية ما اشارت له المادة(٤٣) من نفس القانون بجواز صدور الحكم بتوقيع اغلبية المحكمين

---

[١] قضت محكمة استئناف القاهرة في قرارها الصادر في ١٩٩٥/١٢/٢٠ على:((وان كان التحكيم هو قضاء خاص يتميز عن القضاء العادي إلا أن المحكمين يخضعون فيه لما يخضع له القاضي من قيود تتعلق بان تتم المداولة بينهم سرا)). مشار إليه لدى: د. احمد السيد صاوي، مصدر سابق، ص١٧٧.

[٢] د. حمزة حداد، اتفاقية عَمان للتحكيم التجاري، دراسة منشورة على الشبكة العالمية للمعلومات، ص١، على الموقع:

www.lac.com.jo

(3)Richard hill, op.cit. p.4

[٤] وهو (Recchia).نقلا عن:د. فوزي محمد، مصدر سابق، ص٣١٤و٣١٥.

[٥] د. فوزي محمد، مصدر سابق، ص٣١٤.

بشرط تثبيت اسباب عدم توقيع الاقلية في الحكم مما يؤدي الى كشف السرية فالمشرع المصري من خلال ما مضى حاول تغليب ارادة الاطراف على اي مبدأ اخر في التقاضي وفي قواعد النظام العام[١].

وبشأن المداولة هناك تساؤل عن مدى تاثير غياب احد المحكمين على سلامة المداولة. فذهب المشرع العراقي في المادة(٢٥٦) مرافعات على جواز قيام المحكمة بتعيين محكم واحد او اكثر في حالة عدم اتفاق الخصوم على اختيار المحكمين فيحق لاي طرف مراجعة المحكمة المختصة لغرض تعيين محكم بديل بسبب عزله او اعتزاله او رده او قيام سبب يمنعه من مباشرة مهمة التحكيم، وهذا مشابه لنص المادة(٢١) من القانون المصري للتحكيم، الا ان القانونين لم يشيرا الى الاثر المترتب على تغيير المحكم على سلامة المداولة مما يؤدي الى تطبيق القواعد العامة في المرافعات حيث يتم اعادة فتح باب المرافعة لاعطاء البديل فرصة الالمام بالدعوى والاستماع لما يبديه الخصوم ان كان لديهم اي دفاع او اعادة سماع الشهود[٢]، ولقد عالجت قواعد الغرفة التجارية الدولية في باريس في المادة(١٢) على ان لمحكمة التحكيم ان تقدر ما اذا كان ينبغي اعادة الاجراءات السابق اتخاذها امام محكمة التحكيم المعدلة والى اي مدى، فاذا كان التغيير قد حدث بعد تمام المداولة جاز للهيئة المنبثقة من الغرفة ان تقرر متابعة التحكيم بواسطة المحكمين الباقيين اذا رات ذلك مناسبا، ونصت قواعد اليونسترال ايضا في المادة(١٤) على ضرورة سماع المرافعة اذا تعلق التغيير باستبدال المحكم الوحيد او رئيس الهيئة اما عداهما فيترك الامر لتقدير الهيئة.

ويتم التصويت على الحكم التحكيمي لغرض اصداره بعد المداولة وضرورة الحصول على نسبة معينة من الاصوات عند تعدد اعضاء الهيئة لكي يتم اصداره، فالمادة(٢٧٠) مرافعات عراقي نصت على:((يصدر المحكمون قرارهم بالاتفاق او باكثرية الاراء....)) وبموجب هذا النص يبدي كل محكم رايه ويبدا باصغر المحكمين سنا وبعد حصول الاتفاق بين الاراء او حاز احدها على الاغلبية المطلقة يصدر الحكم[٣]، وعند تعدد الاراء بتعدد المحكمين وجب على الفريق الاقل عددا ان ينضم للفريق الاخر واذا تمسك كل طرف برايه فتطبق قاعدة(الاحدث رايا من القضاة عليه ان ينضم لاحد الرأيين)[٤] ، وعلى العضو المخالف ان يدون اسباب مخالفته

---

[١] د. احمد السيد صاوي، مصدر سابق، ص١٧٨.

[٢] د. احمد السيد صاوي، مصدر سابق، ص١٨١ وأستاذنا د. عباس العبودي، شرح أحكام قانون المرافعات، ص٣٨٢.

[٣] محمد علي يوسف، مصدر سابق، ص١١١.

[٤] عبد الرحمن العلام، مصدر سابق، ص٤٧٥.

وتبقى مثل هذه الاسباب سرية عن الخصوم ولايجوز اعطاء اية صورة منها[١]وليس معنى الاغلبية التي اشارت لها المادة السابقة بان يصدر قرار من اثنين من المحكمين في غياب الثالث بل لابد من اشتراك الجميع في المداولة التي تسبق اصدار القرار الحاسم، ولقد نقضت محكمة تمييز العراق قرار المحكمة التي اعتمدت على راي المحكم الثالث فقط بعد انقسام الاراء الى ثلاثة وبالتالي فقرار المحكمين هذا يخالف القانون شكلا مما استوجب نقضه واعادة اوراق الدعوى الى المحكمة[٢].

ولقد اشترط المشرع المصري لصدور الحكم توافر اغلبية اراء المحكمين حسب نص المادة(٤٠) من قانون التحكيم[٣]، الا ان المشرع المصري لم يعالج حالة عدم توافر الأغلبية، ففي حالة عدم تحققها ولا يوجد اتفاق لتعيين محكم جديد فان ذلك سيعد سببا لإنهاء الإجراءات طبقا للفقرة(ج) من المادة(٤٨) من القانون التي تجعل من اسباب انتهاء الاجراءات اذا رات الهيئة عدم جدوى الاستمرار فيها او استحالتها.

وعالجت قواعد الغرفة التجارية في باريس مسألة عدم توافر الاغلبية في المادة(٢٥) واعطت الحق باصدار الحكم من قبل رئيس المحكمة منفردا[٤]الا ان مثل هذا الحل عليه مآخذ منها ان اطراف النزاع سوف لا يثقون ولا يقتنعون بعدالة القرار وبالتالي عرقلة تنفيذه بسبب عدم تقبل الطرف الذي صدر ضده[٥]، اما المشرع الفرنسي فنجده في المادة(١٤٧٠) مرافعات قد نص على ان اتخاذ القرار يكون بأغلبية الأصوات ولايمكن الاخذ بالقول السابق اي ترجيح راي الرئيس وحلوله محل باقي الاعضاء؛ لان النص الفرنسي له صفة امرة بعكس المشرع المصري الذي اجاز الاخذ بالاغلبية مالم يتفق الاطراف على خلاف ذلك، والنص الفرنسي ينطبق على التحكيم الداخلي الا في حالة اتفاق الاطراف على اختيار القانون الفرنسي ولايوجد اتفاق خاص ينظم المسائل التي يعالجها هذا القانون في ابوابه الثلاثة من الكتاب الرابع، وذلك حسب ما نصت عليه المادة(١٤٩٥) مرافعات فرنسي.

---

[١] آ. حسين المؤمن، مصدر سابق، ص٤٦.

[٢] قرار محكمة تمييز العراق ١٩٥/مدنية ثانية/٧١بتاريخ ١٩٧١/١١/١٠. مشار إليه لدى: عبد الرحمن العلام، مصدر سابق، ص٤٧٧.

[٣] وهذا موقف قواعد اليونسترال في المادة(٣١) والقانون النموذجي في المادة(٢٩) والمادة(٤٨) من قواعد المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.

[٤] وهذا موقف محكمة لندن في المادة(٢٦) والفقرة الخامسة من المادة(٣١) من اتفاقية عمان العربية.

[٥] د. فوزي محمد، الاتفاقيات العربية في التحكيم الدولي في مجال القانون الخاص، ص٣٦و٣٧.

الفرع الثاني

مهلة إصدار الحكم او القرار التحكيمي

يلاحظ بشأن تحديد المهلة التي يصدر بها الحكم ان غالبية القوانين قد أعطت للأطراف حرية في تحديد مهلة اتفاقية لإصدار الحكم، كما هو الحال مع المشرع العراقي في قانون المرافعات الذي أعطى للخصوم جواز تحديد مدة لإصدار القرار يلتزم بها المحكمون وعلى جواز تمديدها من قبل الطرفين حسب نص المادة(٢٦٢)مرافعات، وإذا لم يحدد الطرفان مدة اتفاقية فعلى المحكم ان يصدر قراره خلال مدة(٦) اشهر من تاريخ قبول المحكم حسب نص الفقرة الثانية من المادة السابقة، وحسب ما نصت عليه المادة(٢٦٣)مرافعات على انه عند عدم قيام المحكمين بالفصل في النزاع خلال المدة المحددة(اتفاقا او قانونا) او تعذر عليهم تقديم تقريرهم لأي سبب قهري، جاز لكل خصم مراجعة المحكمة المختصة بنظر النزاع لاضافة مدة جديدة او الفصل في النزاع او تعيين محكمين وحسب الاحوال، وفي حالة وفاة احد الخصوم او عزل المحكم او تقديم طلب لرده فالمدة تتوقف لحين زوال المانع ولايسير بالتحكيم الا بزوال سبب التوقف وتقف المدة كلما اقتضى الامر للفصل في النزاع لا يملك المحكم نظره حيث يتوقف الفصل فيه الحكم في النزاع المعروض على المحكم وكلما وجدت استحالة مادية او قانونية تمنع المحكم من اصدار القرار[١]، والمحكم عندما يطلع على المستندات الخاصة بالدعوى فعليه ان يصل الى حل للنزاع باصداره القرار خلال مهلة التحكيم وينتبه لمسألة التأجيلات التي قد تتكرر من الخصوم او قيام احد الطرفين بحيلة تبديل محاميه في منتصف الاجراءات والمرافعة او قبل نهاية تاريخ معين وضعه المحكم لانتهاء من تقديم المستندات مما يؤدي الى عرقلة قيام المحكم بدوره في حسم النزاع خلال المهلة[٢]، وبالتالي فعلى المحكم ان ينتبه لتلك الامور وان يرفض التبديل او التاجيل متى ما اتضح له انه غير مقنع وغير مشروع.

اما موقف المشرع المصري للتحكيم، فنجد انه قد حدد المدة القانونية في المادة(٤٥) باثني عشر شهرا تبدا من تاريخ بدء الإجراءات، مع حق الأطراف في تحديد مدة اتفاقية لإصدار الحكم، بعكس ماكان ينص عليه المشرع المصري في المادة(٥٠٥) من قانون المرافعات الملغية بتحديد المدة القانونية بشهرين من تاريخ قبول المحكمين، وبموجب نص المادة(٤٥) يمكن مد الميعاد القانوني في جميع الأحوال من قبل هيئة التحكيم بشرط عدم تجاوز مدة الستة اشهر مالم يتفق الطرفان على خلاف ذلك، ونجد ان مسودة مشروع القانون المصري للتحكيم كانت تعطي

---

[١] عبد الرحمن العلام، مصدر سابق، ص٤٥٦ومابعدها.

[٢] د. احمد عبد الرحمن، مصدر سابق،ص ٢٣٩.

الحق لهيئة التحكيم سلطة مد الميعاد ستة اشهر مالم يتفق الطرفان على خلافه وكما هو مشار أنفا، اي انه كان من الممكن ان يمدوا الميعاد بالزيادة او النقصان كما هو محدد في ستة اشهر، الا ان النص الحالي اعطى الحق بمد الميعاد بالزيادة فقط لمدة ستة اشهر حيث استبدل عبارة((مالم يتفق الطرفان على خلافه)) في الصياغة الاولى بالصياغة الجديدة وهي((مالم يتفق الطرفان على مدة تزيد على ذلك))[١] ، ونجد في القانون المصري من ناحية النص الذي جاء به عدم ايراد كلا من القانون النموذجي وقواعد اليونسترال شبيها له ولقد كان هدف المشرع المصري من ذلك هو تفويت الفرصة لمحاولات التاجيلات والمماطلة بدون مبرر قانوني[٢] واورد المشرع المصري اسبابا قد تتوقف المدة عندها وهي مشابه لما جاء بها التشريع العراقي وكما ذكر سابقا، ويترتب على عدم صدور الحكم خلال المهلة(الاتفاقية او القانونية) بانه يحق لاي من طرفي التحكيم ان يطلب من رئيس المحكمة المشار اليها في المادة التاسعة ان يصدر امرا بتحديد ميعاد اضافي او إنهاء الإجراءات، ويحق لاي من الطرفين رفع دعواه للمحكمة المختصة اصلا بنظرها، وهذا ما أشارت له المادة(٤٥) من قانون التحكيم المصري.

وعالج المشرع الفرنسي مسألة مدة اصدار الحكم في المادة(١٤٥٦) مرافعات والخاصة بالتحكيم الداخلي، ولا يوجد نصاً يتعلق بمدة إصدار الحكم في التحكيم الدولي، وقد أشار هذا النص ان على المحكمين عند عدم اتفاق الاطراف على تحديد مدة لاصدار الحكم، ان ينهوا عملهم خلال ستة اشهر من تاريخ صدور اخر قبول للمهمة من المحكمين اذا اختلفت تواريخ قبولهم، وان مهلة الستة اشهر لا تنطبق الا في حالة غياب المهلة الاتفاقية حسبما اشار لذلك القضاء الفرنسي(المدنية الاولى في١٩٧٦/١١/١٧) ويمكن ان تحدد المدة اتفاقا من قبل الاطراف وعند عدم الاتفاق يتم التحديد من قبل محكمة البداءة الكبرى او من محكمة التجارة حسب نص المادة(١٤٤٤) مرافعات حسب طلب احد الاطراف او طلب محكمة التحكيم، وهذا ما اكدته محكمة البداءة الكبرى في باريس بقرارها في١٩٨٣/١/٢٥[٣]ويلاحظ بشأن المشرع الفرنسي بانه لم يعطِ الحق لهيئة التحكيم مد مهلة التحكيم حيث لابد من الحصول على امر من القضاء بخصوص ذلك[٤] وفي هذا يفترق عن التشريع المصري السابق ذكره.

اما عن موقف قواعد الغرفة التجارية الدولية في باريس، فانها لم تعطِ الحق للاطراف لتحديد مدة اتفاقية حيث نصت في المادة(٢٤) على ان محكمة التحكيم تصدر حكمها خلال ستة اشهر، وتسري هذه المدة من تاريخ اخر توقيع لمحكمة التحكيم او الاطراف على وثيقة المهمة

---

[١] د. محمود مختار، مصدر سابق، ص١٦٢و١٦٣.

[٢] د. عبد الحميد المنشاوي، مصدر سابق،ص٦٨ومابعدها.

(3)Code de procedure civile, p.645

(4)Jean Vincent, Serge guinchard, op.cit., p.1003

الخاصة بالتحكيم او من تاريخ اعلام محكمة التحكيم من قبل الامانة العامة للغرفة باعتماد هيئة التحكيم بالغرفة لوثيقة المهمة عند رفض احد الاطراف اعتمادها ويحق لهيئة التحكيم(وليس المحكمة التي تنظر النزاع) ان تمد المهلة بناءا على طلب محكمة التحكيم او من تلقاء نفسها إذا رأت ضرورة لذلك[١].

ومما سبق نجد ان المحكم عليه الالتزام بالمهلة المحددة اتفاقا او قانونا والا تعرض للحكم عليه بالتعويض، ففي احدى الدعاوى بين:E.C Ernst, Inc V. Manhaatton construction Co. of Texas. قضت المحكمة بمسؤولية المحكم عن الضرر الذي اصاب الخصوم جراء عدم اصدار الحكم خلال المهلة، والزامه بالتعويض على الرغم من ادعائه التمتع بالحصانة واقامت المحكمة قرارها على اساس التزام المحكم بتحقيق نتيجة وهي الفصل في النزاع خلال مهلة التحكيم فاذا لم يقم بذلك عُدَّ انه أخل بالتزام عقدي ليس مشمولا بالحصانة كونه قام بفعل يعد إنكارا للعدالة[٢].

الفرع الثالث

محتويات القرار(الحكم) التحكيمي

ان الحكم التحكيمي يتشابه مع الحكم القضائي من حيث شكله والبيانات التي يتضمنها، واشارت بعض القوانين على ان القرار يصدر ويكتب بالطريقة نفسها المتبعة لصدور الأحكام القضائية[٣]وخير دليل على ذلك المادة(٢٧٠) من قانون المرافعات العراقي، وان القاعدة التي اشارت لها المادة واجبة الاتباع حتى لو كان التحكيم بالصلح ولابد ان يكون القرار مكتوبا وهي تعد شرطا لوجوده وان يشمل بوجه خاص على صورة عقد التحكيم او مشارطته ولابد من ذكر اسماء الخصوم وصفاتهم وبيان اسماء المحكمين الذين اصدروا القرار؛ لان تجاهل مثل هذه الامور يؤدي الى بطلان القرار، ولابد ان يشتمل القرار على طلبات الخصوم ولو كانت متفرقة ولابد من تسبيب الحكم[٤] والا كان باطلا وحتى لو كان المحكم مفوضا بالصلح، ولابد ان

---

[١] ونصت الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية على مدة ستة اشهر لإصدار الحكم من تاريخ أول انعقاد للهيئة، ويمكن تمديدها من قبل الأمين العام لجامعة الدول العربية بناءا على طلب مسبب من الهيئة لمرة واحدة ولمدة ستة اشهر.

[٢] د. احمد عبد الرحمن، مصدر سابق، ص٢٤٣.

[٣] د. فوزي محمد، التحكيم التجاري الدولي، مصدر سابق، ص٣٢٥.

[٤] لان هذا الأمر يؤثر عندما يراد تصديق القرار وتنفيذه حيث أشارت محكمة تمييز العراق على إن:((المحكمة تقضي بتصديق قرار التحكيم إذا جاء معللا ومسببا.... مستندا في ذلك لمبررات قانونية مقنعة)) رقم القرار:١٠٢٢/مدنية أولى/٩٢بتاريخ١٩٩٢/٩/٢٩. مشار إليه لدى:إبراهيم المشاهدي، المختار= = من قضاء

يتضمن القرار على منطوق او فقرة حكمية وهو الجزء الذي يفصل في النزاع، ولابد من ذكر مكان التحكيم وتاريخ صدور القرار وعند عدم ذكر الاخير فان ذلك يؤدي الى البطلان؛ لان اهمية البيان هذا تكمن في تحديد ان القرار قد صدر ضمن مهلة التحكيم ام لا، ولابد من توقيع القرار من قبل جميع المحكمين وان عدم توقيع الاقلية لايبطل الحكم ولابد من كتابة القرار بنفس لغة البلد الذي صدر فيه، اما فيما يخص صدور القرار التحكيمي باسم السلطة العليا في البلاد فانه محل خلاف كبير في الفقه، الا ان الارجح لا ضرورة للاشارة الى ذلك؛ لان قانوننا للمرافعات لم يشترط ذلك وان المادة(٢٧٠) منه لاتشبه القرار التحكيمي بحكم القضاء بالمطلق بل بالبيانات الضرورية واللازمة فيه، وان الدستور العراقي لعام١٩٧٠ نص في المادة(٦٨) على ان الاحكام القضائية تصدر وتنفذ باسم الشعب وهذا موقف كلا من قانون التنظيم القضائي العراقي المرقم ١٦٠لسنة١٩٧٩في المادة(٦) وقانون المرافعات العراقي النافذ في المادة(١٥٤) منه فالتأكيد هنا فقط على اصدار الاحكام القضائية باسم الشعب لا القرار التحكيمي، وبديهيا ان تذكر خلاصة الاجراءات التي قام بها المحكمون عند حسم النزاع كأن يذكر على سبيل المثال قرار الحجز الاحتياطي او اقوال الشهود او الخبراء وغيرها ويذكر كذلك المشاكل التي واجهت المحكم وسبل حلها وتاريخ اقفال المرافعة[١].

واشار القانون المصري للتحكيم لنفس الاحكام التي جاءت بها المادة(٢٧٠) من قانون المرافعات العراقي، الا ما تميزت به المادة(٤٣) تحكيم مصري حيث نصت على ان الحكم يوقع من المحكمين وعند التشكيل المتعدد للهيئة يكتفي بتوقيع الاغلبية بشرط ان يثبت في الحكم اسباب عدم توقيع الاقلية، وهذا النص خلافا للمادة(٥٠٧) مرافعات مصري الملغاة، ولان خلو الحكم من اسباب الامتناع عن التوقيع يؤدي الى بطلانه وان المشرع المصري قد اقترب الى حدٍ كبير من الأنظمة القانونية الانكلوسكسونية، وان فائدة بيان اسباب الرفض تساعد في الكشف ان كان هناك اخلالا بحق الدفاع او اذا طبقت الاغلبية قانونا يختلف عن القانون المتفق عليه من قبل الاطراف[٢]، وتطبيقا لذلك فلقد حكم:((بانه اذا كان مبنى الطعن خلو الحكم من اسباب امتناع توقيع محكم الطاعنة بالمخالفة الصريحة للمادة(٤٣) من القانون التي تشترط ذلك وكان هذا الطعن مردود بان الثابت بالاوراق ان طرفي النزاع اختارا للفصل فيه هيئة التحكيم التابعة للغرفة التجارية الدولية في باريس ورضوا باخضاع نزاعهم لإجراءاتها التي لاتشترط ذلك فلا محل للتمسك بالمادة(٤٣) اذ انها لا تنطبق الا في غياب اتفاق الطرفين على اعمال قواعد اجرائية

محكمة التمييز،قسم المرافعات المدنية، الجزء:١، مطبعة الزمان، منشورات دار الكندي، بغداد، ١٩٩٨، ص٨٠و ٨١.

[١] د. فوزي محمد، مصدر سابق، ص٣٣٢و٣٣٣.

[٢] د. محمود مختار، مصدر سابق، ص١٨٤.

اخرى))[1] وحسب الفقرة الثانية من المادة(٤٣) لابد ان يكون للحكم سببا الا اذا اتفق الطرفان على خلاف ذلك او كان القانون المطبق على الإجراءات لا يستلزم التسبيب بعكس المادة(٥٠٧) مرافعات مصري التي كانت تشترط التسبيب، واذا وجد التسبيب فلا يشترط به الدقة اللازمة للاحكام القضائية بل من الممكن ايرادها بشكل عام ونجد ان ما اورده المشرع المصري من عدم ضرورة التسبيب هو محل نظر؛ لان الغرض من التسبيب هو تمكين الخصوم من مراقبة حسن سير العدالة وحمل المحكمين على بذل الجهد في تمحيص القضايا، وعليه يؤخذ على هذا النص انه يفقد الخصوم القدرة في التعرف على الاسس التي اقامت عليها المحكمة حكمها، ويفقد القضاء القدرة على الرقابة، وان الاصل ان ارادة طرفي النزاع لايعتد بها عند اصدار الحكم وشروط صحته، وان اتفاق الاطراف على عدم التسبيب يشكل احدى صور التنازل المسبق في الطعن بالحكم وفي ذلك مخالفة لنص المادة(٥٤) تحكيم مصري التي ابطلت مثل هذا التنازل؛ لان عدم التسبيب يجعل محل الطعن فيه محدودا[2]الا ان الراي عندي ان مسألة التسبيب يمكن التشدد بها اذا كان التحكيم داخليا واعتباره قاعدة من قواعد النظام العام بينما اذا كان التحكيم دوليا فلا يشترط ذلك تسهيلا لحركة التجارة الدولية وعدم وضع العراقيل امامها وامام احكام التحكيم الدولية، وقياسا في ذلك بالمشرع الفرنسي الذي لم يستلزم التسبيب اذا كان التحكيم دوليا كما سنرى ادناه.

وعالج المشرع الفرنسي مسألة اصدار الحكم حيث نص على ان يصدر الحكم باغلبية الاراء مع ذكر واقعة امتناع الاقلية عن التوقيع، ولا يشترط القانون ذكر اسباب الامتناع، وهذا ما اشارت له محكمة استئناف باريس في قرارها بتاريخ ١٩٩٠/٧/٥، ولقد نصت المادة(١٤٧١) مرافعات فرنسي على ضرورة ان يكون الحكم متضمن لايجاز بادعاءات الاطراف واسانيدهم، ولابد ان يكون للحكم سببا واهمية ذلك تكمن في ان القانون الفرنسي يسمح باستئناف احكام التحكيم فبيان الاسباب التي تحمل المنطوق تسمح للمحكمة ان تراقبه ولم يعطي المشرع الحق في اعفاء المحكمين من التسبيب كونه متعلق بالنظام العام وهذا كله في حالة التحكيم الداخلي، ونصت المادة(١٤٧٢)مرافعات فرنسي على البيانات الأخرى نفسها التي سبق عرضها في بيان موقف التشريعين العراقي والمصري، الا ان المشرع الفرنسي من جانب اخر لم يشترط البطلان كجزاء على نقص احدى البيانات السابقة الا عند نقصانه من البيانات الآتية:{خلو الحكم من الأسباب وخلوه من أسماء المحكمين ومن تاريخ الحكم وعدم توقيع جميع المحكمين او عدم ذكر

---

[1] قرار محكمة استئناف القاهرة د/٧ في ١٢/ ٢٠٠١/٣. مشار إليه لدى:د.احمد السيد صاوي، مصدر سابق، ص١٨٣و١٨٤.

[2] ياسر عبد السلام، مصدر سابق، ص٩٣ومابعدها. ومن مناصري هذه الاراء(أي بضرورة التسبيب) د. اكثم الخولي، نفس المصدر السابق، ص٩٤.

واقعة رفض توقيع الأقلية عند صدور القرار بالأغلبية}وان مثل هذه الاحكام لاتسري الا في اطار التحكيم الداخلي وبالتالي فعدم التسبيب في التحكيم الدولي لايعد سببا للابطال حسب القانون الفرنسي[١] وهناك قوانين لاتشترط التسبيب اصلا او يمكن الاتفاق على اعفاء المحكمين منه كما في القانون الامريكي والسويدي والمادة(٥٢) من قانون التحكيم الانكليزي لعام١٩٩٦ .

ونجد ان المادة(٢٥) من قواعد الغرفة التجارية في باريس قد اشترطت التسبيب ولم تجعل لارادة الاطراف اي دور في امكانية استبعاده، واعتبرت ان حكم التحكيم يعد صادرا في التاريخ والمكان المدون به، ووفقا لنص المادة(٢٧) منها على رفع مشروع الحكم الى الهيئة للتدقيق ولها تعديل الشكل ولفت نظر المحكمة التي اصدرت الحكم لبعض المسائل الموضوعية دون المساس بحرية محكمة التحكيم في اتخاذ الحكم، ونجد ان معظم الاتفاقيات والقوانين والقواعد الدولية لم تسهب في وضع احكام خاصة بمشتملات الحكم، إلا أن اغلبها متفق على ضرورة وجود تاريخ ومكان اصدار الحكم واسباب عدم توقيع الاقلية على الحكم واسباب الحكم[٢].

وبالنسبة للقرار او حكم التحكيم في اطار التحكيم الاليكتروني، فيصح التساؤل بانه هل غياب الورق والكتابة التقليدية عليه يلحق ضررا بفاعلية القرار؟ يؤكد الفقيه (ARSIC): ((بان الأحكام التحكيمية النهائية والمؤقتة يجب ان تكون مكتوبة على الورق ويجب التوقيع عليها بالحبر وباليد من قبل المحكمين الى ان تقبل المحكمة بالتوقيع الإليكتروني))[٣] ، ولكن مع ذلك نجد ان نشوء مواقع على شبكة الانترنيت لفض الخصومات إليكترونيا وعن طريق التحكيم فانه لابد من تجاوز هذه المعوقات ووضع وسائل الحماية المطلوبة واعداد البرامج العالية الكفاءة وتطويرها لكي تشكل صمام امان امام المتطفلين واعداد البرمجيات التي من خلالها يمكن حفظ الحكم اليكترونيا والرجوع اليه عند الحاجة وهذا من الممكن ان يحصل في الوقت الحاضر[٤]ومن الجدير بالذكر ان اتفاقية نيويورك نصت في المادة الرابعة منها على انه لابد للاعتراف وتنفيذ الحكم التحكيمي ان يقدم اصل الحكم التحكيمي الرسمي او صورة منه تجمع للشروط المطلوبة الرسمية، اي ان هذا النص يشترط على الطرف الذي كسب الدعوى ان يقدم اصل الحكم اما ماعدا ذلك فانه لا يقبل منه؛ لانه لا يوجد نص خاص في إطار الاعتراف وتنفيذ احكام التحكيم تعترف فيه بالكتابة الاليكترونية، ويلاحظ بانه لايمكن عدم قبول القرار الاليكتروني المصدق

---

[١] د. محمود مختار، مصدر سابق، ص١٩٠ومابعدها.

[٢] كالمادة(٤٨) من قواعد المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار والمادة(٣١) نموذجي والمادة(٣٢) يونسترال.

(3)Richard hill, op.cit., p.5

[٤] عبد القادر ورسمة غالب، مصدر سابق، ص٩.

كالاصل؛ لان شرط الكتابة فيه متوافرة وان جاءت تختلف عن الشكل التقليدي، ولقد خطت الولايات المتحدة خطوة مهمة باصدارها قانون التحكيم الموحد والصادر في٢٨/آب/٢٠٠٠ والذي اعطت الحق للمحكم باستعمال التوقيع الاليكتروني والزمت المادة(٣٣) منه بقبوله في الولايات المختلفة في أمريكا[١]، وعلى الرغم مما سبق فان هناك قوانين قد اعترفت بالكتابة الاليكترونية والتوقيع الاليكتروني واعطت لهما حجية المستندات الورقية والتوقيع العادي وبالتالي يمكن قبول القرار التحكيمي النهائي في شكل اليكتروني مادامت ان الدول قد اقرت بالكتابة الغير تقليدية وكذلك بالتوقيع واصدرت القوانين الخاصة بذلك لتبني مثل هذه الافكار الحديثة، وكما تمت معالجته وبيان هذه الامور في موضع سابق من هذه الدراسة ضمن المبحث الثاني من الفصل الثاني في موضوع اختصاصات المحكم.

الفرع الرابع

صدور القرار(الحكم)وإيداعه

بعد ان يتضمن القرار التحكيمي المنهي للخصومة كافة المحتويات السابق الاشارة اليها يصدر القرار التحكيمي ولا يلزم المحكمون بإصداره في جلسة علنية وبحضور الاطراف على حد رأي الفقه[٢] والقواعد والاتفاقيات الدولية التحكيمية، ولقد نص قانون المرافعات العراقي في المادة(٢٧١) على ضرورة قيام المحكم بإعطاء صورة من القرار لكل من الطرفين وتسليم القرار مع اصل اتفاق التحكيم للمحكمة المختصة بالنزاع خلال مدة ثلاثة أيام التالية لصدوره وذلك بوصل يوقع عليه كاتب المحكمة، والرأي الراجح ان قرار التحكيم يعتبر صادرا من تاريخ التوقيع عليه؛ لانه لايلزم القانون النطق به او إيداعه[٣]، أما القانون المصري للتحكيم فنص في المادة(٤٤) على ان يتم تسليم الحكم الى كل من طرفي النزاع خلال مدة(٣٠) يوما من تاريخ صدور الحكم[٤] وحسب المادة(٤٧) أيضا فعلى من صدر الحكم لصالحه استلام اصل الحكم وإيداع صورة منه باللغة التي صدر بها وان لم يكن صادرا باللغة العربية فعليه تقديم ترجمة له مصدقا عليها من جهة معتمدة بوزارة العدل، ويتم الإيداع لدى قلم كتاب المحكمة المشار إليها في المادة(٩) من قانون التحكيم المصري، ولم يحدد القانون مدة لغرض الإيداع وترك ذلك لحرية الخصم[١]، ولا يصح نشر الحكم حسب القانون المصري ولم يشر لذلك قانون المرافعات العراقي

---

(1)United Nations Conference on Trade and Development, op.cit., p.50&51

[٢] رأي برنادر وكاريه وجارسونية، نقلا عن: د. احمد أبو الوفا، مصدر سابق، ص٢٥٧.

[٣] عبد الرحمن العلام، مصدر سابق، ص٤٧٨.

[٤] ولا مقابل لمثل هذا النص في القانون النموذجي.

[١] د. احمد السيد صاوي، مصدر سابق،ص١٩٨و١٩٩.

ولا القانون الفرنسي للمرافعات ولا القانون النموذجي أيضا، والسبب في عدم النشر هو ضرورة المحافظة على الأسرار الخاصة بالأطراف وهذا ما يبرر لجوئهم الى التحكيم للمحافظة على الأسرار التجارية والتقنية والفنية التي لا يريدون انتشارها، الا انه من جانب اخر فنشر الحكم يعود بالفائدة للصالح العام؛ لانه يؤدي الى دعم ثقة الخصوم بالمحكم والمؤسسة التحكيمية، وينشر مبادىء التحكيم وقواعده بين الناس، ومع ذلك فان قواعد المؤسسات التي لا تنص على نشر الاحكام فلابد من الالتزام بذلك، اما المؤسسات التي تجيز ذلك فلابد قبل النشر ان يوافق الخصوم على ذلك[٢]، وعالج المشرع الفرنسي مسألة الايداع الى المحكمة المختصة دون تحديد مدة لذلك حسب ما يفهم من المادة(١٤٧٧) مرافعات، ونصت المادة(٢٨) من قواعد الغرفة التجارية الدولية في باريس على ان الامانة العامة تبلغ الاطراف بنص الحكم موقعا من قبل المحكمة التحكيمية حال صدوره بشرط ان يكون الطرفين او احدهم قد دفع مصاريف التحكيم كاملة الى الغرفة ويمكن تسليم نسخة اضافية لاي طرف يطلبها من قبل الامين العام للهيئة.

وتجدر الاشارة الى ضرورة احترام قواعد النظام العام[٣]؛ لان عدم احترامها قد يؤدي الى عدم الاعتراف وتنفيذ الحكم كما اشارت لذلك الكثير من القوانين والاتفاقيات[٤]حيث ان القرار لابد ان لا يتضمن ما يخالف النظام العام في البلد المراد تنفيذ الحكم فيه، وعلى المحكم ان يحترم النظام العام الدولي عند معالجة موضوع النزاع ويحترم قواعد النظام العام للدولة التي يراد تنفيذ الحكم فيها عند اصداره للحكم[٥].

وعند صدور حكم التحكيم من قبل المحكم تنتهي سلطة المحكم ولا يستطيع ان يمارس مهمته مرة اخرى وهذا هو الاصل، الا انه استثناءا يمكن ان تمتد يد المحكم على الحكم الذي اصدره لغرض القيام بتفسير الحكم وتصحيحه مما اصابه من اخطاء او نقص او غموض.

ومع ذلك فلقد نشب خلاف فقهي كبير بشان منح المحكم مثل هذا الاختصاص حيث ذهب الاتجاه الاول: الى منع هيئة التحكيم من تفسير حكمها بعد اصداره سواء أكان ذلك بعد انقضاء المدة المحددة لاصدار الحكم ام خلالها؛ وذلك على اساس ان المحكم لا يستطيع ان يمارس هذا الاختصاص مالم تنعقد مشارطة جديدة يتفق فيها على هذا المبدا على اعتبار ان المحكم قد استنفذ سلطته بصدور الحكم الا ان هذا الاتجاه منتقد؛ لانه يقوم على حجة غير صحيحة وان مجرد استنفاذ قضاء الدولة مثلا لسلطته لا يسلبهم تفسير الحكم، وكذلك قد يحصل

---

[٢] د. احمد عبد الرحمن، مصدر سابق، ص٢٥٠.

[٣] النظام العام: هو مجموعة القواعد الأساسية والمبادئ العامة لقانون الشعوب ولقانون التجار حسب تعريف بعض الفقهاء ومنهم(Gold Man). نقلا عن:د. فوزي محمد، مصدر سابق، ١٧٩.

[٤] على سبيل المثال: المادة(٣٥) من الاتفاقية العربية والمادة(٥) من اتفاقية نيويورك.

[٥] د. فوزي محمد، مصدر سابق، ص١٧٩و١٨٠.

صعوبة في اجتماع الهيئة بعد انتهاء مهمتها لغرض ابرام مشارطة جديدة، وان المحكمين يملكون سلطة تفسير المشارطة الخاصة بالتحكيم فكيف لا يملكون سلطة تفسير الحكم الذي اصدروه؟ اما الاتجاه الثاني: فهو يرى باعطاء المحكمين سلطة تفسير حكمهم ولكن بشرط ان يتم خلال المدة المحددة اتفاقا او قانونا لاصدار حكمهم، فاذا انقضت فلابد من اتفاق جديد وهذا ما ايدته محكمة النقض الفرنسية في احدى قراراتها(نقض تجاري) في ١٩٧٥/١٢/٢٢ والبعض يذهب الى اتجاه قريب حيث يرى ان سلطة المحكمين تنقضي باقرب الاجلين، اما بانقضاء المدة المحددة او بايداع الحكم فان تم الايداع قبل انقضاء المهلة زالت سلطتهم، ونجد ان محكمة استئناف باريس ذهبت عام ١٩٦٥ الى ان صدور الحكم قبل انقضاء المدة في اتفاق التحكيم يترتب عليه سقوط الاجل الذي كان محددا لمباشرتهم مهمتهم وتزول سلطتهم في اجراء التفسير، الا ان محكمة النقض الفرنسية رفضت ذلك الاتجاه على اعتبار ان حكم المحكم حكم قضائي وان سلطته بالتفسير تبقى قائمة على الرغم من صدور الحكم[١].

ولقد نص مشرعنا للمرافعات في المادة(٢٧٤) على جواز اعادة القضية للمحكمين بعد اصدار حكمهم لاصلاح ما شاب القرار من عيوب او اكمال النقص فيه وان هذا النص يستوعب التفسير كذلك، ونجد ان القانون المصري للتحكيم اعطى الحق لكل من طرفي النزاع حسب نص المادة(٤٩) أن يطلب من الهيئة تفسير ما وقع في منطوق الحكم من غموض، ويقدم الطلب خلال مدة ثلاثين يوما من استلام الحكم ويعلن به الطرف الاخر قبل تقديمه للهيئة ولابد من صدور قرار التفسير خلال مدة ثلاثين يوما من تاريخ تقديم الطلب للهيئة كتابة ولها تمديد هذا الميعاد ثلاثين يوما أخرى وان صدور الحكم بالتفسير يعد متمما للحكم الأصلي[٢]، وقد تثار مشكلة بشأن تفسير الاحكام وهي ان هيئة التحكيم تنتهي مهمتها بعد اصدار الحكم وقد يصبح من الصعوبة بمكان ان تنعقد الهيئة مرة اخرى لغرض التفسير كما لو كان احد المحكمين توفي او امتنع عن الحضور او كان المحكم واحد ومات، فنجد ان القانون المصري للتحكيم وقبله القانون العراقي للمرافعات لم يعالجا هذه المسالة، فالقانون المصري قصر اختصاص المحكمة المختصة بالنظر في النزاع على المسائل التي يحيلها اليها القانون ولم ترد اية احالة لنص المادة(٤٩) على هذه المحكمة المشار اليها في المادة التاسعة من القانون، وعليه فالحل ان يتفق الاطراف على استكمال الهيئة او الاتفاق على تشكيلها لتفسير الحكم واذا تعذر ذلك فلابد من اللجوء الى المحكمة المختصة أصلا للمساعدة في إتمام تشكيل الهيئة واذا وصل الامر الى

---

[١] د. عزمي عبد الفتاح، سلطة المحكمين في تفسير وتصحيح أحكامهم، مجلة الحقوق، العدد:٤، السنة:٨، كانون الاول١٩٨٤، مجلس النشر العلمي في جامعة الكويت، ص١٢١و١٢٢.

[٢] وهذا ما أشار له كلا من: القانون النموذجي في المادة(٣٣) وقواعد اليونسترال في المادة(٣٥) وقواعد الغرفة التجارية الدولية في باريس في المادة(٢٩) حيث تقدم الطلبات للأمانة العامة لهيئة الغرفة.

طريق مسدود فلا ضير من تولي المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع أمر التفسير[١]، اما عن موقف القانون الفرنسي فعلى الرغم من النص في المادة(١٤٧٥) مرافعات على ان مجرد صدور الحكم يمنع المحكم من نظر الخلاف الذي فصل فيه، الا ان الفقرة الثانية من هذه المادة اعطت للمحكم سلطة التفسير وتكون المواد(من ٤٦١ إلى ٤٦٣) هي الواجبة التطبيق واذا تعذر انعقاد الهيئة مرة أخرى فسلطة التفسير تعطى للجهة التي ينعقد لها الاختصاص لو لم يكن هناك اتفاق تحكيم، ونجد ان المشرع الفرنسي لم يعامل أحكام التحكيم معاملة خاصة بل طبق عليها نصوص المرافعات التي تنطبق على الأحكام القضائية، وان حكم المشرع هذا ينطبق على التحكيم الداخلي فقط، فلا يسري على التحكيم الدولي حتى لو كان القانون الفرنسي هو المطبق إلا إذا لم يتفق الأطراف على وضع قواعد خاصة تحكم المسائل التي تعالجها النصوص السابقة تطبيقا لنص المادة(١٤٩٥) مرافعات التي تستبعد نصوص التحكيم الداخلي الواردة في الأبواب الثلاثة من الكتاب الرابع من القانون.

اما اذا وقع في الحكم اخطاء وعيوب مادية وغيرها فلابد من تصحيحها، فعلى من تقع هذه المهمة؟ ظهرت عدة اتجاهات بهذا الخصوص، فالاتجاه الاول: ذهب الى عدم قيام المحكمين بهذه المهمة وهذا ما كان يتبناه الاتجاه القديم الفقهي الفرنسي؛ وذلك لان المحكم يتجرد من اية سلطة يملكها بعد صدور حكمه، اما الاتجاه الثاني: فيرى اعطاء المحكمين سلطة التصحيح ولكن بشروط وهي ان يتم التصحيح خلال الأجل الاتفاقي او القانوني المحدد للتحكيم وان لايكون الحكم قد أودع لدى المحكمة[٢]، الا انه انتقد مثل هذا الراي؛ لانه يعطي لاستنفاذ ولاية المحكمين مدلول مادي وهو خروج الحكم من ايديهم وايداعه لدى المحكمة ويتفرع من هذا الاتجاه راي يرى باعطاء التصحيح للمحكم بشرط عدم صدور امر بالتنفيذ من القضاء، وتبنت محكمة باريس الكلية هذا الراي في ١٩٦٨/٦/٢٧، اما الاتجاه الثالث: فيرى اعطاء المحكمين هذه السلطة دون شروط، ويقوم هذا الاتجاه على أساس إسناد تصحيح الحكم للجهة التي اصدرته، وهو الارجح والجدير بالذكر انه في هذه الحالة الأخيرة قد تظهر لدينا نفس المشكلة التي صادفناها في تفسير الحكم وهي استحالة اجتماع الهيئة بعد صدور الحكم[١].

---

[١] د. محمود مختار، مصدر سابق، ص٢٠٢. ولقد نصت اتفاقية واشنطن في الفقرة الثانية من المادة(٥٠) على:((إذا استحال الرجوع لمحكمة التحكيم نفسها التي أصدرت الحكم، يجب تشكيل محكمة جديدة بنفس الطريقة التي شكلت بها المحكمة الأولى)).

[٢] وهذا مذهب نصوص التحكيم الملغاة في قانون المرافعات المصري رقم١٣ لعام ١٩٦٨ (المادة{٥٠٨}). د. سيد احمد محمود، مصدر سابق، ص١٣٥.

[١] د. عزمي عبد الفتاح، مصدر سابق، ص١٣٥ومابعدها.

ولقد سبق الاشارة لموقف المشرع العراقي بشأن التفسير وهو ينطبق كذلك على مسألة التصحيح، وحسب القانون المصري للتحكيم تملك هيئة التحكيم من تلقاء نفسها او بناءا على طلب من احد الخصوم حسب نص المادة(٥٠) سلطة تصحيح الحكم اذا كان مشوبا بخطأ مادي بحت سواء أكان كتابي ام حسابي، وتقوم الهيئة باجراء التصحيح خلال مدة(٣٠) يوما التالية لصدور الحكم او ايداع طلب التصحيح حسب الاحوال، ويجري التصحيح من غير مرافعة ولها مد هذا الميعاد (٣٠) يوما اخرى ويصدر القرار كتابة ويعلن للاطراف خلال (٣٠) يوما من تاريخ صدوره، ولا يجوز للهيئة تجاوز سلطتها في التصحيح؛ لان ذلك قد يعرض القرار للبطلان[٢]، ولا جديد يقال بشان القانون الفرنسي لان ما قيل بصدد التفسير ينطبق كذلك على التصحيح حسب نص المادة(١٤٧٥)مرافعات .

المطلب الثاني

انتهاء مهمة المحكم بغير إصدار القرار(الحكم)التحكيمي

هناك حالات قد تنتهي مهمة المحكم فيها بعدم فضه للنزاع كما في رده وعزله واسباب اخرى سيتم بيانها حسب الفرعيين الاتيين:

الفرع الأول

رد المحكم وعزله

أولا: رد المحكم:

لقد حرصت الكثير من التشريعات والقواعد والاتفاقيات الدولية الخاصة بالتحكيم على منح اطراف النزاع ضمانات مهمة وذلك لتوفير الحد الادنى من الحياد والنزاهة والاستقلالية في المحكم الذي تم اختياره، ومنها رد المحكم من قبل طرفي النزاع وبموجبها تنتهي مهمته في نظر النزاع.

ولقد عالج المشرع العراقي حالة رد المحكم في المادة(٢٦١) مرافعات حيث اجاز رد المحكم لنفس الأسباب التي يرد بها القاضي، واشارت المادة(٩١) مرافعات على حالات وجوبية لايجوز للقاضي فيها نظر الدعوى وقياسا لهذه الحالات على المحكم يتضح انه لايجوز له ان ينظر النزاع اذا كان:

١- زوجا او صهرا او قريبا لاحد الخصوم الى الدرجة الرابعة.

---

[٢] د. احمد السيد صاوي، مصدر سابق، ص٢٠٢. ولقد أشارت اتفاقية عمان لذلك في المادة(٣٣) وقواعد الغرفة التجارية الدولية في باريس في الفقرة الثالثة من المادة(٢٩) والمادة(٣٣) نموذجي والمادة(٣٦) يونسترال والمادة(٢٩) من اتفاقية واشنطن.

٢- اذا كان له او لزوجه او لاحد اولاده او احد ابويه خصومة قائمة مع احد الطرفين او مع زوجه او احد اولاده او احد ابويه.

٣- اذا كان وكيلا لاحد الخصوم او وصيا عليه او قيما او وارثا ظاهرا له او كانت له صلة قربة او مصاهرة للدرجة الرابعة بوكيل احد الخصوم او الوصي او القيم عليه او باحد اعضاء مجلس ادارة الشركة التي هي طرف في النزاع او احد مديريها.

٤- اذا كان له او لزوجه او احد اصوله او لازواجهم او لفروعه او ازواجهم او لمن يكون هو وكيلا عنه او وصيا او قيما عليه مصلحة في الدعوى المقامة.

٥- اذا كان قد افتى او ترافع عن احد الطرفين في الدعوى او كان قد سبق له نظرها قاضيا او خبيرا او محكما او كان قد ادى شهادة فيها.

ونصت المادة(٩٣) أيضا على حالات جوازية لرد المحكم وهي:

١-اذا كان احد الطرفان مستخدما عنده او اعتاد مواكلته او مساكنته او كان قد تلقى منه هدية قبل اقامة الدعوى او بعدها.

٢- اذا كان بينه وبين احد الطرفين عداوة او صداقة يرجح معها عدم استطاعة الحكم بغير ميل.

٣- اذا كان قد ابدى رايا قبل الاوان.

ويلاحظ ان الاسباب الجوازية الاخيرة متروك امر تقديرها للمحكمة لغرض رد المحكم فاذا اقتنعت بها اصدرت قرارها برد المحكم[١].

وهناك حالات جوازية يمكن ان يتنحى المحكم من تلقاء نفسه عن نظر النزاع وان لم يطلب الخصوم ذلك؛ لتعلقها بشخصه ولتمكين المحكم للتخلص من الحرج فيعرض امر تنحيته على رئيس المحكمة للنظر في قراره واذا لم يأذن له بالتنحي فعليه ان يستمر وذلك حسب نص المادة(٩٤) مرافعات.

واشترط قانون المرافعات العراقي في رد المحكم ان تكون هذه الأسباب قد طرأت عليه بعد تعيينه أو تلك السابقة على التعيين ولم يكن الخصم طالب الرد عالما بها، اما اذا كان سبب الرد موجودا قبل التعيين والخصم عالما به فذلك لا يصلح سببا للرد؛ وذلك على اساس ان التحكيم يتطلب ان ينظر النزاع من قبل شخص او اشخاص حريصين على علاقتهم بالطرفين كرب الأسرة او صديق حميم او محام يثق به الطرفين.... ومن ثم يكون الرباط الوثيق بين المحكم والخصوم او بينه وبين احدهم لا يؤثر في صحة اختياره متى كان معلوما لهم من قبل،

[١] آ. حسين المؤمن، مصدر سابق، ص٤٥.

اما لو كان احد الخصوم يجهل العلاقة بين المحكم وخصمه وتعد سببا للرد او من اسباب عدم الصلاحية فان علمه بها بعد ذلك يؤثر حتما في صحة اختيار المحكم فللخصم ان يطلب رده[١].

ويلاحظ ان هناك فروقا بين رد المحكم ورد القاضي على الرغم من ان الاجراءات المطبقة لرد المحكم هي نفسها التي تطبق على القاضي، الا ان قيام سبب وجوبي لرد المحكم يتوقف طلب رده على الأطراف بعكس الحال مع القاضي[٢]، ويقدم طلب الرد الخاص بالمحكم قبل الدخول في أساس الدعوى ويجوز تقديمه بعد ذلك إذا كانت هناك أسباب أو اثبت طالب الرد انه لم يكن عالما بها على ان يكون ذلك قبل حسم الدعوى وذلك حسب قرار محكمة تمييز العراق المرقم ٦١١/هيئة موسعة/١٩٧٩ بتاريخ ١٩٨١/٥/٣٠ وان طلب الرد يقدم الى المحكمة المختصة مشتملا على أسبابه ومع المستندات التي تؤيد طلب الرد، وعندما يقدم طلب لرد المحكم عليه ان يتوقف عن نظر النزاع حتى الفصل في طلب رده حسب ما نصت عليه المادة(٩٦) مرافعات، وعلى المحكم ان يجيب كتابة على وقائع الرد واسبابه خلال(٣) ايام، والقرار الصادر من المحكمة يقبل التمييز خلال(٧) ايام ابتداءا من اليوم التالي لتبليغ القرار، ولا يحكم عند رفض طلب الرد بالغرامات الواردة في المادة(٩٦)؛ لان ذلك الاجراء مقرر لصيانة القضاء من العابثين[٣]، وتجدر الاشارة بان جميع الاجراءات التي قام بها المحكم عند توفر سبب من اسباب الرد وتم رده بموجب ذلك فتعتبر مثل هذه الاجراءات باطلة وحتى القرار الذي أصدره[٤].

اما موقف القانون المصري للتحكيم فلقد عالج مسألة رد المحكم في المواد من(١٨ الى ٢٢)، حيث نصت المادة(١٨) على وضع سبب عام ومجمل للرد وذلك اذا قامت ظروف تثير شكوكا جدية حول حيدته واستقلاله[١] بعكس المادة(٥٠٣) من قانون المرافعات الملغية التي كانت تنص على تطبيق أسباب رد القضاة على المحكم، ومع ذلك فان هذه الأسباب تدخل في

---

[١] الأسباب الموجبة للمادة(٢٦١) مرافعات عراقي، مشار اليها لدى: عبد الرحمن العلام، مصدر سابق، ص٤٥٣.

وفي قرار لمحكمة التمييز في العراق تقول فيه:((إذا كان أحد المحكمين شقيق زوجة أحد المتداعين فعلى المحكمة تكليفهما بانتخاب محكم غيره وعند عدم اتفاقهما تقوم هي بتعينه)) رقم القرار:٧٠٩و٧٤٦/مدنية أولى/١٩٧٨، تاريخه: ١٩٧٩/٥/٨، منشور في مجلة الأحكام العدلية، العدد:٢، نيسان١٩٧٨، ص١٠٦.

[٢] كاظم حنتوش، مصدر سابق، ص٩٢ و عبد الرحمن العلام، مصدر سابق، ص٣١١.

[٣] آ. حسين المؤمن، مصدر سابق، ص٤٥.

[٤] كاظم حنتوش، مصدر سابق، ص٩٥.

[١] وهذا ما يطابق نص المادة(١٠) يونسترال والفقرة الثانية من المادة(١٢) نموذجي.

النص العام للمادة(١٨) وان لم تذكره كونه اكثر شمولا لكل ما يخل بحياد المحكم واستقلاله[٢]، ونجد ان المحكم يقع عليه التزام مهم عند اختياره لمهمة التحكيم وهي ان عليه ان يفصح عن اية ظروف من شأنها اثارة الشك حول حياديته او استقلاله حسب نص المادة(١٦) تحكيم مصري، واضاف القانون النموذجي الى ان هذا الافصاح يستمر طيلة اجراءات التحكيم اذا ظهرت مثل هذه الظروف خلالها مالم يكن المحكم قد اعلم الاطراف بها حسب نص المادة(١٢) نموذجي[٣]، ولقد نصت الفقرة الثانية من المادة(١٨) تحكيم مصري على انه لا يجوز لأي من طرفي التحكيم رد المحكم الذي عينه أو اشترك في تعينه إلا لسبب تبين بعد هذا التعيين[٤] وطبقا للمادة(١٩) من القانون نفسه لابد ان يقدم طلب الرد كتابة الى هيئة التحكيم مبينا فيه اسباب الرد وخلال مدة(١٥) يوم من تاريخ علم طالب الرد بتشكيل الهيئة او بالظروف المبررة للرد، وتقوم الهيئة بالفصل في الطلب مالم يتنح المحكم، الا ان مثل هذا الحكم الذي اعتمده المشرع المصري في ان طلب الرد تنظره الهيئة نفسها هو محل نظر؛ وذلك لان القاعدة تقول: ((لا يجوز للمرء ان يكون خصما وحكما في نفس الوقت)) وان الأخذ بهذا الحكم يجعل من الصعوبة تحقيق الحياد؛ لانه من غير المتصور ان يقبل المحكم الفرد رد نفسه خاصة وحتى لو كانت الهيئة مشكلة من اكثر من محكم واحد فطلب الرد لاحد أعضائها قد يوقع باقي أعضاء الهيئة في الحرج من ذلك[٥].

ونتيجة لذلك تم الدفع بعدم دستورية تخويل هيئة التحكيم سلطة الفصل في طلب الرد امام محكمة جنوب القاهرة الابتدائية التي قدرت جدية الدفع والإحالة الى المحكمة الدستورية العليا التي قضت في١٩٩٩/١١/٦ بما يلي:((بعدم دستورية العبارة الواردة في البند[١] من المادة[١٩] من قانون التحكيم..... والتي تنص على ان:{فصلت هيئة التحكيم في الطلب....} وتضمن الحكم بعدم الدستورية والإشارة إلى إبطال هذا النص والطلب من السلطة التشريعية الى التدخل لاقرار نص بديل لتلافي ذلك))[١] ، وعليه صدر القانون المرقم ٨ لسنة ٢٠٠٠ في ٤/نيسان/٢٠٠٠ والخاص بتعديل قانون التحكيم حيث ألغيت العبارة:((تفصل هيئة التحكيم بالطلب)) واستبدلت بالأتي:((فاذا لم يتنح المحكم المطلوب رده خلال[١٥] يوم من تاريخ تقديم الطلب، يحال الطلب الى المحكمة المختصة طبقا للمادة(٩) من القانون وحكمها غير قابل

---

[٢] د. احمد السيد صاوي، مصدر سابق، ص١٠١و١٠٢.

[٣] للتفاصيل اكثر حول هذه النقطة ينظر: د. حمزة حداد، قانون التحكيم المصري ومدى اعتباره نموذجا لتشريعات الدول العربية،ص٩و١٠.

[٤] وهذا مطابق للفقرة الثانية من المادة(١٢) نموذجي.

[٥] ياسر عبد السلام، مصدر سابق، ص٥١و٥٢.

[١] د. محمود مختار، مصدر سابق، ص٧٥.

للطعن))[٢] ، وان هذا التعديل كانت نصوص التحكيم الملغاة في قانون المرافعات المصري تنص عليه[٣]، ولقد نصت المادة المعدلة بالقانون الصادر عام٢٠٠٠ بانه لا يقبل طلب الرد للمحكم الذي سبق ان قدم ضده طلب برده بذات التحكيم، الا ان مثل هذا الحكم محل نظر؛ وذلك لانها تفقد طالب الرد حقه في ضمان الحيدة والاستقلال للمحكم عن طريق مصادرة حقه في مقاضاة المحكم، وان ذلك يتعارض مع نص المادة(١٨) من القانون المصري للتحكيم والتي اعطت الحق لطالب الرد ان يطلب رد المحكم الذي عينه او اشترك في تعينه اذا قامت ظروف جدية حول حيدته و استقلاله بعد التعيين، فذات المنطق يجيز الرد من باب اولى لطلب رد نفس المحكم اذا ظهرت مثل تلك الظروف بعد تقديم طلبه الاول، والملاحظ ان المشرع حاول في ايراد مثل هذا النص منع تعطيل الفصل في التحكيم وذلك اذا اساء الخصم استعمالها[٤]، ولكن مع ذلك فالارجح والأفضل ان يعطى الحق لتقديم طلب رد اخر بناءا على الاسباب التي ذكرت انفا.

ويلاحظ ان القانون المصري للتحكيم المقتبسة اغلب احكامه من القانون النموذجي لم ياخذ بالحكم الوارد في المادة(١٢) من القانون النموذجي والتي اجازت رد المحكم اذا لم تتوافر فيه المؤهلات المتفق عليها بين الاطراف، وان كان مثل هذا السبب ليس له علاقة بالحياد والاستقلال الخاص بالمحكم[٥]، اما بشأن الاثر المترتب على تقديم طلب الرد على سير الخصومة فان المشرع المصري في الفقرة الثالثة من المادة(١٩) لم يشترط وقف الاجراءات بعكس حالة رد القاضي حسب نص المادة(١٦٢) مرافعات مصري، وتضمنت الفقرة كذلك على انه اذا حكم برد المحكم اعتبرت الإجراءات المتخذة من قبله بما في ذلك الحكم التحكيمي كأن لم تكن[٦]، وان هدف المشرع من هذا النص هو عدم تعطيل الإجراءات؛ لانه قد يسيء الخصوم استعمال مثل هذا الحق مما قد يجرد التحكيم من أي قيمة[١]الا ان راي الدكتور(اكثم الخولي) في بحثه الاتجاهات العامة في قانون التحكيم الجديد في الصفحة[١٣]منه يذهب الى انه: ((من الأفضل مساواة نتائج طلب رد المحكم بطلب رد القاضي مع إلزام المحكمة بسرعة الفصل في

---

[٢] عمرو عيسى الفقي، مصدر سابق، ص٨٩.

[٣] د. احمد السيد صاوي، مصدر سابق، ص١٠٣.

[٤] ياسر عبد السلام، مصدر سابق، ص٥٦و٥٧.

[٥] د. حمزة حداد، مصدر سابق، ص١١و١٢.

[٦] د. محمود مختار، مصدر سابق، ص٧٦.

[١] د. احمد السيد صاوي، مصدر سابق، ص١٠٥.

طلب الرد حتى لا يتوقف التحكيم فترة طويلة))[٢] وهذا ما نؤيده ايضا؛ لان عدم ايقاف الاجراءات والاستمرار بها ومن ثم الحكم برد المحكم بعد ذلك يؤدي لضياع وقت وجهد واهدار مبالغ كبيرة دون فائدة.

ولقد ترتب على التعديل الذي حصل عام ٢٠٠٠ حذف ماكان موجود سابقا من جواز الطعن في القرار برفض طلب الرد وبموجب التعديل في المادة(١٩) اصبح لا يجوز الطعن بالقرار الصادر في طلب الرد، وهذا افضل تجنبا لاطالة امد النزاع ولتحقيق السرعة في التحكيم ومن خلال التعديل السابق اقرت محكمة استئناف القاهرة(دائرة ٩١) بدعوى الرد رقم ١١٩/١٢٠ق بتاريخ ٢٠٠٢/٦/٢٦ بان طلب الرد لا يقدم الى المحكمة مباشرة بل لابد من تقديمه لهيئة التحكيم التي تضم المحكم المطلوب رده وهي التي تحيله بعد ذلك الى المحكمة المشار اليها في المادة التاسعة من القانون[٣].

اما في فرنسا فلقد اثيرت مسألة ظهور سبب الرد بعد ابرام الاتفاق واثناء سير الاجراءات او ظهور السبب بعد صدور الحكم، ولقد اختلف الفقه والقضاء بشأن ذلك، فلقد ذهب راي الى ان السبب السابق والذي لم يكتشف الا بعد ابرام الاتفاق شأنه شأن السبب اللاحق يجوز الطلب بالرد من اجله، وذهبت احكام القضاء الى التمسك بحرفية نص المادة(١٠١٤) من القانون الفرنسي القديم للمرافعات التي لا تجيز الرد الا لسبب لاحق؛ وسبب ذلك يقوم على اساس ان التمسك بسبب من اسباب الرد حدث قبل ابرام الاتفاق يعني مهاجمة عقد التحكيم وطلب ابطاله على اساس الغلط في شخص المحكم او التدليس، وان مثل هذا الحل الذي اعتمده لنفسه القضاء الفرنسي لم يحل المشكلة؛ لانه لابد من الانتظار لحين صدور الحكم ثم يطعن به بالبطلان عند رفع دعوى البطلان أي المعارضة في أمر القاضي بالتنفيذ في فرنسا، إلا أن المشرع ألغى نص المادة السابقة ونص في المادة(١٤٦٣) على رد المحكم لسبب يحدث بعد تعيين المحكم او لسبب يظهر بعد تعيينه[١] ونجد ان المشرع الفرنسي لم يضع نصوصا خاصة لتنظيم إجراءات رد المحكم، وعليه وكما هو الحال مع قانوننا للمرافعات تطبق نصوص رد القاضي في هذه الحالة مع انعقاد الاختصاص لرئيس المحكمة الابتدائية المختصة.

---

[٢] يراجع حول هذا الرأي: ياسر عبد السلام، مصدر سابق،ص٥٤. ونجد أن المادة(١٤) يونسترال تنص على انه إذا تم رد المحكم الواحد أو رئيس الهيئة واستبدل بغيره، فلابد من إعادة سماع المرافعة الشفوية أما إذا تعلق الأمر بغيرهم فيترك الأمر لتقدير الهيئة.

[٣] د. محمود مختار، مصدر سابق، ص٧٦.

[١] د. عزمي عبد الفتاح، إجراءات رد المحكمين في قانون المرافعات الكويتي، المجلة العربية للفقه والقضاء، العدد:٣، نيسان١٩٨٦، ص٤٥٥.

أما قواعد الغرفة التجارية الدولية في باريس فأعطت الحق بالاعتراض على المحكم بعد ظهور انتفاء استقلاله او لاي سبب اخر وذلك بتوجيه مذكرة خطية للأمانة العامة ويقدم خلال(٣٠) يوما من تاريخ علم الطرف مقدم الطلب للاعتراض بالوقائع والظروف التي يقوم عليها طلبه اذا كان هذا التاريخ لاحقا لاستلام الإخطار وبعد ذلك تصدر الهيئة في نفس الوقت قرارها في الشكل والموضوع لغرض قبوله شكلا وتهيأ الأمانة العامة لكل من المحكم المعني و الأطراف وكل عضو من أعضاء محكمة التحكيم إمكانية التقدم بملاحظات خطية ضمن مهلة معينة وتعمم تلك الملاحظات على الجميع، وهذا ما نصت عليه المادة(١١) من قواعد الغرفة ونصت الفقرة الخامسة من المادة(١٢)منها على ان للهيئة ان تقرر متابعة التحكيم بواسطة المحكمين الباقين بدلا من تعيين محكم اخر[٢]، وبالاضافة لما سبق ذكره فان المادة(١٣) من القانون النموذجي اعطت الحق للخصوم بالاتفاق على طريقة لرد المحكمين مقدما وتفصل الهيئة بالطلب مالم يتنحى المحكم او لم يوافق الطرف الاخر على الرد، ومثل هذا الحكم لم يكن موجودا في قواعد اليونسترال لعام١٩٧٦[٣].

وفي الولايات المتحدة فان القسم(١٥/ب) من قانون التحكيم الفدرالي لعام٢٠٠٠ يجعل من الافصاح عن اية شكوك او ظروف تشكل سببا للرد وعدم الصلاحية التزاما صارما وهذا هو احد مبادىء المحكمة العليا في امريكا، وايضا وجهت المحكمة الفيدرالية السويسرية بان الافصاح عن ان زوجة احد المحكمين عملت كمساعدة لمحامي احد الاطراف يعد ذلك كافيا للتنبيه بعدم صلاحية هذا المحكم[٤].

واورد المشرع الإنكليزي في قانون التحكيم لعام١٩٩٦ نصا حدد فيه أسباب لرد المحكم تميز فيه عن باقي القوانين والقواعد الدولية، حيث نص من بين الأسباب التي يمكن رد المحكم من خلالها: وجود ظروف من شأنها اثارة شكوك حول حيدته واستقلاله وإذا كان المحكم لا يتمتع بالمؤهلات المنصوص عليها في العقد وإذا كان المحكم عديم الأهلية سواء أكان عقليا او جسديا بشكل لا يمكنه من ممارسة مهنته او لم يقم بالسرعة المناسبة بالإجراءات، وعليه فنص المادة(٢٤) من القانون الإنكليزي توسع كثيرا في حالات رد المحكم وهذا افضل ولكي يكون هناك محكمين جيدين وعلى قدر المهمة والمسؤولية التي يقومون بها في حسم النزاع.

---

[٢] ونجد إن المادة(٧) من القواعد نفسها أوجبت على المحكم أن يوقع على شهادة قبل تعينه او تثبيته يثبت بها انه مستقل ويعلم الأمانة العامة كتابة بذلك، وبالظروف التي قد تثير الشك به وحول حيدته واستقلاله.

[٣] د. منير عبد المجيد، مصدر سابق، ص١٣٨.

[٤] عمرو عيسى الفقي، مصدر سابق، ص٧٧و٧٨.

ثانيا:عزل المحكم:

منحت كذلك التشريعات المختلفة ضمانة أخرى لأطراف النزاع في مواجهة المحكم وهي إمكانية عزله من النظر في النزاع، وان عزل المحكم لا يمكن ان يقع مالم يكن المحكم قد قبل مهمة التحكيم قبولا صريحا وكتابة أما لو اعتذر أو اشترط اجل للقبول فلا يمكن تصور عزله[١] وان عزل المحكم هي خصوصية يتميز بها عقد التحكيم كما هو الحال مع عقد الوكالة حيث يستطيع احد طرفيه ان يستقل بإنهائه و يتم عزل المحكم باتفاق الخصوم جميعا[٢]حسبما اشارت لذلك اغلب القوانين كقانون المرافعات العراقي في المادة(٢٦٠) والمادة(٢٠) من قانون التحكيم المصري والمادة(١٤٦٢) مرافعات فرنسي والمادة(١٢) من قواعد الغرفة التجارية في باريس والمادتين(١٤و١٥) نموذجي.

وليست هناك أسباب معينة لعزل المحكم بل ترك الامر لمشيئة الاطراف فقد يَرون عدم كفاءته او قلة خبرته و غير ذلك من الأسباب ولا يشترط ان يفصح الخصوم عن سبب عزلهم للمحكم ويمتنع على المحكم عند اتفاق الأطراف على عزله ان يتخذ اي اجراء او اصدار اي حكم والا اعتبر ذلك باطلا، اما ما سبق ذلك فيترك لاتفاق الخصوم[٣]ويمكن عزل المحكم بصورة صريحة او بشكل ضمني وذلك بتعيين محكم اخر محله حيث لم يشترط في القوانين شكلا معينا للعزل[٤]، وعند انهاء مهمة المحكم في هذه الحالة يترتب اثر اساسي مهم وهو دفع الاجر للمحكم بما يتناسب مع الجهد الذي بذله الى الوقت الذي انتهت به مهمته، ودفع الاجر يعد حسب راي الفقه التزاما تضامنيا بين الاطراف المتنازعة[٥]وان عزل المحكم يمكن ان يتم في اية مرحلة من مراحل التحكيم حتى وان كان ذلك بعد صدور الحكم في شق معين من موضوع النزاع الذي ينظره المحكم[٦] وإذا صدر قرار المحكم بعد عزله كان باطلا، اما صدوره قبل العزل فيعد صحيحا، وطبيعي ان عزل المحكم لابد أن يكون لسبب مشروع ومقبول وان لم تنص التشريعات على ذلك وإلا جاز له إقامة الدعوى ضد الأطراف للمطالبة بالتعويض[١].

الفرع الثاني

انتهاء مهمة المحكم بأسباب اخرى

---

[١] كاظم حنتوش، مصدر سابق، ص٨٨ و عبد الرحمن العلام، مصدر سابق، ص٤٥١.

[٢] د. فوزي محمد، مصدر سابق، ص٢٤٧.

[٣] د. احمد السيد صاوي، مصدر سابق، ١٠٦.

[٤] د. أمينة النمر، مصدر سابق، ص٣٦١ و عبد الرحمن العلام، مصدر سابق، ص٤٥١.

[٥] د. فوزي محمد، مصدر سابق، ص٢٤٧.

[٦] عبد الرحمن العلام، مصدر سابق، ص٤٥٢.

[١] كاظم حنتوش، مصدر سابق، ص٩٠.

إن النهاية الطبيعية لمهمة المحكم تكون بإصدار الحكم أو القرار الفاصل والمنهي للنزاع المعروض على المحكم وكما سبق بيانه فيما مضى، إلا انه مع ذلك قد تنتهي مهمة المحكم بعدم اصدار حكم في النزاع؛ وسبب ذلك يعود الى عدة أسباب منها للإجراءات التحكيمية ومنها ما يعود الى شخص المحكم.

فبالنسبة للمشرع العراقي يمكن استخلاص انتهاء مهمة المحكم من دون إصدار القرار التحكيمي في النزاع في عدة حالات وهي:

اولا: فوات الميعاد المحدد لاصدار القرار المنهي للخصومة سواء أكان محددا اتفاقا ام قانونا؛ وذلك لان المادة(٢٦٢) مرافعات اوجبت على المحكمين اصدار قرارهم خلال ستة اشهر من تاريخ قبولهم مهمة التحكيم مالم يتفق الاطراف على خلاف ذلك، ففي حالة انقضاء المهلة القانونية او الاتفاقية فلاي من الطرفين الحق بالتقدم بطلب لانهاء الاجراءات[٢].

ثانيا: ما نصت عليه المادة(٢٥٦) مرافعات من انه في حالة وقوع النزاع وامتناع واحد او اكثر من المحكمين المتفق عليهم عن العمل او اعلن اعتزاله او وجود مانع يستحيل مع وجوده القيام بالمهمة[٣]وكذلك ما نصت عليه المادة(٢٦٠) مرافعات بان للمحكم ان يتنحى عن اداء مهمة التحكيم وبالتالي تنتهي مهمته، ويشترط ان يكون التنحي بعد قبول المهمة لسبب مشروع كالمرض الشديد او سفر طويل او غير ذلك وتقدر المحكمة ذلك[٤].

ثالثا: ما نصت عليه المادة(٢٦٣) مرافعات والتي اشتملت على جملة من الامور كحالة عدم قيام المحكمين بالفصل في النزاع خلال المدة المحددة(قانونا او اتفاقا) او تعذر المحكمين تقديم تقريرهم لسبب قهري ويدخل ضمن هذه الحالات وفاة المحكم قبل اصداره للقرار حيث تنتهي شخصية المحكم[٥]، أما وفاة أحد الخصوم فلا ينهي التحكيم حسب نص المادة(٢٥٩) مرافعات وتشمل حالات انتهاء مهمة المحكم كذلك على حالة افلاس المحكم او توقيع الحجر عليه او

---

[٢] حميد فيصل، مصدر سابق، ص١٦٥.

[٣] عبد الرحمن العلام، مصدر سابق، ص٤٣٨.

[٤] عبد الرحمن العلام، مصدر سابق، ص٤٥١.

[٥] نصت على ذلك أيضا: المادة(١٢) من قواعد الغرفة التجارية الدولية في باريس والمادة(٢٦) من القانون الإنكليزي للتحكيم.

فقدان أهليته [١]او وجود اسباب قانونية[٢] تحول دون قيامه باداء مهمته كتعيين المحكم قاضيا او استحالة الاستمرار بالتحكيم[٣].

رابعا: كذلك من الحالات التي من الممكن ان تنتهي مهمة المحكم او الهيئة بها اشترط المشرع العراقي صدور القرار بالاتفاق او بالاغلبية فعند عدم تحقق مثل هذه النسبة يبلغ الخصوم بذلك وتنتهي مهمة المحكمين[٤].

خامسا: ونظرا للطابع الاتفاقي للتحكيم فانه من الممكن انهاء مهمة المحكم ايضا في حالة طعن المدعى عليه بعدم وجود اتفاق للتحكيم او عدم صحته او بطلانه وتبين للهيئة مثل هذا الامر فتصدر قرارها بانهاء الاجراءات وتنتهي مهمة الهيئة كذلك في حالة ترك المدعي لدعواه ما لم يطلب المدعى عليه الاستمرار في نظر الدعوى[٥]، ويتطابق موقف المشرع الفرنسي في قانون المرافعات وبموجب المادة(١٤٦٤) ما جاء به المشرع العراقي من أحكام.

أما القانون المصري للتحكيم فلقد تضمن حالات تنتهي فيها مهمة المحكم بغير الحكم التحكيمي وهي:

أولا: اذا لم يقوم المدعي بتقديم دعواه دون عذر مقبول خلال الميعاد المتفق عليه بين الاطراف او الذي حددته الهيئة، فعلى الاخيرة انهاء الاجراءات مالم يتفق الطرفان على خلاف ذلك حسب ما اشارت له المادة(٣٤).

ثانيا: عدم صدور الحكم خلال الموعد المتفق عليه او المحدد قانونا وعدم وجود اي تمديد اضافي من رئيس المحكمة المشار اليها في المادة(٩) من القانون حيث يحق لاي من الطرفين ان يطلب من رئيس المحكمة ان يصدر امرا بانهاء الاجراءات وبالتالي تنتهي مهمة المحكم حسب نص المادة(٤٥).

ثالثا: حالة اتفاق الاطراف على انهاء الاجراءات ونصت عليها المادة(٤٨) من القانون كاتفاقهما على تسوية معينة للنزاع حسب نص المادة(٤١)[٦].

رابعا: اذا ترك المدعي خصومة التحكيم ما لم تقرر الهيئة بناءا على طلب المدعي عليه الاستمرار في الاجراءات حسب ما اشارت له المادة(٤٨).

---

[١] حميد فيصل، مصدر سابق، ص١٦٦.

[٢] ونصت على مثل هذه الأسباب أيضا: المادة(١٤) نموذجي و المادة(١٢) من قواعد غرفة التجارة الدولية في باريس.

[٣] د. فوزي محمد، مصدر سابق، ص٢٥٣ و د. احمد أبو ألوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، ص٢٠٨و٢٠٩.

[٤] د. فوزي محمد، مصدر سابق، ص٢٥٤.

[٥] حميد فيصل، مصدر سابق، ص١٦٧.

[٦] د. محمود سمير الشرقاوي، مصدر سابق، ص٢٢٢.

خامسا: اذا استحال على الهيئة الاستمرار او قدرت عدم جدواه، فلها ان تأمر بإنهاء الإجراءات، ومثال ذلك: صدور حكم قضائي في موضوع النزاع او قدرت تعذر جمع المستندات الكافية لتبين وجه الحقيقة او استحالة تنفيذ الحكم في البلد المراد تنفيذ الحكم فيه[١]اذا اصدرت الحكم او انها لم تجد ذلك التعاون المثمر من الطرفين لحسم النزاع، وهذه الحالة نصت عليها المادة(٤٨).

سادسا: وهناك حالة اخرى نصت عليها المادة(٢٠) وهي حالة تعذر المحكم من اداء مهمته او اهمل في مباشرتها او انقطع عن أدائها مما يؤدي الى التاخير في الاجراءات، فيحق لاي طرف اللجوء الى المحكمة المختصة لاصدار امر بانهاء مهمة المحكم، ويبقى للمحكمة سلطة تقديرية في الاجابة على الطلب[٢]وهناك شبه تطابق بين موقف القانون المصري والنموذجي، وطبيعي ان تنتهي مهمة المحكم بتلك الاسباب التي تكون مرتبطة بشخصه كاختياره قاضيا او فقدانه لاهليته وغيرها من الاسباب التي سبق ذكرها عند الحديث عن موقف المشرع العراقي.

وتجدر الاشارة الى انه عند انتهاء مهمة المحكم او الهيئة فان ذلك لايعني بالضرورة انتهاء التحكيم باكمله، بل من الممكن للاطراف ان يقوموا بانفسهم او بواسطة سلطة اخرى لتعيين بدلاء عن المحكمين السابقين الذين تعذر عليهم القيام بالمهمة المنوطة بهم، ولقد عالجت اغلب القوانين والقواعد الدولية الخاصة بالتحكيم مسألة استبدال المحكمين في حالات معينة[٣].

---

[١] د. محمود مختار، مصدر سابق، ص١٢٥.

[٢] د. احمد السيد صاوي، مصدر سابق، ص١٠٧.

[٣] كقواعد الغرفة في المادة(١٢) والقانون المصري للتحكيم في المادة(٢١) والنموذجي في المادة(١٥) والقانون العراقي في المادتين(٢٥٦و٢٦٣).

الخاتمة

الخاتمة

من خلال ما تم بحثه في هذه الرسالة فلقد تم التوصل إلى جملة من النتائج المهمة والتوصيات.

أولا:النتائج:

١ـ إن المشرع العراقي يعد متأخرا كثيرا عن باقي التشريعات الخاصة بالتحكيم عموما وتشريعات التحكيم للدول العربية بخاصة؛ نظرا لعدم معالجة المشرع العراقي للتحكيم التجاري الدولي.

٢ـ اتضح من خلال البحث ان المحكم لابد ان يكون شخصاً طبيعياً يملك اهلية قانونية تؤهله لكي يكون محكما وان لا يكون من بين القضاة في الدول التي تمنع اختياره، ولا فرق بشان من يتم اختياره محكما من ناحية الجنس او الجنسية وان يكون محايدا ومستقلا مع اطراف النزاع ولم تشترط اغلب التشريعات توافر الخبرة والكفاءة في المحكم المختار، الا انه تبين من خلال البحث انه هناك بعض النزاعات المعقدة وايضا الحديثة الظهور كمنازعات التجارة الاليكترونية التي من الافضل ان يختار الاطراف محكما له معرفة ودراية بمثل هذه الامور وخاصة إننا نعيش في فترة ظهور اسلوب جديد للتحكيم الا وهو التحكيم الالي او الاليكتروني وان مثل هذا الامر يحتاج الى ان يكون المحكم له معرفة في التعامل مع مثل هذه التقنيات الحديثة في الاتصالات.

٣ـ تبين لنا ان المشرع العراقي لم يرتب جزاء البطلان على حالة اختيار محكمين اثنين او باي عدد اخر وكان عددهم ليس بعدد الوتر، مما فتح الباب امام تفسيرات مختلفة لنص المادة(٢٥٧) من قانون المرافعات العراقي بعكس ما عليه الحال مع الكثير من التشريعات الاخرى التي نصت على بطلان اختيار محكمين بغير عدد الوتر الا في حالات معينة فقط.

٤ـ من خلال بحثنا هذا اتضح ان اختيار المحكم اما يكون من قبل الاطراف مباشرة كما في حالة التحكيم الخاص او من قبل المحكمة او اية سلطة تعيين اخرى تقوم بهذا الامر عند اختلاف الاطراف، اما في حالة اللجوء الى مركز تحكيمي فان مثل هذه المؤسسات والمراكز تعطي الحق للاطراف باختيار أي محكم يرغبون فيه او تحدد بعض هذه المراكز اسماء بالمحكمين يتم ادراجهم بموجب جداول يمكن للاطراف الاستئناس بها لغرض الاختيار، ومع ذلك هناك من المراكز التي تضع جداولاً باسماء المحكمين وتلزم الاطراف على الاختيار منها.

٥ـ اتضح لنا ان طبيعة عمل المحكم ليست محل اتفاق بين التشريعات والفقه والقضاء، فمنهم من يعطي لعمل المحكم الصفة العقدية والبعض يحددها بان لها صبغة قضائية وانه كالقاضي

واتجاه اخر يعتبر ان عمل المحكم هو خليط ما بين الاتجاه العقدي والقضائي واتجاه اخير اعتبر ان المحكم يمارس مهمة لها استقلاليتها بين الانظمة القانونية الاخرى وان نظام التحكيم هو مستقل بحد ذاته عن باقي انظمة حسم النزاعات.

٦ـ اصبح للتحكيم الاليكتروني امرا واقعا في الحياة العملية وهذه احدى الادلة على تسارع وتيرة الاتجاه الى التحكيم والتطورات المتلاحقة فيه، وتبين ان هذا الاسلوب حقق مزايا فريدة للمحكم حيث سهل عملية الاتصال مع أي طرف في عملية التحكيم وفي أي مكان هو موجود فيه ودون حاجة الى ان يسافر الى المكان الذي يجري التحكيم فيه مما قلل المصاريف اكثر من السابق وسهل تبادل المستندات والوثائق عن طريق استخدام شبكة الانترنيت وارسال التبليغات الى كل طرف من خلالها، ومما ساعد في انتشار مثل هذا الاسلوب الجديد في التحكيم هو إعطاء حجية قانونية للمستندات والوثائق الإليكترونية والاعتراف بالتوقيع الاليكتروني مما أزاح أهم العقبات أمام هذا الأسلوب.

٧ـ تبين من خلال البحث ان لمبدأ سلطان الإرادة في التحكيم دورا اساسيا، حيث يملك اطراف النزاع دورا مهما في اختيار محكميهم بإرادتهم وتحديد الكثير من الامور التي تساعد المحكم في حسم النزاع، وتبقى ارادة المحكم ايضا لها دور في اكمال النواقص التي جاء بها طرفا النزاع او تحديد ما لم يتفق اطراف النزاع عليه ابتداءا.

٨ـ اتضح لنا ان السرية في التحكيم من اهم الاسباب التي تجعل الاطراف وخاصة في ميدان التجارة الدولية يتوجهون الى التحكيم كاحد طرق حسم المنازعات؛ لما توفره من مزايا كبيرة كالحفاظ على الاسرار التجارية والصناعية والحفاظ على سمعة الطرفين الشخصية في السوق من التشهير بها او اضعافها، وان هذه السرية في التحكيم لها عدة مواضع لابد من الالتزام بها كسرية الجلسات والمداولة وسرية القرار وغيرها.

وتبين لنا كذلك ان المشرع العراقي في قانون المرافعات لم ينص على سرية الجلسات بشكل صريح .

٩ـ وفرت بعض القوانين والقواعد الدولية ومراكز التحكيم الدائمة حماية معينة للمحكم كي لا يقوم الطرف الذي صدر الحكم النهائي ضده بملاحقة المحكم الذي فصل في النزاع او هيئة التحكيم بالتعويض بموجب دعوى مدنية، لذا مُنحت حصانة للمحكم وحتى لمركز التحكيم والافضل ان تكون مثل هذه الحصانة مناسبة وتفي بالغرض الذي شرعت من اجله.

١٠ـ يثبت للمحكم الحق في الاتعاب والمصاريف التي انفقها في سبيل انجاز مهمته والاصل في تحديده يعود الى اتفاق الطرفين؛ وذلك لان عمل المحكم ليس مجانياً الا اذا تم الاتفاق على ذلك ابتداءا، مع العلم ان الكثير من مراكز التحكيم اعدت جداولاً بالرسوم الادارية للمركز واجر المحكم

والنفقات الاخرى.

١١_ تنتهي مهمة المحكم بعد ان يصدر قراره النهائي والذي ينهي النزاع باكمله، وبالتالي يعد قد انهى مهمته بشكل طبيعي، ولكن قد يحصل ان لا تنتهي مهمته بالشكل هذا حيث من الممكن ان تنتهي بأسباب أخرى كما في الرد لاسباب ظهرت بعد تعيينه وتؤثر على حياده واستقلاله او عزله واعتزاله او إصداره قرارا لإنهاء الإجراءات من دون حسم النزاع.

ثانيا: التوصيات:

من خلال بحثنا في هذا الموضوع والنتائج التي تم التوصل اليها ندرج ادناه عدد من التوصيات التي نرجو من المشرع العراقي الاخذ بها وهي:

١_ نوصي بان يقوم المشرع العراقي بالاستفادة من قواعد القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي والصادر عن الامم المتحدة عام ١٩٨٥م وتشريعات الدول الاخرى في صياغة قانون تحكيم موحد في المواد المدنية والتجارية ويضم التحكيم الداخلي والدولي ومستقل عن قانون المرافعات وبما يتناسب مع الاهداف المتوخاة من تشريعه للتواصل مع التجارة الدولية.

٢_ ضرورة اصدار تشريع خاص يعالج الامور المتعلقة بالتجارة الاليكترونية ويحمل بين طياته نصوص خاصة تعالج التحكيم التجاري الإليكتروني.

٣_ نوصي بضرورة تشكيل لجنة خاصة في وزارة العدل تكون مهمتها اعداد قوائم باسماء المحكمين المعروفين بالثقافة القانونية والخبرة الوافية والمشهود لهم بالكفاءة العالية في عملهم ومن المعروفين بحسن السيرة والسلوك، لغرض مساعدة اطراف النزاع في الاختيار و مساعدة المحكمة كذلك عندما يطلب منها اختيار المحكمين .

٤_ نوصي بان يتمتع المحكم بحصانة مناسبة(غير مطلقة) لكي تحميه من دعاوى المسؤولية التي تقام من احد طرفي النزاع مما قد يضر بالمحكم وبالتحكيم بشكل عام، وضرورة ان تتوافر في مثل هذا المحكم الذي يتمتع بهذه الحصانة الكفاءة والخبرة العالية والنزاهة والسمعة الطيبة لكي لا يستغل مثل هذه الحماية لمصالحه الشخصية والاضرار بالغير.

(تمت بحمد الله وتوفيقه)

المصادر

قائمة المصادر

أولا:الكتب:

١ـ إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٦.

٢ـ د.احمد أبو ألوفا،التحكيم بالقضاء وبالصلح،طبعة١،منشاة المعارف،الإسكندرية،.١٩٦٤

٣ـ د.احمد أبو ألوفا،التحكيم الاختياري والإجباري،طبعة:٣،منشأة المعارف بالإسكندرية،.١٩٧٨

٤ـ د. احمد أبو ألوفا، التعليق على نصوص قانون المرافعات، الجزء الثاني،الطبعة الخامسة، منشاة المعارف بالإسكندرية،.١٩٧٧

٥ـ د.احمد انعم بن ناجي الصلاحي،النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي،طبعة:١،مركز الدراسات والبحوث اليمني،صنعاء،.١٩٩٤

٦ـ احمد رضا،معجم متن اللغة،المجلد الثاني،الجزء ٥،دار مكتبة الحياة،بيروت،.١٩٥٨

٧ـد.أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي للطبع والنشر، دار نهر النيل، .١٩٨٠

٨ـ د. احمد السيد صاوي، التحكيم طبقا للقانون رقم: ٢٧لسنة١٩٩٤وانظمة التحكيم، الطبعة الثانية، المؤسسة الفنية، مصر، .٢٠٠٤

٩ـ احمد سعيد المومني،التحكيم في التشريع الأردني والمقارن،الجزء الأول، من دون جهة طبعة ولاسنة طبع.

١٠ـ د. احمد شرف الدين، دراسات في التحكيم في منازعات العقود الدولية، مطبعة أبناء وهبة حسان، القاهرة، من دون سنة طبع.

١١ـ أنور طلبة، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض في خمسين عاما(من ١٩٣١ إلى كانون الاول١٩٨١)، الجزء :٦،دار النشر الثقافة بالإسكندرية، من دون سنة طبع.

١٢ـ د.احمد عبد الحميد عشوش، تنازع مناهج تنازع القوانين، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، .١٩٨٩

١٣ـ إبراهيم مصطفى،المعجم الوسيط،الجزء ٢،اشرف على طبعه:عبد السلام هارون،مطبعة مصر،١٩٦٠.

١٤ـ د.أمينة النمر، أصول المحاكمات المدنية، الدار الجامعية، ١٩٨٨.

١٥_ د.آدم وهيب، المرافعات المدنية، مطبعة جامعة بغداد،١٩٨٨.
١٦_ د.ثروت حبيب،قانون التجارة الدولية،مطبوعات جامعة القاهرة بالخرطوم،القاهرة، من دون سنة طبع.
١٧_ د.جواد علي ،المفصل في تأريخ العرب قبل الإسلام،الجزء: ٥، طبعة:٢،دار العلم للملايين،بيروت،.١٩٧٨
١٨_جمال الدين محمد بن مكرم المعروف بابن منظور،لسان العرب،الجزء ١٢،دار صادر ،بيروت،١٩٦٨
١٩_ د. حفيظة السيد حداد، مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية في المنازعات الخاصة الدولية المتفق بشأنها على التحكيم، مطبعة الانتصار، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، .١٩٩٦
٢٠_ سليم رستم باز اللبناني،شرح المجلة،طبعة: ٣،دار إحياء التراث العربي ،بيروت، من دون سنة طبع.
٢١_ د. سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، الكتاب الأول: اتفاق التحكيم،من دون مطبعة، القاهرة، .١٩٨٤
٢٢_ شعيب احمد سليمان،التحكيم في منازعات تنفيذ الخطة الاقتصادية العامة،دار الرشيد للنشر ،بغداد،.١٩٨١
٢٣_ د.صوفي حسن أبو طالب،مبادئ تاريخ القانون، من دون مطبعة،١٣٨٤هجرية.
٢٤_ د.صاحب عبيد الفتلاوي،تأريخ القانون،طبعة١،دار الثقافة،عمان الأردن،.١٩٩٨
٢٥_ د.صبحي محمصاني،الأوضاع التشريعية في الدول العربية ماضيها وحاضرها،طبعة:٤،دار العلم للملايين،بيروت،.١٩٨١
٢٦_ د.صبيح مسكوني،القانون الروماني،طبعة ١،مطبعة شفيق،بغداد،١٩٦٨ .
٢٧_ ضياء شيت خطاب،بحوث ودراسات في قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣لسنة١٩٦٩، مطبعة الجبلاوي، من دون مكان طبع، .١٩٧٠
٢٨_ طوني ميشال عيسى، التنظيم القانوني لشبكة الانترنيت، الطبعة الأولى، دار صادر، بيروت، .٢٠٠١
٢٩_ د. عبد الحميد الأحدب، موسوعة التحكيم- التحكيم الدولي، الجزء:٢، دار المعارف،من دون مكان طبع ولا سنة طبع.
٣٠_ عبد الله البستاني اللبناني،معجم البستان(معجم لغوي)،المطبعة الاميركانية،بيروت،.١٩٢٧

٣١_ عبد الجليل برنو، شرح قانون أصول المرافعات المدنية والتجارية،الشركة الإسلامية للطباعة والنشر، ١٩٥٧.

٣٢_ د. عبد الرزاق السنهوري،الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء:١،الطبعة:٢،دار النهضة العربية،القاهرة، ١٩٦٤.

٣٣_ د. عباس العبودي، الحجية القانونية لوسائل التقدم العلمي في الإثبات المدني، الطبعة:١، الإصدار:١، الدار العلمية ودار الثقافة للنشر، عَمان، ٢٠٠٢.

٣٤_ د.عباس العبودي، أحكام قانون الإثبات المدني العراقي، الطبعة الثانية، دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل،١٩٩٧.

٣٥_ د. عباس العبودي، شرح أحكام قانون المرافعات العراقي، دار الكتب للطباعة والنشر، الموصل، ٢٠٠٠.

٣٦_ عبد الرحمن العلام، شرح قانون المرافعات المدنية رقم: ٨٣ لسنة ١٩٦٩ مع المبادئ القانونية لقرارات محكمة التمييز مرتبة على مواد القانون، الجزء: ٤، مطبعة الزهراء، بغداد، ١٩٩٠.

٣٧_ آ.عبد الهادي عباس وآ.جهاد الهواش، التحكيم، الطبعة:١، من دون مطبعة ولامكان طبع، ١٩٨٢.

٣٨_ المستشار: عمرو عيسى الفقي، الجديد في التحكيم في الدول العربية، المكتب الجامعي الحديث بالإسكندرية،٢٠٠٣.

٣٩_ علي بن محمد بن علي المعروف بالجر جاني،التعريفات، تحقيق: إبراهيم ألا يباري، الجزء :١،طبعة:١،دار الكتاب العربي،بيروت،١٤٠٥هجرية.

٤٠_ عبد الحميد المنشاوي،التحكيم الدولي والداخلي في المواد المدنية والتجارية والإدارية طبقا للقانون رقم:٢٧لسنة١٩٩٤، منشاة المعارف بالإسكندرية،١٩٩٥.

٤١_ د.فوزي محمد سامي،التحكيم التجاري الدولي، دار الحكمة، بغداد، ١٩٩٢.

٤٢_ د.فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، طبعة:٢، دار النهضة العربية، القاهرة،١٩٨١.

٤٣_ د. فتحي والي، قانون القضاء المدني اللبناني، طبعة:١، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٧٠.

٤٤_ د.قحطان الدوري،عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي،الطبعة الأولى،مطبعة الخلود،بغداد،١٩٨٥.

٤٥_ محمد بن أبو بكر الرازي،مختار الصحاح،ترتيب:محمود خاطر،مطبعة دار

المعارف،مصر ،.١٩٧٣
٤٦_ محمد بن أبي بكر أيوب الزري المعروف بابن القيم الجوزية، أعلام الموقعين عن رب العالمين، الجزء:١، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، دار الجيل، بيروت، .١٩٧٣
٤٧_ د.منير عبد المجيد، التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي في ضوء الفقه والقضاء، منشاة المعارف بالإسكندرية، .١٩٩٧
٤٨_ محمود بن عمر الزمخشري،قاموس الفائق،تحقيق:علي محمد ومحمد أبو الفضل إبراهيم، الجزء: ١،طبعة:٢، دار المعرفة، لبنان، من دون سنة طبع .
٤٩_ محمد العشماوي وعبد الوهاب العشماوي، قواعد المرافعات في التشريع المصري والمقارن، الجزء:١، المطبعة النموذجية، القاهرة، .١٩٥٧
٥٠_ منير القاضي، شرح قانون أصول المرافعات المدنية والتجارية، الطبعة:١، مطبعة العاني، بغداد، .١٩٥٧
٥١_ د.محمود الكيلاني،عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا، من دون مطبعة،١٩٨٨ .
٥٢_ محمد كامل مرسي، العقود المسماة، الجزء:١، طبعة:٢، مطبعة العالمية، .١٩٥٢
٥٣_ د.محمود مختار بريري،التحكيم التجاري الدولي،طبعة ٣،دار النهضة العربية،القاهرة،٢٠٠٤
٥٤_ د.هشام صادق علي ود. حفيظة السيد حداد، دروس في القانون الدولي الخاص، الكتاب الثالث، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٠
٥٥_ وليد الزيدي، التجارة الإليكترونية عبر الانترنيت، الطبعة:١، دار المناهج للنشر، عَمان،.٢٠٠٤
٥٦_ ياسر عبد السلام منصور، دراسة نقدية لقانون التحكيم المصري،الطبعة:١، دار النهضة العربية،القاهرة،٢٠٠٢.

ثانيا:البحوث والدراسات:

٥٧_ أشرف خليل، حكم التحكيم الأجنبي، دراسة منشورة على الشبكة العالمية للمعلومات بتاريخ ٢٠٠٢/١٠/٢٧، وعلى الموقع:
www.montada.com
٥٨_ د. إبراهيم ألد سوقي أبو الليل، قواعد وإجراءات التحكيم وفقا لنظام غرفة التجارة الدولية، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد:١و٢، السنة:١٧، اذار.١٩٩٣
٥٩_ د. أبو زيد رضوان، الضوابط العامة في التحكيم التجاري الدولي، القسم الثالث، مجلة

الحقوق، جامعة الكويت، العدد:٢، السنة:٣، تموز ١٩٧٩، الطبعة:٢، ١٩٩٤.

٦٠_ د. أبو زيد رضوان، الضوابط العامة في التحكيم التجاري الدولي، القسم الرابع، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد:٢، السنة:٤، نيسان.١٩٨٠

٦١_ د. احمد ضاعن السمدان،القانون الواجب التطبيق في التحكيم التجاري الدولي، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العددان:١و٢، السنة:١٧، أيار وحزيران .١٩٩٣

٦٢_ د.احمد عبد الرحمن الملحم،عقد التحكيم التجاري المبرم بين المحكمين والخصوم،مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد:٢، حزيران.١٩٩٤

٦٣_ د. جورج حزبون، معوقات إجراءات التحكيم السابقة على إصدار القرار ودور الرقابة القضائية، مجلة دراسات، الجامعة الأردنية، المجلد:٢١آ، العدد:٥، تشرين الاول.١٩٩٤

٦٤_ د. جورج حزبون، النظام القانوني للتحكيم الأجنبي في القانون الداخلي، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد:٤، السنة:١١، كانون الاول.١٩٨٧

٦٥_ د.حمزة حداد، التحكيم وفق قواعد مركز التحكيم التجاري الدولي لدول مجلس التعاون الخليجي، من دون مكان نشر، من دون سنة، منشورة على الموقع:
www.lac.com

٦٦_ د. حمزة حداد، اتفاقية عَمان للتحكيم التجاري، دراسة منشورة على الشبكة العالمية للمعلومات، على الموقع:
www.lac.com.jo

٦٧_ آ.حسين المؤمن،الوجيز في التحكيم،بحث مقارن، مطبعة الفجر،بيروت،.١٩٧٧

٦٨_ حامد المختار، التحكيم في العراق، مجلة القضاء، الأعداد:١و٢و٣و٤، السنة:٣٦، ١٩٨١.

٦٩_ خالد عيسى طه،فقه التحكيم وأثاره القانونية،مجلة رسالة التامين،العدد:٢٣و٢٤،شباط.١٩٧٤

٧٠_ د. خالد محمد جمعة، المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار كطريق لحل منازعات الاستثمار المباشر، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد:٣، السنة:٢٢، ايلول.١٩٩٨

٧١_ د. سيد احمد محمود، سلطة المحكم في إصدار الأحكام الوقتية والأوامر في القانون المقارن والكويتي والمصري، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد:٣، السنة:٢٥، ايلول.٢٠٠١

٧٢_ د.سيد احمد محمود، آلية تسوية المنازعات الناجمة عن تطبيق اتفاقات الجات ومنظمة التجارة العالمية، مجلة الحقوق، جامعة الكويت،العدد:٢،حزيران .١٩٩٨

٧٣_ د. صالح بن بكر الطيار، المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، دراسة منشورة بتاريخ٧/حزيران،٢٠٠٢، على الشبكة العالمية للمعلومات وعلى الموقع:

www.mohamoon.com
٧٤_ د. عز الدين عبد الله، تنازع القوانين في مسائل التحكيم الدولي في مواد القانون الخاص، المجلة القضائية العربية،العدد:١، السنة:٢١، نيسان.١٩٨٤
٧٥_ د. علي سيد قاسم، الجوانب القانونية للتوقيع الإليكتروني، بحث منشور في سلسلة بحوث(الجوانب القانونية للتجارة الإليكترونية)، الطبعة:١، المجلس الأعلى للثقافة، القاهرة، ٢٠٠٣.
٧٦_ د. عزمي عبد الفتاح، سلطة المحكمين في تفسير وتصحيح أحكامهم، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد:٤، السنة:٨، كانون الاول.١٩٨٤
٧٧_ د. عزمي عبد الفتاح، إجراءات رد المحكمين في قانون المرافعات الكويتي، المجلة العربية للفقه والقضاء، العدد:٣، نيسان.١٩٨٦
٧٨_ د. عباس العبودي، حجية الأدلة الإليكترونية في الإثبات المدني، مجلة القانون المقارن، العدد:٣٣، .٢٠٠٣
٧٩_ د. عباس العبودي، حجية السندات الإليكترونية لمعطيات الحاسب الآلي في الإثبات المدني، مجلة كلية النهرين للحقوق، جامعة النهرين–بغداد، المجلد:٦، العدد:١٠، تشرين الثاني.٢٠٠٢
٨٠_ د.عباس العبودي ود.جعفر الفضلي، حجية السندات الإليكترونية في الإثبات المدني في ضوء التعديل الجديد للقانون المدني الفرنسي المرقم:٢٣٠لسنة٢٠٠٠، مجلة الرافدين للحقوق،كلية القانون–جامعة الموصل،العدد:.١١،٢٠٠١
٨١_ د. عصمت عبد المجيد بكر، مشكلة الإثبات بوسائل التقنيات العلمية، مجلة القضاء، العددان:١و٢، السنة:.٥٥،٢٠٠٢
٨٢_ د. عمر مشهور حديثة الجازي، قانون النقل البحري وقضاياه، دراسة ألقيت في غرفة تجارة عَمان، ٢٠٠٣، منشورة على الشبكة العالمية للمعلومات وعلى الموقع:
www.jcdr.com
٨٣_ د. عمر مشهور حديثة الجازي، اتفاق التحكيم في ظل قانون التحكيم الأردني رقم ٣١لسنة٢٠٠١، المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي،العدد:٢٢، .٢٠٠٣
٨٤_ عبد القادر ورسمة غالب، صعوبات تعترض إجراءات التحكيم الإليكتروني، دراسة منشورة على الشبكة العالمية للمعلومات وعلى الموقع:
www.albayan.co.ae
٨٥_ د. فائق الشماع، التجارة الإلكترونية،مجلة دراسات قانونية، بيت الحكمة–بغداد، العدد:.٤،٢٠٠٠

٨٦_ د. فوزي محمد سامي، الاتفاقيات العربية في التحكيم الدولي في مجال القانون الخاص، مجلة العلوم القانونية، مجلد:٧، العدد١و٢، ١٩٨٨.

٨٧_ كاظم حنتوش،أحكام عقد التحكيم في التشريع العراقي،بحث مقدم للمعهد القضائي في بغداد،تشرين الثاني.١٩٩٤

٨٨_ محمد الألفي،التحكيم ومستجداته في ضوء الفقه الإسلامي،مجلة أبحاث اليرموك،مجلد١٣،العدد.١٩٩٧،٤

٨٩_ مصلح احمد الطراونة، مدى اختصاص قاضي الأمور المستعجلة في المنازعات المتفق بشأنها على التحكيم في القانون الأردني، مجلة مؤتة، جامعة مؤتة–الأردن، المجلد:١٥، العدد:٤، ٢٠٠٠.

٩٠_ محمد أبو الهيجاء، الإجراءات أمام المحاكم الآلية للتحكيم التجاري، دراسة منشورة على الشبكة العالمية للمعلومات وعلى موقع النادي العربي لتقنية المعلومات والإعلام بتاريخ:٢٠٠٣/١١/١٩، وعلى الموقع:

www.ac4mit.org

٩١_ محمد أبو الهيجاء، التحكيم الإليكتروني،دراسة منشورة في النادي العربي لتقنية المعلومات والإعلام بتاريخ٢٤/تموز،٢٠٠٤، على الموقع:

www.ac4mit.org

٩٢_ د. محمود سمير الشرقاوي، التطورات الحديثة في قانون التحكيم المصري، مجلة مصر المعاصرة، العدد: ٤٤٩و٤٥٠، السنة: ٨٩، كانون الثاني– نيسان.١٩٩٨

٩٣_ محمد ظاهر معروف، شرط التحكيم في عقود القانون العام وعقود القانون الخاص، مجلة ديوان التدوين القانوني، العدد:١، السنة:٦، نيسان.١٩٦٧

٩٤_ محمد علي يوسف، النظام القانوني لعقد التحكيم في المسائل المدنية والتجارية في العراق، مجلة القانون المقارن، العدد:٣١، ٢٠٠٢.

٩٥_ د. مظفر ناصر، القانون الواجب التطبيق في قرارات هيئات التحكيم الدولية، مجلة العدالة، وزارة العدل، العدد:١، السنة:٢، ٢٠٠٠.

٩٦_ د.محمد يوسف علوان،تسوية منازعات الاستثمار العربية،مجلة الوحدة الاقتصادية العربية،السنة ٣،العدد٧،تموز.١٩٧٧

٩٧_ مجموعة بحوث لمؤتمر الأعمال المصرفية الإليكترونية بين الشريعة والقانون، غرفة تجارة وصناعة دبي، ٢٠٠٣.

٩٨_ د. نجلاء توفيق فليح، الحجية القانونية لمخرجات الحاسب الآلي في الإثبات المدني، مجلة الرافدين للحقوق، كلية القانون–جامعة الموصل، العدد:١٠، اذار.٢٠٠١

٩٩_ نجدت صبري عقراوي،التحكيم في منازعات التجارة الدولية،مجلة النفط والتنمية،السنة ١٣،العدد ١،كانون الثاني وشباط،١٩٨٨ .

١٠٠_ نزار الطبقجلي، تسوية المنازعات عن طريق التحكيم، مجلة القضاء،السنة:٤٤، العدد:٣و٤،١٩٨٩.

١٠١_ د.وجدي راغب فهمي،هل التحكيم نوع من القضاء؟،دراسة انتقادية لنظرية الطبيعة القضائية للتحكيم،مجلة الحقوق، جامعة الكويت،العدد١و٢،اذار.١٩٩٣

١٠٢_ دراسة بعنوان:تسوية النزاعات بالطرق البديلة،من دون اسم كاتب، منشورة على الشبكة العالمية للمعلومات وعلى الموقع:

www.Arablaw.com

١٠٣_ دراسة بعنوان:الوساطة كآلية لحل الخلافات، اعدها مركز تحكيم، نشرة ايار٢٠٠٣،منشورة على الموقع: www.tahkeem.com

ثالثا:الرسائل و الاطاريح الجامعية:

١٠٤_ أنس محمود الزرري،الخبرة في المسائل المدنية،رسالة ماجستير،كلية القانون،جامعة بغداد،.١٩٨٧

١٠٥_ د.باسم سعيد يونس،التحكيم الاختياري وسيلة لفصل منازعات العقود الدولية،رسالة ماجستير،كلية القانون،جامعة بغداد،.١٩٩٠

١٠٦_ د. باسم سعيد يونس، القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، أطروحة دكتوراه، كلية القانون–جامعة الموصل،.١٩٩٨

١٠٧_ جليل حسن الساعدي، كفالة حق الدفاع أثناء نظر الدعوى المدنية، رسالة ماجستير، كلية القانون–جامعة بغداد، .١٩٩٣

١٠٨_ حاجم فلاح راكان الشمري، مخاصمة القضاة، رسالة ماجستير، كلية القانون– جامعة بغداد، .١٩٨٩

١٠٩_ حميد فيصل محمد الدليمي، القانون الواجب التطبيق على مسائل التحكيم في العقود الدولية الخاصة، أطروحة دكتوراه، كلية النهرين للحقوق، جامعة النهرين، ٢٠٠٢.

١١٠_ درع حماد عبد، عقد الامتياز، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق–جامعة النهرين،.٢٠٠٣

١١١_ سحر ديب شرف الدين، مبدأ الوجاهية في التحكيم الداخلي والدولي، رسالة أعدت لنيل دبلوم دراسات عليا في قانون الأعمال، الجامعة اللبنانية، منشورة على الشبكة العالمية للمعلومات في نشرة تحكيم لحل الخلافات التجارية وعلى الموقع:

www.tahkeem.com

١١٢_ شيماء محمد سعيد البد راني،أحكام عقد الصلح،رسالة ماجستير،كلية القانون،جامعة

الموصل،.٢٠٠١

١١٣_ طارق عبد الله عيسى المجاهد، تنازع القوانين في عقود التجارة الإليكترونية، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، .٢٠٠١

١١٤_ طلال ياسين العيسى، العقود الدولية وتطبيقاتها في القانون العراقي، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، .١٩٩٦

١١٥_ علي حميد عبد الرضا،تنفيذ أحكام هيئات التحكيم الأجنبية، رسالة ماجستير، كلية القانون،جامعة بغداد،كانون الأول .١٩٨٩

١١٦_ عوض خلف أخو رشيدة ، حكم التحكيم التجاري الدولي ومدى الزاميته القانونية، أطروحة دكتوراه،كلية القانون، جامعة الموصل، .٢٠٠٢

١١٧_ عوض خلف أخو رشيدة، تنفيذ أحكام التحكيم التجارية وفقا للاتفاقيات الدولية، رسالة ماجستير، كلية القانون–جامعة الموصل، .١٩٩٩

١١٨_ وسام توفيق عبد الله، اعتبارات العدالة في تحديد الاختصاص القضائي الدولي، رسالة ماجستير، كلية القانون–جامعة الموصل، ٢٠٠٤.

رابعا:المقالات و أوراق العمل.

آ_المقالات:

١١٩_ اشرف خليل، الطبيعة القانونية للتحكيم، مقالة منشورة بتاريخ ٢٠٠٢/٥/٨، على الشبكة العالمية للمعلومات، وعلى الموقع:

www.montada.com

١٢٠_ المحامي: ربيع خشانة، قانون التوقيع الإليكتروني بات ضرورة ملحة،٢٠٠٣، مقالة منشورة على الشبكة العالمية للمعلومات وعلى الموقع:

www.Damascusbar.org

١٢١_ مدحت مرعبي،التحكيم التجاري،مقالة منشورة بتاريخ ٢٠٠٣/٥/٢٥على الشبكة العالمية للمعلومات وعلى الموقع:

www.mohamoon.com/montada

١٢٢_ القاضي: وليد كناكرية، تسوية المنازعات عن طريق الوساطة، مقالة منشورة على الشبكة العالمية للمعلومات وعلى الموقع:

www.qanoun.com

١٢٣_ مقالة بعنوان:الغرف التجارية مطالبة بسرعة حسم النزاع والحفاظ على السرية، من دون اسم كاتب،منشورة على الشبكة العالمية للمعلومات بتاريخ ٢٠٠٣/١٢/١٩ وعلى الموقع: www.alriyadh.com

١٢٤_ مقالة بعنوان: التحكيم، من دون اسم كاتب، منشورة على الشبكة العالمية للمعلومات وعلى الموقع:
www.egyptainlawyer.com
١٢٥_ مقالة بعنوان:الوسائل البديلة لحل النزاعات،منشورة على موقع مركز تحكيم لحل الخلافات التجارية على الشبكة العالمية للمعلومات وعلى الموقع:
www.tahkeem.com
١٢٦_ مقالة بعنوان: قانون الوساطة المدنية الأردني لسنة ٢٠٠٣ ، مقالة منشورة على موقع مركز تحكيم في نشرته لشهر كانون الأول ٢٠٠٣ منشورة على الموقع:
www.tahkeem.com
١٢٧_ مقالة بعنوان: التحكيم المؤسسي، ماهي الميزات؟ منشورة على موقع مركز تحكيم لحل الخلافات التجارية في نشرته لشهر شباط ٢٠٠٣، منشورة على الموقع:
www.tahkeem.com
١٢٨_ مقالة بعنوان:اثر التحكيم على العمل التجاري، منشورة على موقع مركز تحكيم لحل الخلافات التجارية على الشبكة العالمية للمعلومات، نشرة شهر نيسان٢٠٠٣، وعلى الموقع:
WWW.TAHKEEM.COM
١٢٩_ مقالة حول تعريف المحكم، منشورة في نشرة مركز تحكيم لحل الخلافات التجارية،شباط٢٠٠٣،منشورة على الشبكة العالمية للمعلومات وعلى الموقع:
www.tahkeem.com
١٣٠_ مقالة بعنوان: صنعاء احتضنته مؤخرا: المؤتمر الرابع للتحكيم الدولي... مستجدات جديدة في التحكيم الإليكتروني،منشورة على الشبكة العالمية للمعلومات بتاريخ ٢٠٠٥/٣/٣، وعلى الموقع:
www.26sep.com
١٣١_ مقالة حول حصانة المحكم منشورة بتاريخ ٢٠٠٤/٧/١٩، من دون اسم كاتب على الشبكة العالمية للمعلومات وعلى الموقع:
www.mohamoon.com\montada

ب_أوراق العمل

١٣٢_ د.حمزة حداد،التحكيم كوسيلة بديلة لفض المنازعات التجارية،ورقة عمل مقدمة لندوة (محامو المستقبل)في عَمان –الأردن عام ١٩٩٨،منشورة على الموقع:
www.lac.com.jo
١٣٣_ د.حمزة حداد،بعض جوانب قانون التحكيم الأردني، ورقة عمل مقدمة لندوة العقبة بتاريخ٢٠٠٣/١٠/٤، منشورة على الشبكة العالمية للمعلومات على الموقع:
www.lac.com

١٣٤_ د. حمزة حداد، قانون التحكيم المصري ومدى اعتباره نموذجا لتشريعات بعض الدول العربية، ورقة عمل مقدمة لمؤتمر التحكيم في القاهرة، ١٩٩٤.

١٣٥_ د.حمزة حداد، دور مؤسسات التحكيم في العملية التحكيمية، ورقة عمل مقدمة للمركز اليمني للتوفيق والتحكيم٢٠٠١، منشورة على الشبكة العالمية للمعلومات وعلى الموقع:
www.lac.com

١٣٦_ د.حمزة حداد، التحكيم في المنازعات المصرفية، ورقة عمل مقدمة لندوة التحكيم في القضايا المصرفية، عَمان،٢٠٠٠، منشورة على الموقع:
www.lac.com

١٣٧_ د. حمزة حداد، التعريف بالتحكيم بوجه عام وبقواعده لدى اتحاد المصارف العربية، ورقة عمل مقدمة لمؤتمر التحكيم في أفاق القرن الحادي والعشرين، من١٠-٢٠٠١/١١/١٢، تونس.

١٣٨-د.حمزة حداد، التحكيم بوجه عام واتجاهات قانون التحكيم الاردني الجديد، ورقة عمل مقدمة لندوة الاتجاهات الحديثة للتحكيم في التشريعات العربية، دمشق ٢٨-٢٠٠١/٨/٣٠، منشورة على الشبكة العالمية للمعلومات وعلى الموقع:
www.lac.com

١٣٩_ المحامي: يونس عرب، التقاضي في بيئة الانترنيت، ورقة عمل مقدمة لندوة في الإمارات، ٢٠٠٢، منشورة على الشبكة العالمية للمعلومات وعلى الموقع:
www.arablaw.org

خامسا:المجموعات القضائية:

١٤٠_ إبراهيم المشاهدي، المختار من قضاء محكمة التمييز، الجزء:١، مطبعة الزمان، بغداد، من دون سنة طبع.

١٤١_ إبراهيم المشاهدي، المختار من قضاء محكمة التمييز،قسم المرافعات المدنية، الجزء:١، مطبعة الزمان، منشورات دار الكندي، بغداد، ١٩٩٨.

١٤٢_ حسن الفكهاني ،الموسوعة الذهبية لاحكام محكمة النقض المصرية حتى عام ١٩٨٩ ،ملحق رقم :٤، الدار العربية للموسوعات ، القاهرة، من دون سنة طبع.

١٤٣_ حسن الفكهاني،الموسوعة الذهبية لاحكام محكمة النقض لعام ١٩٨٩،ملحق رقم: ٥،الدار العربية للموسوعات،القاهرة، من دون سنة طبع.

١٤٤_ حسن الفكهاني،الموسوعة

الذهبية للقواعد القانونية لدى محكمة النقض المصرية من عام ١٩٨٩-١٩٩٢،ملحق رقم:١٠ ،الدار العربية للموسوعات،القاهرة، من دون سنة طبع.

١٤٥_ عبد الرحمن العلام،المبادئ القضائية –القسم المدني لاحكام محكمة التمييز،مطبعة العاني،بغداد،.١٩٥٧

١٤٦_ مجلة الأحكام العدلية، العدد:٢، نيسان١٩٧٨ .

١٤٧_ مجلة الأحكام العدلية ، العدد٣ ، السنة ١٢، نيسان وأيار وحزيران .١٩٨١

١٤٨_ (مجموعة قضايا التحكيم الدولي) على الشبكة العالمية للمعلومات وعلى الموقع: www.arablaws.org

سادسا:القوانين والاتفاقيات والقواعد التحكيمية الدولية:

آ_القوانين:

١.القوانين العربية:

١٤٩_ الدستور العراقي لعام ١٩٧٠ .

١٥٠_ قانون التنظيم القضائي العراقي المرقم ١٦٠ لسنة .١٩٧٩

١٥١_ قانون المرافعات العراقي المرقم لسنة١٩٦٩ المعدل.

١٥٢- قانون التجارة العراقي المرقم ٣٠ لسنة١٩٨٤م

١٥٣_ القانون المدني العراقي المرقم٤٠ لسنة .١٩٥١

١٥٤_ قانون الخبراء أمام القضاء العراقي المرقم ٦٣ لسنة ١٩٦٤.
١٥٥_ قانون المرافعات العراقي المرقم ٨٨ لسنة ١٩٥٦ الملغى.
١٥٦_ قانون الإثبات العراقي المرقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩المعدل.
١٥٧_ قانون التحكيم المصري المرقم٢٧لسنة١٩٩٤ المعدل.
١٥٨_ التشريع البحريني للتجارة الإليكترونية لعام٢٠٠٢، نص القانون الكامل وغيرها من قوانين التجارة الإليكترونية منشورة على الموقع:
www.arablaw.org
١٥٩_ قانون الوساطة الأردني المرقم:٣٧لسنة.٢٠٠٣
١٦٠_ قانون إمارة دبي للتجارة الإلكترونية المرقم: ٢لسنة ٢٠٠٢.
١٦١_ قانون التحكيم التونسي المرقم ٤٢ لسنة ١٩٩٣ .
١٦٢_ قانون التحكيم الأردني السابق رقم ١٨لسنة ١٩٥٣الملغى.
١٦٣_ نظام التحكيم السعودي المرقم ٤٦ لسنة ١٤٠٣هجرية.
١٦٤_ قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني المرقم ٩٠ لسنة ١٩٨٣.
١٦٥_ القانون الفلسطيني للتحكيم المرقم ٣ لسنة٢٠٠٠.
١٦٦_ قانون المرافعات المصري المرقم ١٣ لعام ١٩٦٨.
١٦٧_ قانون السلطة القضائية المصري المرقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢.
١٦٨_ قانون استقلال القضاء الأردني المرقم ١٥ لسنة ٢٠٠١ .
١٦٩_ القانون المدني المصري ١٣١ المرقم لسنة ١٩٤٨ .
١٧٠_ قانون التحكيم اليمني المرقم٢٢لسنة.١٩٩٢

٢.القوانين الأجنبية:

(171) Arbitration act 1996 (of England 1996 chapter 23{17th June 1996}) On website:
www.jus.uio.no/lm

(172)U.S.A Uniform Arbitration act (2000), on website:
www.law.upenn.edu/bll/ulc

(173) Arbitration (title VIII of book IV of the Italian code of civile procedure).
Austria (code of civile procedure as modified by Federal law of Feb.2, 1983) Fourth chapter. On website:
www.jus.uio.no/lm/

(174)Code de procedure civile, 5 edition, 1991-1992,Dalloz, Paris

175) Switzerland's Federal Code on private International Law, 1987, on website: (Dec.18, www.umbricht.com

(176)Virginia judicial system,on website: www.courts.state.va.us

ب_ الاتفاقيات الدولية:

١٧٧_ اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول العربية المضيفة للاستثمارات العربية ومواطني الدول الأخرى التي دخلت حيز التنفيذ في عام ١٩٧٦.

١٧٨_ اتفاقية تنفيذ الأحكام لجامعة الدول العربية لعام١٩٥٢.

١٧٩_ الاتفاقية الأوربية للتحكيم التجاري لعام ١٩٦١.

١٨٠_ اتفاقية واشنطن الخاصة بتسوية منازعات الاستثمارات بين الدول المضيفة للاستثمارات ورعايا الدول الأخرى ١٩٦٥ .

١٨١_ بروتوكول جنيف الخاص بشروط التحكيم ١٩٢٣

١٨٢_ الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية لعام ١٩٨١ .

١٨٣_ اتفاقية نيويورك للاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية ١٩٥٨.

١٨٤_ اتفاقية جنيف الخاصة بتنفيذ أحكام التحكيم لعام ١٩٢٧.

١٨٥-اتفاقية عَمان العربية للتحكيم التجاري لعام ١٩٨٧

ج_القواعد الدولية:

١٨٦_ قواعد السلوك المهني للوسطاء الصادرة عن مركز تحكيم لحل الخلافات التجارية في رام الله-فلسطين، منشورة على الشبكة العالمية للمعلومات وعلى الموقع:
WWW.TAHKEEM.COM

١٨٧_ قواعد التوفيق الصادرة عن لجنة القانون التجاري الدولي عن الأمم المتحدة لعام ١٩٨٠.

١٨٨_ قواعد التحكيم (الاونسترال) الصادرة عن لجنة القانون التجاري الدولي في الأمم المتحدة عام ١٩٧٦.

١٨٩_ قواعد التحكيم للقانون النموذجي الصادرة عن لجنة القانون التجاري الدولي في الأمم المتحدة عام ١٩٨٥.

١٩٠_ قواعد القانون النموذجي للتوقيع الإلكتروني الصادر عن الأمم المتحدة عام ٢٠٠١.

١٩١_ قواعد القانون النموذجي للتجارة الإليكترونية عام ١٩٩٦.

١٩٢_ قواعد السلوك المهني للمحكمين الصادرة عن مركز تحكيم لحل الخلافات التجارية في رام الله بفلسطين، منشورة على الشبكة العالمية للمعلومات وعلى الموقع:

www.tahkeem.com

١٩٣_ قواعد المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار لعام ١٩٦٥م في واشنطن.

(194) American Arbitration Association Rules on website:

www.adr.org

(195) The London courts of International Arbitration (LCIA) on website**:**

www.lcia.com

(196) Wourld Intellectual Property Organization Rules, 1,sep., 1994, on website:

www.arbiter.wipo.int/center

١٩٧_ قواعد مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي والنافذة في تشرين الثاني ٢٠٠٢ منشورة على الموقع:

www.crcica.org.eg

(198) Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce, in force as from 1 /January/1998, on website:

www.iccwbo.org

سابعا:**المصادر الأجنبية:**

١_ المصادر الفرنسية:

(**199**) Jean Vincent, Serge guinchard: procedure civile,25edition,dalloz,Paris,1996

(**200**) Roger Perrot, Institutions judiciaires, 4edition,montchrstion, Paris, 1992

(201) Philippe Malaurie, laurent aynes et p.y,Gauber lescontrats speciaux,defrenois,paris,2003

٢_ المصادر الإنكليزية:

(202) Atkin Chambers, confidentiality in arbitration and mediation, March, 2000

On website:

www.icclaw.com

(**203**) Andres moncayo Von hase, arbitration and e-commerce related disputes: legal barriers and

challenges, 2001,on website:
www.droit-internet-2001
(**204**) Anastasia Tsakatoura, The Immunity of Arbitration, 20/June/2002,on website:
www.inter~lawyer.com
(**205**) Cannous of judicial ethics for Arbitration jurisprudence, 22/May/2000,by the general
Meeting of the Polish Arbitration Association, on website:
www.pssp.org.pl
(**206**) Disclosure and challenge of an Arbitrator, 2004,on website:
www.adr.org
(**207**) David c. verge, arabitration and conciliation and mediation,on website:
www.goodbye courts.com
(**208**)James J. Juneay, Texas court of Appeals, Third district, at Austin, on website:
www.3rdcoa.courts.state.tx.us
(209) Jeffrey W.Sarles, Mayer Brown, solving the arbitral confidentiality Conundrum in International arbitration, the article appeared in the American arbitration association,
18th edition, 2002,on website:
www.mayerbrownrowe.com
(**210**)M.Scott Donahey, current development in online dispute resolution,
on website:
www.tannedfeet.com
(**211**) Nancy R. Kubnsek: Evironmental law, printer hall, New Jersey, 2002.
(**212**) Rob Horne, electronic contracts: Formalities, part: 1, on website:
www.interab.com
(213) Richard hill, on-line arbitration: Issues and solutions, December 1998, on website:
www.ombuds.org
(214) Richard Hill, E-arbitration security: A practical approach, 5/September/2003,website:
www.batnet.com
(215) Securities Industry Conference, The Arbitrators Manual, January2001, on website:
www.meyerassoc.com
(216) United Nations Conference on Trade and Development, Dispute settlement, International commercial Arbitration, New York and Geneva 2003, on website:
www.unctad.org
(217) The virtual magistrare arbitration programme, basic rules,

sep.1999, on website:
www.vmag.org
(**218)** Virtual Magistrate Established for the Internet, 4/March/1996,on website:
www.vmag.com