

**بطلان إجراءات الخصومة أثر العيوب الجوهرية والشفهية
(دراسة مقارنة)**

**Invalidation of adversarial procedures as a result of
fundamental and oral defects
(a comparative study)**

أ. د غسان عبيد المعموري

ماء العين سالم ولي

Ghassan Obaid Al-Mamouri

Maaalayn Salim Wali

078305585576

maeaalen.s@s.uokerbala.edu.iq

جامعة كربلاء / كلية القانون

جامعة كربلاء / كلية القانون

تاريخ استلام البحث ٢٠٢٤/٥/٥

تاريخ القبول ٢٠٢٤/٦/٥

(٣٧٠)

المستخلص

أستقرت الأعراف على إطلاق مُصْطَلَح البطلان في المُعْجَم الخاص بالأصُول الإجرائية ، حيث يُعَد البطلان مرادفاً للعقوبة او الجزاء الخاص بقانون العقوبات بمعنى انهم بنفس المعنى فكما هناك نص في قانون العقوبات يتضمن عبارة (لا جريمة ولا عقوبة الا بنص) هنا ايضا يمكن ان نطلق البطلان كجزاء للتخلف عن بعض الاجراءات التي يسير بها الخصوم او المحكمون ، والمحكم لا يحكم بالبطلان الاجرائي الا اذا كانت هناك اسباب ودوافع تدعو الى ذلك فأما تكون هذه الاسباب جوهرية تدفع الى البطلان او اسباب ثانوية يترتب عليها جزاءات غير البطلان .

ويتبين أن أهمية البطلان في أنه لا يترتب على مرحلة واحدة فقط في الخصومة بل يلزمها من وقت السير في إجراءاتها إلى حين إصدار الحكم التحكيمي وبالتالي قد يصيب البطلان أما إجراءات الخصومة فتبطل أو يصيب الحكم التحكيمي أثراً لبطلان تلك الإجراءات .

الكلمات الافتتاحية: (العيوب المكتوبة ، العيوب الشفهية ، بطلان الاجراءات ، عدم التسبب ، التمسك بالبطلان ، أخطاء المحكم) .

Abstract:

Customs have settled on using the term invalidation in the dictionary of procedural principles, where invalidation is considered synonymous with the punishment or penalty of the Penal Code, meaning that they have the same meaning. Just as there is a text in the Penal Code that includes the phrase (there is no crime and no punishment except by a text), here too we can call invalidation as a penalty for failure. Regarding some of the procedures taken by opponents or arbitrators, the arbitrator does not rule on procedural invalidity unless there are reasons and motives calling for that. Either these reasons are fundamental that lead to invalidity or secondary reasons that result in penalties other than invalidity .It becomes clear that the importance of invalidation is that it

does not result in only one stage in the dispute, but rather it accompanies it from the time of its procedures until the issuance of the arbitral award. Thus, the adversary's procedures may be invalidated, or the arbitration award may be affected as a result of the invalidation of those procedures.

keywords : (Written defects, oral defects, invalidity of procedures, lack of justification, adherence to invalidity, arbitrator errors).

المقدمة

اولاً_ التعريف بموضوع البحث :

بعد ما كان القضاء الوسيلة الاساسية للفصل في منازعات الافراد وقرار العدل لكن طول المدة وتراكم القضايا أمام المحاكم وبطء الاجراءات دفع الافراد للبحث عن وسيلة أخرى لحسم تلك المنازعات للفصل فيها بوقت أقل واجراءات اسلس ومن هنا ظهر التحكيم كوسيلة مثالية لحسم مثل تلك المنازعات إذ أصبح التحكيم مطلب ضروري في الدول النامية التي تسعى الى تقوية إقتصادها ، لذلك وجب السير في التحكيم بشكل دقيق من بداية الاتفاق عليه وحتى صدور الحكم التحكيم إذ أن ارتكاب الاخطاء في اجراءات التحكيم أو اغفالها قد يعرض هذه الاجراءات للبطلان وبالتالي يصل هذا البطلان الى الحكم التحكيمي^(١)، فالبطلان الاجرائي البطلان الذي يكون نتيجة خلل في الاجراءات التي ينص عليها القانون، او هو عكس ما اراده المشرع حيث يطلب المشرع عمل معين يتم وفق شيء معين فيقع هذا العمل على شيء مخالف بالتالي يحصل البطلان، ومن الإجراءات التي يمكن ان يحصل فيها البطلان هي القواعد الشكلية فالقواعد الشكلية حسب قانون الاجراءات تعتبر قواعد قانونية سنها المشرع وفيها صفات قانونية تتسم بالعمومية والتجريد والالزام، كذلك تعد قواعد اجرائية الهدف منها هو بيان شكل الأجراء الذي يجب اتخاذه فإذا كانت تلك القاعدة مخالفة لما جاءت به تؤدي الى بطلان العمل ،

(١) علي محسن طويب ، دور التحكيم في مجال العقود الادارية في العراق ، بحث منشور في مجلة ميسان للدراسات القانونية المقارنة ، جامعة الامام جعفر الصادق (ع) ، ميسان ، العراق ، ص ٢٠١.

فالعمل الاجرائي هو بحد ذاته عمل شكلي يهدف الى صنع الخصومة وبعضه الى تيسير عمل الخصومة وبعضه الى انهاءها ففي خلق الخصومة هو ان تتوفر الاجراءات الشكلية اللازمة لعملها وبالتالي تيسر إجراءات التحكيم بشكل دقيق اما في حالة اغفال بعض الاجراءات الجوهرية فهذا قد يؤدي الى بطلان الاجراء وبالتالي يسري هذا الاثر في الحكم التحكيمي كذلك بعض الاجراءات الشفهية التي قد يؤدي اغفال بعضها الى البطلان.

ثانياً_ أهمية البحث :

تُكمن أهمية هذه الدراسة بفكرة أهمية التحكيم بالوقت الراهن وحل المنازعات القائمة بين الخصوم من خلال اجراءات تقوم وتمتاز بالمرونة على عكس الاجراءات القضائية التي تتسم بالتعقيد نوعاً ، وبسبب لجوء الاطراف الى التحكيم كوسيلة لحل المنازعات الخاصة القائمة بينهم؛ فقد وجب السير بالإجراءات بشكل دقيق لتفادي البطلان المترتب بحال حصول عيب بسبب الخطأ فيها أو أغفالها والتهاون فيها .

ثالثاً_ اسباب اختيار موضوع البحث:

هناك سببين لاختيار هذا الموضوع وكالاتي :

١_ أن هذا البحث يتطابق مع المنهج العلمي الصحيح كون التحكيم من أهم المواضيع التي سادت المجتمع في الالونة الاخيرة ومن خلال هذه الدراسة نسلط الضوء على اهم عملية بالتحكيم وهي الاجراءات حيث عدم مراعاتها يؤدي الى نتائج جسيمة ومنها البطلان وبالتالي لا يحصل الاطراف على نتيجة لحل خلافهم القائم .

٢_ الفراغ التشريعي من قبل المشرع العراقي فيما يخص النتائج التي قد تحصل في حال أغفال الاجراءات الجوهرية سواء كانت مكتوبة أو قواعد أو الاجراءات الشفهية ،كذلك ذكر بعض مواد مشروع قانون التحكيم العراقي الذي لم يُسن بعد والاقتراس منها لمواكبة التطور في التحكيم على غرار التشريعات المقارنة .

رابعاً_ اشكالية البحث :

يثير موضوع البطلان كأثر للعيب الاجرائي مشاكل قانونية وذلك لجهل الخصوم بأهمية الاجراءات التحكيمية والتهاون بها لعدم وجود نصوص كافية تبين اهميتها والاثـر المترتب على اغـالها وان المشرع قد اكتفى بذكر البطلان بمواد قليلة ، فالأشكالية التي تثار هنا هو مدى كفاية المواد الخاصة بالبطلان بهذا القانون لسد القصور التشريعي الذي اعترى نصوص القانون العراقي وعدم التجهيل بالبطلان كنتيجة للتقصير بالإجراءات .

خامساً_ منهجية البحث :

سنعتمد في دراسة هذا الموضوع المنهج التحليلي المقارن وذلك من خلال تحليل النصوص الخاصة بهذا الموضوع المذكورة في القانون ، كذلك تمت المقارنة بين قوانين الاتجاهيين الاول اللاتيني والذي يعد القانون العراقي من ضمن هذا الاتجاه فقد اعتمدنا على قانون المرافعات المدنية العراقي رقم(٨٣) لسنة (١٩٦٩) و القانون المدني العراقي رقم(٤٠) لسنة (١٩٥١) ، كذلك القانون المصري والذي يضم قانون التحكيم المصري رقم(٢٧) لسنة (١٩٩٤) ، وقانون المرافعات المدنية المصري رقم (١٣) لسنة (١٩٦٨) .، كذلك تمت الاشارة الى قانون التحكيم البلجيكي لسنة (١٩٩٨) ، وقانون التحكيم الفرنسي لرقم (٤٨) لسنة (٢٠١١) .

أما الاتجاه الثاني هو الاتجاه الانجلوامريكي وقد تمت الاشارة الى قانون التحكيم الفيدرالي الامريكي لسنة(١٩٢٥) ، وقانون التحكيم الانجليزي لسنة(١٩٩٦)، وقواعد الاونسيترال للتحكيم التجاري الدولي لسنة(٢٠١٦)، واتفاقية نيويورك لسنة (١٩٥٨).

سادساً_ هيكلية البحث :

سننتبع في دراسة موضوع (بطلان اجراءات الخصومة أثر العيوب الجوهرية والشفهية دراسة مقارنة) الخطة الثنائية حيث سنقسم هذا البحث الى مبحثين نتناول في المبحث

الاول حالات البطلان بسبب العيوب الجوهرية وذلك من خلال مطلبين نبين في المطلب الاول المقصود بالبطلان ، في حين سنخص المطلب الثاني ببيان حالات البطلان ومدى إمكانية التمسك بها .

أما المبحث الثاني فسنبين فيه حالات البطلان بسبب اغفال الاجراءات الشفهية وسنقسمه الى مطلبين ايضاً نبين في المطلب الاول البطلان بسبب الخطأ في تشكيل هيئة التحكيم ، أما المطلب الثاني نبين فيه البطلان بسبب الاخطاء التي يرتكبها المحكم وكالاتي :

تمهيد

المبحث الاول: حالات البطلان بسبب العيوب الجوهرية

المطلب الاول : المقصود بالبطلان

المطلب الثاني: حالات بطلان الاجراءات الجوهرية ومدى إمكانية التمسك بها

المبحث الثاني : حالات البطلان بسبب أغفال الاجراءات الشفهية

المطلب الاول: البطلان بسبب الخطأ في تشكيل هيئة التحكيم

المطلب الثاني : البطلان بسبب الاخطاء التي يرتكبها المحكم

الخاتمة

المصادر والمراجع

تمهيد :

يعد البطلان الجزاء المترتب على التقصير في القواعد الخاصة بالاجراءات الجوهرية ، إذ يعد وسيلة حدية بالنسبة للخصوم فإذا تم السير بالاجراءات بشكل صحيح يتم

تحقيق العدالة ،أما اذا طُبقت بشكل مخالف لما مُحدد بالقانون فهذا يعني حصوله وبالتالي تنتهي الاجراءات التحكيمية دون الوصول الى حل مناسب للنزاع الراهن بين الاطراف .

وعليه نهدف بدراستنا هذه الى بيان حالات البطلان بسبب العيوب الاجرائية وذلك من خلال مبحثين .

المبحث الاول

حالات البطلان بسبب العيوب الجوهرية

كما وضحنا سابقاً أن الشكل الجوهري هو الشكل اللازم في العمل وقد نصت القوانين على بعض الأشكال الجوهرية في التحكيم والتي لا يمكن اكماله بدونها لذلك اذا تم السير فيها ومن ثم تم مخالفتها فان هذا سيعرض العمل (الاجراء) الى البطلان ، وعليه سنتناول هنا المقصود بالبطلان لمعرفة أثاره على الاجراءات وذلك في المطلب الاول ، أما المطلب الثاني نبين فيه حالات بطلان الاجراءات الجوهرية ومدى مكانية التمسك بها وكالاتي:

المطلب الاول

المقصود بالبطلان

البطلان اصطلاحاً :

أولاً_ تعريف البطلان في الفقه الاسلامي : يُقصد به (مخالفة الأمر المشروع الذي أتى به المكلف لما أمر به الشارع، وعدم ترتيبه للأثار الشرعية المنطوية عليه)^(١).

ثانياً_ تعريف البطلان في الفقه القانوني : فقد عُرفَ بأنه: (وصف يلحق بالعمل الإجرائي نتيجة مخالفته لنموذجه القانوني ويؤدي الى عدم انتاج الاثار التي يرتبها هذا الإجراء)^(٢).

كما يعد جزاءً لاحقاً للتصرف القانوني الذي يعاب بأعباره وصفاً له، وذلك لأنه نشأ خلافاً لقاعدة اتفاقية او قانونية^(٣).

وعُرفَ أيضاً بأنه جزاء يترتب على إجراء فيعمل على أبطاله كلاً او جزءاً، وذلك لأسباب أما لغياب عنصر فيه طلبه القانون أو أن الأجراء ذاته غير مباشر بطريقة سليمة^(٤).

وقد ذكرت التشريعات المقارنة من المدرستين اللاتينية والانجلوامريكية البطلان كجزاء لمخالفة بعض الاجراءات فمن قوانين المدرسة اللاتينية القانون العراقي فقد نصت المادة (٢٧٣) من قانون المرافعات المدنية على "يجوز للخصوم عندما يطرح قرار المحكمين على المحكمة المختصة ان يتمسكوا ببطلانه ... " فقد ذكرت هذه المادة حالات البطلان التي يمكن التمسك بها والتي سنذكرها فيما بعد عند التطرق الى حالات بطلان الاجراءات والحكم التحكيمي .

(١) محمد أحمد سويلم، مفهوم بطلان الحكم القضائي والتمييز بينه وبين الجزاءات الاجرائية الاخرى، الطبعة الأولى، الجزء الأول، دار العدل، السعودية، ٢٠١٤، ص ١٣٢ - ١٨٤. أما البطلان لغةً : مأخوذ من بطل الشيء يبطل بطلاً وبطُولاً بطلاناً، اذا ذهب ضياعاً وخسراً . القاموس المحيط، الجزء الثالث، ص ٤٩١.

(٢) الغوثي بن ملح، القانون القضائي الجزائري، بدون طبعة ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ١٩٩٥، ص ٢٦٥.

(٣) عبد الحكم فوده، البطلان في القانون المدني والقانون الخاص، الطبعة الثانية، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ١٩٩٣، ص ٢٠.

(٤) الوي جميل حدادين، نظرية البطلان في قانون اصول المحاكمات الجزائية دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار وائل، عمان، ٢٠٠٠، ص ٥.

كذلك المادة (٢٧٤) من قانون المرافعات فقد نصت على " يجوز للمحكمة أن تصدق قرار التحكيم أو تبطله، كلا أو بعضاً ويجوز لها في حالة الإبطال كلا أو بعضاً أن تعيد القضية الى المحكمين لإصلاح ما شاب قرار التحكيم، أو تفصل في النزاع بنفسها إذا كانت القضية صالحة للفصل فيها .

أما ما نص عليه القانون ضمناً إذ يفهم من النصوص بطلان الإجراء أو العمل في حال النص على خلافه وأن لم يُذكر مصطلح البطلان وهذا ما نصت عليه مواد قانون المرافعات المدنية كما في المادة (٢٥٤) حيث بينت : " لا يصح التحكيم الا في المسائل التي يجوز فيها الصلح... فمصطلح (لا يصح) هنا يبين عدم جواز البت في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح وما عدا ذلك فهو باطل.

أيضاً ما ذكر في الفقرة الثانية من المادة (٢٧٢) حيث نصت على انه " لا ينفذ قرار المحكمين الا في حق الخصوم الذين حكموهم وفي الخصوص الذي جرى التحكيم من اجله " يبين هذا النص انه اذا نُفذ قرار المحكم في حق شخص غير الخصم وفي موضوع لا يمت بالمسألة التي أقيم التحكيم من اجلها يبطل ذلك الإجراء.

أما القانون المصري فأن قانون المرافعات قد ذكر ست حالات ^(١) ينص فيها على البطلان بشكل واضح وأن كان لم يذكر فيه مصطلح البطلان ومن هذه الحالات: الحالة الأولى وهي ما ذكر في نص المادة السادسة ، أما الحالة الثانية وهي ما ذكر في المادة السابعة، الحالة الثالثة وهي ما بينته المادة التاسعة ، الحالة الرابعة هي نص المادة العاشرة ، الحالة الخامسة هي نص المادة الحادية عشر ، الحالة السادسة هي نص المادة الثالثة عشر

أما قوانين المدرسة الانجلوأمريكية فقد أشارت مواد قانون التحكيم الفيدرالي الى البطلان في العديد من نصوصه سنذكر أغلبها لاحقاً عند التطرق الى حالات

(١) قانون المرافعات المدنية المصري رقم (١٣) لسنة (١٩٦٨) .

البطلان ،ومن هذه المواد المادة (١٢) فقد نصت على كيفية السير بطلب الابطال وذلك بتبليغ الخصم الاخر أو محاميه خلال الثلاثة اشهر التي تلي ايداع الحكم التحكيمي أو التبليغ به ^(١).

أما قانون التحكيم الانجليزي فقد نصت المادة (٦٨) منه على "يمكن أبطال الحكم اذا ترتبت مخالفات جسمية ومن اهمها ١_ اخفاق المحكمة في سير الاجراءات وفقا للأجراء الذي اتفق عليه الطرفان ... ٢_ أي مخالفة في سير الاجراءات او في القرار الذي اعترفت به المحكمة او أي هيئة تحكيم او مؤسسة اخرى او شخص مخول من قبل الاطراف مع سلطات فيما يتعلق بالإجراءات او قرار التحكيم" ^(٢).

ينقسم البطلان الى بطلان مطلق وبطلان نسبي ولكل واحد منهم حالاته ^(٣) وكالاتي :

١- يعد العمل بالبطلان المطلق بالأساس باطلاً ولا يحتاج الى رفع طلب لبطلانه كما انه لا يحتاج ان يُحكّم به بالبطلان وإذا دعت الضرورة طلب الحكم بالبطلان فإن دور القاضي ينحصر بتقريره فقط ، أما البطلان النسبي فالعمل صحيحاً ويكون منتجاً لآثاره الى أن يُحكّم به بالبطلان والقاضي يكون مسؤولاً عن تقريره أيضاً .

٢- كل شخص له مصلحة يستطيع أن يتمسك بالبطلان المطلق ، أما البطلان النسبي فلا يتمسك به إلا من يتقرر البطلان لمصلحته .

٣- لا يجوز تصحيح البطلان المطلق ،بينما البطلان النسبي فيمكن تصحيحه بالإجازة .

^(١)المادة (١٢) من قانون التحكيم الفيدرالي الامريكي لسنة (١٩٢٥) .

^(٢)المادة (٦٨) من قانون التحكيم الانجليزي لسنة (١٩٩٦) .

^(٣)فتحى والي واحمد ماهر زغلول ،نظرية البطلان في قانون المرافعات ،منشأة المعارف ،الاسكندرية ،١٩٩٧ ، ص ٥٣٦

أساس هذا التقسيم في البطلان حسب ما يراه البعض يرجع الى فكرة النظام العام أي بطلان غير متعلق بالنظام العام وبطلان يتعلق بالنظام العام^(١) فالبطلان غير المتعلق بالنظام العام أي البطلان النسبي هو المترتب على خلاف قاعدة تكون مُقررة لحماية مصلحة خاصة لأحد الاطراف (الخصم) والمعروف أن اغلب الاشكال التي سنّها القانون تكون مقررة لمصلحة خاصة بمعنى آخر هو البطلان المقرر لحماية مصلحة خاصة بالفرد اي البطلان الذي يتقرر نتيجة لمخالفة شرط نص عليه القانون يسعى من ورائه تحقيق مصلحة خاصه فهو بطلان يزول بنزول من له الحق بالتمسك به أي بالإجازة الصريحة أو الضمنية.

البطلان يَخْتَلِفُ عَنْ غَيْرِهِ مِنَ الصُّورِ الْمَشَابِهَةِ لَهُ كَالسَّقُوطِ وَالْإِنْعَادِ فَالسَّقُوطُ يَعْدُ (جزاءً اجرائياً يقع على الحق أو السلطة في المباشرة بالعمل ، وذلك عندما لا يقوم الشخص المُكلف بالعمل به خلال المدة التي حَدَدَهَا القانون) ، وبالتالي فإن هذا التعريف يختصر الفرق بين البطلان والسقوط فالبطلان ينتج من خلال عيب يصيب الاجراء فيجعله باطلاً ، أما السقوط الاجراء صحيح لكن الشخص المكلف به لا يقوم به خلال المدة التي يحددها القانون فيتعرض الاجراء الى السقوط^(٢).

أما الانعدام فَيُقْصَدُ بِهِ هُوَ عَدَمُ وجود العمل الإجرائي أصلاً أي عدم الصّحة ، فهنا يُبَيَّنُ أن البطلان ينتج عَنْ عَيْبٍ يصيب العمل القانوني الاجرائي دون أن يَمَسَّ وجوده أما الانعدام فهو عمل قانوني لا يسمح به القانون وسبب اعتباره منعدم كون الاجراء ليس لَهُ وجود قانوني .فالانعدام يَكُونُ بِقُوَّةِ القانون ولا يمكن تَصْحيحُهُ عَكْسَ البُطْلَانِ الذي يَقْرَهُ المحكم او القاضي ويمكن تَصْحيحُهُ^(٣)، ويمكن أن نستند في ذلك الى

(١) فتحي والي واحمد ماهر زغلول ، نظرية البطلان في قانون المرافعات ، مصدر سابق ، ص ٥٤٠_٥٤١_٥٤٢.

(٢) أحمد فتحي سرور ، نظرية البطلان في قانون الاجراءات الجنائية ، الطبعة الاولى ، مكتبة النهضة المصرية ، مصر ، ١٩٥٩ ، ص ٧٢ .

(٣) حميدي ليديا ، نظرية البطلان في قانون الاجراءات الجزائية الجزائري ، (رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق) ، جامعة بجاية ، الجزائر ، ٢٠١٦ ، ص ٣٣ .

نص المادة (٦٩٦) من القانون المدني العراقي في فقرتها الثانية حيث اشارت الى "اذا قصر المدين في تقديم ما وعد به الدائن من تأمينات او اذا انعدمت التأمينات كلا او بعضا ولم يقدم بديلا عنها"^(١).

ترى الباحثة : أن الأصل في البطلان هو الاثر الذي يترتب عند مخالفة ما نص عليه القانون، فما ينص عليه القانون في العقود هو ضرورة وجود مقومات العقد من الناحية الموضوعية والشكلية فعند تخلف هذه الشروط كلها او بعضها يترتب القانون اثرأ على ذلك الا وهو البطلان لكن ما يهمننا هو ليس شروط العقد التحكيمي بل إجراءاته وبالتالي لا يمكن ألحكم بالبطلان لمجرد مخالفة قاعدة إجرائية فقد تكون تلك القاعدة ثانوية ويمكن إيجاد حلول لها وتصحيحها وليس الحكم ببطلانها حيث أن الحكم بالبطلان له آثار كبيرة يمكن أن تنتج بعد الحكم فيه لذلك الأصح هو تقرير البطلان حسب نوع العيب الإجرائي فإذا كان جوهرياً ولا يمكن تكملة الاجراءات بدونه فيمكن الحكم ببطلانه أما اذا كان غير جوهرياً فيمكن تصحيحه أو اعادة الاجراءات أو انهاءها.

أما القرارات القضائية فقد جاءت حافلة بتنظيم البطلان جراء العيب الجوهري وسنأخذ مثلاً لقرار المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (واشنطن_الاكسيد) وبرز ما جاء في القرار : " حسب المادة (٥٢) من اتفاقية الاكسيد يمكن ابطال القرار التحكيمي لمخالفة احدى قواعد الاجراءات الاساسية ولا بد من توافر شرطين لأبطال القرار وهما: ١_ اذا وجدت مخالفة للقواعد الاجرائية الاساسية ٢_ ان تكون المخالفة جسيمة وهذين الشرطين ملزمين وبأشارتهم الى قواعد الاجراءات الاساسية قصد صائغو الاتفاقية حصر ابطال القرار التحكيمي في مخالفة تلك المبادئ التي تعد ضرورية من اجل عقد جلسة استماع عادلة ، اذ كانت جدية ، ان مخالفة احدى قواعد الاجراءات غير الاساسية لا تثير مسألة صحة القرار التحكيمي ولا تؤدي بالتالي

(١) المادة (٦٩٦) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة (١٩٥١).

الى ابطال هذا الاخير .ومن الامثلة على هذه المبادئ "شرط الاستماع الى الطرفين ومنحهم فرصة كافية للطعنواخيراً تشير هيئة التحكيم ان الاطراف اتفقوا على عدم التناقض باعتباره من القواعد الاساسية للمساواة بين الاطراف وبالتالي فان الحكم يتعرض للبطلان في حال مخالفته لهذه القاعدة^(١) " .

المطلب الثاني

حالات البطلان ومدى إمكانية التمسك بها

أن احترام حقوق الدفاع يمنح الفرصة للخصوم للمثول أمام هيئة التحكيم وشرح ادعائه وتمكينه من كل من شأنه أثبات دعواه ، إذ يعد حق الدفاع من الحقوق الأساسية وأخطرها ويعد كذلك من المبادئ الدستورية ولا يحق للهيئة التحكيمية حرمان الخصوم من هذا الحق ، إضافة الى ذلك لا يحق للخصم ايضاً ان يتنازل عن حقه في الدفاع فبأغفال حق الدفاع أو عدم احترامه يتعرض الاجراء الى البطلان وقد يصل البطلان الى الحكم التحكيمي نتيجة بطلان الاجراءات وهذا ما ورد في المادة (٢٧٣) من قانون المرافعات المدنية العراقي^(٢) ، وعليه إذا تم الأخلال بحق الدفاع بسبب عدم إعلان الخصم بالشكل الصحيح ، فالإعلان هو بداية الخصومة وأهميته تمتد أثناء السير فيها وحتى نهايتها والمشرع اعتبر تحرير الإعلان من التعقيدات التي تصيب إجراءات التقاضي وتجعله بطيئاً ومعقداً ، لذلك جعل المشرع الأصل في تنظيمها هي إرادة الأطراف ونستند في ذلك للمادة (٧) من قانون التحكيم المصري بنصها على " ١- ما لم يوجد اتفاق خاص بين طرفي التحكيم يتم تسليم أي رسالة أو إعلان إلى المرسل إليه شخصياً أو في مقر عمله أو في محل إقامته المعتاد أو في

(١) قرار المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الاخرى في واشنطن (الاكسيد) ، عبد الحميد الاحدب ، مجلة التحكيم العالمية ، العدد الواحد والعشرون ، ٢٠١٤ ، ص ٨١٩ ، ص ٨٢٠ .

(٢) ابراهيم خليل الموسوي ، الضمانات الإجرائية لخصومة التحكيم الالكتروني (دراسة مقارنة) ، بحث منشور في مجلة ميسان للدراسات القانونية المقارنة ، العدد السابع ، المجلد الاول ، كلية القانون ، ميسان ، العراق ، ص ٩٦

عنوانه البريدي المعروف للطرفين أو المحدد في مشاركة التحكيم أو في الوثيقة المنظمة للعلاقة التي يتناولها التحكيم.

٢- وإذا تعذر معرفة أحد هذه العناوين بعد إجراء التحريات اللازمة يعتبر التسليم قد تم إذا كان الإعلان بكتاب مسجل إلى آخر مقر عمل أو محل إقامة معتاد أو عنوان بريدي معروف للمرسل إليه^(١)

ومن قوانين المدرسة اللاتينية المشرع المصري حيث نصت المادة [٥٣] من قانون التحكيم المصري على : " لا تقبل دعوى بطلان حكم التحكيم إلا في الأحوال الآتية : إذا تعذر على أحد طرفي التحكيم تقديم دفاعه بسبب عدم إعلانه إعلاناً صحيحاً بتعيين محكم أو إجراءات التحكيم أو لأي سبب آخر خارج عن إرادته "^(٢)

أما مبدأ المواجهة فهو تطبيق لحق الدفاع وقد ذكرنا أهميته في التحكيم حيث جاءت الكثير من المواد القانونية بأسلوب الأمر بعبارات (يجب ، يتعين ، شريطة) وكما بينا سابقاً أنها من النصوص الأمرة بمعنى لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها وكل اتفاق يقع بخلافها يكون باطلاً .

فالمشرع الفرنسي الجديد بين أنه بالإمكان أبطال حكم التحكيم في حالة عدم احترام حق المواجهة بين الأطراف^(٣) .

^(١) تقابل هذه المادة من قانون التحكيم المصري الفقرة الأولى من المادة (٧) من مشروع قانون التحكيم العراقي .

^(٢) تقابل هذه المادة من قانون التحكيم المصري المادة (٥٣) الفقرة (ج) من مسودة قانون التحكيم العراقي والتي نصت على "أولا : لا تقبل دعوى بطلان حكم التحكيم إلا في الحالات الآتية :

ج- إذا تعذر على أحد طرفي التحكيم تقديم دفاعه فيما يتعلق بتعيين المحكم أو بإجراءات التحكيم بسبب عدم تبليغه تبليغاً صحيحاً أو لأي سبب آخر خارج عن إرادته " .

نجد في هذه المادة أن حكم البطلان لا يكون بسبب الاعلان غير الصحيح ، وإنما يكون البطلان بسبب عدم تقديم الدفاع من الخصم الذي تم اعلانه اعلان غير صحيح ، فهذا النص ربط بين الأمرين السابق ذكرهما وبين أنه عدم صحة الاعلان يؤدي الى عدم تمكين الخصم من تقديم دفاعه أثناء إجراءات الخصومة وبالتالي يعرض الحكم للبطلان .

^(٣) انظر المادة (١٥٠٢/ الفقرة الرابعة) من قانون المرافعات الجديد .

ومن قوانين المدرسة الانجلوأمريكية قانون التحكيم الفيدرالي الأمريكي الذي نص على احترام مبدأ المواجهة بشكل صريح ورتب البطلان في حالة مخالفته إذ أشارت الفقرة الرابعة من المادة (١٠) الى أبطال حكم التحكيم في الاحوال الآتية : " اذا تجاوز المحكمون صلاحياتهم أو لم يقوموا بمهمتهم كما يجب ، ولم يصدروا حكماً تحكيمياً وجاهياً نهائياً وغير قابل للمناقشة ..."

وأخيراً مبدأ المساواة حيث يعد من القواعد العامة في قانون التحكيم الدولي وأذا تم الأخلال به في أي مرحلة من مراحل التحكيم يؤدي الى بطلان الحكم التحكيمي وقد أشارت القوانين الى هذا المبدأ وكما بيناه سلفاً ، فالمادة (١٠) من قانون التحكيم الفيدرالي الأمريكي نصت على : "يجوز للمحكمة الفدرالية الأمريكية التي يقع في نطاقها مكان صدور التحكيم، بناء على طلب أحد أطراف التحكيم، إبطال حكم التحكيم في الحالات التالية...إذا كان هناك تحيز واضح أو فساد من قبل المحكمين، أو يمثل فيهم إحدى هاتين العقوبتين..." ، ويمكن أن نستشف أهمية هذا المبدأ أيضاً من المادة (١٥ / الفقرة الاولى) من قواعد الاونسيترال التي تركت الحرية للمحكمين في ممارسة التحكيم على الوجه الذي يروه مناسباً لكن كما يلي : " شرط أن يُعامل الطرفين على قدم المساواة ، وأن تهيأ لكل منهما في جميع مراحل الاجراءات فرصة كاملة لعرض قضيته"

محكمة النقض الفرنسية بينت أن مبدأ المساواة في التعامل بين الخصوم من حيث تعيين المحكمين يعد جزء من النظام العام ، وهذا يتبين أنه لا يجوز الاتفاق على خلافه والا يعتبر باطلاً ..

ثانياً - إذا كان تحديد اللغة فيه أخل بالحق المساواة والدفاع ، فكما قلنا سابقاً أن اللغة يتفق عليها الخصوم وقد نصت الكثير من التشريعات عليها لكن الاخلال باللغة لا يشكل بطلان الا اذا تم خرق المساواة بين الخصوم وتقديم الدفاع باللغة المطلوبة ،

كما لو تعتمد الهيئة التحكيمية على مستندات مقدمة من أحد الخصوم بلغة غير اللغة التي كانوا متفقين عليها وتضمنت عناصر جديدة ولم يتم إدراج ترجمة بها باللغة المُتَّفَق عليها فإن هذا الحكم يكون باطلاً لأخلاقه بمبدأ المساواة بين الخصوم وهذا الرأي جاء به الفقه ، أما من ناحية التشريع فيمكن أن نَقْتَبِس الحكم من خلال النصوص الامرة كما في المواد التي ذكرناها عند التطرق الى الاجراءات المكتوبة كالمادة (٢٩) من مشروع قانون التحكيم العراقي الذي ذكر وجوب رفق ترجمة مع اللغة اذا كانت أجنبية ، كذلك المادة (١٩) من قواعد الاونسيترال التي جاء بموجبها أن تحديد اللغة يتطرق الى بيان الدعوى وبيان الدفاع.

رأي الباحث: يجب أن نبين أنه في حالة عدم وجود اتفاق بين الخصوم على لغة وأُستخدِمت الهيئة التحكيمية لغة مختلفة عن لغة المدعى عليه (يُقصد بها اللغة الأصلية للهيئة) ويُمنَح المدعى عليه الوقت الكافي حتى يقدم دفاعه أمام الهيئة فهذا لا يعد انتهاك لمبدأ المساواة والدفاع وبالتالي لا يترتب البطلان وذلك لأستطاعة المدعى عليه بالأستعانة بالمرجم الفوري للتعرف على اللغة الجديدة .

بعد ذكر حالات البطلان يمكن أن نطرح سؤال هنا وهو من له حق التمسك بهذا البطلان الاجرائي ؟ ومن لا يحق له ذلك بالنسبة للقاعدة العامة فهناك حالتين للتمسك بالبطلان وهما: التمسك بالبطلان المتعلق بالمصلحة الخاصة والتمسك بالبطلان المتعلق بالمصلحة العامة .

فبالنسبة للمصلحة الخاصة فيمكن ان يتمسك بالبطلان من شرع البطلان لمصلحته وهذا ما جاءت به التشريعات المقارنة فقانون المرافعات المدنية العراقي لم يأتي بنص يبين فيه التمسك بالبطلان ويمكن أن نستعين بذلك بالمادة من خلال نص المادة (١٤١) من القانون المدني العراقي حيث جاء في نص هذه المادة ما يلي : "جواز

التمسك بالبطلان من قبل كل من له مصلحة في ذلك، وعدم اقتصار التمسك بالبطلان على اطراف العقد، كالخلف العام والخلف الخاص والدائنين".

اما المشرع المصري فقد نصت المادة (٢١) من قانون المرافعات المدنية على ذلك " لا يجوز ان يتمسك بالبطلان الا من شرع البطلان لمصلحته ولا يجوز التمسك من الخصم الذي تسبب فيه ماعدا الحالات التي يتعلق فيها البطلان بالنظام العام " بمعنى ان الاشخاص الذين تسببوا بالخطأ واقامت الدعوى بناءً على هذا الخطأ فلا يمكنهم ان يتمسكوا بالبطلان عند تشريعهُ.

وبالتالي فإن الأشخاص الذين يحق لهم ان يتمسكوا بالبطلان كأثر للعيب جوهري هم :

اولا _الدائن : هناك شروط حتى يستطيع الدائن أن يستعمل الحق التابع لمدينه للتمسك بالبطلان وكالاتي : ١ - عدم اتصال الحق بشخص المدين فإذا اتصل الحق بشخصه فلا يستطيع الدائن ان يتمسك بالبطلان .

٢_أن يكون المدين مهماً في استعمال حقه أو يرفض استعماله فهنا يمكن للدائن ان يتمسك بالبطلان نتيجة لهذا الاهمال كما يمكن له أن يتمسك بحق مدينه بالطعن في الحكم .

٣- ترتب الاعسار أو زيادته نتيجةً لأهمال المدين وذلك لعدم تمسكه بالبطلان^(١).

ثانياً - المدينون المتضامنون : فإذا ترتب البطلان لمصلحة أحد المدينون تضامن بقية المدينون معه^(٢)

(١) افتحي والي ، احمد ماهر ، نظرية المرافعات في قانون المرافعات ، مصدر سابق ، ص ٥٥٥_ص ٥٥٦.

(٢) كامل السعيد ، شرح قانون اصول المحاكمات الجزائية ، الطبعة الاولى ، دار الثقافة والنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠٥، ص ٤٣٩.

ثالثاً - الخلف العام والخلف الخاص : فالخلف العام هو الذي يخلف سلفه في الذمة المالية من الحقوق والالتزامات كالموصى له والوارث ، أما الخلف الخاص فهو الذي يخلف سلفه في عَين مُحددة بالذات وبالتالي فأن هؤلاء يخلفون سلفهم بحق التمسك بالبطلان في حال وفاتهم ومن أمثلة ذلك عندما يستطيع ابناء المعتوه الذي تم الحجز عليه التمسك ببطلان اجراءات نزع الملكية التي تم اتخاذها ضد أحدهم^(١) .

أما القانون الفرنسي والامريكي فلم يتطرقا الى امكانية التمسك بالبطلان .

أما التمسك بالبطلان للمصلحة العامة فالمحكمة يمكن لها ان تقضي بالبطلان من تلقاء نفسها اذا كان البطلان ناتج عن مخالفة النظام العام وما يؤيد هذا الفقرة الثانية من المادة (١٤١) من القانون المدني العراقي^(٢) والتي نصت على "للمحكمة ان تقضي بالبطلان من تلقاء نفسها وان لم يتمسك بذلك الخصوم " كذلك المادة (٢١) من قانون المرافعات المصري التي اجازت ان يتمسك الخصم المسبب للبطلان به اذا غاب المدعى عليه^(٣)

رأي الباحث /اتضح لنا من خلال القاعدة العامة والنصوص التي ذُكرت أن ما يقصد بالتمسك ببطلان الاجراءات هي الاجراءات القضائية وليس التحكيمية ولعل هذا أغفال تشريعي حيث أن التشريعات لم تذكر ما مصير بطلان الاجراءات هل يمكن التمسك بها ام لا لكن هناك بعض النصوص يمكن ان نستعين بها ومنها موقف القانون العراقي ففي الفقرة الرابعة من المادة (٢٧٣) من قانون المرافعات المدنية اجاز المشرع للخصوم ان يتمسكوا ببطلان الحكم اذا حصل خطأ جوهري في القرار او الاجراءات التحكيمية التي تؤثر في القرار .

(١) عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني "مصادر الالتزام"، دار احياء التراث العربي ، بيروت

١٩٥٢، ص٥٤١.

(٢) المادة (١٤١) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة (١٩٥١)

(٣) المادة (٢١) من قانون المرافعات المدنية المصري رقم (١٣) لسنة (١٩٦٨) .

المبحث الثاني

البطلان بسبب الخطأ في الاجراءات الشفهية

بعد ما بينا حالات البطلان المترتبة بسبب العيوب التي تظهر في الاجراءات المكتوبة أو القواعد الإجرائية سنبين هنا حالات البطلان بسبب الخطأ الذي يرتكب في تشكيل الهيئة التحكيمية أو بمعنى أدق حالات البطلان المترتبة بسبب الأخطاء في الاجراءات الشفهية وتكون بحالتين فقط وكل حالة تتضمن بعض الاجراءات الشفهية المرتبة للبطلان وعليه سنقسم هذا المبحث الى مطلبين نبين في المطلب الاول البطلان بسبب تشكيل الهيئة الخاطيء، أما المطلب الثاني نتطرق فيه الى البطلان بسبب الخلل في الشروط الواجبة بالمحكم وكما يلي :

المطلب الاول

حالات البطلان بسبب الخطأ في تشكيل هيئة التحكيم

تتشكل هيئة التحكيم وفق ارادة الاطراف، هذا هو الأصل، اما اذا لم يختار الأطراف المؤسسة التحكيمية فإنهم يختارون المحكمين فقط، هنا السؤال انه ماذا لو خالفت هيئة التحكيم ما اتفق عليه الخصوم او كان تشكيلها بشكل مخالف للقانون والاتفاق ؟ ، للأجابة على هذا السؤال يجب أن نتطرق الى الحالات التي تخالف بها هيئة التحكيم اجراءات الخصومة المطلوبة ولم تراعيها على الوجه المطلوب وكالاتي :

أولاً – اذا تشكلت المحكمة من عدد زوجي فأن الحكم يكون باطلاً حيث كان موقف التشريعات المقارنة صريح من حيث تشكيل الهيئة فقوانين الاتجاه اللاتيني ومنها القانون العراقي أشار في المادة (٢٥٧) في عبارتها الصريحة والقاطعة على أنه " يجب عند تعدد المحكمين ان يكون عددهم وترا عدا حالة التحكيم بين الزوجين " .

كذلك ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة (١٥) من قانون التحكيم المصري والتي جاءت بما يلي : " اذا تعدد المحكمون وجب أن يكون عددهم وتراً، والا كان التحكيم باطلاً " ، فهذا النص صريح جداً بالحكم بالبطلان في حال كان العدد زوجياً .

أما التشريع الفرنسي فقد أشارت المادة (١٤٥٤) الى أنه " تتكون هيئة التحكيم من محكم واحد أو أكثر من عدد فردي "

بمعنى أنه إذا تم تشكيل الهيئة من عدد زوجي من المحكمين فيجب تحديد محكم آخر فإذا كانوا عددهم أربعة مثلاً يجب تعيين محكم خامس وهكذا.

أما في قانون التحكيم البلجيكي فقد نصت المادة (١٦٨١) منه على "هيئة التحكيم يجب أن تتكون من عدد فردي من المحكمين، وقد تكون من محكم واحد"

أما قوانين الاتجاه الانجلوامريكي فقد نصت المادة (١٥) من قانون التحكيم الانجليزي لسنة (١٩٩٦) على " أ_ للأطراف الحرية في الاتفاق على عدد المحكمين لتشكيل هيئة التحكيم وما اذا كان هناك رئيس اوحكم مالم يتفق الطرفان على خلاف ذلك ... ب_ يفهم من الاتفاق انه اذا كان عدد المحكمين اثنين أو أي عدد زوجي اخر فيجب تعيين محكم إضافي كرئيس لهيئة التحكيم .. ج_ اذا لم يتم الاتفاق على عدد المحكمين تتكون المحكمة من محكم واحد " . نرى هنا ان المشرع قد كان متساهلاً نوعاً ما في هذه المادة على عكس القوانين الاخرى التي اوجبت العدد الفردي للمحكمين لكن نرى ايضاً ان المادة (١٦) من القانون ذاته قد جاءت أمرة بعكس المادة (١٥) والتي نصت الفقرة الثانية والثالثة منها على ما يلي : "... إذا كانت هيئة التحكيم مكونة من محكمين اثنين ،يجب على كل طرف أن يعين محكماً واحداً في موعد لا يتجاوز ١٤ يوم .."، وهذا يبين أن المشرع الانجليزي قد أوجب العدد الفردي في هذه المادة .

أما قانون التحكيم الأمريكي فقد أشارت المادة (٥) الى أنه " وجوب تعيين محكماً فرداً في حال الاتفاق على تعيين المحكمين " .

وبالنسبة لمركز واشنطن (الأكسيد) فقد نصت المادة (٣٧) في فقرتها الاولى الى " تتألف المحكمة من محكم واحد أو من عدد من المحكمين يعينون طبقاً لاتفاق الاطراف " .

وعلى الرغم من أن الكثير من الأنظمة المعاصرة تترك أمر تحديد المحكمين لحرية الأطراف لكنها أوجبت أن يكون العدد فردياً .

ثانياً - إذا تمّ الأخلال بمكان التحكيم لكن الأخلال بشرط الخرق ، فكما بينا سابقاً أن الاطراف هم الذين يتفقون على مكان التحكيم ويلتزمون بهذا الاتفاق لكن أخلالهم بتحديد المكان أو عدم احترامه لا يؤدي الى البطلان ، حيث يترتب البطلان اذا تم الاخلال بحق الدفاع بسبب المكان مثلاً إذا اتفق الاطراف مع الهيئة على اكمال التحقيق في المكان الواقع فيه الخلاف وبعدها يعقدون الخصومة في مكان آخر دون معاينة المكان الذي ذكر فيعتبر هذا اختراق لحق الدفاع وبالتالي يؤدي الى البطلان^(١) .

قانون المرافعات العراقي لم يذكر الحكم المترتب على عدم تحرير محضر بالمعاينة ،أما قانون المرافعات المصري فقد أشارت المادة (٢٥) منه على أنه " يجب أن يحضر مع القاضي في الجلسات وفي جميع إجراءات الاثبات كاتب يحضر المحضر ويوقعه مع القاضي والا كان العمل باطلاً " .

أي ان القانون المصري رتب بطلان العمل كجزاء لعدم تحرير هذا المحضر بجميع الأعمال التي تتعلق بالمعاينة أو معرفة الكاتب الذي يكتب المحضر ونستشف من

(١) أحمد ابو الوفا ، التحكيم الاختياري والاجباري ، الطبعة الثانية ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، ٢٠٠٧ ، ص ٢١٤ .

الزامية هذا الأمر أيضاً من خلال المادة (٣١) حيث أوجبت الهيئة التحكيمية بأرسال صورة من الأدلة الى الخصوم كذلك تدوين الخلاصة من وقائع كل جلسة ،أيضاً ما نصت عليه المادة (٣١) من مشروع قانون التحكيم العراقي بأرسال النسخ من الأدلة .

ثالثاً _ الالتزام بالسرية وما يؤكد على ذلك المادة (٢٨) من قواعد الاونسيترال بنصها على " تكون جلسات الاستماع مغلقة ..."

وعلى صعيد القضاء فهناك قرار لمحكمة استئناف القاهرة يؤكد فيه ان مخالفة هيئة التحكيم لنصوص العقد التحكيمي تؤدي الى بطلان حكم التحكيم عن الموضوع فإنه من المقرر طبقاً لنص المادة ٥٣ فقرة ز من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ ، انه يجوز رفع دعوى بطلان التحكيم اذا وقع بطلان في حكم التحكيم او كانت اجراءات التحكيم باطلة بطلاناً أثر في الحكم، وكان المقرر وفقاً لنص المادة ٣٩ الفقرة الثالثة من القانون الذي تم ذكره ان المشرع اوجب على هيئة التحكيم ان تراعي عند الفصل في موضوع النزاع شروط العقد محل النزاع والأعراف الجارية في نوع المعاملة، فل هذه الأسباب حكمت المحكمة بقبول الدعوة شكلاً وفي الموضوع ببطلان حكم التحكيم الصادر من مركز التحكيم بالإتحاد التعاوني الإسكاني المركزي^(١) .

المطلب الثاني

البطلان بسبب الأخطاء التي يرتكبها المحكم

كما بينا سابقاً أن هيئة التحكيم تتشكل بإرادة الخصوم وأتفاقهم فلهم الحق في اختيار المحكمين المناسبين لكن يجب احترام الوظيفة القضائية المتعلقة بهذا النظام وهي فض الخلاف بحكم صحيح وملزم وواجب النفاذ في مواجهة الأطراف ، وانطلاقاً من هنا يجب أن تكون هناك ضمانات تحيط بشخصية المحكم حتى ينتج حكم الخصومة

(١) قرار محكمة استئناف القاهرة رقم (٢٧ لسنة ١٢٣ ق)، عبد الحميد الاحدب ،مجلة التحكيم العالمية، العدد الثامن ٢٠١٠، ص٤٦٢_ص٤٦٣.

بعدالة تامة ووفق المعايير التي ارادها المشرع لذلك حدد المشرع شروط محددة لقيام المحكم بواجباته وإذا تم الاخلال بهذه الشروط يتعرض الاجراء الى البطلان وحتى الحكم التحكيمي إذا استمر المحكم بمهتمه وهو مغل بأحد هذه الشروط فسيتعرض الحكم للبطلان وقد ذكرت القوانين شروط المحكم فقانون المرافعات المدنية العراقي فقد أشارت المادة (٢٥٥) الى "لا يجوز أن يكون المحكم من رجال القضاء الا بأذن مجلس القضاء ولا يجوز ان يكون قاصراً او محجوراً او محروماً من حقوقه المدنية او مفلساً لم يرد اليه اعتباره "

كذلك من الشروط ان يقبل بمهتمه كتابة وهو ما اشارت اليه المادة (٢٥٩) التي دُكرت سابقاً، كذلك المادة (١٦) من قانون التحكيم المصري .

ولذلك سنوضح تلك الشروط الاساسية الواجب توافرها في المحكم وبعدها نبين الشروط التي قد يحددها الخصوم وكالاتي :-

١- الأهلية : حيث لا تكفي الاهلية المدنية والتي تكون خاضعة للقانون الشخصي عند اختيار الشخص ليكون محكم انما يجب توافر شروط اخرى وهي شروط قبوله لممارسة العمل القضائي مثل الجنسية وان لا يكون محروم من الحقوق المدنية بسبب ارتكابه جناية أو جنحة او يكون مفلساً فتلك الشروط تتعلق بالاختصاص التحكيمي لذلك هي تخضع للقانون الذي يحكم الاجراءات ولها اثر مهم في صحة وبطلان التحكيم وأكدت ذلك المادة (٢٥٥) من قانون المرافعات العراقي التي تم ذكرها قبل ذلك، بمعنى آخر أنه اذا تم تشكيل هيئة التحكيم وعُين المحكم وكان فيه واحدة من الصفات التي تم ذكرها فهنا يبطل حكم التحكيم نستنتج ذلك من النص المذكور سلفاً حيث أن عبارة لا يجوز تعتبر من القواعد الآمرة التي لا يجوز الاتفاق على خلافها

وبالتالي يصبح الجهل بتلك الشروط الواجب توافرها في المحكم عيب اجرائي يصيب الخصومة التحكيمية^(١).

٢- المحكم شخص طبيعي : حيث يجب أن يكون المحكم شخص طبيعي مهما اختلفت جنسيته وطني كان أو أجنبياً وسبب ذلك هو إضافة الطابع الشخصي على التحكيم واحترام الثقة المتبادلة بين الأطراف، والقانون العراقي لم يتطرق في نصوصه الى صفة المحكمة الطبيعية السؤال الذي يطرح هنا انه هل يمكن الاعتماد على الشخص المعنوي للقيام بمهمة المحكم / هناك رأيين بالنسبة لهذا الامر الاول منهم ذهب الى انه يجوز ان يكون الشخص المعنوي محكم من خلال ممثليه اما الثاني يرون عدم جواز ذلك ويحق له اصدار حكم التحكيم فقط بمعنى اخر انه وفقا لهذا الراي اذا تم اختيار شخص معنوي للقيام بمهمة المحكم يكون الاتفاق باطل^(٢) .

أما المشرع الفرنسي فلقد جاء في المادة (١٤٥١) في فقرتها الاولى بنصها على أن " لا تمارس مهمة التحكيم إلا من قبل شخص طبيعي يتمتع بكامل أهليته. إذا عين العقد التحكيمي شخص معنوي لمهمة التحكيم، فلا يجوز له إلا تنظيم التحكيم"^(٣).

٣- الكفاءة والخبرة : كي يكون المحكم ناجحاً يجب أن يكون لديه ألاماً واسعاً بالتفاصيل التي تخص النزاع ، ويمتلك مؤهلات عملية وعلمية في التحكيم، وبالرغم من أهمية الكفاءة والخبرة في المحكم الذي يقوم بالمهمة التحكيمية الا انها تعد شرط

(١) منير عبد المجيد ، التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي في ضوء الفقه والقضاء ،مصدر سابق ،ص ١٣٤_١٣٥ .

(٢) عصام عبد الفتاح مطر، التحكيم الالكتروني ،مصدر سابق ،ص ١٤٤_١٤٥ . وقد نصت الكثير من التشريعات العربية على ذلك ومنها قانون التحكيم التونسي حيث نص في الفصل العاشر منه على أنه " يجب أن يكون المحكم شخصاً طبيعياً رشيداً.." ونستخلص من عبارة (يجب) أنها من النظام العام لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها حيث اذا لوحظ أثناء سير إجراءات التحكيم التونسي ان المحكم شخص معنوي أو لم يكن رشيداً يصبح عيب وبالتالي بطلان الاجراءات محمد شهاب ،قوانين التحكيم في الدول العربية ، مصدر سابق ، ص ١٤٥

(٣) المادة (١٤٥١) من قانون التحكيم الفرنسي رقم (٤٨) لسنة (٢٠١١).

حيث يجوز أن لا يتفق الاطراف على هذا الشرط أو يتفقوا عليه فبأغفال هذا الشرط لا يصبح عيب لأنه ليس من النظام العام^(١).

٤- يجب أن لا يكون المحكم قاضياً : لا يجوز أن يكون المحكم قاضي وما يؤيد ذلك نص المادة (٢٥٥) من قانون المرافعات العراقي التي بينها سابقاً والتي بينت أنه لا يجوز أن يكون المحكم قاضي الا بعد الحصول على اذن من مجلس القضاء، والهدف من ذلك حرصاً على القاضي من الشبهات وحفاظاً على كرامتهم كذلك أنشغالهم بالقضايا العادية في المحاكم مما يدفعهم الى هدر الوقت اذا أصبحوا محكمين^(٢).

كل المواد التي ذكرناها كانت تحوي على كلمة (لا يجوز) أو (يجب) وهذا ما يدل على أنها من النظام العام وبالتالي لا يمكن النص على ما يخالفها وكل أمر يأتي بخلافها يكون باطلاً.

وعليه فإذا كان المحكم قاض لا يتم البدء بإجراءات الخصومة اصلاً حتى لا يصبح عيب فيما بعد، لكن هناك قرار لمحكمة الاستئناف بينت فيه أن بسبب المحكم أصبح حكم التحكيم باطل وذلك كونه أثناء السير في الخصومة تبين أنه قاضي و أحد نواب رئيس مجلس النواب فقررت بطلان تشكيل الهيئة وبطلان الحكم^(٣).

٤- الحيادة والاستقلالية : يعد المحكم المحور الاساس في المهمة التحكيمية وعلى الرغم من أن تشريعات الدول قد وضعت شروط في المحكم ألا انها اجمعت وبشكل

(١) زبيار الشاذلي، بوهنتالة ياسين ، الضمانات القانونية للهيئة التحكيمية (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة طبنة للدراسات العلمية الاكاديمية، العدد الاول، المجلد الرابع، ٢٠٢١، ص ٣٨٣.

(٢) طلال محمد كاظم الزهيري، دور القضاء في منازعات التحكيم في القانونين اللبناني والعراقي، الطبعة الاولى، دار الدكتور للعلوم ، بغداد، ٢٠٢١، ص ١٣٧.

(٣) قرار محكمة استئناف القاهرة رقم ١٢ لسنة ١٢٥ ق _ عبد الحميد الاحدب ، مجلة التحكيم العالمية، العدد الحادي عشر ، ٢٠١١، ص ٤٢٥_٤٢٦.

أساسي بضرورة توافر صفة الحيادة والاستقلال في المحكم فلا بد من تجرد المحكم من أي علاقة بينه وبين أحد الخصوم ، فالحيادة قوامها " مجموعة من العناصر النفسية التي تستقر في ضمير المحكم لتكون فكرته عما هو حق أو عدل دون ميل أو هوى " ، أما الاستقلالية فيقصد بها أن " لا توجد للمحكم صلة أو مصلحة بموضوع الخلاف أو ارتباط بأحد الخصوم أو من ينوب عنهم " ، ولابد من الإشارة الى ان الحيادة والاستقلالية هما صفتان متلاصقتان من حيث الغاية لكنهما يختلفان من حيث المضمون فالحياد هو حالة ذهنية يقررها المحكم في داخله فأما أن يكون محايداً أو لا يكون أما الاستقلالية فهي حالة مادية وهي عدم وجود صلة بين المحكم أو احد اطراف النزاع^(١) .

٥- لا يجوز أن يكون المحكم محكوم عليه في جناية أو جُنْحَة مُخْلَة بالشرف أو لسبب شَهْرَ أفلاسه وذلك لأن الحكم عليه بتلك الجرائم قد يفقد ثقة الأطراف به ، النص المذكور لا يشمل الشخص المتهم فقط أو كانت الجريمة غير مخلة بل يشمل فقط من أُثْبِتَت التُّهْمَة عليه ، كذلك الشخص المحروم من حقوقه المدنية فقط وليس السياسية وعليه يصبح الاجراء باطل اذا مارس المحكم مهمة التحكيم وهو في ضوء حالة من الحالات التي ذُكِرَتْ .

وعلى صعيد القضاء فهناك قرار لمحكمة التمييز العراقية تبين فيه وجوب بطلان قرار التحكيم وذلك لان المحكم الذي قام بالمهمة لم يتبع الاجراءات التي نص عليها قانون المرافعات حيث بين أثناء القرار انه لم يكتب قراره بالصيغة القانونية المطلوبة وكان القرار كالاتي : " يتوجب إبطال قرار التحكيم المخالف للقواعد القانونية واجراءات التحكيم التي أوجبتها المادة (٢٦٥) من قانون المرافعات المدنية..... ولأن القرار الذي

(١) انوار محمد هادي ، التزام المحكم بالحياد والاستقلال والعواقب المترتبة على الإخلال بها (دراسة مقارنة) ، بحث منشور في مجلة ميسان للدراسات القانونية المقارنة ، جامعة ميسان ، العراق ، ص ٥٦-٥٧ .

اصدره المحكم كان باطلاً لما ورد اعلاه فلا يمكن تكليفه بإكمال النواقص فيه وبالتالي يكون النزاع غير قابل للفصل فيه^(١).

هناك من الشروط التي لا تبطل الاجراءات مثلاً اذا لم يقبل المحكم مهمته كتابةً لأن الكتابة هنا هي كشرط اثبات حتى يؤكد حيده واستقلاله وليس شرط لصحة الحكم التحكيمي و إجراءاته، كذلك إذا لم يحصل المحكم على اذن من جهة عمله فهذا لا يبطل الاجراء^(٢).

الخاتمة

وفي الخاتمة نذكر ابرز ما جاء في البحث من نتائج وتوصيات وكالاتي:

اولا- النتائج :

١- لم يذكر قانون المرافعات المدنية العراقي الاجراءات التحكيمي بشكل تفصيلي وقد اشار اليها باجزاء متفرقة .

٢- لم تنظم نصوص القانون العراقي كيفية بطلان الاجراءات التحكيمية بشكل مفصل.

٣- أشارت المادة (٢٥٢) من قانون المرافعات المدنية العراقي الى الكتابة في اتفاق التحكيم وجعلته شرط لصحة الاتفاق حيث لا يمكن الاتفاق عليه اذا لم يكن مكتوباً، بينما نجد أن قانون المرافعات لم يبين مدى اهمية الكتابة بالنسبة للإجراءات التحكيمية أي مرحلة ما بعد الاجراءات حيث تبطل الاجراءات ويبطل الحكم على أثرها في حالة اغفال الاجراءات المكتوبة الجوهرية .

^(١) اقرار الهيئة الموسعة، محكمة التمييز الاتحادية، رقم ٣٧١/الهيئة الموسعة المدنية / ٢٠٢١.

^(٢) أحمد ابو الوفا ، التحكيم الاختياري والاجباري ، مصدر سابق ، ص ١٧٣.

٤_ تعد الحقوق الاجرائية من ركائز التحكيم فالتحكيم فلا يمكن انهاء الإجراءات التحكيمية من دون أن يقدم الخصوم دفاعهم ، أو تُقام المواجهة بينهم ، أو تفضيل أحد الخصوم على الآخر وأغفال مبدأ المساواة ويترتب البطلان في حال أغفالهم .

٥_ لم يذكر قانون المرافعات المدنية العراقي المكان كأحد اجراءات التحكيم ولكنه أشار الى وجوب ذكر المكان الذي يصدر فيه الحكم التحكيمي.

ثانيا_ التوصيات :

١_ نأمل من المشرع العراقي تنظيم الاجراءات التحكيمية وذلك أما بسن مشروع قانون التحكيم العراقي أو تعديل فصل التحكيم في قانون المرافعات المدنية حتى يتسنى للخصوم والمحكم معرفة ماهية الاجراءات بشكل دقيق وبالتالي تجنب الوقوع بأخطاء.

٢_ نقترح بتعديل المادة (٢٥٢) من قانون المرافعات التي بينت وجوب الكتابة بالاتفاق التحكيمية فقط ولم تبين الاهمية الكبيرة للإجراءات المكتوبة ومدى تأثيرها على التحكيم في حال اغفالها .

٣_ تعديل المادة (٢٦٦) من قانون المرافعات المدنية العراقي وذلك لكونها ذكرت فقط حق الدفاع ولم تبين الحقوق الاخرى التي تبطل الحكم في حال اغفالها وهي كل من حق المساواة وحق المواجهة .

والله ولي التوفيق

المصادر:

اولاً_ المعاجم العربية :

• القاموس المحيط، الجزء الثالث.

ثانياً_ الكتب القانونية :

١. أحمد ابو الوفا ، التحكيم الاختياري والاجباري ، الطبعة الثانية ،دار المطبوعات الجامعية ،الاسكندرية ، ٢٠٠٧.
٢. أحمد فتحي سرور، نظرية البطلان في قانون الاجراءات الجنائية ،الطبعة الاولى ، مكتبة النهضة المصرية ، مصر ، ١٩٥٩.
٣. طلال محمد كاظم الزهيرى ،دور القضاء في منازعات التحكيم في القانونين اللبناني والعراقي ،الطبعة الاولى ،دار الدكتور للعلوم ، بغداد ، ٢٠٢١، ص ١٣٧ .
٤. عبد الحكيم فوده، البطلان في القانون المدني والقانون الخاص، الطبعة الثانية، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ١٩٩٣.
٥. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني "مصادر الالتزام"، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، ١٩٥٢.
٦. عصام عبد الفتاح مطر، التحكيم الالكتروني ،دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية ،مصر، ٢٠٠.
٧. الغوثي بن ملح، القانون القضائي الجزائري، بدون طبعة ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ، ١٩٩٥.
٨. فتحي والي واحمد ماهر زغلول ،نظرية البطلان في قانون المرافعات ،منشأة المعارف ،الاسكندرية ، ١٩٩٧.

٩. كامل السعيد ، شرح قانون اصول المحاكمات الجزائية ، الطبعة الاولى ، دار الثقافة والنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠٥.
١٠. لؤي جميل حدادين، نظرية البطلان في قانون اصول المحاكمات الجزائية دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار وائل، عمان، ٢٠٠٠.
١١. محمد أحمد سويلم، مفهوم بطلان الحكم القضائي والتمييز بينه وبين الجزاءات الاجرائية الاخرى، الطبعة الأولى، الجزء الأول، دار العدل، السعودية، ٢٠١٤.
١٢. منير عبد المجيد ، التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي في ضوء الفقه والقضاء ، الاسكندرية، مصر، ١٩٩٧

ثالثاً_ الرسائل والاطاريح

- حميدي ليديا، نظرية البطلان في قانون الاجراءات الجزائية الجزائري ، (رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق)، جامعة بجاية، الجزائر، ٢٠١٦.

رابعاً_ البحوث المنشورة

١. ابراهيم خليل الموسوي ، الضمانات الإجرائية لخصومة التحكيم الالكتروني ، بحث منشور في مجلة ميسان للدراسات القانونية المقارنة ، العدد السابع ، المجلد الاول ، كلية القانون ، ميسان ، العراق ، ص ٩٦
٢. انوار محمد هادي ، التزام المحكم بالحياد والاستقلال والعواقب المترتبة على الإخلال بها (دراسة مقارنة) ، بحث منشور في مجلة ميسان للدراسات القانونية المقارنة ، جامعة ميسان ، العراق ، ص ٥٦-٥٧ .
٣. زيبار الشاذلي، بوهنتالة ياسين ، الضمانات القانونية للهيئة التحكيمية (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة طبنة للدراسات العلمية الاكاديمية ، العدد الاول ، المجلد الرابع ، ٢٠٢١.

٤. علي محسن طويب ، دور التحكيم في مجال العقود الادارية في العراق ، بحث منشور في مجلة ميسان للدراسات القانونية المقارنة ، جامعة الامام جعفر الصادق (ع) ، ميسان ، العراق ، ص ٢٠١.

خامساً_المجلات والدوريات

١. عبد الحميد الاحدب ، مجلة التحكيم العالمية ،العدد الحادي عشر ، ٢٠١١.
٢. عبد الحميد الاحدب ،مجلة التحكيم العالمية، العدد الثامن ، ٢٠١٠.
٣. عبد الحميد الاحدب ، مجلة التحكيم العالمية ، العدد الواحد والعشرون ، ٢٠١٤.

سادساً_القوانين والقرارات القضائية والاتفاقيات والقواعد

١_ القوانين

- قانون التحكيم البلجيكي لسنة ١٩٩٨
- قانون التحكيم الفرنسي رقم ٤٨ لسنة ٢٠١١
- قانون التحكيم الفيدرالي الامريكي لسنة ١٩٢٥
- قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤
- قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩
- قانون المرافعات المدنية المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨
- مشروع قانون التحكيم العراقي لسنة ٢٠١١

٢_القرارات القضائية

- قرار الهيئة الموسعة ،محكمة التمييز الاتحادية ،رقم ٣٧١/الهيئة الموسعة المدنية /٢٠٢١.
- قرار المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الاخرى في واشنطن (الاكسيد)

- قرار محكمة استئناف القاهرة رقم (١٢٧ لسنة ٢٣ ق)
- قرار محكمة استئناف القاهرة رقم ١٢ لسنة ١٢٥ ق.

٣_القواعد والاتفاقيات

- اتفاقية واشنطن (الأكسيد).
- اتفاقية نيويورك لسنة (١٩٥٨).
- قواعد الاونسيترال للتحكيم التجاري الدولي لسنة (٢٠٢١) .

Sources

Firstly, Arabic dictionaries:

- Ocean Dictionary, Part Three.

Second: Legal books:

1. Abd al-Razzaq al-Sanhouri, the mediator in explaining the civil law, "Sources of Obligation," Dar Revival of Arab Heritage, Beirut, 1952.
2. Abdel Hakim Fouada, Invalidation in Civil Law and Private Law, second edition, University Press House, Alexandria, 1993.
3. Ahmed Abu Al-Wafa, Voluntary and Compulsory Arbitration, second edition, University Press House, Alexandria, 2007
4. Ahmed Fathi Sorour, The Theory of Invalidation in the Code of Criminal Procedure, first edition, Egyptian Nahda Library, Egypt, 1959.
5. Al-Ghouthi Ben Melha, Algerian Judicial Law, without edition, Office of University Publications, Algeria, 1995.
6. Awad Al-Zoubi, Al-Wajeez fi Jordanian Civil Procedure Code, second edition, Publishing and Distribution House, Amman, 2006.
7. Essam Abdel Fattah Matar, Electronic Arbitration, New University House, Alexandria, Egypt, 2009.
8. Fathi Wali and Ahmed Maher Zaghoul, The Theory of Invalidation in the Law of Procedures, Mansha'at Al-Ma'arif, Alexandria, 1997.

9. Kamel Al-Saeed, Explanation of the Code of Criminal Procedure, first edition, House of Culture, Publishing and Distribution, Amman, 2005.
10. Louay Jamil Haddadin, The Theory of Invalidation in the Code of Criminal Procedure, a Comparative Study, first edition, Dar Wael, Amman, 2000.
11. Mounir Abdel Majeed, The Legal Regulation of International and Domestic Arbitration in the Light of Jurisprudence and Jurisprudence, Alexandria, Egypt, 1997. Ibrahim Radwan Al-Jaghbir, Invalidation of the Arbitrator's Award, First Edition, House of Culture for Design and Production, 2009.
12. Muhammad Ahmed Sweilem, The Concept of Invalidity of a Judicial Judgment and the Distinction between it and Other Procedural Sanctions, First Edition, Part One, House of Justice, Saudi Arabia, 2014.

Third: Theses and dissertations

- Hamidi Lydia, The Theory of Invalidation in the Algerian Code of Criminal Procedure, (Master's thesis submitted to the Faculty of Law), University of Bejaia, Algeria, 2016.

Fourth: Published research

1. Ali Mohsen Tawaib, A trend in the field of administrative contracts in Iraq, research published in Maysan Magazine for Unofficial Documents, Imam Jaafar al-Sadiq University (peace be upon him), Maysan, Iraq, p. 201
2. Anwar Muhammad Hadi, The Firm Pledge of Neutrality and Independence and the Common Consequences for Violating It (Comparison)(A comparative study) , research published in the Maysan Journal for Privacy Request, Maysan University, Iraq, pp. 56-57.
3. Ibrahim Khalil Al-Musawi, Procedural Guarantees for an Electronic Vector Adversary (A comparative study) , research

published in the Maysan Patent Journal, Issue Seven, Volume One, College of Law, Maysan, Iraq, p. 96

4. Zibar Al-Shazly, Buhantala Yassin, Legal Guarantees for the Arbitration Body (Comparative Study), research published in the Tabna Journal of Academic Scientific Studies, First Issue, Fourth Volume, 2021.

Fifth: Magazines and periodicals

1. Abdul Hamid Al-Ahdab, International Arbitration Journal, Issue Eleven, 2011.
2. Abdul Hamid Al-Ahdab, International Arbitration Journal, Issue 8, 2010.
3. Abdul Hamid Al-Ahdab, International Arbitration Journal, Issue Twenty-One, 2014.

Sixth: Foreign sources

Bordeaux(R), philosophy of civil procedure, 1 vol., 1857, p. 533

Seventh: Laws, judicial decisions, agreements and rules

1_ Laws

- Belgian Arbitration Act 1998
- Draft Iraqi Arbitration Law of 2011
- Egyptian Arbitration Law No. 27 of 1994
- Egyptian Civil Procedure Law No. 13 of 1968
- French Arbitration Law No. 48 of 2011
- Iraqi Civil Procedure Law No. 83 of 1969
- US Federal Arbitration Act of 1925

2_Judicial decisions

- Cairo Court of Appeal Decision No. (127 of 123 BC)
- Cairo Court of Appeal Decision No. 12 of 125 BC.
- Decision of the Expanded Authority, Federal Court of Cassation, No. 371/Expanded Civil Authority/2021.

- Decision of the International Center for Settlement of Investment Disputes between States and Citizens of Other States in Washington (ICSID)

3_Rules and agreements

- New York Convention of 1958.
- UNCITRAL Rules for International Commercial Arbitration for the year (2021).
- Washington Agreement (ACS).