وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة الموصل

كلية الحقوق

تعسف المحكـــــم

دراسـة تحليليـه مـقـارنـة

بحث مقدم الى مجلس الكلية الحقوق كجزء من نيل شهادة

البكالوريوس في الحقوق

من قبل الطالب

عمر وعد سعدالله

بأشراف

د . زياد محمد شحاذه الحريشي

مدرس قانون المرافعات المدنية

1442 هـ

2021م

بسم الله الرحمن الرحيم

فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا

سورة النساء : الآية (65)

الإهداء

الى من جرع الكاس فارغا ليسقيني قطرة حب

الى من كلت أنامله ليقدم لنا لحظة سعادة

الى من حصد الأشواك عن دربي ليمهد لي طريق العلم

الى القلب الكبير ((أبي العزيز))

الى من أرضعتني الحب والحنان

الى رمز الحب وبلسم الشفاء

الى القلب الناصع بالبياض ((أمي الغالية))

الى القلوب الطاهرة والرقيقة والنفوس البريئة

الى رياحين حياتي ((إخوتي))

الإن تفتح الأشرعة وترفع المرساة لتنطلق السفينة في عرض

بحر واسع مظلم هو بحر الحياة وفي هذه الظلمة لا يضيء ألا

قنديل الذكريات الأخوة البعيدة الى الذين أحببتهم واحبوني ((أصدقائي))

شكر وتقدير

لا يسعني في البداية ألا أن أتقدم بكثير شكري وتقديري الى عمادة كلية الحقوق المتمثلة بالدكتور ((وسام نعمت السعدي)) عميد كلية الحقوق المحترم وكافة أساتذة كلية الحقوق واخص الدكتور ((أجياد الدليمي)) والدكتورة ((شيماء محمود الصراف)) والدكتور ((ياسر باسم السبعاوي)) والدكتور ((فارس الجرجري)) والدكتورة سجى عمرو)) والدكتور ((صدام خزعل)) والدكتور ((علي عبيد الحديدي)) كما أتقدم بخالص شكري وعظيم امتناني الى أستاذي الفاضل ((زياد محمد الحريشي)) الى ما ابدأه من جهود مخلصة ورغبة أكيدة في انضاج هذا البحث فله جزيل الشكر وعظيم الامتنان وجزاه الله عني خير الجزاء ما جازى به عبد عن عبد

فان الطائر لا يستطيع أن يضع في حوصلة ألا بمقدار سعتها فقط فالعجز هو شعار العبد والكمال هو شعار الألوهية بفريدة والله تعالى اسأل أن يجعل هذا العمل خالصا لوجهه الكريم

فهو من وراء القصد . . . . . وهو يهدي السبيل

ت	قائمة المحتويات	
	الموضوع	الصفحة
1	المقدمة	2-1
2	المبحث الأول : ماهي تعسف المحكم	12-3
3	المطلب الأول : تعريف تعسف المحكم	6-3
4	الفرع الأول : المقصود بتعسف المحكم	4-3
5	الفرع الثاني : شروط المحكم	6-5
6	المطلب الثاني : الطبيعة القانونية لوظيفة المحكم	12-7
7	المبحث الثاني : مظاهر تعسف المحكم	18-13
8	المطلب الأول : تعسف المحكم بالالتزامات التي تفرضها طبيعة عملة التعاقدية	15-13
9	المطلب الثاني: تعسف المحكم بالالتزامات التي تفرضها طبيعة عمله القضائية	18-16
10	المبحث الثالث : الأثر المترتب على تعسف المحكم	24-19
11	المطلب الأول : بطلان حكم المحكم	20-19
12	المطلب الثاني : مسؤالية المحكم المدنية الناشئة عن تعسفه	24-21
13	الفرع الاول : مسؤولية المحكم المدنية	22-21
14	الفرع الثاني : الحصانة القضائية للمحكم من المسؤولية المدنية	24-23
15	الخاتمة	25
16	قائمة المصادر	28-26

المقدمـــــة

(الحمد لله الذي علم الأنسان ما لم يعلم والصلاة والسلام على أشرف خلق الله محمد صلى الله عليه وسلم وبعد)

أولا / مدخل تعريفي بموضوع البحث :-

يعتبر التحكيم من اقدم الوسائل التي ابتدعها الفكر القانوني لفرض المنازعات ، حيث كان اسبق في وجوده من الجولة وبالتالي اسبق في وجوده من الدولة وبالتالي اسبق في وجوده من القضاء الذي هو أحد سلطات الدولة ، لقد وجد بوجودها وبقى ملاوما لها وفي حين أن القضاء ازدهر في العصور الماضية إلا أن التحكيم استمر في لعب دوره كأداة لحل المنازعات خصوصا في ميدان المنازعات التجارية ، ومع ذلك فيلاحظ انه كلما شمخ القضاء وتألق باعتباره وسيلة رسمية موثوقا بها لحل المنازعات قل اللجوء للوسائل البديلة وضاق نطاق اللجوء الى التحكيم وكلما و هنا لقضاء وزادت عقباته برز التحكيم كبديل متاح ، والتحكيم هو اتفاق على طرح نزاع قائم أو مستقبلي محتمل على شخص او أشخاص معينين ليفصلوا فيه خارج نطاق القضاء المختص اصلا بنظر النزاع ، والتحكيم بهذا المفهوم مصدره من حيث المبدأ اتفاقي ولا يمكن أن يقوم الا بإرادة فريقين أو أكثر من الفرقاء

إن أهم ما يمز التحكيم عن قضاء الدولة العادي هو قدرة أطراف الخصومة على اختيار المحكمين الذين يعهد إليهم بمقتضى اتفاق التحكيم بسلطة الفصل في منازعاتهم بقرار ملزم . ويتم اختيار هؤلاء القضاة الخاضعين المخولين بحسم النزاع من قبل أطراف النزاع لسببين رئيسيين :

- **أولهما /** يتمثل في أن هؤلاء الأشخاص موضع ثقة الأطراف ،
- **ثانيهما /**إن هؤلاء الأشخاص خبراء في مجال النزاع . وهم من المفروض أن يكونوا اكثر كفاءة وقدرة في النواحي الفنية للنزاع من القضاء العادي للدولة .

وبما أن المحكم بشر يكون من المحتمل أن يتعسف في عمله وقد يترتب على هذا التعسف ضرر لا يمكن اصلاحه. كما لو امتنع عن الحكم بدون عذر مقبول او اصدار حكما لصالح احد الخصوم نتيجة غش أو تدليس ، أو دون أن يراعي المقتضيات الإجرائية الأساسية في العمل القضائي ، او اذا لم يراع في عمله المهل التي يفرضها عليه اتفاق التحكيم او القانون ، أو لم يتابع مهمته

التحكيمية حتى انتهائها أو أن يتسبب في بطلان حكمة لأمر يرجع الى إهماله أو خطته ، فيكون قد تسبب في ضياع وقت الخصوم وجهدهم ومالهم دون جدوى .

ثانيا / أسباب اختيار الموضوع وتساؤلاته:-

تكمن أسباب اختيار الموضوع في محاولة إيجاد السبل الكفيلة التي تعمل على تغطية الأثار المترتبة على تحقق مظهر أو اكثر من مظاهر تعسف المحكم .

أما عن تساؤلات البحث فإنها تكمن فيما يلي : -

أولا : بيان طبيعة ووظيفة المحكم واثرها في تحديد المسؤولية الناشئة عن تعسفه .

ثانيا : ما هو موقف القانون المقارن من تعسف المحكم .

ثالثا : ما هو الأثر المترتب على تعسف المحكم وما هي الحصانة التي يتمتع بها من ذلك الأثر ؟

ثالثا / منهجية البحث :-

سنقوم في أعداد هذا البحث على المنهج التحليلي للنصوص الواردة في قانون المرافعات المدنية وقوانين التحكيم بالنسبة لقوانين الدول محل المقارنة بالإضافة إلى المنهج القانوني المقارن وبيان رأي الفقه ومحاولة ترجيح ما هو جديد بالتأييد .

رابعا / خطة البحث :-

(المقدمـــــة)

المبحث الأول / ما هو تعسف المحكم

المطلب الأول :تعريف تعسف المحكم .

المطلب الثاني : الطبيعة القانونية لوظيفة المحكم .

المبحث الثاني / مظاهر تعسف المحكم

المطلب الأول : تعسف المحكم بالالتزامات التي تفرضها طبيعة عمله التعاقدية .

المطلب الثاني : تعسف المحكم بالالتزامات التي تفرضها طبيعة عمله القضائية .

المبحث الثالث / الأثر المترتب على تعسف المحكم

المطلب الأول : بطلان حكم المحكم .

المطلب الثاني : مسؤولية المحكم المدنية الناشئة عن تعسفه .

(المبحث الأول)

ماهية تعسف المحكم

اخذ التحكيم باعتباره قضاء موازيا لقضاء الدولة يلعب دورا مهما في حسم المنازعات الناشئة عن العلاقات التجارية ، الداخلية والدولية ، وذلك نظارا للمزايا التي يحققها للمتعاقدين وبخاصة ما يتعلق منها بالسرعة بحسم المنازعات ، والتخلص الفني ، والسرية التي تتفق وحاجة المعاملات التجارية التي تتضمن أسرارا يحرص الخصوم على إبقائها طي الكتمان ، فقد تعسف المحكم بالمهام المناطة اليه مما ينعكس ذلك على الأثر الإيجابي للتحكم ويفقده تلك المزايا لذا لابد لنا أن نبين تعريف تعسف المحكم ومن ثم الطبيعة القانونية لوظيفته لذلك ارتأينا عرض هذا المبحث على النحو الآتي :-

المطلب الأول : تعريف تعسف المحكم

المطلب الثاني : الطبيعة القانونية لوظيفة المحكم

المطلب الأول

تعريف تعسف المحكم

يتطلب تعريف تعسف المحكم الوقوف على المقصود من التعسف المحكم ومن ثم شروط تعين المحكم لذلك سنقسم هذا المطلب على النحو الآتي :-

الفرع الأول : المقصود بتعسف المحكم

الفرع الثاني: شروط تعين المحكم

الفرع الأول

المقصود بتعسف المحكم

التعسف في اللغة العربية من عسف والعسف يعني السير بغير هداية والأخذ على غير الطريق والعسوف الظلم وفي الحديث لا تبلغ شفاعتي إماما عسوفا اي جائزا ظلوما . [1]

---

(1) ينظر : جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب ، دار بيروت ، ١٩٥٦، ص ٢٤٥ ، نديم مرعشلي وأسامة مرعشلي ، الصحاح في اللغة والعلوم ، دار الحضارة العربية ، بيروت دون سنة نشر ، ص ١١٣ .

اما اصطلاحا فقد وردت تعريفات عدة في ذلك منها ، إن التعسف هو استعمال الشخص حقه على غير وجه مشروع وقيل ايضا انه تصرف الانسان من غير حقه تصرفا غير معتاد وكذلك قيل بانه مناقضة الشارع في تصرف ماذون في شرعا بحسب الاصل [1] ، وكذلك عرف بانه استعمال الشخص للسلطات التي يخولها الحق استعمالا يضر بالغير[2] .

من خلال ما تقدم يتبين لنا أن التعاريف وان تباينت في ألفاظها إلا أنها متفقة في معناها وهو الاستعمال غير المشروع للحق . يختلف التعسف عن المماطلة فيمن يتعسف ليس كمن يماطل إذ تشكل اعمال المماطلة مفهوما مستقلا ويخضع لجزاءات خاصة فالتعويض جزاء يترتب على المتعسف في حين الغرامة تفرض كجزاء على المماطلة [3].

ولا بد من الاشارة في هذا الصدد لكي يعد المحكم متعسفا لا بد من توافر شروط وهي [4].

اولا : أن ينحرف المحكم عن الغاية التي شرع من اجلها التحكيم ويشمل انحرافه بالإخلال بالالتزامات التي تفرضها عليه طبيعة عمله التقاعدية والقضائية .

ثانيا : رجحان الضرر على المصلحة التي تتحقق من هذا الانحراف .

ثالثا : استغلال المحكم السلطات الممنوحة له برجه غير شرعي .

---

(1) ينظر : عمر فخري عبد الرزاق الحديثي ، تجريم التعسف في استعمال الحق بوضعه سببا من اسباب الإباحة ، أطروحة دكتوراه ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، ٢٠٠٥، ص ١٥ .

(٢) ينظر : عبد الودود يحيي ، الموجز في النظرية العامة للالتزامات ، دار النهضة العربية ، القاهرة، ١٩٩٤ ، ص ٢٤٤.

(٣) ينظر : علي عبد الحميد تركي ، الحق في التقاضي بين الأستعمال المشروع والتعسف ، بحث منشور في مجلة الحقوق، العدد الأول ، ٢٠١١، ص ٦١٦ .

(٤) ينظر : علي عبيد عويد الحديدي ، التعسف في استعمال الحق الأجرائي في الدعوى المدنية (دراسة مقارنة) ، رسالة ماجستير ، كلية القانون في جامعة الموصل، ٢٠٠٧، من ٧٤.

الفرع الثاني

شـــــروط المحـــــكم

استلزم للقانون لصحة اتفاق التحكم توافر شروط فيمن يعهد إليه بالفصل في النزاع سواء تم التعيين اتفاقا ام قضائيا و هذه الشروط هي :-

اولا : توافر الأهلية

تشترط التشريعات الوضعية فيمن يعين محكما الأهلية الكاملة ، ويقصد بها أهلية التصرف وفقا للقانون الشخصي للطرف المقصود [1] ، وبناء عليها يجب أن يكون المحكمون (هيئة التحكيم)، متمتعين بالأهلية اللازمة لذلك دون اصابة هذه الأهلية بأي عارض يؤدي إلى نقصانها او انعدامها ، فلا يجوز تحكيم الحجور عليه لسفة أو غفلة و ايضا المجنون والسكران من في حكمهم ، وبذلك يقع باطلا على اتفاق تحكيم يتولى الفصل فيه محكمة او هيئة تحكيم ناقص او عديم الأهلة ويبطل الحكم أيضا [2] .

ثانيا : الإسلام شرط للتحكيم

سكتت النصوص القانونية للتشريعات الوضعية في الاشارة الى هذا الشرط ولا بالإثبات ، ولكن يفهم من بعض النصوص ومن كتابات فقهاء القانون أن إسلام المحكمين ليس شرطا في التحكيم أو في تنفيذ أحكامهم ، فالمشرع المصري لم يشترط جنس او جنسية معينة إلا اذا اتفق طرفا التحكيم او نص القانون على غير ذلك ، ولا يلزم أن يكون القانون المتفق عليه بين الأطراف بالنسبة للإجراءات هو نفس القانون المتفق عليه بالنسبة للموضوع ، فيجوز للأطراف الاتفاق مثلا على تطبيق القواعد الإجرائية التي تنص عليها قانون التحكيم المصري وعلى تطبيق القواعد الموضوعية في القانون السويسري ، وباختلاف الجنس أو الجنسية قد يختلف دين المحكم. [3]

---

(1) تنظر : المادة (255) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم 83 لسنة 1969 وتعديلاته

(2) ينظر : جورج صن بون ، دور هيئة التحكيم في اجراءات التحكيم الوطني و الخاص الدولي ، بحث منشور في مجلة دراسات بين علوم الشريعة والقانون ، العدد الثاني ٢٠٠١، ص 410

(3) ينظر : د. عبد الكريم زيدان ، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية ، ط1 ، مطبعة العاني ، بغداد ، 1984، ص 293.

ثالثا : الذكورة شرط التحكيم

لم يعرض القانون عبد طرحه للنص على أن يكون المحكمين من الذكور بل جاء في النصوص القانونية ما يفهم منه ضمنا أنه ليس هناك ما يمنع من أن يتولى التحكيم امرأة حيث أن المشرع العراقي لم يشترط جنس او جنسية معينة في المحكم. (1)

رابعا : العدالة شرط للتحكيم

لم يتطلب القانون طرحه في النصوص الخاصة بالشروط التي يجب توافرها في المحتكمين العدالة كشرط من شروط التحكيم ، ولكن يفهم من هذه النصوص انه لا يجوز أن يكون المحكم مجردا من حقوقه المدنية بسبب الحكم عليه في جناية او جنحة مخلة بالشرف ، او بسبب شهر افلاسه مالم يرد اليه اعتباره وقد فسر بعض فقهاء القانون هذا النص لأنه يعني اشتراط حسن السير والسمعة في المحكم. (2)

خامسا : الاجتهاد شرط للتحكيم

لم يختلف موقف القانون كثيرا عن موقف فقهاء الشريعة الإسلامية من اختلافه حول اشتراط أهلية الاجتهاد ، فبعض التشريعات تشترط أن يكون للمحكم من ذوي الخبرة في مجال النزاع المعروض عليه ، في حين ان اغلب التشريعات ترك ذلك الأمر للخصوم عند اتفاق التحكيم ، اذا هم أحرص الأشخاص على المحكم المناسب في النزاع المعروض .(١)

---

(1) ينظر : المادة (255) مرافعات عراقية الفقرة الثانية من المادة (16) من قانون التحكيم المصري . رقم 5 لسنة 1998.

(2) ينظر : د. ابراهيم رضوان الجغيبر ، بطلان حكم المحكم ، دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان - الأردن ،2008، ص 25

(3) ينظر: د. عبد الكريم زيدان ، مصدر السابق ، ص 292

المطلب الثاني

"الطبيعة القانونية لوظيفة المتحكم "

ما يميز التحكيم عن غيرة الوسائل البديلة في حسم المنازعات ، مثل : الصلح والتوفيق هو تمتع المحكم بسلطة حسم النزاع بقرار ملزم لكلا الطرفين واذا كان المحكم يتمتع بمثل هذا الوضع القانوني الذي يملك بمقتضاه سلطة حسم النزاع بين أطراف اختاروه قاضيا ، فهل ذلك أن طبيعة وظيفة المحكم تماثل تماما طبيعة وظيفة القاضي ، او انه ذات طبيعة خاصة ؟

أن الإجابة عن هذا التساؤل يقتضي منا توضيح طبيعة وظيفة المحكم ، لأن توضيحا يظهر لنا مدى التقارب او التباعد بين عمل القاضي و عمل المحكم ، وهو يؤثر بدوره في تحديد نطاق مسؤوليته لذلك سنقوم بتقسيم هذا المطلب الى الفروع الأتية :

الفرع الأول : الطبيعة العقدية لوظيفة المحكم .

الفرع الثاني : الطبيعة القضائية لوظيفة المحكم .

الفرع الثالث : الطبيعة المختلطة لوظيفة المحكم .

الفرع الأول

الطبيعة العقدية لوظيفة المحكم

تقوم هذه النظرية على ان عمل المحكم ذو طبيعة تعاقدية . اذ ان اتفاق التحكيم وحكم المحكم يكونان كلا واحدا ، لا يمكن فصلهما منهما يكونان هرما ، قاعدته هي اتفاق التحكيم وقمته حكم التحكيم ولا يعدو أن يكون مجرد عن عنصر تبعي في العملية التحكمية ، على الرغم من انه الهدف من ورائها. (1)

وقد استند انصار النظرية العقدية لتأكيد ما ذهبوا اليه إلى الحجج التالية :

1- أن المحكم ليس من قضاة الدولة ، وانما مجرد شخص عادي ، وقد يكون اجنبية

(1) ينظر : محمود هاشم ، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية ، ج 1 ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1990 ، ص 111.

2- يفتقر المحكم الى سلطة الامر التي يتمتع بها القاضي، فلا يملك المحكمين أثناء إجراءات التحكيم توقيع الجزاءات على الخصوم أو الشهود الذين يمتنعون عن أداء الشهادة والتي يملك القضاة توقيعها . [1]

3- ضرورة إصدار أمر بتنفيذ حكم المحكمة من القضاء ، وإمكانية الطعن في حكم التحكيم بدعوى مبتدأه ببطلانه بخلاف الأحكام القضائية [2] .

وعليه فان مركز الثقل في نظام التحكيم بكل تركيباته المعقدة هو اتفاق أطراف الخصومة ، كما ان مصدر، قرارات وتكون واتفاق التحكيم كلا لا يتجزأ. [3]

وقد سحب أنصار هذه النظرية الطبيعية التعاقدية للتحكيم على وظيفة المحكم ، إذ يرون أن منبع وظيفة المحكم هو العقد المبرم بين المحكم واطراف الخصومة التحكيمية فالمادة (73) من القانون المدني العراقي عرفت العقد ((هو ارتباط الايجاب الصادر من احد العاقدين لقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه)) [4] فالعرض المقدم من المخصوم للمحكم للقيام بالمهنة التحكيمية يعد ايجابا من المخصوم ، واذا صادف هذا الايجاب قبولا من المحكم لمهمته انعقد العقد ، فتجد أن هناك ارتباطا تعاقديا بين المحكم والخصوم ، إلا أن هذا العقد يتميز بان موضوعه ينصب على خدمة يقدمها المحكم الى الخصوم قوامها الفصل بالنزاع المطروح عليه.

---

(1) ينظر : د. أحمد أبو الوفا ، التحكيم الاختياري والاجباري ، منشاة المعارف ، الإسكندرية ، 1987 اصل 203 و ص211 .

(2) ينظر : د. وجدي راغب ، هل التحكيم نوع من القضاء ، بحث منشور في مجلة الحقوق ، العدد الأول ، الكويت 1993 ،ص 144.

(3) ينظر د. نبيل إسماعيل عمر ، الدفع بعدم القبول ونطاقه القانوني ، منشاة المعارف ، الإسكندرية ، ط1 ، 1981،ص219 ، د. أمينة النمر ، قوانين المرافعات ، ج 3 ، منشاة المعارف، الإسكندرية ، 1982 ، ص 102

(4) ينظر : القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 وتعديلاته ، يقابلها المادة (870) من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976.

الفرع الثاني

" الطبيعة القضائية لوظيفة المحكم "

يعتمد أنصار هذه النظرية في إثبات قضائية التحكيم على أن المحكم يؤدي وظيفة القضاء بين الأطراف بحكم حاسم للنزاع وفق أحكام القانون المتفق على تطبيقه ، يحوز حجية الأمر المتقاضى به ، وهذا هو جوهر العمل القضائي ، وان استندت مهمة المحكم في وجودها الى اتفاق التحكيم . فالمحكم يؤدي الوظيفة نفسها التي يؤديها قاضي الدولة ، [1] فهو يثبت ويتحقق ، ثم يزن الأدلة ، ويصدر حكما له يشبه الحكم القضائي من أثار. تعجز من ثم فكرة العقد عن تفسير سلطان المحكم في فرض هذا الحكم على الخصوم [2]. بالإضافة ذلك فان عقد التحكيم لا يمكنه أن ينتج أحكاما قضائية ، ولكن المشروع هو الذي اقر قضاء التحكيم كما انشأ المحاكم العادية لإقامة العدل بين الناس . وعلى الرغم من أن وظيفة المحكم مؤقتة ، نجدها لا تختلف عن وظيفة قاضي الدولة من حيث تطبيق القانون والفصل في موضوع النزاع .

وبذلك يكون للمحكم ولاية مثل تلك التي للقاضي بالنسبة للنزاع المطروح عليه . فإذا نظرنا الى التحكيم من زاوية أنه قضاء ملزم للخصوم ، طالما اتفقوا عليه ، وانه يحل محل قضاء الدولة ، وينفذ حكمه تنفيذا جبريا بعد صدور الأمر بتنفيذه ، وان المحكم لا يعمل بإرادة الخصوم وحدها ، نجد أن الصفة القضائية هي التي تغلب على التحكيم ، وان حكم المحكم هو عمل قضائي شأنه شأن العمل القضائي الصادر من السلطة القضائية في الدولة [3].

ولقد حصر بعض الفقه حجج أنصار النظرية القضائية في التحكيم فيما يلي [4]

---

(1) ينظر : د. محمد عبد الخالق عمر ، النظام القضائي المدني ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط1 ، 1976ص108

(2) ينظر : د. هدى عبد الرحمن ، دور المحكم في خصومه التحكيم وحدود سلطته ، دار النهضة العربية ، القاهرة 1997 ، ص ، 40 .

(3) ينظر د. أحمد أبو الوفا ، المصدر السابق ، ص ١٩

(4) ينظر : د. محمود هاشم : المصدر السابق ، ص ٢٢٣ وما بعدها .

1- إن المحكم يباشر الوظيفة نفسها التي يقوم بها القاضي وهي الفصل في النزاعات

2- حكم المحكم يحوز حجية الأمر المقضي به ويستنفذ ولاية من قام بإصداره.

3- الأصل أن يلتزم المحكم بتطبيق القانون ما لم يكن مخولا بالصلح .

4- تطبق قوانين التحكيم على المحكم بعض القواعد المطبقة على القضاة مثل الأحكام الخاصة بالرد، ويتمتع المحكم بالحياد والاستقلال في مواجهة الخصوم .

5- يصدر المحكم حكمه بالإجراءات التي تحددها قوانين التحكيم .

الفـرع الثـــالث

" الطبيعة المختلطة لوظيفة المحكم"

طبقا لهذه النظرية ، يتمتع التحكيم بطبيعة مزدوجة فهو يبدأ تعاقدية باتفاق الخصوم على اللجوء للتحكيم واختيار المحكم وتحديد سلطته ، وكذلك اختيارهم القانون والواجب التطبيق على الإجراءات وعلى موضوع النزاع ، ثم يمر بمرحلة اجراءات وينتهي بقضاء في الضوء الصادر الحاسم للنزاع و عندما يصدر الأمر بتنفيذه من القضاء الدولة [1] .

وهكذا تقف هذه النظرية تقف موقفا وسيطا أو توفيقيا. وترى أنه لا ينبغي إخفاء تكييف واحد على عملية التحكم . فالتحكيم في الحقيقة نظام مركب يبدأ تعاقديا ، وفي مرحلة لاحقة يصبح قضائيا بفضل تدخل قضاء الدولة عندما يلجأ إليه الأطراف لإعطاء قرار التحكيم القوة التنفيذية وبدء امن صدور الأمر بالتنفيذ من قاضي الدولة يصبح قرار التحكيم حكما قضائيا [2]

بعد عرض ما تقدم نرى أن أهم ما يعيب النظرية العقدية مبالغتها في التركيز على نطاق سلطان أدارة الخصوم في عملية التحكيم على العلم من أن هذه الإرادة لا تكفي في ذاتها لبناء نظام التحكيم فالمحكم ان كان يستمد سلطته من اتفاق الخصوم على التحكيم .

---

(1) ينظر : د أمال الفزايرى دور قضاء الدولة في تحقيق فاعلية التحكيم ، منشأة المعارف، الإسكندرية ، 1993، ص80.

(2) ينظر د. أحمد خليل ، قواعد التحكيم ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت - لبنان ،2003 ، ص55 .

يمارس هذه السلطة ، والتي ينظمها القانون للمحكم ، استقلالا عن إرادة الخصوم والتي تتلاشى بدورها بمجرد انعقاد التحكيم وبدء سير الدعوى التحكيمية. كما يؤخذ على هذه النظرية عجزها على تسويق تمنع الحاكم التحكيمي بالحجية وإمكانية استئنافه في التشريعات التي تجيز ذلك أن دور الإرادة ينحصر في تحريك نظام التحكيم ، وهو لا تختلف عن دورها في تحريك قضاء الدولة الذي لا يحكم الأبناء على طلب الخصوم وفي حدود طلباتهم . [1]

أما بالنسبة للنظرية المختلطة فإنها ربطت بين حجية حكم المقتضي به. كما ذهبت النظرية المختلطة الى تجريد الحكم من تلك الصفة الا بعد صدور الأمر بتنفيذه ، وهذا ما يتنافى مع قصد المشرع من اقرار نظام التحكيم.[2]

أما في ما يتعلق بالطبيعة القضائية لوظيفة المحكم نجد أن وظيفة المحكم لا تتماثل مع وظيفة قاضي الدولة من عدة وجوه [3]:-

1- لايعد المحكم قاضيا من قضاة الدولة ، ولا موظفا عاما وانما شخص يختاره الخصوم بانفسهم للقيام بوظيفة قضائية .
2- لا يجوز للقاضي الجمع بين وظيفة القضاء ومهنة أخرى بعكس المحكم الذي يجوز له القيام بأعمال أخرى بجانب التحكيم .
3- يشترط في القاضي التمتع بالجنسية الوطنية وذلك بعكس المحكم الذي يمكن أن يكون أجنبيا .
4- لايلتزم المحكم بحلف اليمين القانونية المقررة في قانون السلطة القضائية والتي يتعين على القاضي حلفها قبل مباشرة مهمته .
5- يجوز عزل المحكم باتفاق الخصوم ، يمكن القاضي الذي يملك الخصوم عزله بالاتفاق .
6- يخضع القاضي لقواعد خاصة لا يخضع لها المحكم مثل القواعد الخاصة بالترقية والتأديب والعزل و الحصانة فيما يتعلق ببعض الإجراءات الجزائية .

---

(1) ينظر : د. محمود محمد هاشم ، المصدر السابق ، ص218

(2) ينظر : د. هدى عبد الرحمن ، المصدر السابق : ص36.

(3) ينظر : د. فوزي محمد سامي ، التحكيم التجاري الدولي ، دون دار نشر ، دون مكان نشر ، 1994 ، ص152

بناء على ما سبق ، نؤيد مع ما ذهب إليه راي في الفقه [1] إلى ترجيح الطبيعة القضائية لوظيفة المحكم واعتباره بمنزلة قاضي خاص يستمد سلطته من اتفاق الأطراف ومن القانون ، ولفظة (قاضي) تعني غلبة وسيطرة العناصر القضائية على قضاء التحكيم هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى تعني أن للحكم الصادر من المحكم معظم خصائص الأحكام القضائية ، ولفظة (خاص) تعني أن المحكم لا يعد موظفا عاما ولا يباشر ولينة القضاء العام ، بل يستمد سلطته القضائية من اتفاق الأطراف وإرادة المشرع التي تعترف به وهو خاص لانه لا يملك سلطات القسر والجبر التي يمتلكها قاضي الدولة عند فصله بالنزاع

(1) ينظر : د. هدى عبد الرحمن ، المصدر السابق ، ص155 .

المبحث الثاني

مظاهر تعسف المحكم

تتحقق مظاهر تعسف المحكم كلما انحرف عن أداء المهام التي كلف بها في حسم النزاع المعروض عليه من خلال إخلاله بالالتزامات التي تفرضها طبيعة عمله التعاقدية والقضائية، ومن اجل الوقوف على تلك المظاهر سنقوم بتقسيم هذه المبحث على النحو الآتي :-

المطلب الأول : تعسف المحكم بالالتزامات التي تفرضها طبيعة عمله التعاقدية .

المطلب الثاني : تعسف المحكم بالالتزامات التي تفرضها طبيعة عمله القضائية .

المطلب الأول

تعسف المحكم بالالتزامات التي تفرضها طبيعة عمله التعاقدية

تتعدد وتتنوع مظاهر تعسف المحكم بحكم وضيفته التعاقدية ألا أن أهم تلك المظاهر وأكثرها شيوعا في الواقع العملي هي :-

اولا : انسحاب المحكم من العملية التحكيمية قبل انتهائها :-

حين يقبل المحدد مهمته فانه ملزم بالسير في العملية التحكيمية بطريق عادل وإجراء الحكم التحكيمي . وينبغي عليه أن انسحابه من العملية التحكيمية . أو رفضه المساهمة الايجابية في الإجراءات التحكيم ، عند تعدد المحكمين ، دون مسوغ مشروع يوجب مسئوليته . ولا شك أن وجود قواعد من أجل استبدال المحكم في حالة انسحابه او عزله في حالة رفضه المساهمة في اجراءات التحكيم لكن هذا العلاج كثيرا ما يؤدي ثماره عند انسحاب المحكم أو رفضه المساهمة في الإجراءات التحكيمية في بداية عملية التحكيم في بداية عملية التحكيم . ولكنه يفقد فاعليته إذا حصل بعد قطع شوط كبير في إجراءات التحكيم . فالمحكم الجديد الذي يحل محل المحكم المنسحب ملتزم بإعادة إجراءات التحكيم من أولها ، كما أن هذه المحكم سيحتاج معطياته ، ومن ثم يدل انسحاب المحكم قبل انتهاء عملية التحكيم أو رفضه الاستمرار في إجراءات التحكيم دون أسباب معقولة [1] .

---

(1) ينظر : د. عبد الحميد الأحدب موسوعة التحكيم ، دار المعارف ، دون مكان نشر ، 1998 ،ص 132.

ثـانيـا. عدم كشف المحكم عن الظروف و الواقع التي من شأنها إثارة شكوك حول حيدته واستقلاله: -

قد يتعمد المحكم إخفاء ظروف و وقائع تمس استقلاله وحياده و عدم إفصاح المحكم عن تلك الظروف و الوقائع مثل العلاقات أو المصالح التي تربط المحكم بأحد الأطراف بعد سببا ترده [2] ، إذا تم اكتشاف هذا السبب، قبل صدور الحكم . أما إذا تم اكتشاف هذا السبب بعد صدور الحكم فيكون سببا لطلب إبطاله ، ولنفرض أن المحكم تعمد إخفاء العلاقات أو المصالح التي تربطه بأحد الأطراف ومضى في إجراءات التحكيم وفصل في الدعوى وتم الطعن في الحكم على أساس تعمد المحاكم اخفاء تلك العلاقات او المصالح التي تربطه بالطرف الأخر ، وتم إبطال الحكم ، فان أبطال الحكم يترتب عليه عودة الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل الفصل في الدعوى وضياع نفقات التحكيم والمصاريف التي تحملها الأطراف هدرا .

فلو قام المحكم بالتزامه تجاه الخصوم بالكشف عن تلك الظروف والوقائع ، فكان للخصوم بعد ذلك ، حرية تقرير فيما اذا كان المحكم في نظرهم مستقلا من عدمه ، فإذا لم يعترض أحد الخصوم على الظروف التي تم الإفصاح عنها ، عين المحكم تعيينا نهائيا وان اعترض احد الخصوم أو كلاهما على تلك الظروف ، فيصار إلى تعيين محكم بدلا عنه او من ثم تنتقل العملية التحكيمية لمحكم أخر مستقل ومحايد ، ودون الحاجة لمثل هذه التبعات غير المرغوبة .

وفي هذا المجال يثار التساؤل حول الجزاء المترتب على إخلال المحكم بالتزامه عن الكشف عن هذه الظروف ؟ فالمحكم يقوم بتقديم خدمة إلى الخصوم تنطوي على فض النزاع أو الفصل في الدعوى ، والخصوم يقومون بأداء الأتعاب للمحكم ، فإذا أبطل الحكم السبب يرجع إليه فائه لا يستحق الأتعاب على أساس أنه لم يقم بتنفيذ التزامه المتمثل بإصدار الحكم وان الحكم قد أبطل السبب يرجع إليه [2].

---

(1) ينظر : الفقرة الأولى من المادة (261) من قانون المرافعات المدنية العراقي ، و المادة (17) من قانون التحكيم الأردني رقم 30 لسنة 1995

(٢) ينظر : د. هدى عبد الرحمن ، المصدر السابق ، ص 421 .

ثـالثـا : إخلال المحكم بالتزامه في المحافظة على أسرار الخصوم .

لا شك أن التحكيم ، الية خاصة لفض المنازعات مزايل متعددة ، منها ما يتعلق بمصلحة خاصة ، وهي مصلحة الخصوم ، مثل الفصل السريع في النزاع المطروح على المحكم ، ومراعاة الخبرة والتخصص والمحافظة على أسرارهم ، ومنها ما يتعلق بمصلحة عامة ، وهي مصلحة الدولة في تخفيف العبء الملقى على كاهل محاكمها ، بسبب تكدس القضايا أمامها [1].

ومن المعروف أن السرية في مجال التحكيم تعني عدم السماح لغير الخصوم ووكلائهم بحضور جلسات التحكيم، وحظر إفشاء ما يتم من إجراءات وما يتخذ من قرارات وكل ما يتم طرحه في الجلسات ، فلا يجوز لغير أطراف الدعوى التحكيمية ، أو الأشخاص الذين يمثلون الأطراف المعنية حضور الجلسات فحضور الجلسات التحكيم مقصور على اطراف الدعوى التحكيمية والاشخاص الذين يمثلون أمام هيئة التحكيم ولا يحق لغير هؤلاء حضور هذه الإجراءات وإلا عد ذلك خرقا لمبدأ السرية [2] ، فالأصل في ميدان التحكيم هو السرية لا العلانية كما هو الحال في إطار إجراءات التقاضي العادية ، ذلك أن العلانية التي تلازم إجراءات التقاضي العادي بوصفها ضمانة من ضمانات العدالة من شأنها الإضرار بالتجار ، إذا كانت تؤدي إلى إنشاء أسرارهم الصناعية أو التجارية والتي يحرصون على إبقائها طي الكتمان [3].

ونلخص من كل ما تقدم إلى القول بان المحافظة على سرية جميع الأمور ذات العلاقة بين المحكم والخصوم تعد في حكم الشرط الضمني في العقد المبرمبين المحكم والمخصوم ، فالمخصوم لا ينتظرون من المحكم أن يمنحهم مقدرته الفنية فقط ، بل ينتظرون منه أيضا أن يحرص على احترام سرية الوقائع والمعلومات التي تصل إلى عمله في اثناء مباشرته لأعباء مهمته ، ولا شك أن إفشاء أسر الخصوم يشكل مخالفة لالتزام تعاقدي [4]

---

(1) ينظر : د. أمل الفزايري و المصدر السابق، ص 68.

(٢) بنظر: د. هدى عبد الرحمن ، المصدر السابق ،ص161 .

(٣) ينظر : د. محمين ، شفيق ، التحكيم التجاري الدولي ، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع ، القاهرة 1997 ص28.

(5) ينظر: د. عبد الحميد الأحدب ، المصدر السابق ، ص 312.

المطلب الثاني

تعسف المحكم بالالتزامات التي تفرضها طبيعة عمله القضائية

يقع على عاتق المحكم طائفة من الالتزامات تفرضها طبيعة الوظيفة القضائية التي يؤديها وتمثل هذه الالتزامات في :-

أولا : الإخلال بالمبادئ الأساسية للتقاضي .

إن القاعدة بالنسبة لإجراءات التحكيم ، أن تطبق هيئة التحكيم القواعد الاجرائية التي نص عليها قانون المرافعات [1] إلا إذا تضمن الاتفاق على التحكيم او أي اتفاق لاحق عليه وإعفاء المحكمين منها صراحة أو وضع إجراءات معينة يسير عليها المحكمون ، فإذا كان من المزايا التي يحققها نظام التحكيم تجنب القضاء العادي وإجراءاته ، فان ذلك يجب ألا يكون على حساب الضمانات الأساسية في التقاضي ، والتي هي ضمانات للعدالة ، سواء كانت هذه العدالة وهي عدالة الدولة أو عدالة خاصة أنشأها الأطراف ، ولا بد أن يقوم نظام التحكيم على توفير الضمانات الأساسية للتقاضي كحق الدفاع ، المتمثل بان تتاح لكل خصم فرصة متكافئة لعرض دعاوه وطلباته وتقديم مستنداته والإضلاع والرد على دفاع ومستندات خصم ، ومعاملة الطرفين على قدم المساوات سواء فيما يتعلق بتوكيل المحامين أو الحضور أمامه أو الاتصالات التي يجريها معهما ، ولذلك يعد المحكم مخلا بمبدأ المساوات إذا أذن لأحد الخصوم بتوكيل محام ومنع الآخر من ممارسة هذا الحق أو إذا سمع لأحدهما بالحضور أمامه في غيبة الأخر [2]

ثانيا : إخلال المحكم بالتزامه في الفصل في الدفوع المتعلقة باختصاصه .

يتفق المحكم مع القاضي في أن كلا منهما يختص بالفصل في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصه .

وقد أصبح هذا المبدأ من المبادئ المعترف بها عالميا والأكثر شيوعا في التطبيق [3] .

---

(1) تنظر: في الفقرة الأولى من المادة (265) مرافعات عراقي .

(٢) ينظر: د. محسن شفيق ، المصدر السابق ، ص248.

(٣) ينظر : المادة (266) مرافعات عراقي ، (22) تحكيم مصري ، المادة (22) تحكيم أردني .

إذ يرى جانب من الفقه [1] ، بحق - أن منح المحكم سلطة التصرف لبحث مسألة اختصاصه بنظر النزاع هر اثر للطبيعة القضائية لمهمته ، فطالما أن المحكم قاضي فانه يملك سلطة التحقق من حدود اختصاصه ويكون مختصا ببحث كافة الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصه .

ولا يقصد بسلطة المحكم في الفصل في اختصاصه ملطته فقط في التصدي للدفوع ، التي تثار بشان اختصاصه ، وإنما تقع على عاتقه مهمة تقرير اختصاصه كمسألة أولية لازمة قبل الفصل في النزاع ، حتى لو كم ينازعه الخصوم فيها [2] ، اذ ينبغي على المحكم التحقق من وجود اتفاق التحكيم وصحته بوصفه مناطا لاختصاصه ولذا تثأر مسئولية المحكم في كل حالة يثبت فيها بطلان حكم التحكيم استنادا الى انعدام اتفاق التحكيم كحالة اتفاق الأطراف على جواز اللجوء الى القضاء في حالة عدم قبول أحدهما الحكم التحكيم او عدم صحته كحالة نقص أهلية أحد الأطراف أو البطن وتقرير من نفسه ، والحكم بعد اختصاصه ينظر النزاع توفيرا لمشقة الاستمرار في إجراءات طويلة و مكلفة سيحكم على نتيجتها بالبطلان [3] .

ثالثا : الإخلال بالالتزام بالسير في التحكيم بالعدل والإنصاف

منذ أن اهتدى الفكر البشري الى التحكيم افترض في المحكم النزاهة والعدالة , وافتقاد النزاهة والعدالة يثير مسئولية المحكم. ويعد تعارضا مع نزاهة وعدالة المحكم استغلاله لعدم خبرة أحد المتقاضين أو محامية من خلال حرمانه من الاطلاع على المستند المقدم من الخصم الأخر أو البحث في حضور احد الخصوم وغياب الخصم الآخر، ومما يتعارض مع نزاهة وعدالة المحكم أيضا، ارتكابه غشا بحق الخصوم ويقصد بالغش انحراف المحكم في عمله بسوء نية ، بقصد الإضرار باحد الخصوم أو لتحقيق مصلحة خاصة له أو لأحد الخصوم ويفترض في الغش آن يكون الخطأ الواقع في الحكم مقصودا أو ناشئا عن سوء النية ، مما يجعل سوء النية لتوافر الغش ، فإذا انتفى هذا القصد فلا تكون أمام حالة من حالات الغش [1]

---

(1) ينظر : د هدى عبد الرحمن ، المصدر السابق ، ص 64

(٢) ينظر: د. احمد ابو الوفا ، المصدر السابق ، ص 229

(٣) بنظر; د.هدي عبد الرحمن : المصدر نفسه ، ص410

رابعا :- الإخلال بالالتزام بتسبيب الحكم الصادر عن المحكم

من المسلم به آن مبدا وجوب تسبيب الأحكام قاعدة لساسية بالنسبة لصحة الأحكام القضائية في كل قوانين العالم وقد تم تكريس هذا المبدأ في المادة (195) من قانون المرافعات المدنية العراقي[1] والتي تنص ((١- يجب أن تكون الأحكام مشتملة على الأسباب التي بنيت عليها وان تستند الى احد اسباب الحكم المبينة في القانون)) أما بالنسبة للأحكام التحكيمية فقد تضاربت مواقف القوانين الوطنية بشأن تطلب تسبيب الحكم ، ففي حين اشترطت بعض القوانين

تسبيب الحكم[2] ، ورتبت على عدم التسبيب البطلان ، [3] اشترطت قوانين أخرى تسبيب الحكم ما لم يتفق الخصوم على عدم تسييبه ، أو إذا لم يكن القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم يشترط ذكر أسباب الحكم [4] .

خامسا : عدم إصدار المحكم الحكم خلال ميعاد التحكيم .

يلتزم المحكم بتنفيذ التزامه في إصدار الحاكم التحكيمي في الميعاد المحدد في الاتفاق أو ينص القانون في حالة عدم الاتفاق وقد تم التعبير عن هذا الالتزام بوضوح في معظم قوانين التحكيم الوطنية ، ولا شك أن تحديد مهلة لإصدار الحكم التحكيمي يتفق مع أهم خصائص التحكيم ، وهي السرعة في حسم النزاع ، ذلك أن الخصوم لا يملكون إزاء تراكم القضايا أمام القضاء العادي التحكيم في مصير الخصومة ، وحث المحكمة المختصة على سرعة القصل في النزاع [6]

---

(1) ينظر : د. المادة (177) من قانون المرافعات المدنية المصري رقم (13) لسنة 1968.

(2) ينظر : د الفقرة الثانية من المادة (270) مرافعات عراقي .

(3) ينظر : د. الفترة الرابعة من المادة (273) مرافعات عراقي

(4) ينظر : د. الفقرة ثانية من المادة (43) من قانون التحكيم المصري ، الفقرة (ب) من المادة (41) من قانون التحكيم الأردني .

(5) ينظر : د. الفترة الثانية من المادة (262) مرافعات عراقي والتي تنص ((2- اذا لم تشترط عدة في صدور قرار المحكمين وجب عليهم أصدارهم خلال ستة اشهر من تاريخ قبولهم للتحكيم)) ، تقابلها المادة (45) من قانون التحكيم المصري ، والمادة (37) من قانون التحكيم الأردنى .

(6) ينظر : د. خالد عبد العظيم ابو غابة ، التحكيم واثره في فض المنازعات ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2011، ص46.

المبحث الثالث

" الأثر المترتب على تعسف المحكم "

إذا ما تعسف المحكم المهمة التي أوكل الأطراف حل النزاع من قبله كان لا بد من وسائل تبعث الثقة لدى المتداعيين وتحقق الطمانينة لديهم في حال قيام المحكم بهذا التعسف من تلك الوسائل بطلان حكم المحكم و مسئوليته المدنية لذلك سنقوم بعرض تلك الوسائل باعتبارها اثر يترتب على تعسف المحكم على النحو الآتي :-

المطلب الأول : بطلان حكم المحكم .

المطلب الثاني : مسؤولية المحكم المدنية الناشئة عن تعسفه.

الفرع الاول

بطلان حكم المحكم

التحكيم كما ذكرنا سابقا يقوم أساسا على إرادة الأطراف التي انصرفت الى فض النزاع بهذا الطريق وبمقتضى ذلك على هيئة التحكيم أن تلتزم بنطاق النزاع الذي تضمنه الاتفاق القائم على الارادة فلا يجوز لها الخروج عن هذا الاطار والا الحكم معرضا للإبطال أو كان ذلك سببا من أسباب بطلان حكم المحكم [1] .

ومما تجد الاشارة اليه أن البطلان المؤسس على تجاوز اتفاق التحكيم هو بطلان نسبي لا يتعلق بالنظام العام فإذا ما رفعت دعوى بطلان تأسيسا على هذا السبب فان المحكمة لا تقضي بالبطلان من تلقاء نفسها لأن المسألة لا تتعلق بالنظام العام وإنما يجب أن يتمسك أحد الأطراف بالبطلان[2].

---

(1) ينظر: د. خالد عبد العظيم ابو غابة ، المصدر السابق ، ص 46

(1) ينظر : د. الأنصاري حسن النيداني ، الأثر النسبي لاتفاق التحكيم ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، ٢٠١١ ، ص 145 .

وفي هذا الصدد يثار تساؤل مامدى سلطة المحكمة المعروض عليها دعوى البطلان ؟ هل تستطيع أن تفصل في موضوع النزاع في حالة إبطال الحكم ؟

فيما لا شك أن دور المحكمة يقتصر على إبطال حكم التحكيم في حالة تعسف المحكم، و ايا كانت المحكمة التي تنظر دعوى البطلان سواء أكانت المحكمة الثانية التي تتبعها المحكمة المختصة اصلا بنظر النزاع إذا كانت من غير التحكيم التجاري الدولي أم محكمة الاستئناف في التحكيم التجاري الدولي عند تصديقها للفصل في الدعوى فأن سلطتها تتوقف على الفصل في المسألة المتعلقة بطبيعة دعوى البطلان و اسبابه فليس من صلاحياتها مراجعة الحكم التحكيمي من حيث الموضوع أو من حيث الخطا في التفسير نصوص العقد أو نصوص القانون لان اسباب البطلان وردت على سبيل الحصر كما أن تصدي المحكمة الموضوع يعد مصادرة لحرية الأطراف الذي قد يؤثرون العودة للتحكيم من جديد وبذلك تنهي مهمة هذه المحكمة ببطلان الحكم دون الفصل في موضوع المنازعة وبالتالي يكون لأطراف الحرية اتفاق فأما أن يلجوا إلى عرض النزاع على هيئة جديدة أو رفع دعوى أمام المحاكم المختصة فيما يحق للأطراف أن يطلبوا من المحكمة المختصة التي تنظر دعوى البطلان أن تفصل دعواهم الموضوعية بصبغة تبعية عند فصلها في دعوى البطلان حفضا للوقت والمال من أن يضيعا سدى في حالة القضاء الأخيرة ببطلان حكم التحكيم و اضطرار أطرافه إلى رفع دعوى جديدة او الاتفاق على التحكيم من جديد [1] .

---

(1) ينظر : د حفيظة السيد الحداد ، الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية ، دار الفكر العربي الجامعي ، الإسكندرية ، دون سنة النشر، ص241

المطلب الثاني

مسؤولية المحكم المدنية الناشئة عن تعسفه

سنقوم من خلال هذا المطلب بيان مسؤولية المحاكم الناشئة عن تعسفه من خلال ما يفرض عليه نتيجة تعسفة التي سببت قيام المسؤولية ثم نبين إمكانية الحصانة القضائية للمحكم من هذه المسؤولية أسرة " بالقاضي " ومن أجل الوقوف على كل ما تقدم سنقوم بعرض هذا المطلب على الأتي :-

الفرع الأول : مسؤولية المحكم المدنية

الفرع الثاني : الحصانة القضائية لمحكم من المسؤولية المدنية

الفرع الأول

مسؤولية المحكم المدنية

شرع التحكيم من اجل تحقيق غاية المشروع في حسم المنازعات بين الخصوم عن طريق المحكمين لذا لا يجوز لذلك المحكم أن يتعسف في ذلك وألا ترتب عليه المسؤولية غايتها ردع المتعسف ولإجبار الضرر الذي لحق الخصوم من جراء هذا التعسف فإذا ما ثبت انحراف المحكم عن الغاية التي يرمي المشرع تحقيقها بان يثبت أن هناك ضرر اصابة الخصوم او احدها من جراء هذا التعسف كان لازما من قيام المسؤولية تجاه من اصابه الضرر وهنا سوف نخضع المبدأين هما :

أولا : مبدأ الحكم بالغرامة عن التعسف .

مبدأ الحكم بالغرامة على من يسيء استعمال اجراءات التحكيم من المبادئ المسلم بها حديثا ليحد من اساءة استعمال المحكم والغرامة هي جزاء مالي تقدم للخزانة العامة تعويضا عن الضرر الذي أصاب المجتمع من جراء الاجراءات التعسفية أو الكيدية في التحكيم والتنفيذ بهدف ردعهم[1] والحكم بالغرامة على أية حال يتعلق بسلوك التعسفي وقع بالفعل ، فهو جزاء لردع المتعسف

---

(1) ينظر : د. ابراهيم امين النيفاني ، مسؤولية الخصم عن الاجراءات ، دراسة مقارنة في قانون المرافعات ، ط1، مصر 1991، ص999 .

ووضع العقبات أمام الطلبات التصويفية لتحقيق أعلى قدر من الجدية عند طرح المنازعات على التحكيم ، بقصد المحافظة على حسن سير العدالة وعدم تعطيل الفصل في المنازعات ، كما انه يستهدف لفت انظار الخصوم وغيرهم من المحكمين الى مراعاة إجراءات التحكيم وعدم الاعتداء عليها على نحو يؤثر في انتظام الإجراءات ومسيرها ، ولهذا فإن فرض الغرامة في مثل هذه الحالة يكون الغرض منه تحقيق المصلحة العامة ، لأن هذه الأعمال تضر بمصلحة الدولة في إدارتها للعدالة ، وتصرف المحكمين عن القيام بوظيفتهم ، لذ يكون للمحكمة إذ تبين لها أن المحكم قد تعسف بالفعل في استعمال ما أوكل به آن تحكم بالغرابة [1].

ثانيا :- مبدأ الحكم بالتعويض عن التعسف

يحق الحكم بالتعويض الغاية التي تسعى المسؤولية المدنية عن التعسف ، وهي جبر الأضرار التي أصابت الضحية ، ولكن ذلك يحتاج الى توافر أركان المسؤولية عن التعسف ، بان يكون هناك انحراف في استعمال الحق وان يكون الضرر قد ترتب فعلا عن هذا الانحراف أي ضرورة توافر العلاقة السببية بينهما ، ولهذا يعد الضرر أحد أركان المسؤولية ، من دونه لا يجوز الحكم بالتعويض حتى لو نسب الى الفاعل لحد الأفعال المنشئة للمسؤولية بل إن الضرر يكتسب أهمية اكبر عندما يكون الحكم بالمسؤولية متوقفا على حجم ما وقع من أضرار ، وبصفة أخرى عند التعسف ويجري إصلاح الضرر في هذا النوع من التعويض عن طريق إعادة المضرور الى الحالة التي كان عليها قبل وقوعه ، بإجبار المدين على الوفاء بعين ما التزم به ، وهذا النوع من التعويض يتحقق في المسؤولية التعاقدية [2] . يشكل التعويض بمقابل الصورة الغالبة للتعويض عن طريق الحكم بمبلغ من النقود مقابل الأضرار التي أصابت المضرور .

---

(1) ينظر : - د. ابراهيم امين النفياوي ، التعسف في التقاضي ، ط 1 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2006، ص 453.

(2) ينظر : - د. عبد الرازق السنهوري، الوسط في شرح القانون المدني .ج1، بدون دار نشر ، القاهرة ، 1956 ، ص1355

الفرع الثاني

الحصانة القضائية للمحكم من المسؤولية المدنية

تقوم فكرة الحصانة القضائية للمحكم المسؤولية المدنية ، والتي هي من بدع النظام الأنجلو امريكي ، على أساس تحديد مسؤوليته المدنية ، بحيث لا يجوز مساءلة المحكم عن أي خطأ يرتكبه في أثناء مباشرته لعمله ، وانما يسأل فقط عن أخطاء معينة ، شأنه في ذلك شان قاضي الدولة وهذه الأخطاء هي: -

أولا :حالة الغش أو الخطأ المهني الجسيم ويقصد بالغش والتدليس : انحراف القاضي عن مقتضيات العدالة عمدا سواء في مرحلة التحقيق او الحكم ابتغاء تحقيق مصلحة شخصية له لمعالجة احد الخصوم او للنكاية به [1] ، ويقصد بالخطأ المهني الجسيم : الخطأ الذي لا يرتكبه القاضي المتبصر الحريف في أعماله[2] .

ثانيا : إنكار العدالة

أن إنكار العدالة هي امتناع القضائي عن الإجابة عن عريضة قدمت له أو عن الفصل في صالحة للمحكم عن حلول دورها. وفي هذه الحالة يخالف القاضي واجبا أساسيا من واجبات وظيفته ، وهو تحقيق القانون وإقامة العدالة وتطبيق العملية القانونية على الحالات المعروضة عليه [3]

إن مد الحصانة القضائية للمحكمين يعتمد على طبيعة الوظيفة التي يؤدونها وهي الوظيفة القضائية لذلك كان مضمون الحصانة القضائية يتمثل بوضوح في أن كل شخص يمارس وظيفة قضائية لا يكون مسئولا عن الأخطاء التي يرتكبها بسبب أو نتيجة ممارسة لهذه الوظيفة [4] .

---

(1) ينظر : عبد الرحمن عياد ، اصول علم القضاء ، مطبعة معهد الإدارة العامة ،1981 ،ص 88 وما بعدها .

(3) ينظر : عبد المنعم الشرقاوي وفتحي والي : المرافعات المدنية والتجارية ، دار النهضة ، 1976 ،ص 179.

(3) ينظر : محمود هاشم ، قانون القضاء الدولي ، ط1 دار الفكر ، القاهرة ، 1981، ص261

(4) ينظر : د. هدي عد الرحمن ، المصدر السابق ، ص 392 .

وتبدو الأسباب التي دفعت الى حصانة المحكم من المسؤولية هي :-

1- تشابه الوظيفة التي يمارسها كل من المحكم والقاضي .
2- الدعم الذي يتلقاه المحكمين :-

تدعم معظم الدول في الوقت الحاضر التحكيم لكونه أسلوبا بديلا لحل المنازعات رغبة منها في تخفيف العبء الملقى على عاتق نحاكمها ، بسبب تكدس العديد من القضايا أمامها وبما يحققه التحكيم للدولة من منافع اقتصادية عندما تصبح ملاذا آمنا للقضايا التحكيمية [1]

ونحن نرى أن المحكم لديه فرصة اكبر لارتكاب الأخطاء على اعتبار تأقيت المحكمة التي تم اختياره من اجلها لذلك يجب ألا يتمتع بالحصانة أو على الأقل التمتع بحصانة قصيرة .

(1) ينظر : علاء أبا ربان ، الوسائل البديلة لحل النزاعات التجارية ، دراسة مقارنة منشورات الحلبي الحقوقية بيروت – لبنان ،2008 ص 51

(الخاتـــمـــــة)

في ختام هذا الجهد المتواضع فإننا توصلنا الى جملة من النتائج والتوصيات التي نأمل أن تؤخذ بعين الاعتبار ونعرضها كالاتي :-

اولا: النتائج :-

1- لا يعد المحكم متعسفا ما لم تتوافر شروط منها أن ينحرف عن الغاية التي شرع من اجلها التحكيم او الضرر على المصلحة التي يتحقق من هذا الانحراف استغلال المحكم السلطات الممنوحة له بوجه غير شرعي .

2- أن الطبيعة القانونية لوظيفة المحكم هي ذات طبيعة مختلفة لذلك يمكن أن نوصفها بأنها عقدية من حيث المنشأة قضائية من حيث الوظيفة .

3- مظاهر تعسف القاضي متنوعة و متعدد فيها ما تنشأ بسبب طبيعة عملية التعاقدي ومنها ما ينشأ عن طبيعة عملية القضائي .

4- الآثار المترتبة على تعسف المحكم تتمثل بطلن حكم المحكم.

5- الغرامة المالية هي من المبادئ المسلم بها حديثا للحد من اساءة استعمال المحكم .

6- من الوسائل الأخرى التي تعالج اثار تعسف المحكم هو التعويض وهي جبر الأضرار التي اصابت الضحية .

7- منح المحكم الحصانة القضائية من المسؤولية المدنية الناشئة عن تعسفه وتحديد الأخيرة في نطاق محدد سيسأل عنها .

ثانيا : التوصيات :

1- ندعو المشرع العراقي اعادة النظر في النصوص القانونية الواردة في قانون المرافعات المدنية والخاصة بالتحكيم من خلال فصلها عن قانون المرافعات اسوة بالتشريع المصري والأردني بقانون خاص .

2- تظمين النصوص القانونية الخاصة بالتحكيم تقضي لمسؤولية المحكم اذا ثبت ارتكاب خطا جسيم او غش في اداء مهمته او اي عمل يدل على تعسفه وانحرافه وهذا من شأنه أن يدعم الثقة بهذا النظام (التحكيم) .

3- عدم منح المحكم الحصانة القضائية من المسؤولية الناشئة عن تعسفه لأن ذلك سيسهم في تعسفه.

(قائمة المصادر)

أولا : معاجم اللغة العربية

1- جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب ،دار بيروت، 1956.
2- نديم مرعشلي واسامة مرعشلي ، الصحاح في اللغة والعلوم ، دار الحضارة العربية , بيروت , دون منه نشر.

ثانيا : الكتب القانونية

1. د. ابراهيم امين النيفاني ، مسؤولية الخصم عن الاجراءات ، دراية مقارنة في قانون المرافعات ، ط1 ، مصر ، 1991.
2. د. ابراهيم رضوان الجغيبر ، بطلان حكم المحكم ، دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان ،الأردن .
3. د. أحمد ابو الوفا ، التحكيم الاختياري والاجباري ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 1987
4. أحمد خليل ، قواعد التحكيم ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت - لبنان 2003 .
5. د. احمد هندي ، اصول قانون المرافعات المدنية والتجارية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ،الاسكندرية ، 2001
6. . د. الأنصاري حسن النيداني ، الأثر النسبي لاتفاق التحكيم ، دار الجامعة الجديدة ،الاسكندرية ، 2011.
7. د. آمال الفزايري ، دور قضاء الدولة في تحقيق فاعلية التحكيم ، منشأة المعارف ،الاسكندرية ، 1993
8. د. أمينة النمر ، قوانين المرافعات ، ج 3 ، منشاة المعارف، الاسكندرية ، 1982
9. د. حفيظة السيد الحداد ، الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية ، دار الفكر العربي الجامعي ، الاسكندرية دون منه نشر .
10. خالد عبد العظيم أبو غابة ، التحكيم واثره في فض المنازعات ، دار الفكر الجامعي ،الاسكندرية ، 2011.
11. عبد الحميد الأحدب ، موسوعة التحكيم ، دار المعارف ، دون مكان نشر ، 1998

12. عبد الرحمن عياد ، أصول علم القضاء، مطبعة معهد الإدارة العامة ، 1981 .

13. د. عبد الرزاق النهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج 1 ، دون دار نشر ، القاهرة ، 1956

14. د. عبد الكريم زيدان ، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية ، ط1 ، مطبعة العاني ، بغداد، 1984

15. عبد المنعم الشرقاوي وفتحي والي ، المرافعات المدنية والتجارية ، دار النهضة ، 1976

16. عبد الودود يحيى ، الموجز في النظرية العامة للالتزامات ، دار النهضة العربية ، القاهرة 1994

17. علاء أبا ريان ، الوسائل البديلة لحل النزاعات التجارية ، دراسة مقارنة منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت - لبنان ، 2008،

18. فوزي محمد سامي ، التحكيم التجاري الدولي ، دون دار ومكان نشر ، 1994

19. د. محسن شفيق ، التحكيم التجاري الدولي ، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع ، القاهرة ،1997.

20. د. محمد عبد الخالق عمر ، النظام القضائي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ،ط1 ، 1976

21 . محمد هاشم ، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية، ج1، دار الفكر العربي ، القاهرة ،1990.

22. نبيل اسماعيل عمر ، الدفع بعدم القبول ونطاقه القانوني ، منشاة المعارف، الاسكندرية ، ط1 ، 1981 .

23 . د. هدى عبد الرحمن ، دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته ، دار النهضية العربية ، القاهرة، ١٩٩٧ .

ثالثا : الرسائل الجامعية

1. علي عبيد عويد الحديدي ، التعسف في استعمال الحق الإجرائي في الدعوى المدنية (دراسة مقارنة) ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة الموصل ، 2007.

2. عمر فخري عبد الرزاق الحديثي ، تجريم التعسف في استعمال الحق بوضعه سيبة من أسباب الإباحة ، أطروحة دكتوراه ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، 2005.

رابعا : البحوث المنشورة

1. جورج صن بون ، دور هيئة التحكيم في إجراءات التحكيم الوطني والخاص الدولي ، بحث منشور في مجلة دراسات بين علوم الشريعة والقانون ، العدد الثاني ، 2001
2. علي عبد الحميد تركي ، الحق في التقاضي بين الاستعمال المشروع والتعسف ، بحث منشور في مجلة الحقوق ، العدد الأول ،2011
3. د. وجدي راغب ، هل التحكيم نوع من القضاء ، بحث منشور في مجلة الحقوق ، العدد الأول، الكويت 1993.

خامسا : القوانين

1. قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (83) لسنة 1996 وتعديلاته .
2. قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم (13) لسنة 1698 .
3. قانون التحكيم المصري رقم (5) لسنة 1998
4. قانون التحكيم الأردني رقم (30) لسنة 1995