الحياد: بين القاضي والمحكّم

المقدمة:

يقول الله تبارك وتعالى: "إن الله يأمركم أن تؤدّوا الأمانات إلى أهلها وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل إن الله نعماً يعظكم به إن الله كان سميعاً بصيرا".

صدق الله العظيم

ويقول العلاّمة ابن خلدون: "إما القضاء فهو من الوظائف الداخلة تحت الخلافة لأن منصب الفصل بين الناس حسماً للداعي وقطعاً للنزاع".

فقد أوكلت مهمة إشاعة العدل للقضاء بوصفه مرفقاً من مرافق الدولة الحديثة. فهو دعامة العدل، إذ أن مصلحة المتقاضي تقتضي أن يستصدر القاضي حكماً عادلاً يضمن له الحصول على حقوقه، كما أن المصلحة العامة تقتضي أيضاً أن تُسوّى جميع النزاعات طبقاً للقانون مع مراعاة **قواعد العدل والإنصاف**. لذلك **لا عدل دون حياد ولا حياد دون استقلال**.

إن الحياد يتطلب من القاضي أن لا يتأثّر بالمؤثرات الداخلية الذاتية ولا المؤثرات الخارجية ليفصل في النزاع بكل موضوعية. لذلك كان استقلال السلطة القضائية أهم وسيلة تضمّنتها التشريعات الحديثة لضمان حماية حياد القاضي، فكان نتيجةً لذلك إبعاد القاضي عن العمل السياسي، وعن الإشتغال بالتجارة وضمان ممارسة عمله في علانية خلال مراحل الدعوى. وفي حالة الشك في تحيّزه، وضع القانون اجراءات لردّه وإبعاده عن النزاع.

فالقضاء المستقل المحايد هو أداة لتحقيق العدالة وضماناً لتطبيقها وتعميق جذورها في المجتمع، فإذا وُجد خرق لمبدأ المساواة أمام القضاء في مجتمعٍ معين وبأي وسيلة، كمصادرة حق التقاضي لطائفة معينة أو التمييز بين المتقاضين في المعاملة، فلن يكون للعدالة وجود في ذلك المجتمع. فالمساواة في ممارسة حق التقاضي تعتبر أهم وأخطر تطبيق لمبدأ المساواة[1]. فما هي قواعد وأسس شروط حياد القاضي؟

أما من جهة أخرى، بالنسبة لمهمة المحكّم التحكيمية والتي تُعتبر ذات طبيعة خاصة مغايرة عن مهمة القضاء، فلا بدّ أن تتوافر فيه شروط شخصية وموضوعية من أجل تحقيق غاية التقاضي، وهي **تطبيق العدالة** أيضاً في سبيل تقريب الحقيقة القانونية التي تتمثل في الحكم التحكيمي من الحقيقة الواقعية للخصوم، على اعتبار أن المحكّم شخص طبيعي يتولى مهمة الفصل في النزاع للتحكيم وإصدار القرار التحكيمي. ومن أهم

[1]- بلجبل عتيقة، **"علاقة مبدأ المساواة أمام القضاء بكفالة حق التقاضي"**، مجلة الإجتهاد القضائي- العدد التاسع، جامعة محمد خيضر بسكرة، ص 160.

الشروط الشخصية التي يجب أن تتوافر فيه: الحياد، الذي يستلزم البحث داخل ضمير المحكّم من خلال مظاهر خارجية ملموسة[٢].

نتيجةً لذلك، حدّدت الأنظمة الداخلية لمراكز أو هيئات التحكيم والتشريعات الوطنية إجراءات معينة لتفادي مخالفة ضمانات الحياد الواجب توافرها لدى المحكمين، سواء وقت اختيارهم أو فيما بعد اختيارهم. منها ردّهم وتبديلهم لإخلالهم بواجباتهم الوظيفية، حيث يجوز للمتضررين من تصرفات المحكمين اللجوء إلى قضاء الدولة[٣]. فما هي شروط حياد المحكّم؟ وما هي الإجراءات المتبعة لضمان حياده سواء قبل قبوله مهمة التحكيم أو بعدها؟

لذلك وبناءً على ما تقدم، ولتوضيح موضوع الحياد لدى القاضي والمحكّم، لا بدّ من تقسيم البحث على الشكل التالي:

الفصل الأول: مفهوم حياد المحكّم

الفصل الثاني: مفهوم حياد القاضي

[٢]- أبو قاعود سالم خلف، **"الحيدة شرط لاختيار المحكّم"**، دراسات، علوم الشريعة والقانون، المجلد 42، العدد 3، 2015، الأردن، ص 1183.
[٣]- المرجع نفسه، ص 1183.

الفصل الأول: مفهوم حياد المحكّم:

الحياد هو حالة نفسية قوامها مجموعة من المفاهيم والقناعات التي تستقر في ضمير القاضي أو المحكّم، حيث تتمحور فكرته حول الحق والعدل دون ميل أو هوى. فمضمونها عدم الميل إلى جانب أحد الخصمين، وهذا المطلوب في المحكّم على ضوء المهمة التي يتولاّها[٤].

فالمحكم مثل القاضي يلتزم الحياد التام بين أطراف الخصومة التحكيمية منذ بداية الخصومة وأثناء سيرها حتى نهايتها بإصدار قرار فيها. ويتمثّل حياد المحكم في عدم الإنضمام أو الإنحياز إلى أحد طرفي النزاع أو يوجهه إلى كسب الدعوى حتى ولو كان صاحب حق. وقد عبّرت عن ذلك نماذج بعض العقود بعبارات متباينة منها، ضرورة انتفاء المصالح الإقتصادية في شؤون البترول، وضرورة عدم وجود صلة بأطراف النزاع[٥].

لذلك، إن لوائح مراكز وهيئات التحكيم الأجنبية والإقليمية، تحرص على إظهار أن المحكّمين المدرجين بقوائمها يتمتعون **بالحياد والإستقلال والنزاهة**، منها على سبيل المثال، المادة 1/7 من لائحة تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس لعام 1998 التي تقرّر أنه: "يجب أن يكون المحكّم ويظل مستقلاً عن الأطراف في القضية"، بينما تقرّر الفقرة الثانية من نفس المادة: "على المحكم قبل تعيينه وتثبيته أن يوقّع على إعلان استقلاليته". وأيضاً المادة 11 من قواعد اليونسترال للتحكيم بصيغتها المنقّحة عام 2010، التي نصت على أنه: "عند مفاتحة شخص ما بشأن احتمال تعيينه محكّماً، يُفصح ذلك الشخص عن أي ظرف يحتمل أن تُثير شكوكاً لها ما يبرّرها بشأن حياده واستقلاله، ويفصح المحكم منذ وقت تعيينه وطوال إجراءات التحكيم للأطراف ولسائر المحكمين دون إبطاء عن أي ظرف من هذا القبيل، ما لم يكن قد أعلمهم بها من قبل".

خلاصة القول، أن **حياد المحكم هو جوهر عملية التحكيم** . فعلى اعتبار أن التحكيم قضاء، فإنه لا يجوز أن يُعيّن محكّماً من كانت له مصلحة في النزاع يُخشى معها عدم حياده [٦]. وعليه، فقد نصت المادة 2/14 من اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري لعام 1987 على أن: "يؤدي المحكمون قبل مباشرة مهامهم اليمين أمام رئيس المركز أو من ينيبه. كما نصت المادة 3/16 من قانون التحكيم المصري على أن: "يكون قبول المحكم القيام بمهمته كتابةً، ويجب أن يُفصح عند قبوله عن أية ظروف من شأنها إثارة شكوك حول استقلاله أو حياده".

لذلك ونتيجةً لما تقدم، لا بدّ من الإشارة إلى المسائل التالية:

المبحث الأول: الفرق بين حياد واستقلالية المحكّم.

المبحث الثاني: الشروط المادية لمخالفة مبدأ حياد المحكّم.

---

[٤]- الكردي ج، **"القانون الواجب التطبيق في الدعوى التحكيم"**، دار النهضة العربية، القاهرة 2003، ص 46.

[٥]- زغلول أ، **"أصول وقواعد المرافعات"**، دار النهضة العربية، القاهرة 1984، ص 143.

[٦]- غسان ج، **"المطول في القانون المدني (تكوين العقد)"**، المؤسسة الجامعية للدراسة والنشر والتوزيع، ترجمة منصور القاضي ومراجعة د. فيصل كلثوم، بيروت 2000، ص 385.

المبحث الأول: الفرق بين حياد المحكّم واستقلاليته:

يعدّ حياد المحكم واستقلاله من الضمانات الأساسية في التقاضي، فهما شرطان وركيزتين أساسيتين لنجاح المحكم في مهمته، لأن وجودهما يبعث الطمأنينة والرضا في نفوس المتنازعين، كما يزيد من ثقة الأطراف في محكّمهم، وبذلك يحترمون حكمه وينتقدونه مهما كانت طبيعية.

ويلاحظ أن مفهوم الإستقلال يختلف عن مفهوم الحياد، على الرغم من تقارب مدلوليهما. فالمقصود باستقلال المحكم، هي عدم تبعيته لتوجيهات أي طرف من أطراف التحكيم أو أي شخص آخر [٧]، أما الحياد فهو عدم الميل بالهوى لصالح أي منهما. فالإستقلال يقدّر موضوعياً أما الحياد فيقدر شخصياً، وقد يتوافر الإستقلال في المحكم ولا يتوافر الحياد[٨]، وبالعكس قد يتوافر الحياد ولا يتوافر الإستقلال.

فاستقلال المحكم يعني أن يكون رأيه نابعاً من ضميره ومن فكره وحده، وغير موحى له من غيره، أي لا يكون لدى المحكم أي علاقة تبعية بأحد الخصومة. بعبارة أخرى يُقصد بهذه الإستقلالية، عدم ارتباط المحكم بأي مصلحة مادية أو شراكة أو ارتباطات مالية مع أحد أطراف التحكيم، وبالتالي لا يكون موظفاً ولا مستشاراً عند أحد الأطراف ولا قريباً ولا تابعاً له[٩].

أما الحياد، هو عدم ميل المحكم أو تحيزه لأحد الأطراف، وهذا يتعلق بتقنية وخُلق المحكم. فالحياد يعتبر مسألة شخصية أو حالة نفسية تتعلق بالمحكم بحد ذاته، أي عدم تعاطي هذا الأخير وميله لأي طرف من أطراف النزاع. وهذا الشرط ليس بالأمر اليسير على المحكم، فهو يتطلب منه تركيزاً عالياً وضميراً صاحياً ونبيلاً وفهماً معمقاً لحقيقة مهمته دون تعصّب أو تأثر بأي من العوامل الخارجية أو انتماءات عرقية[١٠].

فالمحكم لا يلتزم بتبني وجهة نظر الخصم الذي اختاره والدفاع عنها، بل يجب أن يُلزم نفسه بالإستقلال ويحملها على الحياد [١١]. ولا تعدّ العلاقة المهنية بين محامي أطراف التحكيم والمحكم سبباً من أسباب عدم الحياد والإستقلال، ولايتنافى تقاضي المحكم أتعابه من الطرف الذي اختاره مع استقلاله[١٢].

ويلاحظ أنه يسهل إثبات عدم الإستقلال في حين يصعب إثبات عدم الحياد، ومن الوقائع التي تدلّ على عدم الحياد أن يفسح المحكم المجال لأحد أطراف التحكيم للإدلاء بدفوعه بيسر ويعرقل الطرف الآخر، أو كأن يتحمّس لسماع شهود طرف دون الطرف الآخر [١٣]. ويتعيّن على المحكم أن يُفصح عن أية ظروف من شأنها أن تُثير شكوكاً حول استقلاله أو حياده، ليس فقط بالنسبة إلى الخصم الذي اختاره فحسب، وإنما أيضاً

---

[٧]- الجمل يحيى عبدالعزيز، **"حيدة واستقلال المحكمين"**، مجلة التحكيم العربي الصادرة عن الأمانة العامة للاتحاد العربي للتحكيم الدولي، العدد الرابع، 2001، ص 15.

[٨]- والي فتحي، **"قانون التحكيم في النظرية والتطبيق"**، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الأولى 2007، ص 248.

[٩]- حامد ماهر محمد، **"النظام القانوني للمحكم في التحكيم التجاري الدولي"** (دراسة مقارنة طبقاً لتشريعات التحكيم بدول مجلس التعاون الخليجي وتشريع التحكيم المصري مع الإشارة إلى اتفاقيات التحكيم الدولية ونظم مراكز التحكيم العربية)، دار الكتب القانونية، مصر 2011، ص 122.

[١٠]- لزهر بن سعيد، **"التحكيم التجاري الدولي"**، (وفقاً لقانون الإجراءات الإدارية والمدنية والقوانين المقارنة)، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، دون سنة نشر، ص 161..

[١١]- صاوي أحمد السيد، **"التحكيم طبقاً للقانون رقم 27 لسنة 1994 وأنظمة التحكيم الدولية 2002**، ص 95.

[١٢]- والي فتحي، المرجع نفسه، ص 249.

[١٣]- صاوي أحمد السيد، المرجع نفسه، ص 96.

بالنسبة إلى الخصم الآخر الذي لم يختاره [١٤]، وبالنسبة إلى الغير أيضاً. وعلى ذلك يجب أن يكون المحكم مستقلاً عن باقي المحكمين.

مع العلم أنه في الأصل، يُفترض أن يكون المحكم محايد ومستقل، ومن يدّعي خلاف ذلك أن يُثبت العكس[١٥]. ولكن يرى بعض الفقهاء أنه لا يوفي المحكم التزامه **بالإفصاح عن الظروف** إلاّ إذا كان مكتوباً، فلا يقبل الإفصاح عنها شفاهة[١٦]. ولكن هذا الأمر لم يؤخذ بعين الإعتبار لأن المشرع لم ينص على ذلك صراحة فيصحّ الإفصاح شفاهة، وإذا ثار نزاع حول وقوعه فتطبّق عندئذٍ القواعد العامة في الإثبات.

وإذا علم المحكم بالظروف بعد قبوله لمهمته، سواء كانت قد حدثت قبل القبول أو بعده، وجب الإفصاح عنها فوراً[١٧]، على الرغم من أن المشرع لم يوضّح الوقت الذي يجب الإفصاح في هذه الحالة.

ولا يعدّ احترام مبدأ الإستقلال والحياد من النظام العام، لأن المشرع يجيز لطرفي التحكيم قبول استمرار المحكم بمهمته على الرغم من عدم توافر الإستقلال والحياد [١٨]. وعلى ذلك يصحّ رد المحكم إذا لم يتوافر فيه الإستقلال والحياد، فإذا تبيّن لأحد أطراف التحكيم مثلاً أن المحكم يعمل بأجر لدى خصمه جاز له أن يطلب رده لهذا السبب.

هذا من جهة، أما من جهة أخرى هناك بعض البلدان مثل بريطانيا تفصل بين حياد واستقلال المحكم، فلا تأخذ بالإستقلال وإنما تُركز فقط على موضوع الحياد لجهة وجود شكوك حول حياده فيجوز الطعن في هذا الأمر.

فلفترة طويلة خلال القرن الماضي، كان امتحان القانون الإنكليزي، لتحديد **ما إذا كان المحكّم غير مؤهل للقيام بالتحكيم على أسس الحياد**، قد اتبع المقاربة المتبناة تجاه القضاة في اجراءات المحاكمة.

إن أحكام القانون الإنكليزي 1996، عزّز هذا الميل من خلال **تبنّي امتحان الحياد القضائي** الذي انطلق في قضية "R.v.cought "، التي اتُخذت كمعيار مناسب للتحكيم. لذلك وبهدف النجاح في التحدّي ضد **قاضٍ أو محكّم**، يجب على أحد أطراف النزاع أن يُثبّت أنه كان هناك **"خطر محقّق"** فيما يخصّ الإنحياز[١٩].

فاستناداً إلى قانون التحكيم لعام 1996، إن الحياد هو في الحقيقة أحد المبادىء العامة المرتبطة بالتحكيم والتي وُضعت في الفقرة 1(1) أ من القانون. إن عبارة **" شكوك مبررة"** تمّت استعارتها مباشرةً من القانون النموذجي، ولكن على عكس هذا القانون، إن حكم التحكيم المستند إلى قانون 1996 **يُلغي أي ذكر للإستقلالية**.

---

[١٤]- صاوي أحمد السيد، المرجع السابق، ص 95.
[١٥]- والي فتحي، المرجع السابق، ص 245.
[١٦]- يونس محمود مصطفى، **"المرجع في أصول التحكيم"**، دار النهضة العربية، 2009، ص 279.
[١٧]- والي فتحي، المرجع السابق، ص 229.
[١٨]- يونس محمود مصطفى، المرجع نفسه، ص 280.
[19] - Sandy, David (2014). Independence, Impartiality, Arbitration and the Human Rights Act in England. Arbitration International, volume 20, Issue 3,1 September 2004, page 305-322, https://doi.org/10.1093/arbitration/20.3.305.

- **الحياد والإستقلالية في القانونين البريطاني والفرنسي:**

فقد كان القانون النموذجي صارماً من حيث ربط الحياد بالإستقلالية كسلّة متكاملة، وينص على كشف أي ظروف يُمكن أن تؤدي إلى **شكوك مبررة** حول استقلالية وحياد المحكّم. ففي حال وجود هكذا ظروف، ينص القانون النموذجي على آلية اعتراض على المحكّم حيث تقوم محكمة التحكيم بذاتها بالبت فيه كمحكمة الدرجة الأولى.

إن اللجنة الإستشارية الإدارية (department advisory committee) "DAC"، اختارت عدم الأخذ بالقانون النموذجي فيما يتعلق بنقص الإستقلالية كأساس للإعتراض على المحكّم، وقد اتخذت هذه اللجنة الإستشارية بدلاً من ذلك وجهة النظر التي تنص على أن النقص في الإستقلالية مهم فقط في الحالة التي تؤدي **إلى إثبات شك مبرّر حول حياد المحكّم**[٢٠].

في هذا الإطار، أصدرت محكمة استئناف باريس أحكاماً قضائية حول عدداً من القرارات التي أضافت تفاصيلاً مهمة تتعلق **بواجب المحكّم في أن يُصرّح** عن أي علاقة تربطه بأطراف النزاع. على سبيل المثال، نذكر الحكم الصادر في أيلول (سبتمبر) 2010 في قضية الشركتين "SGS Holding و Allaire"[٢١]، حيث زعمت Allaire خلال اجراءات التحكيم أن المحكّم المشارك في التحكيم، والذي قامت SGS بتسميته، كان لديه عمل استشاري مهم مع مستشار المدعي عليه.

ردّ المحكّم المشارك، أنه قام بالفعل بتقديم هكذا خدمات للشركة القانونية التي تمثّل المدعي عليه، وأضاف أنه لم يقم بأي عمل لهذه الشركة منذ بداية التحكيم. ولكنه رفض أن يُدلي بأي معلومات إضافية عن الأجور التي نالها مقابل هذا العمل الإستشاري.

أقرّت المحكمة أن علاقة المحكّم المشارك مع مستشار المدعي عليه لم تكن عرضية ولم تجري في الماضي البعيد، وقد استنتجت المحكمة أن هذه الظروف يمكن أن تؤدي إلى شكوك مبرّرة في نظر المدعي. لذلك توصلت المحكمة إلى إلغاء القرار الصادر عن محكمة التحكيم خلال الإثني عشر يوماً التي تلي إفصاح المحكّم المشارك بذلك لأطراف النزاع.

أما الحالة الثانية، فهي القرار الذي صدر في آذار (مارس) 2011 حول قضية " Nykcool و Dole France"[٢٢]، حيث نقضت محكمة الإستئناف القرارات بسبب نقص في الإستقلالية والحياد لدى المحكّمين. ففي قضية شركة " Nycool"، رفض كل أعضاء محكمة التحكيم الإدلاء بأي تصريح يتعلق باستقلاليتهم. وبإسم محكمة التحكيم، عبّر الرئيس عن أسف المحكّمين حول الموقف الشكوكي للمدعي، وقد اعتبرت محكمة الإستئناف الفرنسية أن رفض المحكّمين الإفصاح عن علاقاتهم مع أطراف النزاع، أدى إلى شكوك مبررة حول استقلاليتهم وحيادهم.

---

[20] - Merkin, R. & Flannery, L. Arbitration Act 1996, Fifth edition. Informa law from Routledge. pp. 84-85.

[21] - Hascher, Dominique. Independence and Impartiality of Arbitrators: 3 Issues. Retrieved on June 15, from http://digitalcommons.wcl.american.edu. pp. 799-800

[٢٢] - المرجع نفسه، ص 799-800.

بالإضافة إلى ذلك، شدّدت المحكمة أن المحكّم المشارك المسمى من قبل المدعي عليه، كان مشاركاً في عمليات تحكيم أخرى مع هذا الأخير. فقرار المحكمة بضرورة أن يُفصح المحكّمين عن علاقاتهم مع أطراف النزاع يستحق الموافقة الكلية. وهذا ما يؤكد في الأخير ونتيجةً لما تقدّم، أنه من الضروري في قانون التحكيم الأجنبي أن يُثبّت المحكّم استقلاليته وحياده تجاه جميع أطراف النزاع.

وفي حكم **لمحكمة إستئناف القاهرة**- الطعن رقم 288- لسنة 121 قضائية،تاريخ الجلسة 27-2-2005، وبعد الإطلاع على الأوراق وسماع المرافعة والمداولة قانوناً:

"وحيث أن المقرر بنص المادة 1/18 من القانون رقم 27 لسنة 1994 بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية (أنه لا يجوز رد المحكم في المواد المدنية والتجارية) أنه لا يجوز رد المحكم إلا إذا قامت ظروف تثير شكوكا جدية حول حيدته أو استقلاله ، مما مفاده إلتزام المحكم بالحياد بامتناعه عن الاتصال بأحد الأطراف انفرادا بعد بدء الإجراءات لمناقشة تفصيلات النزاع المطروح عليه معه دون الطرف الآخر . وهذا الاتصال بالمفهوم السابق بيانه هو الذي يثير شكوكا جدية حول حيدة المحكم واستقلاله، بل انه يتضمن إخلالا منه بالالتزام بمبدأ الحياد بين أطراف خصومة التحكيم يجيز رده عن نظرها.

أما **مجرد التلاقي الذي يكون مرجعه الصدفة البحتة ودون أن يتم فيه مناقشة أية تفصيلات متعلقة بالنزاع المطروح عليه** - وهو أمر لا يستبعد حدوثه- **فهو لا ينال من حيدة المحكم ولا تثير حوله تلك الشكوك**، ولما كان ذلك وكانت الشركة طالبة الرد قد ارتك زت في إثبات طلبها إلى خطاب منسوب إلى محاميها الأستاذ ..... المحامي ومرسل لها منه والمقدم منها بحافظة مستنداتها بجلسة 2004/9/25 وكان الثابت من مطالعة ذلك الخطاب أنه تضمن في مدوناته قولا بأن الأستاذ مكرم فهيم المحامي شاهد السيد ..... مندوب شركة ..... والأستاذ ..... محكم الشركة جالسين معا في مدخل ..... ولما كانت تلك الواقعة وعلى فرض حدوثها بالتصور السابق بيانه لا تتضمن إخلالا من المحكم المطلوب رده بالتزامه بالحياد في خصومة التحكيم من طرفيها **ولا تنال من حياده واستقلاله** ولا تثير شكوكا جدية حول حيدته واستقلاله ، وذلك لأن الخطاب سند الشركة طالبة الرد سالف البيان قد خلا من بيان سبب هذا اللقاء أو أنه كان مرتبا بينهما لمناقشة تفصيلات النزاع المطروح على المحكم المطلوب رده أو أنه قد تم فيه فعلا مناقشة تفصيلات ذلك النزاع وهي تلك الوقائع التي يتعين القول بها ثم إثباتها حتى يمكن القول بأن المحكم المطلوب رده قد أخل بالتزامه بالحياد بين طرفي خصومة التحكيم.

ومن ثم فإن الواقعة المدعى بها على فرض حدوثها لا تثير في حد ذاتها شكوكا جدية حول حيدة أو استقلال المحكم المطلوب رده ، ناهيك عن أن هذا الأخير قد نفى في مذكرته المقدمة من وكيله بجلسة 2004/10/28 تلك الواقعة، ومن ثم فان المحكمة تقضي برفض طلب الرد الماثل دون حاجة منها إلى سماع شهادة الأستاذ ..... المحامي على نحو ما طلبه وكيل الشركة طالبة الرد.

وحيث أنه عن المصاريف شاملة أتعاب المحاماة فإن المحكمة تلزم بها الشركة طالبة الرد لخسرانها التداعي عملا بنص المادتين 184 ، 240 من قانون المرافعات.

فلهذه الأسباب حكمت المحكمة : - برفض طلب الرد وألزمت الشركة طالبة الرد مصاريفه ومبلغ مائة جنيه مقابل أتعاب المحاماة".

وفي حكم آخر **لمحكمة النقض في إمارة أبو ظبي** - الأحكام المدنية والتجارية - الطعن رقم1174- لسنة2011 قضائية - تاريخ الجلسة20-6-2012 - مكتب فني 6 - رقم الجزء 2 - رقم الصفحة1161

"وحيث أن حاصل ما تنعاه الطاعنة على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون والقصور في التسبيب ذلك أنه رفض التصديق على حكم المحكمين على سند من أن المحكم أظهر ..... الذي اختارته كمحكم ثبت من أقوال الشاهد ..... **أنه كان يشاهده بمكتب المحامي** ..... وأن عمله كمستشار قانوني لدى بنك البحرين **لا يبرر تردده على مكتب المحامي**، ومن ثم يكون غير صالح لنظر دعوى التحكيم رغم أن قيام علاقة عمل بين المحكم ومحامي الطاعنة بتلك الكيفية التي أشار إليها لا تفقده صلاحيته كمحكم ، إذ انه لا تربطه صلة بالطاعنة وليس وكيلا عنها أو يعمل لديها أو لدى محاميها مما يعيب الحكم ويستوجب نقضه.

وحيث أن هذا النعي سديد، ذلك أن حياد المحكم واستقلاله باعتباره قاضيا يفصل في خصومة - هو من الضمانات الأساسية للتقاضي أمام المحكمين، ومؤدى نص المادة 207 من قانون الإجراءات المدنية أن القواعد والإجراءات الخاصة برد المحكمين من النظام العام، ولا يجوز الاتفاق على ما يخالفها ذلك أنها تتعلق بضمانتي الحيدة والاستقلال اللتين لا غنى عنهما لمباشرة السلطة القضائية أيا كان مصدرها فيتعين توافرها في الحكم أسوة بالقاضي ليغدو الحق في رد الأول قرينا للحق في رد الثاني.

وكان النص في المادة 114 من ذات القانون على أن " 1- يكون القاضي غير صالح لنظر الدعوى ممنوعا من سماعها ولو لم يرده أحد من الخصوم في الأحوال التالية ج- إذا كان وكيلا لأحد الخصوم في أعماله الخاصة أو وصيا أو قيما عليه أو مظنونة وراثته له ..." مما مؤداه أن قيام علاقة بين القاضي واحد الخصوم فيها يقتضي بذاته وبغير حاجة إلى طلب من أحد الخصوم تنحى القاضي عن نظر الدعوى استيفاء لمظهر الحيدة الذي يجب أن يظهر به أمام الخصوم والجمهور .... ويترتب على مخالفة ذلك الحظر بطلان الحكم بطلانا متعلقا بالنظام العام.

لما كان ذلك وكان المشرع أورد في المادة 114 سالفة الذكر الأحوال التي يكون القاضي فيها غير صالح لنظر الدعوى وممنوعا من سماعها ولو لم يرده أحد الخصوم على سبيل الحصر- فلا يجوز القياس عليها أو التوسع فيها، ولما كانت الوكالة التي تجعل القاضي غير صالح لنظر الدعوى هي التي تكون من أحد الخصوم فيها، وكان من المقرر أن المحامي لا يعتبر طرفا في الخصومة التي وكل فيها، لأن طرف الخصومة هو الخصم الذي يمثله المحامي ومن ثم لا يعتبر خصما فيها ولا يقوم به سبب من أسباب عدم الصلاحية.

وبالتالي فإن **عمل المحكم كعضو هيئة تحكيم بمكتب المحامي الوكيل** عن الطاعنة أو صلته به في فترة سابقة لا يحقق به عدم الصلاحية الواردة بالمادة 114 من قانون الإجراءات المدنية سالفة البيان ، إذ أن ذلك ليس من الحالات التي نصت عليها الفقرة الثانية من تلك المادة إذ لم يثبت أنه كان وكيلا عن الطاعنة أو أنه يمثلها، وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه "على انه ثبت من أقوال الشاهد ..... أنه كان يشاهد المحكم الذي اختارته الطاعنة بمكتب المحامي ..... وانه كان يظهر بمظهر الموظف لديه.

وان عمله كمستشار قانوني لدى بنك البحرين **لا يبرر تردده على مكتب المحامي** مما يجعله غير صالح لنظر دعوى التحكيم"، رغم ذلك ليس من الحالات التي نصت عليها المادة سالفة البيان، ولا يكفي بذاته للدلالة على عدم حيدته مما يفقده صلاحيته لنظر دعوى التحكيم ضمن أعضاء هيئة التحكيم الثلاثية ومن ثم يكون قد شابه الخطأ في تطبيق القانون والقصور في التسبيب بما يوجب نقضه. ولما تقدم، وحيث أن الطعن للمرة الثانية وصالح للفصل فيه".

المبحث الثاني: الشروط المادية لمخالفة مبدأ حياد المحكّم:

بسبب نتيجة صعوبة وضع معيار محدّد لمظاهر مخالفة المحكم لمبدأ الحياد، توافقت بعض التشريعات إلى إلزام المحكم نفسه بالإفصاح دون تراخٍ عن كل ما يشوب حياده، منها الفقرة الأخيرة من المادة 11 من قواعد اليونسترال المنقّحة في عام 2010، التي تقرّر أنه: "يُفصح المحكم منذ وقت تعيينه وطوال إجراءات التحكيم للأطراف ولسائر المحكمين دون إبطاء عن أي ظروف من هذا القبيل، ما لم يكن قد أعلمهم بها من قبل".

وهذا الإلزام التشريعي غير منضبط، ويتعارض مع حقيقة الحياد باعتباره توجهاً نفسياً يُصعب تحديده والجزم به[٢٣]، لأنه لا يُترك للمحكم فرصة مراجعة تصرفاته المعلنة بالنسبة للخصوم، أو حتى مراجعة ما يدور في خلجات نفسه. فعلى سبيل المثال، إن مجرد الإيماءة أو البشاشة أثناء فترة إجراء التحكيم قد تنطوي على مخالفة للمبدأ محل الحديث.

لذلك إن موقف المشرع حول مخالفة مبدأ حياد المحكم، يفيد أنه تخلى عن تحديدها للفقه الذي اجتهد في استخلاص **بعض المظاهر المادية،** على سبيل المثال:

- القرابة
- العمل كمستشار لأحد الخصوم
- علمه بظروف النزاع وأسبابه ومعطياته قبل وقوعه،
- إظهار المحكم للحماس لسماع أحد الأطراف أو شهوده
- استنكاره لإطالة أحد الخصوم لأمد النزاع
- رفضه اعتراضات أحد الخصوم دون مبرر
- اسبعاد بعض المستندات التي يقدمها أحد الخصوم
- تقديم دليل في الدعوى
- التدخل لإثبات واقعة لصالح طرف معين[٢٤]

إن مجرد الطعن بأي مظهر من مظاهر مخالفة مبدأ الحياد لا يعني صحة الإدعاء، والبينة على من ادعى. وموقف قانون التحكيم تجاه تلك الإشكالية غير واضح، حيث جاء نص كل من المادة 1/12 من قواعد اليونسترال للتحكيم في عام 2010، والمادة 1/18 من قانون التحكيم المصري والمادة 17/أ من قانون التحكيم الأردني كالتالي: "لايجوز رد المحكم إلاّ إذا قامت ظروف تثير شكوكاً حول حيادته واستقلاله".

فالحياد في حد ذاته مسألة نفسية كامنة داخل النفس البشرية. لذلك يرى البعض، أنه في حالة تعيين محكم منفرد أو محكم ثالث، فإنه يجب قدر الإمكان أن يكون هذا المحكم من جنسية غير جنسية الطرفين، لأنه

---

[٢٣]- الجمل ي، **"اختيار المحكمين"**، بحث مقدم لمؤتمر الكويت الدولي للتحكيم التجاري، 1997، ص 18.

[٢٤]- سلامة أ، **"التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية (المدنية والتجارية والإدارية والجمركية والضريبية) دراسة مقارنة،** دار النهضة العربية، القاهرة، ص 401.

من الناحية النفسية بل والسياسية، تكون فرصة حياد المحكم وتجرّده أكبر في حال كان من دولة غير تلك الدولة التي تنتمي إليها الأطراف أو أحدها[٢٥].

لذلك تختلف شروط حياد المحكم **قبل قبوله مهمة التحكيم** عن مثيلتها **بعد قبول المهمة** وطوال مرحلة إجراء التحكيم:

أ - التزام المحكم بالإفصاح عما يشوب حياده قبل قبوله لمهمته:

يتعيّن على المحكم قبل قبول مهمة التحكيم، الإطلاع على الملف بالكامل في القضية المكلف بها، والإلتزام بالإفصاح عن الظروف التي تؤثر في حياده. ويُقصد بهذا الإلتزام مبادرة المحكم بإحاطة الأطراف بصلته السابقة أو الحالية بموضوع النزاع أو بأطرافه أو بممثليه أو ذويهم وبكل ما من شأنه أن يُثير الشك حول حياده، ويعدّ هذا الإلتزام من الإلتزامات الجوهرية بنص القانون ويقع عليه عبء الإفصاح بمجرد علمه باختياره لمهمة التحكيم، حتى لو لم يطلب منه الخصوم ذلك[٢٦].

لذلك يتعيّن أن يتم الإفصاح كتابةً، وغالباً ما يكون لدى مراكز التحكيم نموذج خاص بإفصاح المحكم عما يشوب حياده، بينما الإتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية لا تشترط أن يتم الإفصاح كتابةً، وبناءً عليه يجوز التعبير عن ذلك صراحةً أو ضمناً[٢٧]. وفي كل الأحوال، يجب على المحكم الإفصاح طواعية عن وجود علاقة مع أحد الأطراف سواء كانت مالية أو مهنية أو اجتماعية[٢٨]. فالمادة 3/16 من قانون التحكيم المصري والمادة 15/ج من قانون التحكيم الأردني تنصان على أنه: "يكون قبول المحكم القيام بمهمته كتابة، ويجب عليه أن يُفصح عند قبوله عن أي ظروف من شأنها إثارة شكوك حول حياده واستقلاله".

ولكن السؤال الذي يُثار هنا، هل يُعتد بالموافقة الضمنية على قبول المحكم المشوب بعيب يُثير الشك حول حياده؟ فالمشرع المصري وحتى الأردني لم يطلبا من الأطراف المعارضين التعبير الصريح أو الضمني على قبول هذا المحكم... فبالإستناد إلى المبادىء القانونية العامة أنه " **لايُنسب لساكتٍ قول** "، لذلك لا بدّ للمشرع أولاً **من تنظيم كيفية الإعتراض** على ترشيح المحكم قبل توقيعه على مستند قبول المهمة، وثانياً **تحديد المدة** التي يجب إبداء هذه الإعتراضات خلالها، وثالثاً تحديد **الأثر المترتب** على تقديم مثل هذه الإعتراضات[٢٩].

وفي حكم **لمحكمة استئناف القاهرة،** التحكيم التجاري الدولي، الطعن رقم 75- لسنة 125 قضائية- تاريخ الجلسة 18-5-2009، وبعد سماع المرافعة الإطلاع على الأوراق والمداولة:

---

[25] - Knahr Christna, Christian Koller Rechberger And August Reinsch, Noah Rubins and Bernihard Lauterburg, 2010, Eleven International Publishing, p1.

[٢٦]- العوا م، **"د راسات في قانون التحكيم المصري والمقارن"**، المركز العربي للتحكيم، القاهرة 2007، ص63.

[٢٧]- غستان ج، **"المطول في القانون المدني- تكوين العقد"**، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت 2000، ترجمة منصور القاضي ومراجعة فيصل كلثوم، ص385.

[28] - King Ronnie and Ben Giaretta, Independence Impartiality and Challenging the Appointment of an Arbitrator, Iclg to International Arbitration 2005, pp28-31.

[٢٩]- والي فتحي، **"التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية علماً وعملاً"** ، منشأة المعارف، الإسكندرية 2014، ص 318.

"وحيث أن الأوراق خلت من ورقة إعلان حكم التحكيم، وقرر المدعى بإعلانه بتاريخ 2008/6/24 ولم ينازع الخصم في ذلك الأمر الذي تكون معه الدعوى قد أقيمت في الميعاد - وقد استوفت كافة شرائطها الشكلية المقررة قانونا ومن ثم فهي مقبولة شكلا.

وحيث أنه عن طلب البطلان لتوافر سبب عدم الصلاحية بالنسبة لمحكم الشركة المدعى عليها لكونه وكيلا عن ذات الشركة بموجب التوكيل رقم 56 لسنة 2008 توثيق قصر النيل والذي تم تحريره في 2008/2/2 أي أثناء سريان إجراءات التحكيم وقبل صدور حكم فيها.

فلما كان المحكم هو الشخص الطبيعي الذي يتفق عليه الأطراف ليفصل في النزاع الدائر بينهم بحكم يصدر منه فهو شخص يتمتع بثقة الخصوم ، إذ أن التحكيم هو نوع من أنواع التقاضي الخاص إذ يكون للمحكم بإرادة الخصوم سلطة الفصل فيما شجر بينهم بحكم شأنه شأن أحكام القضاء يجوز حجية الشيء المحكوم فيه بمجرد صدوره ومن ثم لا يتصور أن يكون خصما في ذات الوقت.

ويجب على المحكم أن **يفصح عن أية ظروف من شأنها أن تثير شكوك حول حيدته واستقلاله** حتى يكون للخصوم مطلق الحرية في الاعتراض عليه من عدمه **قبل البدء في التحكيم** وإذ كانت عبارة نص المادة 3/16 من القانون رقم 27 لسنة 1994 قد جرت على أن هذا الالتزام ، يكون على المحكم عند قبوله القيام بمهمة التحكيم إلا أن ذلك يفترض أن هذه الظروف التي أحاطت بالمحكم هي **قائمة قبل قبوله مهمة التحكيم،** ومما لا شك فيه أن تفسير هذا النص يجعل هذا الالتزام على المحكم قائما ومستمرا طول نظر التحكيم وحتى الفصل فيه كلما استجدت ظروف من شأنها إثارة شكوك حول استقلاله وحيدته - فيجب عليه أن يطلع الخصوم على هذه الظروف فيتوافر لهم العلم بها ومن ثم الاعتراض على المحكم باتخاذ إجراءات رده أو بالتنازل عن ذلك وقبولهم قيامه بمهمته دون اعتراض منهم.

ولما كان مؤدى نص المادة 18 من القانون المشار إليه أنه لابد من توافر الضمانات الأساسية للتقاضي في عمل المحكم بأن يتوافر فيه صفتي الحيدة والاستقلال. فيجب ألا يكون للمحكم مصلحة في النزاع فلا يجوز اختيار شخص محكما إذا كان طرفا في النزاع أو له مصلحة فيه على أي وجه. **واستقلال المحكم** هو عدم ارتباطه بأي رابطه تبعية بأطراف النزاع وعدم وجود روابط مادية وذهنية تتناف ى مع استقلال المحكم، كأن يكون له **مصالح مادية أو شراكة أو وكالة أو ارتباطات مالية** مع أي من طرفي الخصومة المعروضة عليه أو يباشر تقديم استشارات ومساعدة فنية لأحد أطراف النزاع مقابل أجر أثناء سير إجراءات التحكيم.

ولما كان الثابت من المستندات أن محكم الشركة المدعى عليها هو في ذات الوقت وكيلا عن الشركة بموجب التوكيل الرسمي عام في القضايا وإن كان قائما حتى الفصل في الدعوى التحكيمية. وإن كان الأصل أن يتم اتخاذ إجراءات الرد في الميعاد إلا أن **الاستثناء وهو إثارة هذا السبب أثناء دعوى البطلان** عند اكتشاف عدم الصلاحية بعد صدور الحكم. وإذ قرر المدعى أنه لم يعلم بهذا السبب إلا بعد صدور الحكم ونقص المحكم عن أداء الواجب الملقى على عاتقه ، فلم يطلع الخصم على هذه الظروف التي بلا شك تثير الشكوك حول استقلاله فور حدوثها وحتى الفصل في الدعوى التحكيمية، وخلت الأوراق مما يفيد توافر هذا العلم لدى المدعى في أي وقت سابق كما لم يثبت المدعى عليه ذلك وهو واجب عليه إن أراد التمسك بسقوط حق المدعى وبتوافر التنازل الضمني عن التمسك به، ومن ثم فقد صح من المدعى التمسك به في دعوى البطلان، وما ساقه المدعى عليه من دفاع معتصما بالجهل.

فإذا كان الاعتذار بالجهل بالقانون لا يسعفه، فإن الأوراق تفضح بفساده إذ أن هيئة التحكيم كانت قد اكتملت وانعقدت أولى جلساته 2008/1/28 فبان عدم الحاجة إلى إصدار توكيل ، ثم أعقب ذلك تحرير التوكيل بتاريخ 2008/2/2 وإذ كان ذلك وترتب على توافر سبب عدم الصلاحية محكم المدعى عليه وقوع بطلان في حكم التحكيم وهو أحد أسباب قبول دعوى البطلان فتقضى المحكمة ببطلان حكم التحكيم الصادر في الدعوى التحكيمية رقم 2007/59 مركز الاتحاد التعاوني الإسكاني للتحكيم.

وعن المصروفات فيلزم بها المدعى عليه عملا بنص المادة 1/184 مرافعات.

فلهذه الأسباب،

حكمت المحكمة بقبول الدعوى شكلا وفي الموضوع ببطلان حكم التحكيم الصادر بتاريخ 2008/6/9 في الدعوى التحكيمية رقم 59 لسنة 2007 مركز الاتحاد التعاوني الإسكاني للتحكيم وألزمت الشركة المدعى عليها بالمصروفات ومائة جنيه مقابل أتعاب المحاماة.

ب -شرط حياد المحكم بعد قبوله لمهمة التحكيم:

إن استمرار التزام المحكم بشرط الحياد مطلوب إلى ما بعد توقيعه على مستند قبول المهمة، إلى حين صدور حكم التحكيم وتصحيحه إذا كان مشوباً بعيب مادي أو حسابي. ففي هذه المرحلة، يُسأل المحكم عقدياً وتقصيرياً عن مخالفة شرط الحياد وعن الإخلال بواجب الإفصاح عما يشوب حياده، عكس مرحلة قبل قبوله مهمة التحكيم، فلا مسؤولية قانونية عليه طالما لم يوقع على مستند القبول. لذلك، إن مجرد توافر عدم حياد المحكم تُنقل عبء إثبات عكسها إلى المحكم نفسه. وفي هذا الشأن على القاضي أن يسأل أولاً المدعي عن أدلته قبل استجواب المدعى عليه. فإذا امتنع عن ذلك لا يقوم باستجواب المدعى عليه، وإذا امتنع هذا الأخير عن إقامة الدليل، تعيّن على القاضي استمهاله. (المادة 102 من قانون المرافعات المصري و 1/76 أصول المحاكمات المدنية الأردني.

وفي كثير من الحالات، يتم ترشيح محكمين يعملون في شركات محاماة تعمل في العديد من البلدان، ويصعب على الأطراف التمكن من إثبات شكوك حول حيادته ونزاهته واستقلاله[٣٠]. لذلك ونتيجةً لما سبق، إن مهمة القاضي أو المحكم بشأن إثبات مدى التزام المحكم المخالف لقواعد القانون تختلف من حالة لأخرى، وتستلزم منه من أجل الوصول إلى الحقيقة، البحث عن بواطن الأمور الخفية، والإعتماد على **مختلف** وسائل الإثبات، وهي الإستجواب والكتابة بنوعيها الرسمية والعرفية وشهادة الشهود واليمين والخبرة والقرائن بنوعيها القانونية والقضائية.

[30] - King Ronnie and Ben Giaretta, Independence Impartiality and Challenging the Appointment of an Arbitrator, op.cit, P. 28-31.

ج- شرط حياد المحكم الرئيس:

القاعدة أن المحكم الرئيس هو صاحب الكلمة الفصل في الدعوى التحكيمية، ومسؤولية الحياد هي نفسها سواء تعلّق الأمر باتفاق الأطراف على تعيين محكم واحد لتشكيل هيئة التحكيم، أو تمّ تشكيل هذه الهيئة من ثلاثة محكمين. ففي كلتا الحالتين يكون المحكم ملتزماً بالإفصاح عن كل شائبة تنال من حياده.

ففي قضية تحكيم أُثيرت بمركز تحكيم استوكهولم بالسويد، ذكر المدعي أن المحكم المعين من قبل المدعى عليه يتبع مكتب محاماة يعمل لصالح الطرف الآخر. فدفع المحكم بأن هذا العمل لا يؤثر على حياده، وقد قبلت المحكمة هذا الدفع على أساس أن المحكم المطعون ضده لم يكن له دور مؤثّر مسبق[٣١].

د- المدة الزمنية للإبتعاد عن كل ما يخالف مبدأ الحياد:

إن حياد المحكم مطلوب بمجرد **تكليفه بمهمة التحكيم**، فاتفاق التحكيم يُبرم عادةً وقت إبرام العقد أي قبل نشوب النزاع، حيث يأتي شرط إحالة النزاع إلى التحكيم. لذلك يقتصر التزام حياد المحكم على النزاع الذي ينظره فقط، ويستمر إلى حين صيرورة حكم التحكيم أو إلى حين انقطاع صلة المحكم بالحكم التحكيمي.

وهذا ما بيّنته محكمة استئناف باريس حينما قضت، بأن على المحكم أن يُدرك أنه قاضٍ وليس وكيلاً عمن اختاره، وأنه بمجرد توقيع عقد التحكيم وتوقيع مستند قبول المهمة، ينفصل عمن اختاره. كما يتعيّن العلم، بأن تعيينه ليس تصرفاً فردياً وإنما يكون بناء على إرادة الأطراف المتنازعة [٣٢]. فهيئة التحكيم تنقطع صلتها بحكم التحكيم ليس من وقت إصداره فقط، بل من وقت تصحيح الأخطاء المادية والحسابية التي قد تشوبه، بينما لا صلة لها به في حالة رفع أحد الخصوم دعوى بطلان أمام قضاء الدولة.

وقد حدّدت بعض الأنظمة مدة الطعن، مثل نظام التحكيم التجاري لهيئة التحكيم الأميركية (AAA)، استناداً إلى مخالفة شرط الحياد، برد المحكمين المختارين من قبل اللجنة الوطنية وعلى رئيس الهيئة التحكيمية بإثني عشر عاماً، بينما لا تشترط الحياد في المحكمين المختارين من الخصوم [٣٣]. لأن تلك المدة تعتبر كافية لكي ينسى المحكم وجود علاقة بينه وبين الخصوم، وعلة ذلك أن المحكم نفسه غير مكلّف بتدوين علاقاته المسبقة في أرشيف شخصي، ويكفي أن يكون تقدير أثر تلك العلاقة لقاضي النزاع لأن هذا التقدير يختلف من حالة لأخرى[٣٤].

---

[31] - Arbitration V. 124/2011, Nationality of the Parties, Claimant:Sweden, Respondent: Sweden, Arbitrators Independence and Impartiality: A Review of Scc Board Decisions on Challenges t To Arbitrators (2010-2012).

[32] - Cass, Civ.14 nov, 1990.affaire UryG.Galeries Lafayette, Rev.arb 1991, p25 note ch.Jarrosson.

[٣٣]- قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم 2006/201، بتاريخ 2006/8/21، منشورات مركز العدالة الأردني.

[34] - Nathalie Bernasconi-osterwalder, Lise Johnson and Fiona Marshall, Arbitrator Independence: Examining The Dual Role Of arbitrator And Counsel, International Institute For Sustainable Development, 2011, p24.

ه- مفاعيل مخالفة مبدأ الحياد:

لقد سبق وأشرنا، أن المادة 1/12 من قواعد اليونسترال للتحكيم لعام 2010، والمادة 1/18 من قانون التحكيم المصري والمادة 17/أ من قانون التحكيم الأردني تنص على أنه: " **لا يجوز رد المحكم** إلا إذا قامت ظروف تُثير شكوكاً حول حيدته واستقلاله".

وبالتالي إن مجرد الطعن في أي مظهر من مظاهر مخالفة مبدأ الحياد لا يعني صحة الإدعاء، والبينة على المدعي. كما أن تقدير ما إذا كان المظهر المطعون فيه مخالف لمبدأ عدم الحياد من عدمه، يختلف من شخص لآخر حسب خبرته الشخصية[٣٥]. لذلك يثار التساؤل حول ما إذا كان تجرّد المحكم من شرط الحياد، يجرّه من وظيفة التحكيم؟ فالنصوص التشريعية واللائحية تفيد أن مجرد مخالفة المحكم عقب إبرام العقد للشروط الشخصية الواجب توافرها فيه، لا تجرّده من صفة المحكم وإنما **يعاقب عن هذا التصرف** طالما كان تصرفه مصحوباً بإرادة واعية قوامها الرضا سواء في مستند قبول المهمة أو مخالفة شروط الحياد.

وسواء كانت الإرادة متعلقة بالإيجاب أوالقبول، فلا بدّ من التعبير عنها صراحة أو ضمناً. وهذا ما تقرره غالبية التشريعات، ومنها قانون التحكيم الأردني المادة 15/ج، وقانون التحكيم المصري المادة 16 حيث تنصان على أن: "يكون قبول المحكم القيام بمهمته كتابةً، ويجب عليه أن يُفصح عند قبوله عن أي ظرف من شأنها إثارة شكوك حول حيدته واستقلاله". وعليه يتوجب أن تكون إرادة المحكم خالية من العيوب، كالغلط والإكراه والتدليس والإستغلال[٣٦]، وإلا جاز له الدفع بعدم صحة توقيعه على مستند قبول المهمة، ومن ثم تخفيض كل من حجم مسؤولية مخالفته شروط الحياد والعقاب المقرر لتلك المخالفة، وخصوصاً ما يتعلق برده وتجريده من مهنة التحكيم.

- **دراسة حول حكم تحكيمي عن استقلالية وحياد المحكَّمين في الهند:**

Aravali Power Company Pvt. Ltd. Vs M/S. Era Infra Engineering Ltd[37].

من المبادىء الأساسية في التحكيم الدولي أنه، يجب على كل محكّم أن يبقى مستقلاً ومحايداً بما يخص الأطراف والنزاع.

إن مسألة استقلالية ومحايدة وعدم انحياز المحكّم كانت أحد أبرز الأمور الخلافية في الهند. خصوصاً أنها امتدت حيث طالت الخلافات الناشئة عن العقود المنفّذة قبل تعديل قانون 1996 للتوفيق والتحكيم. قبل التعديل، لم يكن هناك أي شرط على أي فئة من الأشخاص عند تعيين المحكّم، كما أن أطراف النزاع يمكنها

---

[٣٥]- القصاص ع، **"نطاق رد المحكم في قانون التحكيم الجديد"**، بحث مقدم إلى اللجنة العلمية لترقية الأساتذة والأساتذة المساعدين في تخصص القانون التجاري وقانون المرافعات بالجامعات المصرية، ص 15.

[٣٦]- يحي ي، **"أصول الإثبات في القانونين المصري والسوداني"**، دراسة مقارنة، دارالنهضة العربية 1990، ص 130.

[37] - Khandekar, Shivani & Singh, Divyansh (2017). Independence and Impartiality of Arbitrators: Are We There Yet? Kluwer Arbitration Blog.

توقيع اتفاقات تحكيم تنص على تعيين أحد موظفيها كمحكّم. هذا الأمر كان متفشياً تحديداً في عقود التحكيم الموقّعة مع الوكالات الحكومية، والتي تعيّن أحد موظفيها الخاصين بها كمحكّمين في النزاع.

إن **تعديلات القانون التي جرت عليه في العام 2015**، والتي وُضعت موضع التنفيذ في 2015/10/23، كانت تمهد لمبادئ عدم الإنحياز، الإستقلالية والحياد، مع إضافة للفقرة **12**(5) التي تجعل كل شخص، يقع ضمن أي من الفئات الموجودة في البرنامج رقم **7** من القانون، غير مؤهل ليكون محكّماً وفي البرنامج رقم **5** الذي يضع الأسس التي يمكن من خلالها تحجيج ما إذا كان هناك **شكوك مبرّرة** تمس بالإستقلالية والحياد للمحكّم. ولكن بالرغم من أن هذه التعديلات هي صالحة للتطبيق مستقبلاً، أي تُطبق من تاريخ التعديل للمستقبل، فهناك حالياً العديد من النزاعات في المحاكم التي يحكمها القانون الذي كان مطبقاً ما قبل التعديل.

واحد من بين النزاعات الحديثة، Viz.Aravali Power Company Pvt. Ltd. بوجه M/s. Era Infra Engineering Ltd.، صدر قرار حديثاً بشأنها من قبل محكمة التمييز، وحيث أن محكمة البداية باعتمادها على قراراتها السابقة فيما يخصّ Indian Oil Corporation Ltd. and Others في وجه Raja Transport Private Ltd. و Northen Railway Administration, Ministry of Railway, New Delhi v. Patel Engeneering Company Ltd.، دعمت شرعية الرئيس التنفيذي للشركة المستأنفة للتحكيم في النزاع.

مع الإتجاه الحالي لأحكام المحاكم الهندية للتحكيم الجديد، فإن هذه الوجاهية تبدو كعودة إلى الوراء ومناقضة لمبادىء عدم انحياز المحكّم. لذلك، لكي لأجل فهم ونقد حكم Aravali (supra) بصورة صحيحة، فمن المهم إلقاء نظرة على جدولالوقائع.

إن شركة Aravali المستأنفة منحت عقداً لبناء حزمة ومنظومة بلدة مستمرة ل Andira Ghandisuper Thermal Power Plant ووقعت العقد مع M/s Era infra engineering المستأنف عليها. إن العقد المؤلف من دفتر الشروط العامة ودفتر الشروط الخاصة قد وُقّع بين الأطراف. فالبند 56 من دفتر الشروط العامة نص على التحكيم بين الأطراف وحدّد أن أي نزاع يُحال إلى المحكم الوحيد للمشروع.

إن التاريخ المحدّد للإنتهاء من العمل كان في 2011/5/19، ولكن التقدم في العمل كان بطيئاً جداً مما دفع بالشركة المستأنفة إلى إلغاء العمل المتبقي. وقد تسبب ذلك بضرر للمستأنف عليها من جراء الإلغاء، مما دفع هذا الأخيره إلى رفع دعوى تحكيم بوجه الشركة المستأنفة في 2015/7/29 وقد تبلغت بذلك فور رفع الدعوى. نستخلص من ذلك أن قانون ما قبل التعديل هو القانون الصالح للتطبيق في هذا السياق. فمن المناسب أن نلاحظ، أنه في دعوى التحكيم، فقد اقترح المستأنف عليه أن يتم تعيين قاضٍ متقاعد من المحكمة العليا كمحكّم وحيد أو يتم اختيار محكم من هيئة من المحكّمين المستقلين.

ولكن الشركة المستأنفة، وبالإعتماد على البند 56 من دفتر الشروط العامة للعقد، رفضت طلب المستأنف عليه وتابعت في تعيين مديرها التنفيذي كمحكّم وحيد في 2015/8/19. وقد حدّدت أول جلسة

استماع للتحكيمفي 2015/10/7 وقد حضرها كل من الأطراف المتنازعين. ووفقاً لسجل الإجراءات المستتبعة، فلم يكن هناك أي اعتراض من قبل الشركة المستأنف عليها فيما يتعلق بتشكيل محكمة التحكيم.

في الواقع، بعد تعديل القانون، حاول المستأنف عليه رفض تعيين المحكّم بتاريخ 2016/1/12. هذا التحدي قوبل بالرفض من قبل محكمة التحكيم بحجة أن هذا الأخير كان قد اشترك مسبقاًفي اجراءات التحكيم بدون أي اعتراض على تشكيل محكمة التحكيم. فبالإستناد إلى الضرر الذي أصابه من قرار المحكمة، تقدم المستأنف ضده أمام محكمة دلهي العليا طالباً الإلتماس منها تحت الفقرة 14 من قانون التحكيم طالبتً منها إنهاء فترة التفويض للمحكّم، وأيضاً تحت فقرة 11(6) طلب منها تعيين محكمة تحكيم مستقلة.

مانعت الشركة المستأنفة بحجة أن العريضة التي تقع تحت الفقرة 14 من القانون 1996 من غير الممكن المتابعة بها كون المحكّم عُيّن وفقاً لشروط اتفاقية التحكيم وأن المستأنف عليه لم يأخذ أي خطوة للاحتجاج على هكذا تعيين للمحكّم بالطريقة المحددة وفقاً للقانون السابق ا=للتعديل.

ولكن المحكمة العليا سمحت بتطبيق الفقرات 14 و 11(6) وتركت جانباً تعيين المحكّم وطلبت من الشركة المستأنفة تزويدها بفريق من ثلاثة محكّمين مستقلين لتختار الشركة المستأنف عليها من بينهم. تم ذلك إذا أخذنا بعين الاعتبار الهدف من تعديل العام 2015 والمبدأ الذي تضمنه فيما يخص الحياد والاستقلالية وعدم الإنحياز. مما دفع بالشركة المستأنفة المتضررة بالادعاءلدى محكمة التمييز الهندية.

لم تأخذ محكمة التمييز بقرار المحكمة العليا لأسباب عديدة أهمها:

- ليس تعيين المحكّم غير صالح أوغير ملزم نتيجةً لكونه موظفاً عند أحد أطراف النزاع كما نص عليه قانون ما قبل التعديل، الذي كان ينطبق على هذه القضية كما هو متفق عليه.

فالحكم مناسب جداًمن الناحية التقنية إلى حد أنه بالإستناد إلى قانون التحكيم للعام 1996، كان يحق فقط للمستأنف عليه اللجوء إلى الفقرتين 12 و13 بعد تأسيس محكمة التحكيم ولم يكن يستفيد من نفس الشيء من ضمن المهلة المحددة.

نصت الفقرة 12 على أن المحكّم يمكن أن يُنازع بشأنه في الحالتين التاليتين:

1 -وجود ظروف تؤدي إلى إنشاء شكوك مبررة فيما يخص استقلاليته أوحياده.
2 - عدم امتلاكه صفات تتوافق عليها الأطراف.

إن الفقرة 12 نصت أيضاً، على أن أحد الأطراف يستطيع أن ينازع حول محكّم قام هو بتعيينه أو شارك في تعيينه، فقط للأسباب التي يصبح على دراية بها بعد تعيين المحكّم. نصت الفقرة 13 على آلية التنازع وأقرت أن أي تنازع مع المحكّم يجب أن يكون خلال خمسة عشر يوماً من إبلاغه بتشكيل محكمة التحكيم، أو خلال خمسة عشر يوماً من إبلاغه بأي ظرف تمت الإشارة إليه في الفقرة 12. لذلك إن أي فشل في إجراء المنازعة المشار إليها خلال المدة الزمنية المحددة يكون بمثابة تنازل كما تنص عليه الفقرة 4 من قانون التحكيم.

بالإضافة لذلك، يمكن المقاضاة أمام المحكمة عن طريق عريضة الفقرة 14 لإنهاء فترة تفويض المحكّم فقط في الحالات التالية:

1 - عندما يُصبح بحكم القانون وبحكم الواقع غير قادر على تأدية مهامه أو حين يفشل لأسباب أخرى في إنجاز المهمة المكلف بها من دون تأخير.
2 - أو في حال انسحابه من مكتبه أو عند اتفاق الفرقاء على إنهاء تفويضه.

في الحالة المشار إليها هنا، لم يكن المحكّم بحكم القانون والواقع غير قادر على تأدية مهامه، بالرغم من أنه استناداً إلى قانون ما قبل التعديل، لا يوجد قيودعلى تعيين الموظف كمحكّم. في الواقع، في قضية شركة "Indian Oil Corporation (supra)"، أيدت محكمة التمييز الهندية فكرة أن كون المحكم موظفاً لدى أحد أطراف النزاع في التحكيم، لا يعني بحكم الواقع أن ينشأ عن ذلك افتراض أن المحكّم متحيّز أو غير محايداً أو يفتقر للإستقلالية.

بالإضافة إلى ذلك، ربما كان مطلوباً وضوح أكثر في مسألة تطبيق الفقرة 14 والتي هي غير معمول بها بما أن المحكّم ليس بحكم القانون ولا الواقع غير قادر على تأدية مهامه بالاستناد إلى قانون ما قبل التعديل. إنه فقط بعد التعديل، كما هو منصوص عليه في قضية HRD (supra)، يكون الموظف- المحكّم بحكم القانون غير قادر على تأدية مهامه كنتيجة لعدم أهلييته وفقاً للفقرة 12(5) وبالتالي، يفتقر إلى الإختصاص القضائي ليقضي في اختصاصه بين الناس.

أخيراً، إذا عدنا إلى مسألة عدم الإنحياز، يمكن أن تكون هناك قناعة أنه بعد تعديل القانون، فإن مقاربة المحاكم يجب أن تتغير لتحافظ على حالة انسجام النزاعات مع الأهداف الأساسية للتعديل والمبادىء الأساسية للتحكيم الدولي بالرغم من الإجراءات المنصوص عنها في القانون القديم.

إن اختيار الأشخاص الذين يؤلفون محكمة التحكيم، هو أمر حيوي وغالباً الخطوة الحاسمة الأكثر في التحكيم. فمن الصحيح القول أن التحكيم يكون جيداً عند وجود محكّمين جيدين. إن على محكمة التمييز أن تعيد النظر في موقفها في قضية Indian Oil Corporation (supra) و Aravali (supra). إذ عندها سوف يتم الاعتراف بالهند كمؤيدة للتحكيم القضائي.

الفصل الثاني: مفهوم حياد القاضي:

إن الحياد هو مبدأ قانوني أو قاعدة قانونية عامة، تتعلق بالفصل في القضايا المعروضة على القاضي. فبالرغم من الفروق والإختلافات بين المبدأين التحفظ والحياد إلاّ أن هناك صلة وثيقة بينهما، ويعتبر الحياد نوع من أنواع التحفظ[٣٨].

لذلك إن الحياد صفة يتطلبها العمل القضائي، فالخصوم عندما يرفعون أمرهم ونزاعهم للقاضي فإنهم يقصدوا له لحياده، ولأن عدم حياد القاضي يعني تحيزه، وإذا تحيّز فقد موضوعيته وفقد عدالته. نتيجةً لذلك أباح القانون للمتقاضي، حق تقديم طلب رد القاضي عن النظر في الخصومة إذا تبيّن له أن هناك أسباباً تجعل القاضي في موضع الشبهة وحكمه غير خالٍ من شوائب التحيّز. فإذا أثبت المتقاضي أن للقاضي مصلحة في النزاع المعروض عليه، أو لزوجه مصلحة فيه، أو قرابة مع خصمه، فإنه في مثل هذه الحالات وغيرها يجوز له أن يطلب إبعاد القاضي عن النظر في النزاع، وإلا سينعكس سلبياً على حكمه وعدالته[٣٩].

ومن أجل ترسيخ مبدأ الحياد، أوجبت المادة 10 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان عرض كل نزاع على قضاء مستقل وفي جلسة علنية، وهو ما تأكد في المادة 7 من مشروع النظام القضائي العربي الموحد، كما تم ترسيخ هذا المبدأ في مختلف الدساتير والقوانين في الأنظمة المقارنة.

وتجسيداً لمبدأ حياد القاضي، أن لا يُمس بحقوق الدفاع حتى لا يُتهم بأنه تحيّز لمتقاضٍ معين ضد آخر، فهو ملزم بأن يُساوي بين الخصوم ويتخذ كل إجراء من شأنه تأكيد وإثبات حياده. فالقاضي مُلزم بالحياد حتى لو لم يُلزمه الدستور أو القانون الأساسي[٤٠].

فليس للقاضي أن يستحدث دليلاً غير صادر من الخصوم في الدعوى، **فحياد القاضي يمنعه من المساهمة في جمع الأدلة**، كما ليس له أن يستند إلى أي دليل يتحراه بنفسه بعيد عن الخصوم بل ليس له أن يستند على أي واقعة حاسمة في الدعوى **إلاّ إذا قُدمت له وفقاً للإجراءات التي يقرّرها القانون**[٤١]. هذا يبدو جلياً في القانون الإنكليزي وقانون الكثير من دول الكومنولث، أن قاعدة عدم الإنحياز تعتبر القاعدة الطبيعية للعدل. ففي سياق الإجراءات الجنائية، تنطبق قاعدة عدم الإنحياز على كل عضو في مجلس القضاء (أي القضاة المحترفين والقضاة العاديين على حد سواء)، وتنطبق أيضاً على كل عضو في المحكمة[٤٢].

---

[٣٨]- السنهوري عبدالرزاق أحمد، **"الوسيط في شرح القانون المدني"**، ج2، نظرية الإلتزام بوجه عام، منشأة المعارف، الإسكندرية 2004، ص 22،26.

[٣٩]- أمقران بوبشير محمد، **"النظام القضائي الجزائري"**، ديوان المطبوعات الجامعية 2005، ص 104.

[٤٠]- بوضياف عمار، **"القضاء الإداري الجزائري"**، معدلة طبقاً للإجراءات المدنية والإدارية، ط2، 2008، ص 16.

[٤١]- صقر نبيل، **"الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية"**، قانون 09/08، الخصومة، تنفيذ، التحكيم، دار الهدى، فبراير 2008، ص 160.

[42] - Rädler,p. Independence and impartiality of Judges. Retrieved from http://hrlibrary.umn.edu/fairtrial/wrft-rae.htm

أما القاضي الإداري الفرنسي، فمن المتوجب عليه أن يكون مستقلاً وحيادياً (المادة L721-1 والمادة R721-1) من قانون العدالة الإدارية حول التجريد من الأهلية والمادة 6 الشهيرة للإتفاقية الأروبية حول حقوق الإنسان[٤٣] .

لذلك ونتيجةً لما تقدم، لا بدّ من التطرق إلى المسائل التالية:

المبحث الأول: وحدة واستقلال القضاء

المبحث الثاني: الشروط والضمانات الأساسية لحياد القاضي

المبحث الأول: وحدة واستقلال القضاء:

إن الهدف من استقلال القضاء، هو تحقيق العدالة التي لا يمكن أن تتحقق في غياب أحد مقوّماتها الأساسية وهي استقلال القضاء وحمايته من أي تدخل أو تأثير. فطبيعة هذا العمل تقتضي أن تكون السلطة التي تمارس القضاء، تتّسم بالإستقلال والحياد وهو جوهر العمل بمبدأ الفصل بين السلطات واستقلال السلطة القضائية عن بقية السلطات الذي يعتبر حجر الزاوية في أي نظام ديمقراطي حر.

فاستقلال القضاء ليس ترفاً، وليس خياراً للشعوب أو الحكّام، بل **هو حتمية حياة وضرورة وجود** ، وهو صمام الأمان للمتقاضي قبل القاضي. فهذه الإستقلالية هي شأن تتجاوز بكثير حدود القضاة أنفسهم، إذ أنها في جوهرها وثيقة الصلة بقضية العدل وميزان الحرية في المجتمع وفي العالم المتحضّر. فإن قيمتَي العدل والحرية تتأثران سلباً و إيجاباً بمقدار ما هو متوفر من استقلال للقضاء في كل بلد. فالحديث عن دولة المؤسسات وعن مبدأ سيادة القانون وعن المشروعية في دولة لا يوجد فيها قضاء مستقل يصبح نوعاً من العبث، لأن هذه الأمور جميعاً مرتبطة ارتباطاً وثيقاً ببعضها. فعندما يختفي مبدأ المشروعية، وعندما لا يكون هناك إيمان بمبدأ سيادة القانون، فإنه لا يمكن تصور وجود سلطة قضائية مستقلة في مواجهة بطش السلطة التنفيذية.

- **استقلال القضاء في المواثيق الدولية:**

لقد أكدت جميع المواثيق الدولية على مبدأ استقلال القضاء، فالإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر من الأمم المتحدة عام 1948، يقضي بأن "لكل إنسان على قدم المساواة التامة مع الآخرين الحق في أن تنظر قضيته محكمة مستقلة ومحايدة بصورة عادلة وعلنية للفصل في حقوقه والتزامه وفي أي تهمة جنائية توجه إليه".

[43] - Challenges for judicial independence and impartiality in the member states of the Council of Europe. 24 march 2016, Retrieved from http://rm.coe.int/168066d624

كما بُذلت جهود متتابعة من قبل المجتمع الدولي لضمان استقلال القضاء، وهذه الجهود أثمرت "الإعلان العالمي حول استقلال العدالة" [٤٤]، كما تمت بلورة مشروع " **استقلال وحياد القضاة والمحلفين والمستشارين واستقلال المحامين** "، المقدم إلى الجمعية العامة للأمم المتحدة سنة 1988. كما تمّ تقرير مجموعة من القواعد الدولية، منها "كل متهم بريء حتى ثبوت إدانته"، وأيضاً يتمتع كل متهم أثناء النظر في قضيته بضمانات المحاكمة العادلة، ومن هذه الضمانات أن تجري محاكمته دون تأخير غير مبرّر، وأن تجري محاكمته حضورياً، إضافةً إلى تمكينه من مناقشة شهود الإتهام بنفسه أو من قبل من يُدافع عنه، وعدم إكراهه على الإعتراف.

نتيجةً لذلك، حرصت الدساتير على كفالة استقلال القضاء، وأكدت على كفالة حق الدفاع واستقلال القضاء. وهذه الحماية الدستورية لاستقلال القضاء، وحق المواطن في اللجوء إليه تعدّ من الحقوق الطبيعية التي تسمو فوق الدساتير نفسها ولا يمكن تغييرها، وذلك لضمان حماية الحقوق والحريات الأساسية للمواطنين، وإن عكس ذلك يعتبر تعدياً على جوهر رسالته في حراسة حقوق الأفراد وحرياتهم والتي تعتبر رهناً لاستقلال القضاء وحصانته [٤٥]. لذلك ينبغي على الحكومات أن تُراعي وتحترم في إطار تشريعاتها وممارساتها الوطنية، المبادىء الأساسية التي وضعت لمساعدة الدول الأعضاء في مهمتها المتعلقة بضمان استقلال السلطة القضائية وتعزيزها، لأنه لاتزال توجد في حالات كثيرة فجوة بين الرؤية التي تقوم عليها تلك المبادىء وبين الحالة الفعلية.

المبحث الثاني: الشروط والضمانات الأساسية لحياد القاضي:

وضع المشرّع الضمانات اللازمة ليُظهر القاضي بمظهر المحايد، وبالتالي يجوز للخصوم أو لأحدهم طلب رد القاضي أو تنحيه عن الحكم كلما توفرت أحد الأسباب التي حدّدها المشرع. إذ يُقصد بردّ القاضي عن الحكم، منعه من نظر الدعوى عندما توفّر سبب يدعو إلى الشك في قضائه بغير ميل أو تحيّز. فهذه الإجراءات تؤدي إلى تفادي انحياز القاضي لمصلحة طرف في الدعوى على حساب الطرف الآخر، ويؤدي أيضاً إلى حماية القاضي من الشبهات التي تشوب قضاءه فيها، ويحفظ الثقة في القضاء عن طريقة حماية مظهر الحياد لدى القاضي.

لذلك أجمع المشّرعين من بينها المادة 1996/120من قانون الأصول محاكمات مدنية اللبناني والمادة 201 من قانون الإجراءات المدنية الجزائرية والمادة 174 من قانون أصول المحاكمات السوري، أنه يجوز ردّ القاضي عن نظر الدعوى في الحالات التالية:

أ - **المصلحة في النزاع**:

أي تواجد القاضي أو زوجه في مركز قانوني يتأثر بالحكم في الدعوى، حيث يمكن أن يجني أحدهما أو كلاهما منفعة من الدعوى القائمة سواء كان ربحاً مادياً أو أدبياً.

---

[٤٤]- قراري الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 32/40 في 29 نوفمبر 1985، ورقم 146/40 في13 كانون الأول ديسمبر 1985.
[٤٥]- بلجبل عتيقة، المرجع السابق، ص 169.

ب -**الصلة بالخصوم**:

تتمثّل هذه الصلة في علاقة **القرابة والمصاهرة**، إذ يجوز طلب الرد إذا وجدت قرابة أو مصاهرة بين القاضي أو بين زوجه وبين أحد الخصوم أو المحامين أو وكلاء الخصوم حتى الدرجة الرابعة. أو في حالة ارتباط القاضي بأحد الخصمين.

كما يمكن أن يكون القاضي **دائناً أو مديناً لأحد الخصوم**، أو **خصومة قائمة وجدية** وليس مفتعلة مع أحد الخصوم،هذا بالإضافة إلى جواز رد القاضي إذا كانت بينه وبين أحد الخصوم عداوة شديدة.

ج- **إبداء رأي مسبق في النزاع**:

أي وجود علاقة سابقة بين القاضي والدعوى المعروضة عليه، تجعله يُبدي رأي في موضوعها قبل عرضها عليه. فيكون له عندئذٍ فكرة مسبقة عن الدعوى، يُحتمل أن يأخذ بها.

لذلك ومهما يتّصف القاضي بالعدالة والنزاهة، فإنه قد يتأثر بميوله ومصالحه الشخصية. لذا يتعيّن على القاضي في حالة علمه بقيام سبب من أسباب ردّه، أن يتنحى تلقائياً عن نظر الدعوى المعروضة عليه (المادة 121 أ.م.م اللبناني)، كما يجوز للقاضي إذا استشعر بالحرج من نظر الدعوى لأي سبب وفي غير أحوال الرد المشار إليها، أن يعرض تنحيه أيضاً (المادة 122 أ.م.م من القانون اللبناني).

- **نزاهة وحياد القاضي وعقوبة الانحياز:**

في المسائل المدنية، قدّرت الغرفة الاجتماعية لمحكمة النقض الفرنسية في شأن توقيف القاضي الذي حدث في 18 تشرين الثاني 1998، أن مستشار المحكمة الصناعية كان منحازاً جزئياً بشكل غير موضوعي، وذلك لان الشخص الذي يتقاضى الأجر والذي كان يطالب بالدعوى كان يسكن مع ابن اخ مستشار المحكمة الثانية. لذا اعتبرت المحكمة أن هذا المجتمع الذي يربط أفراده العاطفة كان معياراً للشخصانية وعدم الموضوعية وبالتالي يؤدي إلى نقص في الحياد[٤٦].

فحياد القاضي يعني أنه لا يمكن أن يكون قاضياً و في نفس الوقت أحد أطراف النزاع، إذ أنه لا يستطيع التحقق في القضية والحكم فيها ، ولا يمكن أن يكون له وظائف استشارية ومثيرة للنزاع على التوالي في نفس الدعوى (المحكمة الاوروبية لحقوق الانسان CEDH، 28 أيلول 1995 بروكولاPROCOLA)، وفي النهاية لا يمكن له أن يعرف باللجوء إلى الاصلاح ضد قراره الخاص[٤٧].

[46] - Oudoul, Andrey. L’impartialité des magistrats dans la procédure pénale française a l’une du droit de la convention EDH.

[47] - L’impartialité du juge et la sanction de la partialité (2019). www.cours de droit.net.

فبالنسبة للمحكمة الاوروبية لحقوق الانسان CEDH، إن نقص الحياد يُفهم بطريقة أخرى حول معيار عدم الموضوعية، لأن ما تتطلبه المحكمة هو أن الدولة المعنية تضمن للمتقاضين قواعد النظام الداخلي والاجراءات التي تسمح لهم برفض القاضي للاشتباه بتحيزه فيما يخص الاختصاص إذا نتج هذا التحيز عن رابط عاطفي أو عائلي أدى إلى احتمالية عدم الحياد.

وتعتبر المحكمة أن الدولة لا تضمن حياد القاضي إذا كان القانون الداخلي لا يسمح برد صلاحية القاضي ورفضه، كما هو الحال في قضية توقيف Remli ضد فرنسا بتاريخ 23 نيسان 1996، إذ أنه إذا تجاوز توقيت رفض القاضي المهلة الزمنية، لا يمكن تقديم دعوى الرفض. وإذا وصل الى مسامع المتهم أن القاضي يعتبره مذنباً متهماً، فلا يمكن رفض القاضي اذا كانت المهلة قد انقضت. ولقد تمت إدانة فرنسا لأنها لا تسمح بضمان الحياد خلال فترة المحاكمة[٤٨].

من ناحية أخرى، إن غرفة التحقيق الفرنسية المكلفة بالاستماع الى الطعون المقدمة ضد قرار قاضي التحقيق لا تهتم بضلوع الشخص بالذنب، وإنما تهتم بما إذا كان من الضروري احتجازه أم لا. (توقيف الدائرة الجنائية في 27 تشرين الأول 2004)[٤٩] .

في مرجع آخر، لا يُسمح للقاضي الاداري الذي شغل منصب قاضي المرجع، أن يستمع لنفس القضية كقاضي الموضوع. ففي 9 آذار 2009، في المحكمة الادارية لمدينة مرساي في فرنسا، استمع قاضٍ الى أصحاب الدعوى في قضية كفالة كقاضي المرجع، فحكم بكفالة على المبالغ المستحقة للمتقاضي صاحب الحق والتي تعادل قيمة المبالغ التي تحكم بها المحكمة الادرارية على الشخص العام. فعند رفض القاضي لهذه الكفالة، لا يمكن له الحكم في تشكيل المحكمة الادارية التي تحكم في الموضوع حول منح مبالغ للدائن.

هذا يعني ان المتقاضي الذي كان بامكانه ان يرفض القاضي بسبب عيب الانحياز ولم يكن قد قام بذلك، لا يحق له القيام بذلك لاحقاً في حال سلوك طريق الطعن، وخاصة في المطالبة بالنقض، أن يطالب بالغاء القرار الصادر بسبب عيب انحياز القاضي بالاستناد الى المادة 6-1 للمحكمة الاوروبية لحقوق الانسان. هذا يعني أن إمكانية استحصال قرار إلغاء حكم أو اي تنحية للقاضي بالاستناد الى المادة 6-1: إما أن القانون الداخلي لا يسمح للمتقاضي بتنحية القاضي وبالتالي نطلب من محكمة التمييز أن تلغي القرار أو الحكم، أو أنه تمت المطالبة بتنحية القاضي ولكنها رفضت: إذاً الحل الوحيد يجري عن طريق التمييز.

نجد هذا المبدأ في الكثير من التوقيفات: توقيف 14 تشرين الثاني 2000 في الجمعية العامة لمحكمة النقض:

حيث أدلت محكمة النقض أنه كان لديها الوسائل لتنحية القاضي لأنه كان يعرف أنه يشارك في القضية[٥٠].

---

48 - Ibid.
49 - Ibid.
50 - Ibid.