

الجامعة اللبنانية

كلية الحقوق والعلوم السياسية والإدارية

(الفرع الأول)

المحکم، استقلاله وحياده في المنازعات الإداريّة

رسالة لنيل شهادة الماستر في القانون العام

إعداد

ساندي محمد المصري

لجنة المناقشة

رئيساً

الأستاذ المشرف

الدكتور محي الدين القيسي

عضواً

أستاذ مساعد

الدكتور عيسى بيرم

عضواً

أستاذ

الدكتور عصام اسماعيل

إهداء

إلى من لا تجزيها الكلمات والعبارات، إلى النور الذي ينير لي درب النجاح ... أمي الغالية،

ريما خالد حلواني

حفظها الله وأبقاها تاجاً فوق رأسي

إلى مثال العدل والعدالة ... إلى والدي،

القاضي محمد محمود المصري

له كلّ التجلي والإحترام

إلى جدي وجدتي الغلاة

إلى سندي في هذه الحياة ... أخوتي الأعزاء

سيلفي محمد المصري

محمود محمد المصري

رامي محمد المصري

شكر وتقدير

الحمد والشكر إلى الله المستعان به الذي وقّفتني وأعانتني على إنجاز هذا العمل المتواضع،

إلى من هم بفكرهم علماء وبتواضعهم عظماء ...
من كان لهم فضل السبق، وكانوا في نصحتهم وإرشادهم أمناء ...

الشكر الجزيل والاعتراف بالفضل والتقدير للأستاذ الفاضل

الدكتور محي الدين القيسي

الذي تكرّم بالإشراف على هذه الرسالة فكان نعم المرشد ونعم السند

كما أتقدم بالشكر والتقدير

للمحامي الشيخ بطرس حرب

الذي واكب مسيرتي العلمية والمهنية بتوجيهه الدائم

وإلى من قدّم لي دعماً وعوناً وأخصّ بالذكر

الأستاذ الدكتور محمّد بو ضاهر

تمهيد

إن العمل الإداري، بتعدد نشاطاته وتعدد إجراءاته، لا يمكنه أن يتفادى في كلّ مرّة الأخطاء الشكلية أو الجوهرية. لذلك، قد تلاقي الأعمال الإدارية في بعض الأحيان معارضة من قبل الأطراف المعنية بها، ونصبح في هذه الحالة أمام نقطة خلاف ما بين الإدارة مصدرة القرار والشخص المعني بهذا القرار.

تسمّى هذه الخلافات بالمنازعات الإدارية، وللاطلاع أكثر عليها، يمكن استعراضها في جزأين؛ ماهية المنازعات الإدارية والتحكيم كحلّ ممكن لها.

أولاً: ماهية المنازعات الإدارية

تختلف الدعوى الإدارية عن المنازعات والدعاوى الأخرى بأنها وسيلة قانونية يكفلها القانون للأشخاص لحماية حقوقهم في مواجهة الإدارة عن طريق القضاء الإداري^١. يمكننا القول إذًا أن كلّ قرار إداري لم يتقبله شخص معنوي أو طبيعي يؤدي إلى نشوء نزاع إداري كون "الدولة" هي احد أطرافه وكون قرارها يلقي معارضة من قبل الطرف الآخر.

يصدر القرار الإداري عن هيئة حكومية غالباً ما تتمثل بالإدارة أو أحد أشخاص القانون العام الذي يتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلالين المالي والإداري. فبطبيعة الحال، إن كلّ إدارة تتحرك بمقتضى قرارات إدارية وفقاً للنصوص القانونية بحيث يكون هذا القرار موجهاً إلى شخص طبيعي أو شخص معنوي ومن شأنه إحداث أثر قانوني^٢. بالتالي، يكون أطراف النزاع الإداري هم الإدارة من جهة والشخص المعنوي أو الطبيعي من جهة أخرى، ويتكوّن النزاع الإداري من عنصرين؛ القرار الإداري والشخص المتضرر من هذا القرار والذي يرفضه على اعتبار أنه غير مشروع.

^١ د. جان باز، الوسيط في القانون الإداري اللبناني، ١٩٧٤، ص. ١٨١.
^٢ د. محي الدين القيسي، القانون الإداري العام، منشورات الحلبي الحقوقية، ط. ١، ٢٠٠٧، ص. ٨١.

ويُرجع القانون الإداري صور المنازعات الإدارية إلى ثلاث مجموعات؛ هي منازعات الإبطال، ومنازعات القضاء الشامل، وقضاء العجلة.

يقصد بمنازعة الإبطال^١ المراجعة التي يرفعها أحد الأفراد أو الأشخاص المعنويين إلى القضاء الإداري بطلب إبطال قرار إداري مخالف للقانون.

ويقصد بمنازعة القضاء الشامل^٢ المنازعة التي يرفعها أحد الأفراد أو الأشخاص المعنويين إلى القضاء الإداري لحماية حقوقه ممن يعتدي أو يهدد بالاعتداء على تلك الحقوق. وفي هذا النوع يمارس القضاء الإداري كامل سلطاته أمام المنازعة كون دوره، على عكس قضاء الإبطال، لا يقتصر على إبطال القرار المعيب إذ أنه يصح أيضاً المركز القانوني للطاعن كما يبين الحل الصحيح للمنازعة. مثال على ذلك دعاوى العقود الإدارية ودعاوى التعويض عن أعمال الإدارة غير المشروعة، والمنازعات الضريبية والانتخابية، والتأديبية للموظفين.

تقتضي الإشارة هنا إلى أنه في منازعات الإبطال تكون الإدارة دائماً هي الجهة المستدعى ضدها ولا تكون مستدعية لكون الهدف من تقديم المراجعة هو إبطال قرار إداري، وهذا لا يكون إلا إذا صدر قرار إداري من الجهة الإدارية وطلب إبطاله. أما في دعاوى القضاء الشامل، فإن الجهة الإدارية تكون في غالب الأحيان مستدعى ضدها، إلا أنه يمكن أن تكون مستدعية إذا كانت متعاقدة مع شخص معنوي من القانون العام أو إذا أصابها أضرار من جهة إدارية أخرى. وفي دعاوى التأديب، فإن الإدارة دائماً تكون المدعية كونها تطالب بفرض جزاء على موظفيها من القضاء الإداري لمخالفتهم لقوانين الموظفين.

وبما أن الإدارة تقوم بأعمالها من خلال قرارات أو عقود إدارية تتخذها بهدف الحفاظ على المصلحة العامة، وبما أن القرار الإداري أو العقد الإداري يجب أن لا يشوبه أي خطأ شكلي أو جوهري حتى لا يطلاله البطلان، بالتالي إن توفّر حالة الغبن أو عدم الشرعية أو تجاوز الإدارة لصلاحياتها من خلال هذه القرارات أو العقود يؤدي في نهاية المطاف إلى نشوء منازعات إدارية يقتضي حلها إما بالطرق الودية أو من خلال الطعون الإدارية أو القضاء أو التحكيم.

^١ يوسف سعد الله الخوري، القانون الإداري العام، الجزء الثاني، ط. ٤، ٢٠٠٧، ص. ٣٩٦.
^٢ المرجع السابق، ص. ٤١٧.

ثانياً: التحكيم في المنازعات الإدارية

١/٢ - مفهومه

التحكيم هو طريق يلجأ إليه الفرقاء لحلّ نزاعاتهم خارج القضاء عبر اختيارهم لأشخاص خاصين، إما من خلال بند تحكيمي ضمن عقد أو من خلال عقد تحكيمي مستقل. ويصدر عن إجراءات التحكيم قراراً تحكيمياً نهائياً، إلا أن بعض القوانين اشترطت مصادقة المحاكم العادية عليه وإعطائه الصيغة التنفيذية حتى يصبح من الممكن تنفيذه.

يتنوّع التحكيم بحسب النزاع موضوعه، فقد يكون التحكيم تجارياً أو مدنياً أو إدارياً. والتحكيم الإداري هو ذلك الذي يتعلّق بالفصل في منازعة إدارية، أي التي يكون أحد أطرافها على الأقل جهة إدارية تتصرّف بوصفها سلطة عامّة.

٢/٢ - تطوّره

في بداية القرن التاسع عشر، كانت الدولة وهيئاتها تشغل مركز السيادة بينما أشخاص القانون الخاص كانوا في مركز الخضوع. لذلك، اعتُبر أنّ دخول الدولة في التحكيم يعني تخليها عن مركزها السيادي والوقوف أمام المحكّم على قدم المساواة مع غيرها من الأشخاص^١. بالتالي، لم يكن من المتصوّر أثناء وضع القوانين وسنّها في بداية القرن التاسع عشر، ومع هيمنة الدولة على السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية الوطنية، أنّ تدخل الدولة والهيئات العامة التابعة لها في تحكيم بينها وبين غيرها من أشخاص القانون الخاص، التابعين لها أو لغيرها من الدول، أمر جائز.

ولكن مع تطوّر تدخل الدولة المباشر في الحياة الاقتصادية، ودخولها كطرف في عمليات التبادل الدولي بصفة خاصة، بدأ الفقه يدرك خطورة التمسك بفكرة السيادة في مجال يُراد له النمو والازدهار من

^١ سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، إتفاق التحكيم، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٨٦، بند ٢٠٥، ص ٢٩٣ وما بعدها.

جهة، لكنه لا يخضع لسلطان الدولة لوجود طرف أجنبي فيه من جهة أخرى. كما أنه لوحظ أن عدم جواز التحكيم بين الدولة وأشخاص القانون العام وأشخاص القانون الخاص، استناداً إلى فكرة سيادة الدولة، يناقض خضوع الدولة لمبدأ الشرعية، أي خضوعها للقانون. لذلك، يتوجب إخضاع أعمال الدولة لرقابة القضاء ومساءلتها عن هذه الأعمال، فكل ما يتطلبه مبدأ سيادة الدولة هو إخراج المسائل الحساسة، التي تطلق فيها سلطة الدولة في التقدير، من سلطة القضاء والتحكيم على حدّ سواء. ومن هذا المنطلق، إتجه الفقه الفرنسي، في تحديده للقابلية للتحكيم في المنازعات، إلى التمييز بين المنازعات القانونية والمنازعات السياسية، وإن اختلف بعد ذلك على تحديد معيار التفرقة بين هذين النوعين من المنازعات.

وإزاء الموقف المتحرّر للقضاء العادي الفرنسي تجاه التحكيم في العلاقات الدولية، التي يكون أحد أطرافه الدولة أو شخص من أشخاص القانون العام، ظلّ القضاء الإداري ملتزماً بحظر الإتفاق على التحكيم بين الدولة والأشخاص العموميين، وبين أشخاص القانون الخاص، في المنازعات التي يطالها إختصاصه وخاصة تلك المتعلقة بالعقود الإدارية ما لم يكن هناك نصّ قانوني خاص يبيح لها التحكيم^١. وأساس هذا المبدأ هو الرغبة في عدم تمكين أشخاص القانون العام من الإفلات من ولاية القضاء الإداري الذي أنشئ خصيصاً لها^٢. وقد توصل القضاء الفرنسي إلى مبدأ آخر، إضافة لهذا المبدأ، هو عدم جواز وضع شرط تحكيم في العقود التي يختصّ بنظرها القضاء الإداري، حتى بين شخصين من أشخاص القانون الخاص كعقود الأشغال العامة^٣ مثلاً.

أما بالنسبة للتشريعات العربية، فقد اختلفت هذه الأخيرة تجاه جواز التحكيم في المنازعات الإداريّة، لا سيّما في العلاقات الدولية. فنصّ قانون المملكة العربية السعودية، في المرسوم الملكي رقم ٤٦ في المادة ٣ منه الصادر بتاريخ ١٢/٧/١٤٠٣هـ، على أنه لا يجوز للجهات الحكومية اللجوء للتحكيم لفضّ منازعاتها مع الآخرين إلاّ بعد موافقة رئيس مجلس الوزراء وهذا المنع يشمل التحكيم في العلاقات الداخلية والخارجية على حدّ سواء.

^١ Patrikios, A., (1997), *L'Arbitrage en Matière Administrative*, LGDJ, Paris, p.30-35.

^٢ المرجع السابق، ص. ٣٠-٣٥.

^٣ المرجع السابق، ص. ٧١-٧٦.

أما في مصر فلم يتضمن القانون المدني أو قانون المرافعات نصاً يمنع التجاء الدولة أو الأشخاص العامة للتحكيم. وقد إتجه الرأي الراجح في الفقه المصري إلى أن شرط التحكيم في عقود البترول، التي تبرمها الحكومة أو المؤسسة العامة للبترول، ليس فيه مساس بسيادة الدولة^١. وفي مرحلة الانفتاح الاقتصادي في السبعينات أباح القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٨٤، نظام استثمار المال العربي والأجنبي والمناطق الحرّة المعدّل بقانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٨٧، التحكيم في المنازعات التي تنشأ عن تطبيق هذا القانون ولو كانت الدولة أو أي جهاز من أجهزتها الإدارية طرفاً فيها^٢.

وقد جاء قانون التحكيم التجاري الجديد، رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، بالتوجّه المبكر نحو تحرير القابلية للتحكيم من آثار فكرة سيادة الدولة، فنصّ في المادة الأولى منه على أنه "مع عدم الإخلال بأحكام الإتفاقيات الدولية المعمول بها في جمهورية مصر العربية تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أيّاً كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع إذا كان هذا التحكيم يجري في مصر، أو كان تحكيمياً تجارياً دولياً يجري في الخارج واتفق أطرافه على إخضاعه لنظام هذا القانون"^٣. أمام عمومية هذا النصّ وعدم صراحته حصل خلاف في الفقه على جواز التحكيم في العقود الإدارية^٤. وعلى أي حال، لقد رأى المشرّع أن يحسم هذا الخلاف بنصّ صريح، فأصدر القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ معدّلاً بعض أحكام قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية ومضيفاً فقرة ثانية إلى المادة الأولى منه تقضي بأنه: "بالنسبة إلى المنازعات الإداريّة يكون الإتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختصّ أو من يتولى إختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة ولا يجوز التفويض في ذلك".

أما في لبنان، لم يكن مبدئياً للإدارة الحق في أن تلجأ إلى التحكيم إلا في حال لحظت ذلك القوانين أو في حال نشأ النزاع عن تنفيذ عقود من القانون الخاص متعلقة بمصالح التجارة الدولية تعقدها أشخاص عامة^٥.

^١ حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، ص ٣٧.

^٢ علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، مصر، ٢٠٠٨.

^٣ المرجع السابق، ص ٢١١.

^٤ المرجع السابق، ص ٢٣٥.

^٥ Voir pour l'arbitrage interne : CEL, arrêt *Etat- Ministère des finances contre Société Medreco*, n° 23 du 1^{er} fevrier 1988, in : La Revue de la juridiction administrative au Liban n° 5, 1990-1991, pp. 37-40 et pour l'arbitrage international : CEL, arrêt n° 639/2000-2001 du 17 juillet 2001, *Etat contre compagnie F.T.M.L (Cellis)*, non publié, et CEL, arrêt n° 638/2000-2001 du 17 juillet 2001, *Etat contre compagnie Libancell s.a.l*, non publié.

أما اليوم، فقد أصبح القانون اللبناني منفتحاً لناحية قبول التحكيم في مجال العقود الإدارية كوسيلة من وسائل فض المنازعات الإدارية. وقد صدر القانون رقم ٤٤٠ بتاريخ ٢٩ تموز ٢٠٠٢ متضمناً بعض التعديلات على أحكام قانون أصول المحاكمات المدنية المتعلقة بالتحكيم^١ حيث نصّت المادة ٧٦٢ في فقرتها الثانية والثالثة على أنه "يجوز للدولة ولأشخاص القانون العام أياً كانت طبيعة العقد موضوع النزاع اللجوء إلى التحكيم. اعتباراً من تاريخ العمل بهذا القانون التعديلي، لا يكون البند التحكيمي أو اتفاق التحكيم نافذاً في العقود الإدارية إلا بعد إجازته بمرسوم يتخذ في مجلس الوزراء بناء لاقتراح الوزير المختص بالنسبة للدولة أو سلطة الوصاية بالنسبة للأشخاص المعنويين من القانون العام".

وقد نصّ قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني عن إجراءات التحكيم في مواده ٧٦٢ وحتى ٨٢١ وخصص المواد ٧٦٨، ٧٦٩ و ٧٧٠ لتحديد الشروط والموجبات المفروضة على المحكم سواء بالنسبة لتعيينه أو لردّه. على سبيل المثال، تفرض المادة ٧٦٩ على المحكم، إذا قام فيه سبب للرد، أن يُعلم الخصوم به، ولا يجوز له قبول المهمة إلا بموافقة هؤلاء، علماً بأن أسباب رد المحكم في لبنان هي نفسها الخاصة بالقضاة^٢.

أما فيما يخص موضوع القابلية للتحكيم، فإن وجود نزاع على حق مالي أو إلتزام يجوز لصاحبه التصرف فيه يكون قابلاً للتحكيم، فالعلاقات المدنية غير المالية مستبعدة صراحة من مجال القابلية للتحكيم. وهكذا، يتضح أن مناط القابلية للتحكيم هو المنازعات على الحقوق الإقتصادية أو المالية بصرف النظر عما إذا كانت من ضمن الخلافات التي يضيف عليها القانون التجاري الصفة التجارية أو إذا كانت داخلة في عداد ما تضيف عليه أحكام القانون الإداري الصفة الإدارية. لكن الحق المالي قد يتفرّع عن علاقة قانونية غير مالية وبالتالي فإنه لا يخضع للتحكيم في هذه الحالة. إلا أنه بالنسبة للتعويض عن أعمال الإدارة، من المسلّم به أن هذا التعويض يخضع للتحكيم حتى وإن كان مترتباً على عمل لا يجوز التحكيم فيه، كقرار إداري غير مشروع مثلاً.

^١ Fabienne Quilleré-Majzoub; **Du nouveau en matière d'arbitrage interne au Liban : commentaire de la loi du 29 juillet 2002.** In: Revue juridique de l'Ouest, 2003-1, pp.7, 41.

^٢ يراجع: المادة ١٢٠ أ.م.م.

تكون النتيجة مختلفة في حال قيام الدولة، وهي طرف في عقد من عقود الاستثمار، بنزع ملكية المشروع الاستثماري محل العقد للمصالح العام يثور التساؤل في شرعية الإجراءات التي اتخذتها الدولة. فهنا، الأمر يتعلق بمسؤولية تعاقدية للدولة، يكفي لقيامها بالإخلال بالالتزامات التي يلقيها العقد على عاتق أحد الطرفين، ومن هذا المنطلق تذهب غالبية الفقه إلى أن التعويض عن هذا الإخلال يكون قابلاً للتحكيم.

٣/٢ - خصائصه

عرّف الفقه الفرنسي "التحكيم في المنازعات الإدارية" على أنه نظام استثنائي للتقاضي يجوز بموجبه للدولة وسائر أشخاص القانون العام إخراج بعض المنازعات الإدارية الناشئة عن علاقة قانونية عقدية أو غير عقدية، وطنية أو أجنبية، من ولاية قضاء مجلس الدولة لكي تحل عن طريق التحكيم وفقاً للنصوص القانونية متجاوزة مبدأ الحظر العام الوارد على أهلية الدولة في اللجوء إلى التحكيم^١.

نستنتج من هذا التعريف خمسة أمور، أولاً أن طبيعة التحكيم في المنازعات الإدارية تتعلق بمنازعات الإدارة أو الأشخاص المعنوية العامة، فيما بينها أو مع غيرها. ثانياً، أن التحكيم يشمل أعمال الإدارة سواء العقدية أو غير العقدية، وسواء كانت هذه المنازعة في المجال الداخلي، أو الدولي. ثالثاً، أن التحكيم في المنازعات الإدارية يُخرج النظر في موضوع المنازعة من اختصاص القضاء بشكل عام والقضاء الإداري بشكل خاص، سواء كان هذا التحكيم أثناء النظر بالمنازعة الناشئة أو قبلها وسواء كان هذا التحكيم اختيارياً أو إجبارياً. رابعاً، أن إرادة الأطراف عند اللجوء إلى التحكيم في المنازعات الإدارية ليست مطلقة بل لا بدّ أن يكون هناك نص قانوني يجيز اللجوء للتحكيم. وخامساً، أن الأصل في النظر والفصل في المنازعات الإدارية هو للقضاء الإداري في حين أن اللجوء إلى التحكيم هو الاستثناء.

Patrikios, A., (1997), *L'Arbitrage en Matière Administrative*, LGDJ, Paris, p.3.

أما النصوص القانونية في معظم الدول، فلم تتعرّض لتعريف محدد للتحكيم في المنازعات الإدارية كما فعلت في التحكيم الدولي^١.

^١ المادة ١٤٩٢، من الباب الخامس، من قانون أصول المحاكمات المدنية، الصادر بالمرسوم رقم ٨١-٥٠٠ في ١٩٨١م.

المقدمة

ينتج التحكيم عن اتفاق يعقده الفرقاء المحكّمين على اختيار شخص محايد (المحكّم) للفصل في ما نشأ أو قد ينشأ بينهما من خلاف أو نزاع. وهو فعل الشخص المحايد الذي تمّ اختياره للفصل في النزاع المطروح عليه وإصدار قرار تحكيمي. بالتالي، يكون التحكيم عبارة عن سلسلة متتالية من الإجراءات تبدأ باختيار المتنازعين للشخص المحايد وتكليفه بمهمة الفصل في نزاعهم، مع قبولهم ورضاهم مسبقاً على الرضوخ على ما يراه هذا الشخص المحايد من حلّ قانوني أو عادل لفصل النزاع، بالإضافة إلى قبول هذا الطرف لهذه المهمة وتحرّيه لوقائع النزاع والقانون الواجب التطبيق، لينتهي بحكم يجسّد العدالة.

وقد أقرّت معظم التشريعات الوطنيّة نظام التحكيم كوسيلة بديلة عن القضاء لتسوية النزاعات التي تنشأ بين الأطراف من خلال إعطائهم إمكانيّة الاتفاق على عرض نزاعهم على محكّم أو هيئة تحكيمية بهدف الحصول على قرار تحكيمي عادل وبشكل سريع نسبياً.

أهميّة البحث

من الواضح أنّ المحكّم يعتلي مركز قانوني خاص حيث أصبحت المكانة التي وصل إليها في نظام التحكيم تضاهي مكانة قاضي الدولة في النظام القضائي. فالمحكّم، بعد تعيينه وقبوله المهمة، تنشأ بينه وبين المحكّمين روابط قانونيّة متعدّدة، من بينها موجب التقيد بالإستقلال والحياد بهدف إصدار قرار تحكيمي يضمن مبادئ العدالة والإنصاف. بالتالي، بقدر ما يتم توخّي الدقّة والحذر في اختيار المحكّم، بقدر ما تكون سلامة التحكيم وعدالته مصانّتان.

بما أن ضمان الأمان القانوني لأطراف النزاع يعد من الأساسيات الجوهرية لنظام التحكيم، وبما أن هذا الأمان لا يتوافر إلا إذا رسخ لدى الخصوم القناعة الكاملة بشخصية المحكّمين في كل مراحل النزاع،

¹ القاضي نبيل محمد الهادي محمد القرشي، التحكيم في العقود الإدارية (إجراءاته، أنواعه، تنفيذه والمحكمة المختصة)، المؤتمر الخامس لرؤساء المحاكم الإدارية، جامعة الدول العربية، مجلس وزراء العدل العرب، المركز العربي للبحوث القانونية والقضائية، بيروت - لبنان.

يكون استقلال المحكم وحياده شرطان ضروريان لإنجاز المحكم لعمله بالشكل المرجو. لذلك، تركز معظم الأنظمة القانونية الداخلية المتعلقة بالتحكيم ومعاهدات التحكيم الدولية موضوع استقلالية المحكم وحياده كموجب ملقى على المحكم الذي يقع عليه الخيار.

برأينا، وبما أن التحكيم في القضايا الإدارية هو جزء لا يتجزأ من منظومة التحكيم عامة، فتكون قوانين التحكيم، وبالأخص القوانين المتعلقة باستقلال المحكم وحياده، المطبقة على المحكم في التحكيم التجاري والمدني هي نفسها التي يتوجب تطبيقها على المحكم في التحكيم الإداري، وذلك إن كان داخل حدود الدولة أو خارجها.

بالتالي، تركز هذه الرسالة على موضوع استقلال المحكم وحياده في المنازعات الإدارية، باعتباره الركيزة الأساسية لنظام التحكيم.

الأسباب الموجبة لاختيار الموضوع

بما أن التحكيم هو العملية التي تتمثل في سلسلة متتالية من الأعمال تبدأ باختيار المتنازعين للشخص المحايد وتكليفه بمهمة الفصل في النزاع مع قبولهم ورضاهم مسبقاً بما يقرره هذا الشخص من حلّ قانوني أو عادل للفصل في هذا النزاع. وبما أن المحكم هو حجر الزاوية في نظام التحكيم والعنصر الوحيد لإعطاء قرار يفترض أن يتوافر فيه شرطا العدالة والإنصاف. لذلك، ألزمت معظم التشريعات المحكم المختار بالتقيد بمبدأي الاستقلال والحياد، كما أوجدت عدد من الوسائل القانونية الضامنة لهذه الموجبات كإمكانية عزل المحكم أو تنحيه مثلاً في حال توفّر فيه أحد الأسباب التي تنفي عنه صفة الاستقلال أو الحياد. غير أنه، وفي ظل عدم وجود تعريف موحد أو معايير واضحة ومحددة لهذين الشرطين، تعددت التعاريف واختلفت المواصفات بين نظام قانوني وآخر.

بالتالي، نطرح إشكالية جوهريّة تتمثل بصعوبة تحديد الأسباب التي يمكن الاستناد إليها من أجل طلب عزل المحكم أو إبطال قراره، سيّما وأن بعض الفرقاء، ولأسباب شخصية لا تتسم بالموضوعية، قد يطلبون عزل المحكم مثلاً عندما يشعرون أن القضية بدأت تسير بعكس مصلحتهم، فيتذرعون بانتفاء الاستقلالية أو الحياد مستفيدين من عدم وجود تعريف واضح لهذين الشرطين.

لذلك، نهدف من خلال هذه الرسالة إلى محاولة إيجاد تعريف موحد للاستقلال والحياد، وحصر المعايير المتعلّقة بهذين المفهومين، خاصة وأن التحكيم أصبح وسيلة من وسائل الفصل في المنازعات المتعلّقة بالعقود الإدارية التي تعتبر إحدى وسائل الدولة في تنفيذ مشروعاتها وبرامجها الإنمائية.

منهج البحث

الطريقة التي تم اعتمادها في هذه الرسالة هي الطريقة البنيويّة حيث عرض الباحث الموضوع من خلال دراسة مكوناته ومبانيه والعلاقات القائمة بينهما. كما تم اعتماد المنهج التحليلي من خلال دراسة المركز القانوني للمحكّم وفقاً لما ورد في مختلف قوانين التحكيم، وبعض الإتفاقيّات الدوليّة والقوانين النموذجيّة، وأنظمة بعض مراكز التحكيم، مع الإسترشاد ببضعة أحكام قضائيّة وبما توصل إليه الفقه.

كما تم الإعتداد في بعض الأحيان على النهج المقارن لإبراز الفروقات، ومواطن القوة والضعف في مختلف قوانين وقواعد التحكيم وفعاليتها في الوصول إلى نظام قانوني شامل وموحد ينظّم طبيعة مهمة المحكم بشكل واضح ودقيق.

خطة البحث

نحاول الإجابة عن الإشكالية المطروحة عن طريق اعتماد تصميم تقني متزامن وتقسيم ثنائي على

الوجه التالي: - القسم الأول: المحكّم وموجباته لجهة الإستقلال والحياد

- القسم الثاني: الوسائل الضامنة لهذه الموجبات

القسم الأول: المحكم ومجباته لجهة الاستقلال والحياد

يلعب المحكم دوراً هاماً في كلّ عملية تحكيم، فاختيار الشخص المناسب لتأدية دور المحكم هو أمر أساسي من أجل تحقيق العدالة والإنصاف، ومن أجل ضمان فعالية العملية التحكيمية والتأكد من تحقيقها للغاية التي تم اللجوء إلى التحكيم من أجلها. تأكيداً على هذا الأمر، كتب فون مهران (Von Mehren) العبارة الآتية:

“The arbitrator is the *sine qua non* of the arbitral process. The process cannot rise above the quality of the arbitrator.”¹

أي أن "المحكم هو الشرط الذي لا غنى عنه في العملية التحكيمية. والعملية لا يمكن أن تسمو عن صفة المحكم".

بالتالي، يمكن القول بأن مواصفات الشخص الذي يتم تعيينه كمحكم يكون لها تأثيراً كبيراً على جودة عملية التحكيم ككل، أي منذ اختيار المحكم وحتى صدور القرار التحكيمي النهائي. فمن هو هذا الشخص المناسب؟ وكيف يتم اختياره وتعيينه؟ وما هي الضمانات والموجبات التي يفرضها القانون على المحكم تأميناً لصدور قراراته التحكيمية بشكل عادل وبعيداً عن أي ضغوطات؟

للإجابة عن كلّ هذه التساؤلات، يقتضي من جهة أولى توضيح من هو المحكم وما هي طبيعة عمله وكيفية تعيينه في مختلف الأنظمة القضائية، ومن جهة ثانية، يتوجب تحديد موجباته لناحية الإستقلال والحياد وكذلك توضيح موجبه بالإفصاح عن أية ظروف قد تظهر أثناء التحكيم من شأنها، في نظر الأطراف، أن تجلب شكوكاً حول حياده واستقلاله.

لذلك، سنحاول في الفصل الأول من هذا القسم تعريف "المحكم" قبل أن نستعرض في الفصل الثاني موجباته لجهة الإستقلال والحياد.

Von Mehren, **Concluding Remarks**, in ICC (ed), *The Status of the Arbitrator*, p. 129.

الفصل الأول: المحكم

L'arbitre

أوضح الكاتب توماس كلاي (Thomas Clay) في كتابه *L'arbitre* أن أصل كلمة "arbitre" أو "محكم" هو التعبير اللاتيني "*arbiter*" الذي يعني "القاضي الخاص"، كما أنه عمد إلى تعريف المحكم بعبارته الخاصة على أنه:

“ *un juge privé désigné par ceux dont il doit trancher le litige*”,

أي أن المحكم هو "القاضي الخاص المعين من قبل أولئك الذين يتوجب عليه فض خلافهم".

بالاستناد إلى جذور كلمة "المحكم"، وبناء على التعريف المبسط الذي أورده كلاي، يقتضي السؤال في مرحلة أولى عن مدى تشابه مهمة المحكم بمهمة القاضي كون كل منهما يقوم بحلّ النزاع المعروف أمامه من خلال اتخاذ قرار قابل للتنفيذ. وبما أنّ أطراف النزاع هم الذين يعيّنون المحكم الذي سوف يفصل في قضيتهم، يقتضي البحث في مرحلة ثانية في كيفية اختيارهم لهذا الأخير.

نجيب عن هذه التساؤلات بالقول بأننا نرى أن مهمة المحكم هي فعلا شبيهة إلى حدّ ما بمهمة القاضي، والأكثر من ذلك أن المحكم هو قاض خاص، وسوف نبين ذلك من خلال المبحث الأول من هذا الفصل. أمّا الطريقة المعتمدة لاختيار وتعيين هذا المحكم من قبل الأطراف، فهي أحد الأسباب الجوهرية التي تعزّز ثقة المتنازعين بالتحكيم كونها تحوّلهم أن يشاركوا مباشرة في عملية التعيين هذه. ونشير هنا إلى أنه ليس هناك من طريقة تعيين موحّدة، فهي تختلف باختلاف عدد المحكمين وباختلاف نوع التحكيم المعتمد من قبل الفرقاء. لذلك، سوف نبين من خلال المبحث الثاني الطرق التي يمكن للمحتكمين اعتمادها بهدف تعيين الهيئة التحكيمية التي سوف تفصل في النزاع.

Thomas Clay, *L'arbitre*, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Volume 2, Dalloz, 2001, p.14
Thomas Clay, *L'arbitre*, op.cit., p.18

المبحث الأول: المحكم قاض خاص

بما أنّ المحكم هو حجر الزاوية في نظام التحكيم، وفي ظلّ عدم وجود تعريف تشريعي له، نشأ جدل بين الفقهاء حول تحديد مفهوم "المحكم" حيث انقسم الفقه في تحديد طبيعة التحكيم. فقد اعتبر قسم منهم أنّ التحكيم هو مسار للفصل في النزاعات وتحقيق العدالة إلى جانب القضاء إلا أنه مسار إتفاقي^١، بينما اعتبر قسم آخر أنّه ذا طبيعة قضائية. وقد ظهر أيضاً اتجاه ثالث اعتبر أنّ التحكيم هو "قضاء اتفاقي" كون أطراف النزاع هم الذين يختارون قاضيه، ويجعلون له سلطة الفصل في النزاع. وقراره يكون حكماً قضائياً يحوز حجّة الأمر المقضي في مواجهة الخصوم ولا يقبل الطعن فيه، شرط التزامه بنصوص عقد التحكيم وبالقواعد القانونية التي يفرض عليه النظام القانوني الالتزام بها، وإلا فإن حياده عنها يجعل حكمه عرضة للطعن. وهذا الطعن لا يمسّ سلطة المحكم المطلقة في حسم النزاع وإنما يتوجّه إلى مخالفته لاتفاق التحكيم أو لأحكام القانون^٢.

من هنا، يقتضي إيضاح المركز القانوني للمحكم من خلال إلقاء الضوء على كونه قاضٍ خاص، وبالتالي من خلال توضيح مهمة المحكم القضائية (المطلب الأول) وحدود الحصانة التحكيمية التي يتمتع بها هذا الأخير (المطلب الثاني).

المطلب الأول: المهمة القضائية للمحكم

هناك اعتراف عالمي بأنّ المحكم هو شخص مكلف بمهمة قضائية، إلا أنّ السؤال يكمن في ما إذا كان هذا المحكم يعتبر بشخصه قاضٍ أم أنّ تلك التسمية القضائية تقتصر على نوع المهمة التي يمارسها المحكم في حلّ المنازعات الدولية منها والداخلية، والتجارية منها والإدارية.

على هذا السؤال أجاب توماس كلاي (Thomas Clay) بأن:

^١ المؤتمر الخامس لرؤساء المحاكم الإدارية في الدول العربية، ورقة عمل المركز العربي للبحوث القانونية والقضائية حول التحكيم في العقود الإدارية، بيروت، ٢٠١٥.

^٢ د. مصطفى محمد الجمال، ود. عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، الطبعة الأولى ١٩٩٨، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، ص ٤٩.

، "c'est par sa fonction que le statut va se définir"¹ ،

أي أن نوع الوظيفة هو أمر يدخل في تحديد الوضع الشخصي لصاحبها. وبالتالي نستنتج بأن المحكم، كونه يلعب دور "الحاكم" الذي يعمل على حلّ النزاع المطروح أمامه، هو قاض بحسب قول كلاي، وذلك لأنه يتولّى مهمّة القاضي بما له من ولاية بالحكم وفقاً للقانون بين المتنازعين. إلا أن تحديد وظيفة أو مهمّة المحكم كان موضوع نزاع عبر الزمن حيث اختلفت النظرة بين فقيه وآخر، فمنهم من اعتبر أنّ المحكم هو قاضٍ أو أنّ مهمته منشقة عن المهمّة القضائيّة، وهو الرأي الراجح في الفقه المعاصر، ومنهم من عارض هذا الرأي باعتبار أن المحكم ليس بقاضٍ بأي شكل من الأشكال.

بالنسبة للنظريّة القائلة بأن المحكم هو قاضٍ، يعتبر العلماء المؤيدين لهذا الفقه بأنّه لا يصح اعتبار المحكم، لأي سبب كان، أدنى منزلة من القاضي. والأكثر من ذلك أنهم يرون أن المقارنة بين الاثنين لا قيمة لها على هذا المستوى²، خاصة وأن العدالة التحكيميّة باتت تعتبر أكثر فأكثر مرافقة لعدالة الدولة³. بالتالي، ووفقاً لهذا التوجه، يستنتج الباحث أن المحكم والقاضي يشغلان مركزين متعادلين بالأهمية ومستقلين الواحد عن الآخر.

ويرى أنصار هذه النظريّة أن تحديد الطبيعة القانونيّة لنظام التحكيم يكون بتغليب المعايير الموضوعيّة المتمثّلة في المهمّة التي يقوم بها المحكم، وهو الفصل في النزاع بقرار ملزم لطرفيه، الأمر الذي يستغرق عمليّة التحكيم برمتها. أمّا اتفاق التحكيم، فهو بالنسبة لهم مجرد أداة لتحريك نظام التحكيم لا تؤثر على جوهر الوظيفة القضائيّة للمحكم، ولا تؤثر في طبيعتها⁴.

ويبدو أن الطبيعة القضائيّة لمركز المحكم هي التي تحظى بتأييد واسع، حيث يدلّ أنصار هذه النظريّة على حجبيّة ما ذهبوا إليه من خلال ثلاثة معايير. المعيار الأول هو وحدة الهدف⁵ حيث أن هناك

1 Thomas Clay, *L'arbitre*, op.cit., p.43

2 Cour de justice Alger 24 juin 1834, Bull. Jud. Alg. 1834.5.

ورد في قرار قديم:

Adde J.-P. Ancel: « Dans l'ordre international, l'arbitre ne se trouve pas en concurrence avec le juge de l'Etat; le juge français n'a pas de compétence supérieure à celle de l'arbitre international. »

3 B.Audit: *L'arbitre, le juge et la Convention de Bruxelles*, in *L'internationalisation du droit*. Mélanges

Yvon Loussouarn. Dalloz, 1994, p.15, spéc. p.27

4 See Generally Karan Gandhi, *Effect Of Arbitration Agreement Vis A Vis The*

Jurisdiction Of Specialised Tribunals, Singh & Associates Law Firm , 2015.

5 مسعودي أسماء، المحكم في خصومة التحكيم الدولي، مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماستر أكاديمي، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، كلية حقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، ٢٠١٥.

تماثل بين وظيفة القاضي والمحكم خاصة وأن كلّ منهما يقوم بتطبيق القانون على الوقائع محل المنازعة ليتم الفصل فيها بحكم قانوني ملزم. والمعيار الثاني هو سير التحكيم مع القضاء على قواعد إجرائية تكاد تكون واحدة في جوهرها، وإن اختلف أحيانا مصدرها^١. فالمحكم يطبّق قواعد القانون الموضوعي، ويسمّي قراره حكماً ويكون له حجّة الأمر المقضي به، وتتوفر فيه سائر خصائص الأحكام القضائية. أضف إلى ذلك أن العناصر المميزة في العمل القضائي تتوافر أيضاً في التحكيم كالادعاء، والمنازعة مثلاً. فالمحكم يخولّه القانون سلطة حسم المنازعات، والفصل فيها إذا كانت هذه الادعاءات تتطابق أم لا مع قواعد القانون. وتعد أعمال المحكمين بالتالي أعمالاً قضائية شكلاً وموضوعاً كونها تصدر في شكل أحكام قضائية وبإجراءات إصدار الأحكام نفسها، أما من حيث الموضوع، فهي تفصل في نزاع حقيقي بين أطراف الخصومة، ويطبّق فيه المحكم قواعد القانون غالباً ويلتزم في ذلك باحترام حقوق الدفاع. أمّا المعيار الثالث والأخير، فهو ما قيل عن التحكيم أنه يرمي إلى حماية مصالح خاصة لا يحول دون المركز القضائي للمحكم والصفة القضائية لحكمه فهذا في النهاية شأن قضاء الدولة، أمّا حكم المحكمين فهو يرمي كحكم القضاء إلى تطبيق القانون^٢. من هنا، وبناء على هذه المعايير وعلى درجة التشابه بين مؤسستي القضاء والتحكيم، لجأ بعض الفقهاء إلى تعريفهما بـ "القضاءين".

عطفاً على المبررات التي تطرحها هذه النظرية، وإذا اعتبرنا أنّ القاضي هو "الشخص الذي يحكم"^٣، فهذا يعني أن المحكم يدخل في خانة القاضي لناحية الهدف من وظيفته. وقد أكد على هذا الأمر عدد كبير من الأحكام التي قضت بأن المحكم هو بالفعل قاضٍ. فقد تمّ بالفعل تكريس هذا التوجّه بشكلٍ مباشر في بعض الأحكام التي تبنته صراحةً، كما تمّ تكريسه ضمناً في أحكام أخرى^٤. فالاجتهاد القضائي العماني مثلاً تبنى هذا التوجّه صراحةً حيث اعتبر أنّ "المحكم وفق قانون التحكيم هو في حكم القاضي، وله في سبيل ذلك اتخاذ الإجراءات القانونية، وفقاً لما هو منه للخصومة المحددة بوثيقة التحكيم، وفي حالة خلّوها اللجوء إلى القواعد العامّة، وليس هناك ما يعيب قضاءه أن يلجأ إلى تحليف الخصم لأنه كقاض له سلطة ذلك"^٥. بالتالي، فإن القضاء العماني لم يكتف باعتماد أن المحكم هو في حكم القاضي، بل أكد أيضاً على أنّه يتمتّع بإحدى

^١ المرجع السابق

^٢ المرجع السابق

^٣ المرجع السابق

^٤ مثلاً:

M.-A. Frison-Roche : **Les offices du juge**, in Jean Foyer. PUF, 1997, p. 463, spec.n°1

Cass. Req., 28 juill.1818 (Roselly), S. 1818.I.510 ; Jur. gén., V^{is} Arbitrage-arbitre, n°986 *ad notam*;

Journ. aud. Cass. 1818.595; Journ. Pal. 1817-1818.947.

Thomas Clay, **L'arbitre**, op.cit., p.68.

^٥ الإجتهد القضائي العماني؛ المحكمة العليا التجارية، الحكم رقم ٢٠١٢/٦٧، جلسة ٢٠١٢/٢/١، ورد في: مجلة التحكيم العالمية، ٢٠١٥، العدد الخامس والعشرون، ص.٣٤٩.

الصلاحيات المنوطة حصراً بالقضاة ألا وهي تحليف اليمين للمتنازعين. وتبني الإجتهد اللبناني الوجهة نفسها إذ ورد في قرار رئيس الغرفة الابتدائية في بيروت أن "المحکم هو قاضٍ وليس وكيلاً لأحد الطرفين"^١.

تجدر الإشارة هنا إلى أن هذا الرأي لم يتم تبنيه من قبل جميع القانونيين، فبالنسبة للفقهاء المعارضين لهذه النظرية، إن رفضه اعتبار المحکم بمثابة القاضي مبني أساساً على عنصرين؛ العنصر الأول هو اختلاف آلية اللجوء إلى التحكيم عن آلية اللجوء إلى القضاء، والعنصر الثاني هو عدم إمكانية اعتبار القرار التحكيمي كأنه حكماً قضائياً.

بالنسبة للعنصر الأول، أي اختلاف آلية اللجوء إلى التحكيم عن آلية اللجوء إلى القضاء، إن اللجوء إلى التحكيم يتم عبر اتفاقية^٢ وبالتالي بناء على علاقة تعاقدية يعين الفرقاء على أساسها الهيئة التحكيمية كما يختارون بأنفسهم القانون المراد تطبيقه. بالتالي، فإن التحكيم بالنسبة للفقهاء المعارضين يكون مختلفاً عن القضاء لهذه الجهة. ويرى بعض الفقهاء أن إمكانية اختيار المحکم من قبل الأطراف هي عنصر أساسي لضمان حريتهم في التحكيم، وهي ما يميز التحكيم عن التقاضي أمام المحاكم، حيث لا يمكن أن يقوم الفرقاء باختيار القاضي^٣. لذلك، وباعتبار أن العلاقة بين المحکم وأطراف النزاع عبارة عن عقد؛ وهو إيجاب من قبل أطراف التحكيم وقبول من قبل المحکم، يبقى اللجوء إلى القضاء ممكن عادة عبر دعوى تقدّم أمام القاضي أو المحكمة المختصة وفقاً للقوانين المرعية. عندها، تكون الحرية المعطاة للفرقاء محدودة جداً، على عكس ما هو الحال في عملية التحكيم.

بالنسبة للعنصر الثاني، أي عدم إمكانية اعتبار القرار التحكيمي بمثابة الحكم القضائي، فإن الفقهاء المعارضون يرون بأن أن المحکم ليس سوى وسيلة يلجأ إليها الفرقاء من أجل تنفيذ العقد؛ وفقاً للقانون الذي يحدونه، في حين أن اللجوء إلى القضاء يكون الهدف منه التوصل إلى إحقاق الحق. ويؤكد هؤلاء العلماء

^١ رئيس الغرفة الابتدائية الأولى في بيروت، القرار رقم ٨/٤٢، تاريخ ٢٠١٦/٣/٩، مجلة التحكيم العالمية ٢٠١٦، العدد الثلاثون، ص ٣٨٨.
^٢ Sébastien Manciaux, **Le juge et l'Arbitrage**, sous la dir. de S. Bostanjji, F. Horchani et S. Manciaux, éditions A.Pedone 2014, p.31

^٣ D. Cohen: « Justice publique et justice privée », Arch. Phil. Dr., vol. XLI, 1997.149, spéc. p.156.

^٤ "Les arbitres ne sont pas de véritables juges (...) les décisions arbitrales ne sont pas de véritables jugements ... » Ph.A. Merlin : conc. en tant que Proc. gén. Sous Cass. req., 15 jull. 1812, Recueil alphabétique de questions de droit . H. Tarlier, Bruxelles, 4^e ed., 1829, t.9, V^o Jugement, § XIV, 6^e question, p. 139, spéc. p.144.

على أن القاضي يمارس سلطة عامة من سلطات الدولة تهدف إلى تحقيق سيادة القانون على المصالح المتنازعة في العلاقات الاجتماعية، أما المحكم فيرمي إلى تحقيق وظيفة اجتماعية واقتصادية متميزة، وهي التعايش السلمي بين أطراف النزاع في المستقبل فضلا عن العدالة^١.

لهذه الأسباب كافة، ينكر هذا الجانب الفقهي المعارض على المحكم اكتساب مركز القاضي، إذ أنّ المحكم بالنسبة له لا يستند إلى ما يدعم القاضي من حصانة ومزايا ودوام واستقرار وراتب وتقاعد الخ... فالتحكيم يتميز بأنه أداة خصوصية للفصل في النزاع تتشكل في كل حالة على حدة حسب مقتضيات الخاصة للنزاع، أما القضاء فهو طريق عام لحماية الحقوق والمراكز القانونية، تحكمه قواعد عامة مجردة وموضوعة سلفا لأية قضية^٢.

أما نحن، وبناءً على هذه الآراء المتناقضة بين اعتبار عمل المحكم ذا طبيعة قضائية أو تعاقدية، نؤيد الرأي الأول لجهة أنّ مهمة المحكم مستقلة عن مهمة القاضي إلا أنّها توازيها في الأهمية حيث أنه ليس هناك من تراتبية فيما بينهما. كما نرى أن مهمة المحكم هي شبيهة بمهمة القاضي بما أنّه يتوجب على كلّ منهما حلّ النزاعات المطروحة أمامه من خلال إصدار قرارات تراعي القوانين والأنظمة وتحقق مبادئ العدالة والإنصاف. وبالرغم من هذا التلاقي بين مهمتي المحكم والقاضي، نشير إلى أننا نؤيد الرأي الثاني لجهة أنّ هناك اختلاف أساسي يكمن في كون مهمة القاضي ذات طابع عام بما أنّه يشغل وظيفة عامة ويصدر قراراته باسم الشعب، على عكس مهمة المحكم التي تتمتع بطابع خاص كونها تنشأ عن إرادة الفرقاء. إلا أنّ هذا الاختلاف لا ينفي صفة القاضي عن المحكم الذي يبقى إطار مهمته محدّد، بشكل أو بآخر، من خلال القوانين التي تنصّ على إمكانية تعيينه.

بالتالي، نستنتج مما سبق أن المحكم هو قاضٍ، إلا أنّه "قاضٍ خاص" بما أنّ تعيينه يكون مبني على اتفاق الأطراف، وبما أن مهمته لا تحمل الطابع العام في طبيعتها. بالتالي، يمكن القول بأنّ مهمة المحكم هي ذات طابع مختلط يجمع بين الرأيين الفقهيين المتعارضين. وبالرغم من ميلنا إلى الرأي الأول أكثر من الرأي

^١ كرم محمد زيدان النجار، المركز القانوني للمحكم، ط ١، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١٠، ص ٥٥.
^٢ مسعودي أسماء، المحكم في خصوصية التحكيم الدولي، مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماستر أكاديمي، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، ٢٠١٥.

الثاني بتأييدنا لنظرية أن المحكم هو قاض، إلا أننا باعتباره قاض خاص نكون قد خففنا من حدة التشبيه الذي يتمسك به الفقهاء المؤيدين لهذه النظرية. وهنا نشير إلى بعض الفقه الإنكليزي الذي يقول بأن:

“The analogy between arbitrator and judge is tempting, but if pressed too far lead to false conclusion”¹,

أي ما تعريبه " التشبيه بين المحكم والقاضي أمرٌ مغرٍ، ولكن إذا زاد عن حده قد يؤدي إلى استنتاجات غير صحيحة". وذلك يعني أن الرأي الذي يطرحه الفقه المؤيد لنظرية أن المحكم هو قاضٍ، لا يمكن الأخذ به بشكل مطلق لأن المقارنة بين المهمتين سوف تؤدي في نهاية المطاف إلى استنتاجات خاطئة لا تفيد في توضيح صورة المحكم ولا مظاهر مهمته. وبالتالي، نرى أنه يقتضي إبقاء هذه المقارنة ضمن نطاق معين من أجل التوصل إلى تحديد الطبيعة القانونية لعمل المحكم بشكل واضح يعكس واقع هذه المهمة، خاصة وأن هذا هو الهدف الأساسي خلف طرحنا لهذه المفاضلة بين القاضي والمحكم في هذه المرحلة من الرسالة.

لقد بينّا من خلال المطلب الأول من هذا المبحث أن مهمة المحكم هي بطبيعتها أقرب إلى المهمة القضائية باعتباره قاضٍ خاص. أمّا في المطلب الثاني، وبهدف متابعة هذه المفاضلة، يقتضي البحث في نوع الحصانة التي يتمتع بها المحكم ومدى سعتها مقارنة بحصانة القاضي.

المطلب الثاني: حصانة المحكم L’Immunité de l’Arbitre

كما هناك حصانة دبلوماسية وقضائية وبرلمانية وسياسية وحصانة خاصة بالموظف العام وحصانة المحامي في مكتبه وداخل محل عمله، هناك أيضاً حصانة خاصة بالمحكم أثناء عمله في قضية تحكيمية.

هذه الحصانة التي يتمتع بها المحكم تحميه من المشاكل التي قد يواجهها في حال تمتع أحد الفرقاء عن تنفيذ قراراته التحكيمية أو رفض الاعتراف بها إذا صدرت متناقضة مع مصالحه الشخصية. ولأنّ ضمان تأدية المحكم لمهمته القضائية بشكل جيد هو هدف أساسي، أصبح هناك اعتراف عالمي بضرورة

J.-J. Clère: *L’arbitrage révolutionnaire: apogée et déclin d’une institution (1790-1806)*,
Rev.arb. 1981.3.

حماية المحكم من ما قد ينبع عن الفرقاء من مزاعم قد تطال مسؤوليته المدنية. وقد كتب توماس كلاي Thomas Clay، في أطروحته عن المحكم، أنه بالرغم من وجود هذا التوجه العالمي نحو تأمين حصانة للمحكمين من أجل حماية مهنتهم، إلا أن هناك بعض القوانين التي بقيت صامتة في ما يخص هذا الموضوع¹. فهناك بعض الدول التي لم تعط للمحكم أي حصانة خلال قيامه بعمله، إلا أننا سوف نكتفي في بحثنا هذا بالنظر إلى معطيات الحصانة التحكيمية في الدول التي أقرتها في قوانينها. وهنا، يفتضي السؤال عما إذا كانت حصانة المحكم، في الدول التي تعترف بها، هي شبيهة بتلك التي يعطيها القانون للقاضي أم أنها خاصة بالمحكم وحده. بصيغة أخرى؛ هل أن حصانة المحكم هي مطلقة، أم أن المحكم يبقى خاضعاً للمساءلة في بعض الحالات التي لا تشملها هذه الحصانة التحكيمية؟

في الواقع، وعلى مرّ التاريخ، أثرت ثلاث نظريات فقهية على كيفية النظر إلى مبدأ الحصانة التحكيمية في الأنظمة القضائية المختلفة وهي "النظرية التعاقدية"، "النظرية القضائية" و"نظرية الحصانة المؤهلة" حيث اختلف مدى سعة الحصانة المعطاة للمحكم زيادةً أو نقصاناً باختلاف النظرية المعتمدة.

نشأت "النظرية التعاقدية" في القرن التاسع عشر وأخذت بها بعض الدول الأوروبية التابعة لنظام الـ Civil Law، وارتكزت هذه النظرية على أن اتفاق التحكيم هو وحده الذي يعطي المحكمين سلطة إصدار قراراتهم التحكيمية. بالتالي، تعتبر الدول التي تطبق هذه النظرية أن المحكم يخدم فقط كوكيل للفرقاء في حلّ النزاع القائم فيما بينهم عبر بنود إتفاقية التحكيم، كما أنها ترى أن المحكمين والقضاة لا يُنظر إليهم على أنهم متعادلون. ففي هذه الدول، يعامل المحكمون على أنهم متخصصين (professionals)، وبالتالي يكونون تحت طائلة المسؤولية المدنية مثل غيرهم من المهنيين، أما القضاة، فهم مسؤولون أمام الدولة وحدها، وهم بالتالي لديهم حصانة تجاه أي نوع من المسؤولية المدنية. بالتالي، تكون حصانة المحكم في هذه الأنظمة مختلفة عن حصانة القاضي، والأكثر من ذلك أنها أضيق كون المحكم، بعكس القاضي، تتم محاسبته مدنياً كأبي مهني آخر.

Thomas Clay, *L'arbitre*, op.cit., p.455-456.

Anastasia Tsakatoura, Arbitration: **The Immunity of Arbitrators**, LEX E-SCRIPTA ONLINE LEGAL J.

(June 20, 2002), available at <http://www.inter-lawyer.com/lex-e-scripta/articles/arbitratorsimmunity.htm>

في المقابل، تعتمد دولاً أخرى نظريّة "الولاية القضائية" التي تفترض أن أدوار القضاة والمحكمين متشابهة. وقد شكّلت هذه النظرية مواقف التحكيم في الولايات المتحدة، كما وجدت الدعم في الولايات القضائية الأخرى التي تكرّس الحصانة المطلقة للمحكم. وما يبرّر هذه النظرية إلى حدّ كبير هو أنّها تشجّع على اللجوء إلى التحكيم باعتباره أحد الطرق البديلة لتسوية المنازعات. فمن من خلال الافتراض أنّ المحكم يجب أن يكون محايداً ومستقلاً مثل القاضي، وبما أن القاضي يجب أن يتمتع بحصانة من أجل ضمان حياده واستقلاله، ربط داعمو هذه النظرية حصانة المحكم بحصانة القاضي وأكدوا على أنّ المحكم يجب أن يتمتع هو أيضاً بحصانة قضائية. ونذكر على سبيل المثال قضية سوتكليف ضد ثكراه (Sutcliffe vs. Thakrah) حيث أكد اللورد سالمون (Lord Salmon) بما معناه، أنّه من الثابت تماماً أنّ القضاة والمحامين يتمتعون بحصانة مطلقة تحميهم من أي دعوى مدنيّة تُرفع ضدهم بسبب أيّ قول أو فعل قد يحصل داخل المحكمة أثناء المحاكمة، وأنّ هذا الافتراض يتمّ تطبيقه على المحكم على أساس السياسة العامّة.

أما النظرية الثالثة والأخيرة، فهي "الحصانة المؤهّلة" التي تجمع ما بين الحصانة التعاقدية والحصانة القضائية. فمن جهة أولى يعتبر المؤيدون أن المحكم لا يؤدي وظيفة قانونية وبالتالي هو ليس كالقاضي لا لجهة مهمّته ولا لجهة الحصانة، كما يرون من جهة ثانية أن القرار التحكيمي ليس بعقد وبالتالي فإنّ معاملته كأبي مهنيّ آخر لا تكون ذات منفعة. لذلك، يتمسك مؤيدو هذه النظرية بفكرة إيجاد حصانة خاصّة بالمحكم، تكون مفصّلة على قياس المهام الموكّلة إليه.

بالنسبة للدول التي اعتمدت نظرية "الحصانة القضائية"، فقد تمّ وضع حماية ذات حصانة قضائية للمحكمين وفقاً للقوانين الداخلية لهذه الدول باعتبار أن الأسباب التي تؤيد إعفاء المحكم من المسؤولية المدنية هي ممارسة المحكم لمهمة مشابهة لمهمة القاضي. ولأن التحكيم اتفاق حرّ، يتمتع مستشاري التحكيم الدولي بسلطان الإرادة وبالحصانة القضائية وفق القانون الوطني كما هي الحال في القانون المصري^٢ مثلاً والقانون العالمي للاونسيترال، والاتفاقيات الدولية. فحصانة المحكم تؤخذ من قانون البلد التابع له هذا الأخير، وفق الأصول العامّة علماً بأنه في أغلب الدول يتم ترشيح المحكمين الدوليين من قائمة أسماء تُعدّ لدى الجهات

^١ حكم صادر في المملكة المتحدة عام ١٩٧٤: [1974] A.C. 727 et seq. Sutcliffe v. Thakrah and others.

^٢ القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وتعديلاته.

المختصة. لذا فحصانة المحكم تكون إلى حدّ ما كحصانة القاضي، ومثال عن هذه الدول نذكر ألمانيا، الأرجنتين، المكسيك، اليابان والأردن^١. وكذلك الأمر في المملكة المتحدة والولايات المتحدة الأمريكية، حيث مع زيادة قبول الإجراءات البديلة لتسوية المنازعات (A.D.R) في السنوات الأخيرة، اكتسب التحكيم الدعم من قبل الدولة والمحاكم على حدّ سواء واعتبر قانون التحكيم الفدرالي (FAA)^٢ بمثابة إعلان الكونغرس عن سياسة اتحاديّة ليبراليّة تشجّع اتفاقات التحكيم. ومنذ إقرار هذا القانون، عرض المؤتمر الوطني للمفوضين بشأن القوانين نماذج قوانين^٣ تتبعها الدول من خلال سنّ قوانين التحكيم الخاصة بها، وبدأ مفهوم تطبيق الحصانة القضائيّة على المحكمين يكتسب دعماً متزايداً. ولأنّ الولايات المتحدة قد تبنت نظريّة الولاية القضائيّة، اتّسع نطاق حصانة المحكم حيث أصبح المحكمون يعتبرون متعادلين في مهمّتهم مع القضاة عند تصرّفهم ضمن واجباتهم شبه القضائيّة. بالتالي، وجدت المحاكم أن مذهب الحصانة القضائيّة يجب تطبيقه على المحكمين حيث اعتمدت إلى حد كبير على الأسس المنطقيّة للقرارات السابقة بشأن الحصانة القضائيّة في التوصل إلى هذا الاستنتاج. وهذا النوع من التفكير يشدّد على أن الحصانة التحكيميّة هي أمر ضروريّ لحماية صنّاع القرار من التأثيرات التي لا مبرر لها وحماية عمليّة صنع القرار من انتقام المتقاضين المستائين.

هناك دول أخرى خالفت هذا الرأي تماماً وعيّنت للمحكم حصانة خاصّة به تختلف عن حصانة القاضي. نذكر إيطاليا على سبيل المثال حيث أن المحكم في هذه الدولة لا يكون مسؤولاً إلا عن الأضرار الناتجة عن إهماله المتعمّد في تأخير واجباته، أو اعتزاله غير المبرر، أو الإهمال المتعمّد الذي تسبب بتأخير في تقديم القرار التحكيمي ضمن المهلة القانونيّة^٤. وقد اعتمدت الجزائر^٥ نفس التوجّه الذي تركز عليه الدولة

1 Thomas Clay, *L'arbitre*, op.cit., p.459

2 Claudia Salomon and Samuel de Villiers, *The United States Federal Arbitration Act: a powerful tool for enforcing arbitration agreements and arbitral award*, LexisNexis, 2014.

3 يشار إليهم بـ : Uniform Arbitration Act and Revised Uniform Arbitration Act

4 Jenny Brown, *Expansion of Arbitral Immunity: Is Absolute Immunity a Foregone Conclusion*, The, 2009 J. Disp. Resol. (2009) Available at: <http://scholarship.law.missouri.edu/jdr/vol2009/iss1/10>

5 المادة ٨١٣ مكرر، من قانون أصول المحاكمات المدنيّة الإيطالي؛ ذكرت في :

Maria Letizia Patania, CMS, *Arbitration In Italy*,

(https://eguides.cmslegal.com/pdf/arbitration_volume_1/CMS%20GtA_Vol%20I_ITALY.pdf). Federica Bocci, Milena Tona and Michele Grassi, *Arbitration procedures and practice in Italy: overview*, DLA Piper Italy, THOMSON REUTERS, 2017.

6 N. Terki : *L'arbitrage commercial international en Algérie*, OPU 1999 ;

M. Bedjaoui et A. Mebroukine : *Le nouveau droit de l'arbitrage en Algérie*, Clunet 1993, p. 873

الإيطالية. ويرى مناصرو هذا الفقه أنه في حين أن الحصانة القضائية المطلقة تساعد على ضمان الاستقلالية في النظام القضائي، إلا أن هذا الامتياز يجب أن لا يشمل السلطات التي تشغل مهمة شبيهة بالمهمة القضائية كالمحكّمين مثلاً. فبالنسبة لهم، لا يشارك المحكّمون والقضاة بأدوار مماثلة ولا يملكون مؤهلات متطابقة، ولذلك يكون من المنطقي أن يتم تقديم أشكال مختلفة من الحصانة لكلّ منهما. وبالإضافة إلى وجود هذه الاختلافات الجوهرية في الأدوار التي يلعبها القضاة والمحكّمون، يرى مؤيدو هذا الفقه أن عدم مساءلة المحكّم هو الجانب الأكثر إثارة للقلق من منح المحكّمين الحصانة المطلقة¹.

إذا قابلنا هذه النظريات المتعارضة، يتبين لنا أن هناك فرق بين دول الـ Civil Law التي تكفي بتكريس مبدأ الحصانة التحكيمية ودول الـ Common Law التي تحمي هذا المبدأ بشكل أوسع وأشمل². ففي الدول التي تطبق نظام الـ Civil Law، تبقى الحصانة جزئية على عكس تلك المطبقة في دول الـ Common Law حيث تعتبر الحصانة "شبه- مطلقة" تكاد تقترب من عدم محاسبة المحكم لأي أمر كان.

أما بالنسبة لنا، من المؤكد أن ضمان استقلال القضاء والتحكيم أمر حيوي للحفاظ على نزاهة وسلامة النظام، إلا أن مساءلة المحكّم ينبغي أن تبقى واجبة. فبالرغم من أهمية الحصانة المعطاة للمحكّم، خاصة في دول الـ Common Law، نرى أنّ وجود هذه الحصانة لا يعني أن المحكّم يتمتع بغطاء قانوني مطلق يحميه من كل مساءلة ومن كل عقاب، خاصة وأن هناك عدد قليل من الضمانات في حال أساء المحكم في استخدام سلطته التقديرية، خلافاً لما هو الحال في النظام القضائي. بالتالي، من المؤكّد أن المحكّم يجب أن يبقى مسؤولاً عن الأخطاء الجسيمة خلال قيامه بعمله مثل الإهمال أو التعسّف في استعمال سلطته أو انعدام كفاءته المهنية كما في حالة القاضي³. من هنا، نرى أنّ الحصانة هي الحامي الأول والأساسي لاستقلالية المحكّم ولعدالة أحكامه، إلا أنّ محاسبة المحكّم تبقى متوجّبة في كلّ مرّة يقوم هذا الأخير بأخطاء جسيمة أو يسيء في

Jenny Brown, *Expansion of Arbitral Immunity: Is Absolute Immunity a Foregone Conclusion*, op.cit.

M.Domke: *The arbitrator's Immunity from Liability. A Comparative Survey*, University of Toledo Law Rev. vol.3 n°1 & 2, 1971.99.

J.-D. Bredin: *Qu'est-ce que l'indépendance du juge?*, n°3,1996.161, spec.p.165

استعمال سلطته كقاضٍ خاص. كذلك الأمر بالنسبة للجرائم الجزائية حيث لا يمكن أن تمنع معاقبة المحكم سناً للحصانة التي يتمتع بها، خاصةً فيما يتعلق بحالات الفساد كالرشوة والاحتيال والتزوير واستعمال المزور.

وعلى الصعيدين المدني والجزائي، تُبرر حصانة المحكم بخصوصية مهمته القضائية، إلا أنه يتوجب على الشخص الذي سوف يعين كمحكم أن يتمتع بمؤهلات معينة كالاستقلالية بالإضافة إلى مؤهلات أخرى تتعلق بشخصه فقط وليس بمهنته أو بمهنته، وبالتالي لا يكون القرار التحكيمي ذو قيمة قانونية إلا إذا وجدت كل هذه الصفات في المحكم. لذلك، يجب إعطاءه، كما يعطى القاضي، حصانة تحقق الغاية المرجوة من وجودها أي إصدار القرارات والأحكام بكل تجرد واستقلال.

إلا أنه يبقى أن موجبات المحكم تختلف عن موجبات القاضي من حيث مصدرها بما أنها ناتجة عن أحكام اتفاق التحكيم الذي يتم تعيين الهيئة التحكيمية على أساسه، وبالتالي يقتضي عرض الطرق التي يتم تعيين المحكمين على أساسها وذلك في المبحث الثاني من هذا الفصل الأول.

المبحث الثاني: طرق تعيين المحكم

بما أن التحكيم يرتكز أساساً على عقد، يكون لأطراف هذه الإتفاقية الحق في اختيار محكميهم، ويمكنهم بالتالي تعيين أي شخص يتمتع بالكفاءة القانونية والمهنية اللازمة لقبول هذه المهمة. وبما أن تشكيل الهيئة التحكيمية هو أمر لا بد من تحقيقه قبل السير بالتحكيم، يتبين لنا من جهة أولى أن كل قوانين التحكيم والقوانين الداخلية تتضمن نصوصاً تتعلق بتعيين المحكم، ومن جهة ثانية أن الطريقة التي يتم تعيين المحكمين على أساسها تختلف باختلاف نوع التحكيم الذي يختار الفرقاء اللجوء إليه، بناءً على بنود اتفاق التحكيم وعطفاً على النزاع الذي ينشأ فيما بينهم.

¹ Code de procedure pénale français, nouvel article 435-4 C. issu de l'article 2de la loi no2000-595 du 30 juin 2000, JO 1^{er} juill. 2000, p.9944; Rev. Arb. 2000.542 ; JCP 2000.I.274 §5, obs. Ch.Boiteau ; JCP 2000.III.20312 ; D. 2000.III.300.

هناك نوعان أساسيان من التحكيم يتم اعتمادهما في كافة الدول التي تسمح قوانينها باللجوء إلى التحكيم وهما التحكيم الحر، الذي سوف نوضح خصائصه في مطلب أول، والتحكيم المؤسسي الذي يقتضي عرض مميزاته في مطلب ثانٍ.

المطلب الأول: التحكيم الحرّ L'arbitrage Ad hoc

من أجل بيان كميّة تعيين المحكم في التحكيم الحرّ، يقتضي عرض مفهوم التحكيم الحرّ (الفرع الأول) ومن ثم تسليط الضوء على عملية اختيار المحكمين في نظام تحكيم الأونسيترال (الفرع الثاني).

الفرع الأول: ماهية التحكيم الحرّ

التحكيم الحرّ ذلك الذي يعطي للخصوم الحرية الكاملة في تحديد القواعد الإجرائية أو الموضوعية التي سوف يتبعها المحكم المختار من أجل الفصل في النزاع المطروح عليه وفقا لهذه القواعد وفي المكان الذي يحدده، بما لا يتعارض مع القواعد الآمرة أو النظام العام^١. ولأن التحكيم الحر لا يتم عبر مؤسسة تحكيمية، يكون بالتالي من واجب الخصوم تحديد جميع مظاهر التحكيم بما فيها عدد المحكمين، كيفية تعيينهم، القانون الواجب التطبيق وأصول المحاكمة التي سوف تتبع^٢. وهذا الاختيار المباشر للمحكمين من قبل الأطراف هو الأقرب إلى فكرة التحكيم لأنه مبني على عنصر الثقة بشخص المحكم وقبول القرار التحكيمي^٣. فأمر بديهي أن يشعر أطراف النزاع عند لجوئهم إلى التحكيم الحر بأن عملية التحكيم تجري وفقا لشروطهم ولحالته الخاصة وبحسب القوانين والإجراءات التي سبق واتفقوا عليها، الأمر الذي سوف يعزز ثقتهم بعملية التحكيم ليس فقط طوال فترة سيرها بل حتى صدور القرار التحكيمي وتنفيذه.

بالنسبة إلى كيفية اللجوء إلى التحكيم الحر، هناك طريقتان حيث يمكن التوصل إلى اتفاق التحكيم إما قبل نشوء النزاع أو بعده. فإذا ورد الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم كحل للنزاع في أحد بنود العقد الأصلي

^١ هبه أحمد سالم، الشروط التحكيمية وعيوب صياغتها من واقع مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، مجلة التحكيم العربي، العدد ٢٤، يونيو ٢٠١٥، ص. ١٩٠.

Julian D. M. Lew, Loukas A. Mistelis, Stefan Kröll; **Comparative International Commercial Arbitration**; Kluwer Law International, 2003; p.34,(3-10).

^٢ د. عبد الحميد الأحمد، التحكيم الدولي، موسوعة التحكيم، الجزء الثاني، ص ١٨٧.

القائم بين المتنازعين، يسمى هنا "شرط التحكيم"، أما إذا جاء الاتفاق على إحالة الموضوع وحلّه عن طريق التحكيم بعد نشوء النزاع، فيسمى "عقد التحكيم" أو "مشارطة التحكيم" الذي يأخذ غالباً شكل عقد اتفاق مستقل عن عقد النزاع الأصلي الذي اختلف بشأنه الأطراف¹.

نشير هنا إلى أن الأطراف عادة ما يتوصلون إلى عقد التحكيم بعد نشوء النزاع وذلك لأن قبل نشوئه وخلال فترة صياغة العقد الأصلي، يجد أطراف العقد أنفسهم في جو إيجابي تغلب فيه الثقة والطمأنينة خاصة وأن مصالح المتعاقدين تصب عندها في اتجاه واحد. لذلك، قد يتهيأ لهم خلال هذه المرحلة أنه لا مجال لحصول أي خلاف فيما بينهم. إلا أن الأطراف التي تتمتع بخبرة واسعة في نطاق عملها، كالشركات الخاصة التي تتعاقد مع الدولة لإدارة وتسيير قطاع الاتصالات أو الكهرباء مثلاً، غالباً ما تعمل على أن يصاغ شرط التحكيم ضمن العقد الأساسي كتدبير وقائي يحمي مصالحها في حال نشوب أي نزاع في وقت لاحق.

نرى أن الحل الثاني هو الأفضل لأنه من جهة أولى، قد يحول - الوجود المسبق لهذا البند التحكيمي - دون نشوب خلافات معينة تفادياً للجوء إلى التحكيم، حيث يعمل البند التحكيمي كرادع خاصة إذا كان موضوع العقد مواد سريعة التلف أو مواد موسمية. ففي هذه الحالة، وإذا ظهرت بوادر خلاف خلال تنفيذ العقد الأساسي، سوف يحاول الفرقاء أن يجدوا لها حلاً أولاً آنيةً تفادياً لتطبيق الشرط التحكيمي. فإذا كان موضوع العقد مواد سريعة التلف كالمحاصيل الزراعية التي تعاقدت أحد الشركات على شرائها من الدولة مثلاً أو مواد موسمية كأجهزة التدفئة التي يصبح بيعها للدولة من أجل تجهيز المدارس الرسمية بها شبه مستحيل خلال موسم الصيف، سوف يسعى الفرقاء، حفاظاً على مصالحهم، إلى حل خلافاتهم دون المرور بإجراءات التحكيم الذي قد تطول مهله مؤثرة بشكل سلبي على موضوع العقد. أما من الجهة الثانية، وفي حال نشوب نزاع، فإن وجود بند تحكيمي في العقد الأساسي يسهل من عملية اللجوء إلى التحكيم، وبتفادي بالتالي إمكانية تطور النزاع ووصوله إلى خلافات تتعلق بصياغة اتفاق التحكيم. ذلك لأنه في حال كان العقد لا

S. Bond, **Comment rediger une clause d'arbitrage** Bull CCI, Vol. 1 n2 1990., **How to draft an arbitration Clause**, ASA Special Series n8, 1994.32' A. Rovine 6 world Arb. 2 Med. Rep. 148 (1995); R. Budin, *Les clauses arbitrales internationales*, Payot Lausanne, 1993.

يتضمن بند تحكيمي، يصبح من الصعب أن يتفق الفرقاء على نص إتفاق التحكيم خاصة وأنهم في حالة نزاع. وفي كلا الحالتين، ومهما كان خيار الفرقاء، من الأفضل أن يكون المكان أو مقر التحكيم محدداً مسبقاً خاصة وأن هذا الأمر سوف يكون له تأثيراً كبيراً على العديد من القضايا الأساسية كتحديد القوانين الإجرائية التي تنظم التحكيم وقابلية تنفيذ القرار التحكيمي^١، وهذا يؤكد على أنه من الأفضل أن تتم صياغة شرط التحكيم مسبقاً وضمن العقد الأساسي.

وللأطراف الراغبة في إدراج شرط التحكيم الحر في العقد الأساسي بينها، أو الساعية للجوء إلى التحكيم بعد نشوء النزاع، الخيار بين التفاوض على مجموعة كاملة من القواعد أو وضع الإجراءات التي تناسب احتياجاتها الخاصة. ففي الحالة الأولى يقتصر أحد الفريقين على قبول المشروع بالصيغة التي عرض فيها دون أن يكون له الحق أن يناقش في ما تضمنه، فإما أن يوافق على بنود العقد كاملة وإما أن يرفض التعاقد. ومثال على ذلك، التعاقد على النقل مع شركة سكة حديدية تكون قد سبق ووضعت بنود عقدها بطريقة تجعل من هذه البنود وحدة متكاملة غير قابلة للتجزئة، حيث نكون أمام "عقد إذعان". أما في الحالة الثانية، أي عندما يتفق الفرقاء على الإجراءات التي تناسب احتياجاتهم الخاصة، فنكون أمام "عقد رضائي" حيث تجري المناقشة والمساومة في شروطه وفي كل من بنوده دون أن يكون أي من الفرقاء ملزم بالتقيد بينود العقد كافة أو بالصيغة التي وردت فيها.

عدا عن التفاوض على مجموعة كاملة من القواعد أو وضع الإجراءات التي تناسب احتياجات المتعاقدين الخاصة، هناك خيارات أخرى متاحة لأطراف النزاع الراغبة في اعتماد التحكيم الحر والتي ليست بحاجة إلى وضع قواعد مرسومة خصيصاً لها. من هذه الخيارات؛ (أ) اعتماد نظام إحدى مؤسسات التحكيم، تعديل بعض الأحكام المتعلقة باختيار المحكم (أو المحكمين) وإلغاء الأحكام المتعلقة بإدارة التحكيم من قبل المؤسسة، (ب) دمج القوانين الإجرائية مثل قانون التحكيم الفدرالي (Federal Arbitration Act) في الولايات المتحدة الأمريكية للعام ١٩٢٥ أو قانون التحكيم الإنجليزي (English Arbitration Act) للعام ١٩٩٦، (ج) اعتماد قواعد وضعت خصيصاً من أجل إجراءات التحكيم الحر مثل قواعد لجنة الأمم

Filip De Ly, *The Place of Arbitration in the Conflict of Laws of International Commercial Arbitration: An Exercise in Arbitration Planning*, 12 Nw. J. Int'l L. & Bus. 48 (1991-1992)

المتحدة للقانون التجاري الدولي المعروفة بـ "الأونسيترال" (UNCITRAL) والتي يمكن استخدامها في النزاعات المحلية والدولية على حد سواء، وأخيراً (د) اعتماد بند تحكيم حر تم نسخه من عقد آخر^١.

تجدر الملاحظة هنا إلى بعض المخاطر التي قد ترافق اثنين من الخيارات المتاحة أعلاه؛ الخطر الأول يكمن في اعتماد أو تعديل قواعد موضوعة من قبل مؤسسة تحكيمية حيث يحمل هذا التعديل في طياته خطر خلق الغموض في القواعد المؤسسية كما عدلت، وذلك بالرغم من الجهود المبذولة لإعادة رسمها بشكل يتناسب مع إجراءات التحكيم الحر. أما الخطر الثاني، فيظهر من خلال نسخ شرط التحكيم الحر من عقد آخر حيث قد يؤدي ذلك إلى الندم في وقت لاحق، خاصة إذا كان البند التحكيمي المنسوخ قد وضع في الأصل لغرض معين أو فريد من نوعه^٢ لا يتناسب مع الحالة التي يواجهها الخصوم في النزاع القائم.

ولأن هذا النوع من التحكيم لا يعتمد على مركز تحكيمي ولا على نظام تحكيمي لإدارة التحكيم، يرى الباحث أنّ اعتماد الدقة والحيطه في كتابة الشرط التحكيمي أمر محتم لتأثيره على فاعلية وأثار هذا البند. فتكون هذه الدقة ضرورية مثلاً فيما يتعلق بتسمية المحكم كما في تحديد مقر التحكيم.

وفي حين يُفضّل أن تتم صياغة اتفاق التحكيم كبنود ضمن العقد الأصلي كما سبق وبيننا، إلا أن تحديد اسم المحكم في هذا البند يبقى أمر غير مستحب. لذلك، لا ننصح بأن تتم تسمية المحكمين عند توقيع الشرط التحكيمي لأن هذا الأمر يعقّد سير عملية التحكيم خاصة وأن اختيار المحكم المناسب لحل النزاع المعروف ليس بالأمر السهل لصعوبة تحديد نوع النزاع سلفاً. فمن الأفضل مثلاً أن ينصّ شرط التحكيم، في التحكيم الحر، على أن "كل نزاع ينشأ عن تفسير أو تنفيذ العقد يتم حسمه نهائياً من قبل هيئة تحكيمية^٣ مؤلفة من ثلاثة محكمين، يسمي كل طرف محكماً ويتفق المحكمان على اسم المحكم الثالث"، هكذا تترك عملية التسمية

^١ Edlira Aliaj; **Dispute resolution through ad hoc and institutional arbitration**; Academic Journal of Business, Administration, Law and Social Sciences; Vol. 2 No. 2; July 2016.

^٢ The guide of Outlaw, **Institutional vs. 'ad hoc' arbitration**, August 2011 <http://www.outlaw.com/en/topics/projects--construction/international-arbitration/institutional-vs-ad-hoc-arbitration/>.

^٣ Besma ARFAOUI, **L'interprétation Arbitrale Du Contrat De Commerce International**, Thèse pour l'obtention du

grade de DOCTEUR EN DROIT DE L'UNIVERSITE DE LIMOGES, 2008.

إلى ما بعد نشوب النزاع حيث يكون نوع الخلاف قد أصبح واضحا الأمر الذي يسهل تحديد هوية المحكم أو المحكمين المختصين في هذا المجال.

نرى أيضاً أن هذه الدقة يجب أن تشمل تحديد مقر التحكيم بشكل واضح ودقيق، ضمن اتفاق التحكيم، كونه إحدى أهم سمات شرط التحكيم وكونه السلطة القانونية التي يرتبط بها التحكيم. ولتفادي الإلتباس، تقتضي الإشارة هنا إلى أن "مقر التحكيم" (Seat of arbitration) يختلف عن "موقع التحكيم" (Venue of arbitration) أي المكان الذي تدور فيه جلسات الاستماع. فاختيار المقر يحدد القانون الذي يحكم إجراءات التحكيم بالإضافة إلى الحقوق المتعلقة بتنفيذ قرار التحكيم وبإجراءات هذا التنفيذ، كما أنه يحدد المحكمة الوطنية التي يجوز أن تتدخل أثناء التحكيم ومدى هذا التدخل. وعن طريق تحديد مقر التحكيم، تصبح القوانين الوطنية الإلزامية في هذا البلد هي أيضا تنطبق على التحكيم^١. وتظهر أهمية تحديد مقر التحكيم بإتقان في عملية تعيين المحكمين وتنفيذ القرار التحكيمي على سبيل المثال، ففي حال اتفق الأطراف على تعيين هيئة تحكيمية من ثلاثة محكمين، فإن عدم اتفاق الطرفين على المحكم الثالث أو على تنفيذ قرار التحكيم، يؤدي إلى الرجوع للقانون المطبق على التحكيم والذي سبق واختاره الطرفان، وإلا يتم تحديد هذه التفاصيل من قبل مقر التحكيم^٢. إلا أن هذا النهج لا ينفع إلا إذا كان مقر التحكيم يخضع لقانون التحكيم به^٣.

بناء على ما سبق، يستنتج الباحث أنه في حال عدم اتفاق الأطراف على المحكم الثالث وعلى القانون المطبق في التحكيم، وفي حال كان التحكيم يحصل على أراضي إحدى الدول التي لا تتضمن قوانينها تشريعات تتعلق بالتحكيم، يجد مقر التحكيم نفسه عاجزا عن تعيين رئيس الهيئة التحكيمية المختلّف على تسميته، مما يعرقل عملية التحكيم ويضع المتعاقدين في موقف راكد أمام نزاعهم. وفي حين أن حصول هكذا حالة أمر نادر إلا أنه تقتضي الإشارة إليه تنبيها لأطراف العقد وتقاديا لاضطرارهم على أن يواجهوا هكذا موقف. لذلك فضل أن يتفق الأطراف على أحد الخيارات "الأمّنة" من حيث مقر التحكيم، مثل باريس، لندن، جنيف، علما بأن أحد أهم العوامل هو اختيار مقر محايد أي أن لا يكون أحد أطراف النزاع حاملا جنسيته. من

^١ Alastair HENDERSON, *Lex Arbitri, Procedural Law And The Seat Of Arbitration*, Singapore Academy of Law Journal, (2014) 26 SAclJ.

^٢ هبه أحمد سالم، مجلة التحكيم العربي، (م.س.ذ) ص. ١٩٠.

^٣ Filip De Ly, *The Place of Arbitration in the Conflict of Laws of International Commercial Arbitration: An Exercise in Arbitration Planning*, 12 Nw. J. Int'l L. & Bus. 48 (1991-1992)

هنا، نشدد على إعطاء اختيار مقر التحكيم الاهتمام اللازم من أجل ضمان إمكانية تعيين المحكمين في حال تعذر ذلك بكل الطرق الأخرى.

نشير هنا إلى أنه في حال تعذر تعيين الهيئة التحكيمية، يبقى اللجوء إلى المحاكم القضائية من أجل تعيين المحكمين خياراً وارداً للمتخاصمين. إلا أنه في الواقع يبتعد هؤلاء عن اللجوء إلى المحكمة القضائية خاصة في التحكيم الدولي؛ أولاً لأن الحكم القاضي بتعيين المحكم من قبل القضاء لا يجوز الطعن فيه^١ وثانياً لأن الفرقاء يكونوا قد فقدوا ما لهم من صلاحية في المشاركة بعملية التحكيم. لذلك، أدرجت عادة جديدة تتمثل بتعيين سلطة لتسمية المحكمين^٢ (Appointing Authority) تكون شخصاً من الوسط القانوني كقريب المحامين أو من الوسط التجاري كرئيس غرفة التجارة أو من الوسط القضائي كرئيس تحكيم غرفة التجارة الدولية^٣. ومن السهل أن نتفهم ظهور هذه العادة خاصة وأن المحتكمين أرادوا عبر لجوئهم إلى التحكيم الحر أن يتفادوا ليس فقط المحاكم القضائية، بل المؤسسات التحكيمية على حد سواء. بالتالي، يقتضي السؤال في هذه المرحلة عن حسنات التحكيم الحر وعن السيئات التي قد يواجهها الأطراف في حال اللجوء إليه.

من حسنات اللجوء إلى التحكيم الحر الذي ظهر قبل ظهور التحكيم المؤسسي، نذكر أولاً أهمية الحرية المعطاة للأفراد وهي حرية كبيرة في اختيار المحكمين الذين يضعون فيهم ثقتهم اعتماداً على خبراتهم في حل النزاع، في حين أنه في حالة التحكيم المؤسسي مثلاً تكون هذه الحرية محدودة إلى حد ما كما سنبيين لاحقاً.

أما الحسنة الثانية فهي أن القواعد والإجراءات المتبعة لحل النزاع في التحكيم المطلق غالباً ما تكون أكثر مرونة وواقعية من قواعد التحكيم المؤسسي وذلك لأن الفرقاء يكونوا قد سبق وانفقوا على نظام يناسب حالتهم الخاصة.

^١ محكمة التمييز، أبو ظبي، الطعن رقم ١٣٤٣ لسنة ٢٠٠٩، جلسة ٢٧/١/٢٠١٠.

^٢ Julian D. M. Lew, Loukas A. Mistelis, Stefan Kröll; **Comparative International Commercial Arbitration**, Kluwer Law International, 2003; p.34, (3-12).

^٣ د. عبد الحميد الأحمد، التحكيم الدولي (م.س.د) ص. ١٨٨.

كما أن عامل السرية والسرعة في حل النزاع، قد يكون أكثر ما يميز هذا النظام خاصة وأن الاعتماد على مؤسسة أو هيئة لحل النزاع القائم، قد يأتي بكثير من القواعد والإجراءات التي قد تكون على عكس توقعات الأفراد مما قد يؤدي إلى إطالة زمن التحكيم بسبب تأخر فهم الخصوم لها وما يتبعها من تحضير مستندات ودفع تستطيع الرد على هذه القواعد والإجراءات¹.

وأخيرا نذكر عامل التكلفة حيث أن عدم توجب الرسوم الإدارية في هذا النوع من التحكيم يوفر وحده حافزا ممتازا للجوء إلى إجراءات التحكيم الحر².

إلا أننا لا نستطيع غض النظر عن السيئة الأساسية التي قد تعترض اللجوء إلى التحكيم الحر ألا وهي أن فعالية التحكيم الحر تعتمد على استعداد الأطراف للاتفاق على الإجراءات التحكيمية خاصة وأنهم بالفعل في نزاع. ففشل أحد أو كلا الطرفين في التعاون من أجل تسهيل عملية التحكيم قد يؤدي إلى هدر وقت ثمين ودون أي مبرر³، وهي سيئة وازنة كونها من الممكن أن تعرقل عملية التحكيم بكاملها. بالتالي، قد يكون اللجوء إلى التحكيم المؤسسي في هكذا حالة هو الحل الأفضل بما أن المؤسسة التحكيمية هي التي تحدد الإجراءات التحكيمية وتحد بالتالي من إمكانية الخلاف على هذه النقطة. إلا أننا نقترح على الفرقاء الراغبين في اللجوء إلى التحكيم الحر والمريدين تفادي مواجهة هذه السيئة، أو المشاكل الأخرى ومن ضمنها المتعلقة بتعيين المحكمين والتي قد تعترض سير التحكيم، اللجوء إلى قواعد الأونسيترال- القانون النموذجي للتحكيم - كحل لهذه العقبات. بذلك، يستفيدون من حسنات التحكيم الحر دون أن يجبروا على مواجهة سيئاته.

الفرع الثاني: اختيار المحكمين في نظام تحكيم الأونسيترال (UNCITRAL)

سبق لنا وذكرنا أن لأطراف النزاع، الراغبة في اعتماد التحكيم الحر والتي ليست بحاجة إلى قواعد مرسومة خصيصا لها، خيارات عديدة في صياغة شرط التحكيم، ومن بينها اعتماد قواعد وضعت خصيصاً

¹ Edlira Aliaj; **Dispute resolution through ad hoc and institutional arbitration**; Academic Journal of Business, Administration, Law and Social Sciences; Vol. 2 No. 2; July 2016.

² The guide of Outlaw "Institutional vs. 'ad hoc' arbitration" August 2011 <http://www.outlaw.com/en/topics/projects--construction/international-arbitration/institutional-vs-ad-hoc-arbitration/>.

³ Pierre Lalive; **AVANTAGES ET INCONVÉNIENTS DE L' ARBITRAGE " AD HOC"**; *Etudes offertes à Pierre Bellet*, Litec, 1991, p. 301-321 Paris,

من أجل إجراءات التحكيم الحر مثل قواعد الأونسيترال أي لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي. فقد تمكنت هذه اللجنة من إعداد قواعد التحكيم التي حملت اسمها والتي تم إقرارها من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة بمقتضى القرار ٩٨ للدورة الحادية والثلاثين في ١٥ كانون الأول عام ١٩٧٦ وتعديلاتها اللاحقة، وذلك بهدف التقريب والتوفيق بين قواعد التحكيم في مختلف الأنظمة القانونية في العالم.

في المبدأ، يحق للأطراف تحديد عدد المحكمين بشكل حر^٢، إلا أنه في التطبيق العملي تكون معظم الهيئات التحكيمية مكونة إما من محكم واحد أو من ثلاثة محكمين، أما اختيار أعداد أخرى فهو أمر نادر الحصول لأنه غالباً ما يكون عديم الفعالية كما أنه لا يتناسب مع معظم المنازعات. ويقتضي السؤال هنا عن نتيجة عدم تحديد الأطراف المسبق لعدد المحكمين. حل نظام الأونسيترال هذه الإشكالية من خلال تكريس اللجوء إلى سلطة التسمية (Appointing Authority)، ففي حال بين الأطراف في الشرط التحكيمي عن إرادتهم في إتباع نظام تحكيم الأونسيترال وحددوا سلطة التسمية، عندئذ لا تكون هناك من مشكلة تعترض تعيين المحكمين، إذ تكون سلطة التسمية ملزمة بإتباع نظام الأونسيترال في اختيار المحكم الفرد أو المحكم الثالث.

أولاً: إختيار المحكم الفرد وفقاً لنظام الأونسيترال (UNCITRAL)

يتميز نظام الأونسيترال عن باقي الأنظمة التحكيمية بأنه لم يكتف بتحديد كيفية تعيين المحكم كما في نظام غرفة التجارة الدولية (ICC)^٣ ومحكمة لندن للتحكيم الدولي (LCIA)^٤، بل أنه تطرق إلى موضوع الإجراءات المتعلقة بتحديد سلطة التسمية عندما يتطلب الأمر ذلك.

وينصّ نظام الأونسيترال على أنه في حال لم يكن الأطراف قد اتفقوا على إختيار سلطة التعيين، يجوز لأيّ منهم أن يقترح في أيّ وقت اسم مؤسسة واحدة أو أكثر أو شخص واحد أو أكثر لتولّي مهامّ سلطة التعيين. وإذا انقضى ثلاثون يوماً على تسلّم جميع الأطراف الآخرين هكذا اقتراح دون

^١ الدكتورة سامية راشد، التحكيم في إطار المركز الإقليمي بالقاهرة، منشأة المعارف بالاسكندرية، ص. ١٤
^٢ مثلاً: Model Law Article 10(1); Netherlands, CCP Article 1026(2); Egypt, Law no 27 of 1994, Article 15(2); Washington Convention Article 37(2)(a).

^٣ أنظر: ICC Rules Article 8(3)
^٤ أنظر: LCIA Rules Article 5(4)

أن يتفق طرفا النزاع على اختيار سلطة تعيين، جاز لأيٍ منهما أن يطلب إلى الأمين العام لمحكمة التحكيم الدائمة في لاهاي أن يسميَ هو سلطةً التعيين. وتقوم سلطة التعيين هذه بتعيين محكم واحد متبعاً طريقة القوائم حيث ترسل لكلا الطرفين قائمة تتضمن ثلاثة أسماء على الأقل، ويكون على الطرفين شطب الأسماء التي يعترضها عليها وترقيم الأسماء المتبقية في القائمة حسب الترتيب الذي يفضلها كل منهما وإعادة القائمة إلى سلطة التعيين خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تسلمها. بعد انقضاء هذه المهلة، تعين سلطة التعيين المحكم الواحد من بين الأسماء التي اعتمدها الطرفان مراعية الأفضلية التي أوضحهاها. وفي حال تعذر تعيين المحكم الواحد وفقاً لهذه الإجراءات، كان لسلطة التعيين أن تمارس سلطتها التقديرية في تعيينه على أن تراعي الاعتبارات التي من شأنها ضمان اختيار محكم مستقل ومحايد علماً أنه من المستحسن أن يكون المحكم من جنسية غير جنسية كل من أطراف النزاع¹.

بالنسبة لهذا النص، يمكننا القول من جهة أولى أنه يحل مشكلة عدم اتفاق الأطراف أو عدم اختيارهم لسلطة التعيين ضمن المهلة القانونية حيث سمح نظام الأونسيترال بنقل هذه المهمة إلى الأمين العام لمحكمة التحكيم الدائمة في لاهاي لضمان متابعة إجراءات التحكيم. إلا أن المشكلة التي تستوقفنا هنا هي أن انتقال مهمة التسمية إلى الأمين العام لا يكون إلا عبر طلب أحد الأطراف. بالتالي، وفي حال لم يتم أي من المتنازعين بتوجيه طلب بهدف تسمية سلطة التعيين، تجد اتفاقية التحكيم نفسها غير فعّالة كون عملية التحكيم تكون قد واجهت حاجزاً يحول دون إمكانية استمرارها.

كما يستنتج الباحث من جهة ثانية، وبالنسبة للطريقة التي تعتمدها سلطة التعيين من أجل تسمية المحكم الواحد، فإن طريقة القوائم تبدو سهلة التنفيذ، إلا أنها تحد من حرية الاختيار عند المتنازعين حيث أنها تلزمهم باختيار اسم من بين عدد محدود من الأسماء. كما أنّ هذه الطريقة لا تضمن تعيين المحكم الواحد، وفي هذه الحالة يصبح لسلطة التعيين، نوعاً ما، سلطة تقديرية تسمح لها باختيار المحكم من تلقاء نفسها شرط أن يكون مستقلاً ومحايداً. إلا أن المادة ٨ من نظام الأونسيترال أوجدت حلاً للمشكلة التي تطرحها طريقة القوائم من خلال إعطاء الفرقاء الحق برفض تطبيقها^٢، وبالتالي فإن تأثير الأطراف على عملية التعيين يبقى قائماً وحقهم الواسع في الاختيار يبقى محفوظاً.

^١ المادة ٦ والمادة ٧ من قواعد تحكيم الأونسيترال

UNCITRAL Rules Article 8(2): "The appointing authority shall appoint the sole arbitrator as promptly as possible. In making the appointment, the appointing authority shall use the following list-procedure, unless the parties agree that the list-procedure should not be used or unless the appointing authority

بالتالي، ننصح أطراف النزاع بأن يعمدوا إلى الاتفاق على اختيار المحكم الواحد بأنفسهم تفادياً لهدر الوقت، ولكي لا يقعوا ضحية خيار سلطة التعيين التي يقع عليها خيار الأمين العام، أو حتى ضحية الاسم الذي يقع عليه خيار سلطة التعيين. ففي حال حصول ذلك، نرى أن التحكيم يكون قد فقد إحدى سماته الأساسية ألا وهي الحرية الواسعة المعطاة للمحتكمين في اختيار الشخص الذي سوف يفصل في النزاع الواقع فيما بينهم.

ثانياً: إختيار ثلاثة محكمين وفقاً لنظام الأونسيترال (UNCITRAL)

قد يختار الفرقاء تعيين ثلاثة محكمين عوضاً عن محكم واحد، وقد نص نظام الأونسيترال على أن تتألف الهيئة التحكيمية الثلاثية عادة من محكمين إثنين يتم اختيارهما من قبل الأطراف كأعضاء، ومحكم ثالث يكون رئيساً. تختلف طريقة اختيارهم باختلاف النظام التحكيمي المطبق، وتبرز هذه الاختلافات خاصة فيما يتعلق بإجراءات تعيين رئيس الهيئة.

وعلى عكس ما هو الحال في معظم أنظمة المؤسسات التحكيمية، ينصّ نظام الأونسيترال¹ على أنه إذا أراد الطرفان تعيين ثلاثة محكمين، يُعيّن كل طرف مُحكماً واحداً، ثم يختار المحكّمان المُعيّنان المُحكّم الثالث، الذي يتولّى رئاسة هيئة التحكيم. سندا لهذه المادة، نستنتج أن تعيين المحكمين الأعضاء يتم مباشرة من قبل الأطراف ودون أي رقابة من قبل أية مؤسسة أو أي طرف آخر خلافاً لما ورد في نظام الـ ICC مثلاً حيث يكون للـ"محكمة" رقابة على إجراءات التعيين². إلا أن هذا الأمر لا يعني أن نظام الأونسيترال يسمح بأن يكون المحكمين المختارين غير مستقلّين أو غير حياديين، إذ يبقى هذان الشرطان أساسيان في كل مراحل التحكيم. ولكي لا يصار إلى التعسف في استعمال هذا الحق، أي حرية اختيار المحكمين من قبل الفرقاء، حدّد نظام الأونسيترال مهل لإتمام عملية التعيين حيث نص على أنه في حال أبلّغ أحد الأطراف الطرف الآخر بتعيين محكّم، ولم يقدّم هذا الطرف الثاني، خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تسلّمه هذا البلاغ، بتبليغ الطرف الأول بالمحكّم الذي عيّنه، جاز للطرف الأوّل أن يطلب من سلطة التعيين أن تعيّن هي المحكّم الثاني³.

determines in its discretion that the use of the list-procedure is not appropriate for the case (...)"

UNCITRAL Arbitration Rules, Article 9 (1).

ICC Arbitration Rules, Article 13: Appointment and Confirmation of the Arbitrators

³ المادة 9 من قواعد تحكيم الأونسيترال

وكما في حالة اختيار المحكم الواحد، وفي حال لم يسبق للطرفين الاتفاق على تسمية سلطة تعيين أو إذا امتنعت سلطة التعيين التي تم تسميتها أو لم تتمكن من إتمام تعيينه خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تسلمها الطلب من أحد الطرفين، يجوز للطرف الأول، عند تعيين ثلاثة محكمين، أن يطلب من الأمين العام لمحكمة التحكيم الدائمة في لاهاي تسمية سلطة التعيين، عندها يحق له أن يطلب من سلطة التعيين هذه تسمية المحكم الثاني. أما الإجراء الإضافي الذي يظهر عند اختيار اللجوء إلى ثلاثة محكمين هو تسمية رئيس الهيئة، حيث انه في حال انقضاء ثلاثون يوماً على تعيين المحكم الثاني دون أن يتفق المحكمان على اختيار المحكم الرئيس، تتولى سلطة التعيين تعيين المحكم الرئيس بالطريقة نفسها المنبئة في تعيين المحكم الفرد.

يتبين لنا من خلال هذا النص، أولاً أن عملية اختيار ثلاثة محكمين هي أكثر تعقيداً من الطريقة المعتمدة لاختيار محكم واحد، وذلك لوجود مرحلتين. ففي مرحلة أولى يتم تعيين محكمين، أما في المرحلة الثانية يتم اختيار رئيس الهيئة. ويمكننا بالتالي تصور العراقيل التي يمكن أن تعترض كل من هذه المراحل، فعدا عن مشكلة الحد من حرية الفرقاء في اختيار محكميهم، نرى أن التحكيم يمكن أن يفقد سمة أخرى من سماته الأساسية وهي السرعة في البت في النزاع موضوع التحكيم.

يتبين لنا ثانياً، أنه من أجل تعيين رئيساً للهيئة، يجب الإستحصال أولاً على موافقة المحكمين العضوين اللذان تم اختيارهما من قبل الفرقاء، ما يعني أن أطراف النزاع يبقى تأثيرهم على اختيار الرئيس تأثيراً غير مباشر. إلا أن هذا التأثير قد يعزز من حسن وسلاسة العلاقة العملية داخل الهيئة، على عكس ما هو الحال في نظام الـ ICC مثلاً حيث أن المحكمة لا تأخذ برأي الفرقاء قبل تعيين رئيس الهيئة، ما لم يتفقوا على عكس ذلك¹. نرى هنا أن اعتماد نظام الأونسيترال يعزز تأثير الفرقاء في اختيار رئيس هيئة التحكيم على عكس الأنظمة الأخرى حيث يبقى دورهم محدوداً إلى حد ما. بالتالي، ننصح المحكمين الراغبين في المشاركة في عملية التعيين أن يتفقوا على إتباع نظام الأونسيترال حفاظاً على حقهم في حرية الخيار.

ICC Arbitration Rules, Article 12(5): "Where the dispute is to be referred to three arbitrators, the third arbitrator, who will act as president of the arbitral tribunal, shall be appointed by the Court, unless the parties have agreed upon another procedure for such appointment, in which case the nomination will be subject to confirmation pursuant to Article 13. Should such procedure not result in a nomination within 30 days from the confirmation or appointment of the co-arbitrators or any other time limit agreed by the parties or fixed by the Court, the third arbitrator shall be appointed by the Court."

وفقاً لما تمّ عرضه، وبغض النظر عن بعض السيئات التي قد يواجهها الفرقاء نتيجة إهمالهم في اختيار المحكمين أو سلطة التعيين، يتبين لنا من خلال بحثنا هذا أن اعتماد نظام الأونسيترال في التحكيم الحر يشكل حلاً جيداً لمشكلة عدم الاتفاق المسبق للفرقاء على تعيين المحكمين. ففي حال ارتأى المحتكمون التقاضي أمام محكم واحد أو ثلاثة محكمين، يلعب وجود سلطة التعيين دوراً هاماً في تشكيل الهيئة التحكيمية يتمثل بعدم تطور النزاع القائم بين الفرقاء ليُطال إجراءات التحكيم. وتأكيداً أكثر على فعالية هذا النظام في التصدي إلى عدم استعداد الأطراف للاتفاق على الإجراءات التحكيمية، أوجد هذا الأخير حلاً لعدم اتفاقهم على اختيار سلطة التعيين، حيث أبقى لأي منهم صلاحية الطلب إلى الأمين العام لمحكمة التحكيم الدائمة في لاهاي أن يسمّي هو سلطة التعيين. لذلك، وفي حال قرر المتعاقدون اللجوء إلى التحكيم الحر، يفضل أن يبينوا من خلال الشرط التحكيمي عن إرادتهم في إتباع نظام تحكيم الأونسيترال أولاً لضمان حقهم في المشاركة في اختيار محكميهم، وثانياً لكي لا تبقى كامل إجراءات التحكيم بين أيديهم حيث أن الفرقاء غالباً ما تكون خبرتهم في هذا المجال محدودة جداً.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن قواعد تحكيم الأونسيترال ليست نظاماً تحكيمياً لمركز تحكيمي دائم وأنها كانت في السابق قواعد تحكيم حالات خاصة ad hoc للتجارة الدولية، ولكن اسقط من هذا العنوان "الحالات الخاصة" حتى لا يوحي العنوان خطأ بأنه ليس في هذه القواعد مكان لمراكز التحكيم الدائمة. أضف إلى ذلك أنه في حال اصطدام هذه القواعد مع قواعد أمرة في القانون المطبق على التحكيم، فإن القواعد الأمرة هي التي تطبق¹.

في ختام هذا المطلب الأول، نشير إلى أن الفصل التام والقاطع بين التحكيم الحر والتحكيم المؤسسي ليس بالأمر المحتم. ففي معظم الأحيان، قد تؤدي الرغبة في تعيين محكم مؤهل إلى موافقة الأطراف الذين اعتمدوا التحكيم الحر على اللجوء فيما بعد إلى مؤسسة تحكيمية تقوم هي بعملية التعيين بدلاً منهم. بالإضافة إلى ذلك، يمكن أن يقرر الأطراف في أي وقت وفي أية مرحلة كان فيها التحكيم، على التعاقد مع مؤسسة تحكيمية لإدارة التحكيم بكامل أوجهه. فاختيار الفرقاء للتحكيم الحر لا يعني أنهم لن يستطيعوا أن يتفقوا فيما

¹ د. عبد الحميد الأحذب، التحكيم الدولي (م.س.ذ) ص. ١٩١

بعد على العدول عن هذا القرار بهدف اللجوء إلى مؤسسة تحكيمية ترفع عنهم ثقل الحرية الواسعة التي يعطيهم إياها التحكيم الحر في رسم عملية التحكيم.

المطلب الثاني: التحكيم المؤسسي L'Arbitrage Institutionnel

من أجل بيان كيفية تعيين المحكم في التحكيم المؤسسي، يقتضي عرض مفهوم التحكيم المؤسسي (الفرع الأول) ومن ثم تسليط الضوء على عملية اختيار المحكمين في نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية (ICC) ونظام الإكسيد (ICSID) (الفرع الثاني).

الفرع الأول: ماهية التحكيم المؤسسي

التحكيم المؤسسي هو التحكيم الذي تتولاه هيئات ومنظمات دولية أو وطنية، وفق قواعد وإجراءات موضوعة سلفاً، تحددها الاتفاقيات الدولية أو القرارات المنشئة لهذه المؤسسات التحكيمية. ويتم وضع هذه القواعد قبل نشوء النزاع حيث أنها تطبق على كافة النزاعات التي تعرض على تلك المؤسسة ولا تنقيد في موافقة الأطراف عليها كلياً أو جزئياً. ومن هذه المراكز ما هو متخصص في مجال معين، ومنها ما هو عام يتولى التحكيم في مختلف أوجه النشاط التجاري، ومنها ما هو وطني^١.

هناك ما يقرب من ١٢٠٠ مؤسسة ومنظمة تقدم خدمات التحكيم المؤسسي في جميع أنحاء العالم. نسمي بعض المؤسسات المعروفة في عالم التحكيم؛ كمحكمة لندن للتحكيم الدولي London Court of International Arbitration (LCIA)، وغرفة التجارة الدولية International Chamber of Commerce (ICC)، ومركز دبي للتحكيم الدولي Dubai International Arbitration Center (DIAC)^٢.

^١ Edlira Aliaj; **Dispute resolution through ad hoc and institutional arbitration**; Academic Journal of Business, Administration, Law and Social Sciences; Vol. 2 No. 2; July 2016.

^٢ Happ's Arbitration Links; **Arbitration Institution and Centers**; <http://www.arbitration-links.de/00000099670ba0802/>

في العادة، تفرض أنظمة هذه المؤسسات أن يكون عدد المحكمين واحداً أو ثلاثة، وهذا الأمر يتوقف على الشرط التحكيمي، فإذا خلا من أي إشارة وكان التحكيم نظامياً تابعاً لمركز تحكيمي يرجع إلى نظام التحكيم حيث تترك معظم أنظمة مراكز التحكيم للأطراف تعيين عدد المحكمين. إلا أن هناك أنظمة تحدد عدد المحكمين بواحد فقط كالهيئة الأميركية للتحكيم¹ ومحكمة لندن للتحكيم الدولي²، وأخرى بثلاثة كنظام تحكيم غرف التجارة الأوروبية العربية. أما البعض الآخر، فترك للأطراف حرية تحديد العدد مثل مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي³، بينما نصت بعض الأنظمة على ارتباط عدد المحكمين بقيمة النزاع، إلا أنه في جميع الأحوال، تسعى أنظمة مراكز التحكيم أن يعين المركز المحكم الثالث أو محكما عن الطرف المتخلف. فنظام غرفة التجارة الدولية مثلاً ينص في مادته الثانية عشر على أنه في حال عدم اتفاق الطرفين على تحديد عدد المحكمين فإن "المحكمة" تعين محكماً واحداً، إلا إذا تبين أن النزاع يبرر تعيين ثلاثة محكمين، عندها يعطى الطرفان مهلة ثلاثين يوماً ليقوم كل منهما بتعيين محكم. وقد تبنت محكمة لندن للتحكيم الدولي (LCIA) النص عينه الني تبنته غرفة التجارة الدولية.

يقتضي السؤال هنا عما إذا كان من الأفضل تعيين محكم واحد أم عدة محكمين. في الواقع، إذا أردنا المقارنة بين الحالة التي يكون فيها عدد المحكمين واحداً والحالة التي يتم فيها تعيين ثلاثة، هناك عدة معطيات يتوجب البحث فيها قبل أن نتمكن من اختيار الحل الأنسب، ذلك إذا كان نظام المؤسسة المعتمدة يتيح للأطراف حرية تعيين عدد المحكمين بأنفسهم.

أولاً بالنسبة لحياد المحكم، في حال كان عدد المحكمين ثلاثة، هناك احتمال أن يميل المحكم في قراره إلى الفريق الذي عينه وقد يكون ذلك عن إدراك أو لا شعورياً، فمن جهة أولى، قد يشعر المحكم بأنه مضطر أن يضمن أن موقف الطرف الذي عينه سوف يؤخذ بعين الاعتبار خلال مناقشات الهيئة التحكيمية، أما من جهة ثانية، وفي حال كان المحكم من نفس ثقافة أحد الفرقاء، فقد يجد أنه من الأسهل له أن يفهم الحجج والأدلة التي يقدمها هذا الطرف مقارنة مع المحكمين الآخرين خاصة إذا كان المتنازعون من ثقافات مختلفة. من هنا، قد يرى الفرقاء بأن في تعيين محكم واحد ضماناً أكبر لحياده ومصداقية أهم لقراراته.

¹ المادة ٥ من نظام الهيئة الأميركية للتحكيم

² المادة ٣(٣) من نظام محكمة لندن للتحكيم الدولي

³ المادة ٣ من نظام مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي

ثانياً بالنسبة للتكاليف، فإنها تفرق كثيراً في ما إذا كنا أمام محكم واحد أو ثلاثة محكمين. من الطبيعي أن تكون أتعاب المحكم الواحد أقل كلفة من تلك المتوجبة لعدة محكمين¹. ففي نزاع قيمته خمسة ملايين د.أ. مثلاً، قد تصل أتعاب المحكم، في حال استخدام قواعد غرفة التجارة الدولية، إلى حوالي ٨٧،٠٠٠ د.أ. في المقابل، فإن رسوم هيئة تحكيمية من ثلاثة أشخاص ستبلغ حوالي ٢٦٠،٠٠٠ د.أ. بناءً على ذلك، في حال كان الأطراف يأخذون بالتكلفة كمعيار أساسي لاختيار عدد المحكمين، فمن الواضح أن تعيين محكم واحد أقل كلفة من تعيين هيئة تحكيمية مؤلفة من ثلاثة محكمين.

ثالثاً بالنسبة لعامل الوقت، في حال تم تعيين هيئة مؤلفة من ثلاثة أشخاص فإن التحكيم سوف يأخذ وقتاً أطول، وذلك لأنه من الصعب أن يتفق المحكمون الثلاثة على تواريخ تناسب الجميع^٢. في حين أن تعيين الجلسات من قبل المحكم الواحد يكون بالطبع أسهل. أضف إلى ذلك أن الهيئة الثلاثية تحتاج إلى وقت أطول من أجل إصدار قراراتها لأن المحكمين الثلاثة بحاجة إلى بعض الوقت للمناقشة والاتفاق. أما المحكم الواحد، فيستطيع أن يركز على المهمة دون الحاجة إلى استشارة الآخرين. بذلك، يكون عامل الوقت داعماً لاختيار محكم واحد.

في حين يتبين لنا بناءً على معايير الحياد والتكاليف والوقت أن اختيار محكم واحد أكثر ملاءمة من تعيين ثلاثة محكمين، إلا أن الأمر يكون على خلاف ذلك فيما يتعلق بتوزيع العبء والمسؤولية بين أعضاء هيئة التحكيم، فمن المؤكد أن التحكيم مهمة صعبة حيث يتوجب على الهيئة التحكيمية أن تبقى على اطلاع دائم على جميع تفاصيل التحكيم، وأن تعمل على معالجة كافة الأدلة عند إعدادها للقرار النهائي إلا أن وجود مشاركة في تحمل العبء بين جميع الأعضاء يزيد من عدالة وإنصاف القرار التحكيمي، في حين أن المحكم الواحد يجب أن يقوم بكل ذلك بنفسه. فكلما زادت الحالة تعقيداً، كلما ازداد الخطر على المحكم الواحد أن يفوته تفصيل معين في الوقائع أو القانون، بينما إذا كنا أمام ثلاثة محكمين، يمكنهم مساعدة بعضهم البعض على كشف وإزالة أي خطأ. ونشير هنا إلى أن عمليات التدقيق (Scrutiny Processes) التي تقدمها مؤسسات التحكيم كغرفة التجارة الدولية ICC تكتفي بالكشف عن الأخطاء المادية وليس الأخطاء في

^١ Lew, Mistelis, et al., **Comparative International Commercial Arbitration**, Kluwer Law International, 2003, p.226.
^٢ ICC Cost Calculator.

<http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/arbitration/cost-and-payment/cost-calculator>

^٣ Lew, Mistelis, et al., **Comparative International Commercial Arbitration**, op.cit., p.226.

الوقائع أو القانون، وبالتالي وفي حال وقوع أية أخطاء، فإن عمليات التدقيق هذه يمكن أن لا تقضي عليها بشكل تام. وهنا تكمن أهمية عمل أكثر من محكم على حل النزاع المعروض أمامهم.

بالنظر إلى الحسنات والسيئات التي ترافق تعيين محكم واحد أو ثلاثة محكمين، تجدر الإشارة هنا إلى أنه في دول الـ Common Law هناك أفضلية لاختيار محكم واحد، أما في دول الـ Civil Law فالطريقة المعتمدة هي اختيار ثلاثة محكمين^١. كذلك الأمر بالنسبة لمختلف المؤسسات التحكيمية التي اعتمدت أنظمة مختلفة لجهة عدد المحكمين، فينص نظام الـ ICC مثلاً، في المادة ١٢ (٢) منه على الآتي:

Where the parties have not agreed upon a number of arbitrators, the Court shall appoint a sole arbitrator, save where it appears to the Court that the dispute is such as to warrant the appointment of three arbitrators.

بالتالي، ووفقاً لهذه المادة، يتم تعيين محكم واحد من قبل المحكمة في حال لم يتفق الأطراف على عدد المحكمين. في حين أن أنظمة مؤسستي الـ CIETAC (لجنة التحكيم الاقتصادي والتجاري الدولي الصيني)^٢ والـ UNCITRAL (لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي) اعتمدت حلاً مختلفاً باعتبار أنه في حال لم يحدد الفرقاء عدد المحكمين، يتم تشكيل هيئة تحكيمية ثلاثية. وقد ورد في المادة الخامسة من نظام الـ UNCITRAL النص الآتي:

“If the parties have not previously agreed on the number of arbitrators, and if within fifteen days after the receipt by the respondent of the notice of arbitration the parties have not agreed that there shall be only one arbitrator, three arbitrators shall be appointed”.

Bernstein's Handbook, 47 para 2-143.

^٢ أنظر: CIETAC Rules, Article 24

أما نحن، فنرى أن حسنات اللجوء إلى هيئة تحكيمية مؤلفة من ثلاثة محكمين تفوق سيئاتها وتتخطى حسنات تعيين محكم واحد. ففي حين أن الهيئة التحكيمية الثلاثية قد تتطلب تكاليف أعلى ووقتا أطول في اتخاذ قراراتها، إلا أن القرار التحكيمي الصادر عنها يكون أكثر دقة وأكثر عدلا. وهذا هو الهدف الأهم من وراء اللجوء إلى التحكيم، فلا نرى أية قيمة لأي قرار تحكيمي يصدر بسرعة وبكلفة منخفضة نسبيا إذا كان لا يتمتع بالعدالة والحياد، أو إمكان إبطاله من قبل القضاء لاحقا، أو كان لا يحقق الغاية المتوخاة من اللجوء إلى التحكيم.

و بالرغم من ارتفاع كلفة اللجوء إلى مؤسسة تحكيمية كما سبق وبيننا، أصبح التحكيم المؤسسي هو الأساس في مجال التجارة الدولية. فالأطراف عادة ما يفضلون الاستعانة بأنظمة التحكيم المؤسسي لما تكفله من تنظيم مسبق ومفصل لمعظم مسائل التحكيم، مما يمكنهم من تفادي مسألة عدم الخبرة في وضع قواعد وإجراءات التحكيم وبالتالي توفير الكثير من الوقت في الاتفاق على هذه القواعد على عكس ما هو الحال في نظام التحكيم الحر. فهذه الهيئات تتمتع بخبرة واسعة نظرا لوجود قواعد عملية وواقعية تم تجربتها وثبت نجاحها في العديد من المنازعات التي فصلت فيها، هذا عدا عن الإمكانيات الإدارية والمالية والتنفيذية التي تتمتع بها تلك الهيئات وتضعها بين أيدي الأفراد. وهذا الأمر يؤكد مرة أخرى على أنه يفضل أن يتم تعيين ثلاثة محكمين عوضا عن محكم واحد.

تعتبر غرفة التجارة الدولية (ICC) في باريس والمركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار (ICSID) في واشنطن، وهو مؤسسة تابعة للبنك الدولي، من المؤسسات الأبرز في عالم التحكيم. لذلك، يقتضي البحث في كيفية اختيار المحكمين من خلال أنظمة هاتين المؤسستين.

الفرع الثاني: اختيار المحكمين في نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية (ICC) ونظام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (ICSID)

سوف نعرض، من خلال هذا الفرع، كيفية اختيار المحكمين في نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية (ICC) ونظام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار أو الإكسيد (ICSID). وقد تم التركيز على هاتين المؤسستين لكونهما تنظران على الأخص في المنازعات المتعلقة بقضايا الإستثمار Investment Disputes والتي نعتبرها منازعات إدارية.

في الحقيقة، انقسم الفقه حول اعتبار عقود الإستثمار عقودا إدارية على اتجاهين، الأول ينكر تصنيفها كعقود إدارية كون الكثير منها تدخل في إطار الأعمال المدنية أو التجارية وإن كل المؤسسات التحكيمية تحيل الأمر إلى إرادة الأطراف ومن ثم إلى قانون الدولة والقانون الدولي، بينما تبقى بالنسبة لهذه الجهة العقود الإدارية عقودا وطنية تخضع في كل الأحوال للدولة الكائنة طرفا فيها¹. أما الإتجاه الثاني، فيرى أن عقود الإستثمار التي تبرمها الدولة مع شخص أجنبي هي عقود إدارية نظرا لما تتمتع به من خصائص تقربها من فكرة العقد الإداري، فهذه العقود تبرمها الدولة بوصفها سلطة عامة بهدف تحقيق مصلحة عامة².

أما نحن، فنرى أن عقود الإستثمار ليست ذات طبيعة واحدة، فأحيانا تكون عقودا إدارية وأحيانا أخرى تعد من عقود القانون الخاص. بالتالي، إن عقود الإستثمار لا تخضع لنظام قانوني واحد والعبارة هي في تحليل كل عقد على حدة لبيان أركانه وتحديد النظام الذي يحكمه. بناء على ذلك، عندما تكون الدولة طرفا في عقد إستثمار ويكون هذا العقد من العقود الدولية ذات الطابع الإداري، أو العقود الإدارية عبر الحدود، القابلة للتحكيم يكون النزاع فيها ذو طابع إداري. في هذه الحالة، وفي حال نشوب نزاع بين الدولة والمستثمر، نكون أمام نوع من المنازعات الإدارية القابلة للتحكيم أمام غرفة التجارة الدولية (ICC) أو الإكسيد (ICSID).

¹ جورج حزبون ود. مصلح أحمد الطروانة، التكييف القانوني لعقود الاستثمار الأجنبي في العلاقات الدولية، مجلة الحقوق، المجلد الثالث، العدد الأول، جامعة البحرين، ٢٠٠٦، ص ٢٩٢.
² المحكمة البدائية في بيروت، الغرفة الأولى، القرار رقم ٣٤ تاريخ ٢٨/١١/٢٠٠٥، العدل، الجزء الأول، ٢٠٠٧، ص ٣٥٠.

أولاً: اختيار المحكمين في نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية (ICC)

تأسست غرفة التجارة الدولية عام ١٩١٩، وهي بالتالي من أقدم المؤسسات التحكيمية الموجودة اليوم. تتمثل أهداف الغرفة في خدمة قطاع الأعمال الدولي عن طريق تعزيز التجارة والاستثمار، وتعمل من خلال لجانها وهيئاتها المختلفة، في مجالات شتى تشمل على وجه خاص التحكيم. أما بالنسبة لكيفية تعيين المحكمين، فإن الإجراءات تختلف فيما إذا كان الفرعاء، الذين اختاروا اللجوء إلى التحكيم عبر غرفة التجارة الدولية، سبق واتفقوا على عدد المحكمين أم لا.

١/١ - في حال اتفاق الأطراف على عدد المحكمين

تنصّ المادة ١٢ من نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية لعام ٢٠١٢، والمتعلقة بتعيين المحكمين على أنه يمكن أن يفصل في الخلافات محكم منفرد أو ثلاثة محكمين بناء على خيار الفرعاء. فإذا اتفق الأطراف على تسوية الخلاف عن طريق محكم منفرد، يجوز لهم تعيينه بالاتفاق بهدف تثبيته. ولكن في حال لم يتم التعيين خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تسلم الإخطار بطلب التحكيم للطرف الآخر، فتعين محكمة التحكيم الدولية المحكم المنفرد. نشير هنا إلى أن هذه المحكمة المنبثقة عن غرفة التجارة الدولية هي جهاز التحكيم المستقل التابع لغرفة التجارة الدولية والمعروفة بـ "المحكمة".

سبق وبيّنا، أن نظام الـ ICC ينصّ أولاً على اختيار محكم واحد وليس ثلاثة في حال عدم اتفاق الأطراف على عدد المحكمين، كما بينا ما هي الأخطار التي يمكن أن تنشأ نتيجة لهذا الخيار، خاصة وأن الهيئة الثلاثية هي بالنسبة لنا الحل الأفضل في معظم الأحيان. أما إذا اتفق الأطراف على عرض النزاع على ثلاثة محكمين، فيعين كل طرف محكما في طلب التحكيم أو في الرد على الطلب بهدف تثبيته. وإذا امتنع أحد الأطراف بالرغم من وجود هذا الاتفاق عن تعيين المحكم، تقوم "المحكمة" هي بالتعيين كما تسمي المحكم الثالث وتعيّنه رئيساً للهيئة، إلا إذا كان الأطراف قد اتفقوا على إجراء آخر. وإذا لم يكن التعيين قد تم حتى

انقضاء المدة التي حددها الأطراف أو التي منحها المحكمة، تقوم "المحكمة" في هذه الحالة أيضا بتعيين المحكم الثالث.

هنا أيضا نرى أن المحكمة تلعب دورا أساسيا في تعيين المحكمين وهو أمر جيد لجهة ضمان متابعة السير بالتحكيم في حال تقاعس الفرقاء عن تسميتهم، إلا أن تعيين المحكم الرئيس من قبل المحكمة يشكل بحد ذاته مانعا لمشاركة الفرقاء في إجراءات التعيين، وقد يؤدي ذلك إلى عرقلة بعض الأمور داخل الهيئة خاصة وأن المحكمين الأعضاء لا قول لهم فيما يخص تعيين الرئيس على عكس ما هي الحال في نظام الأونسيترال كما سبق وأوضحنا.

٢/١ - في حال عدم اتفاق الأطراف على عدد المحكمين

ينصّ نظام الـ ICC على أنه في حال عدم اتفاق الأطراف على عدد المحكمين، يكون على "المحكمة" أن تعين محكماً منفرداً. إن هذا النظام أن يتوقى الحالات التي قد يكون فيها تعيين محكم واحد مسينا لعملية التحكيم، فعاد وأعطى للمحكمة سلطة تقديرية تتيح لها عدم التقيد بتعيين محكم واحد شرط أن تكون ارتأت أن النزاع يستوجب البحث من قبل أكثر من محكم، بالتالي إذا تبين لها أن الخلاف يستدعي تعيين أكثر من محكم لوجوب توافر عدد من الخبرات يتلاءم مع موضوع النزاع، يحق للمحكمة أن تقوم بتعيين ثلاثة محكمين مثلاً.

تجدر الإشارة في هذه المرحلة إلى أنه وفقاً للمادة ١١(٦) من هذا النظام، للأطراف حرية الإتفاق على عدم التقيد بأحكام المادة ١٢، وذلك ممكن من خلال إدراج الرغبة بعدم التقيد إما في شرط التحكيم أو حتى بعد تقديم طلب التحكيم. بالتالي، يجوز للطرفين الإتفاق على عدد المحكمين الذي يناسبهم والإجراءات التي يترتأون إتباعها لاختيار وتشكيل الهيئة التحكيمية. إلا أن هذه الحرية في الخيار لا يمكن أن تكون عشوائية بحيث يفقد التحكيم الغاية من وجوده أي تحقيق العدالة والإنصاف، لذلك بقيت المادة ١١(١) متشددة

^١ I.C.C Arbitration Rules, Article 12(2) : "Where the parties have not agreed upon the number of arbitrators, the Court shall appoint a sole arbitrator, save where it appears to the Court that the dispute is such as to warrant the appointment of three arbitrators."

لجهة وجوب تعيين محكمين محايدين ومستقلين عن المحكّمين، وأن يبقوا كذلك طوال فترة التحكيم وحتى صدور القرار.

باختصار، نلاحظ أن قواعد غرفة التجارة الدولية للتحكيم، وإن أبقّت صلاحية تعيين رئيس الهيئة حكراً على المحكمة، إلا أنها قد حافظت على حرية الفرقاء في اختيار المحكّمين، وهي خاصية مرتبطة أساساً بالتحكيم الحر. فقد أعطت الأطراف إمكانية اختيار آلية التعيين التي تناسبهم، شرط أن يتم الاتفاق من قبل الفرقاء ضمن المهل القانونية، على أنه حال فشلوا في الاتفاق على آلية محددة، يُطبق نظام اللجنة الوطنية لغرفة التجارة الدولية. ونرى أن وجود هذه الحرية أمر جيد إذ أنه يجعل من التحكيم المؤسسي، الذي يقيد إلى حد ما إرادة الفرقاء، أكثر ليونة وأقرب إلى الهدف الأساسي من التحكيم وهو مشاركة الفرقاء في القرار التحكيمي وإن كان بشكل غير مباشر، خاصة وأنهم عبر اختيارهم بأنفسهم للمحكّمين يشعرون بأنهم جزء من العملية التحكيمية. لكن هذه الحرية التي يعطيها نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية للمحكّمين ليست من دون حدود حيث يبقى متوجّباً في كلّ مرّة على الفرقاء أن يختاروا محكماً محايداً ومستقلاً.

ثانياً: اختيار المحكّمين في نظام الإكسيد (ICSID)

بالنسبة لنظام الاتفاقية من أجل تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات والتي تقوم بين الدول ورعايا الدول الأخرى (ICSID Convention)، للأطراف الحرية التامة بأن يتفقوا على عدد المحكّمين وعلى طريقة تعيينهم. وإذا لم يتمكنوا من الاتفاق، يتم تطبيق الآلية المذكورة في المادة ٣٧ من اتفاقية الإكسيد للتحكيم.

١/٢ - في حال اتفاق الأطراف على عدد المحكّمين

تبدأ عملية التعيين من خلال رجوع الأطراف إلى العقد أو المعاهدة أو القانون المتضمن الموافقة على التحكيم عبر مؤسسة الإكسيد علماً أن هذا الصك قد يتضمن اتفاقاً مسبقاً بين الطرفين على عدد المحكّمين وطريقة تعيينهم. وفي حال عدم وجود هكذا اتفاق مسبق، تدعو الإكسيد، عند تسجيلها طلب التحكيم، الأطراف

للاتفاق على عدد المحكمين وكيفية تعيينهم موضحة الإجراءات والجدول الزمني لمساعدة الأطراف في التوصل إلى اتفاق.

بالنسبة لعدد المحكمين، يجب أن تتكون الهيئة التحكيمية دائماً من محكم واحد أو أي عدد فردي من المحكمين. عدا عن ذلك، للأطراف حرية واسعة في اعتماد أي طريقة تعيين تناسب احتياجاتهم شرط أن تكون عملية. وهذه الحرية تتضمن الأحكام المتعلقة بالمهل وبالإجراءات الخاصة، ويبقى الأطراف غير ملزمين بتعيين المحكمين الواردة أسماؤهم على لوحة المحكمين الخاصة بالإكسيد.

أما الاتفاقات الأكثر شيوعاً للمحاكم المؤلفة من ثلاثة أعضاء فهي على شكلين؛ الأول هو أن يعين كل طرف محكماً واحداً ثم يحاول الطرفان الاتفاق على المحكم الثالث، الذي يُعين رئيساً للمحكمة. إذا فشل الطرفان على الاتفاق، يقوم الأمين العام أو رئيس مجلس إدارة الإكسيد بتعيين رئيس المحكمة. أما الشكل الثاني فهو أن يعين كل طرف محكم واحد، على أن يقوم المحكمين المختارين بمحاولة الاتفاق على محكم ثالث يُعين رئيساً للمحكمة، وإذا فشل المحكمان على الاتفاق، يقوم الأمين العام أو رئيس مجلس إدارة الإكسيد بتعيين رئيس المحكمة.

نرى أن الطريقة الأولى أكثر ضماناً لحرية الاختيار ولمشاركة المتنازعين في التحكيم، إلا أن الطريقة الثانية تؤمن اختيار الرئيس المناسب في النزاع المناسب نظراً للخبرة التي يتمتع بها المحكمين الأعضاء في موضوع النزاع. فبالرغم من أن تسمية كل طرف لمحكّمه هي الطريقة الأكثر إنتشاراً، إلا أن اختيار المحكم سلفاً في العقد قد يكون أمراً سيئاً إذا تم اختيار المحكم غير المناسب لحل النزاع خاصة وأنه لا يمكن المعرفة مسبقاً بنوع النزاع الذي سوف ينشب وبالتالي لنوع المحكمين المختصين للبت به. أضف إلى ذلك أن الطريقة الثانية لا تنفي مشاركة الفرقاء كلياً لأن مشاركتهم تبقى غير مباشرة كون الأعضاء الذين سينتقون على اسم الرئيس يكون قد سبق وتم اختيارهم من قبل الفرقاء.

Article 37(2)(a) of the ICSID Convention and Arbitration Rules

د. عبد الحميد الأحمد، التحكيم الدولي (م.س.د) ص. ١٨٠

٢/٢ - في حال عدم اتفاق الأطراف على عدد المحكمين

إذا لم يتم التوصل إلى اتفاق على عدد المحكمين وطريقة تعيينهم في غضون ستين يوماً بعد تسجيل طلب التحكيم، يجوز لأي طرف أن يطلب تطبيق الصيغة البديلة Alternative Method بموجب المادة ٣٧ (٢) (ب) من اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار (ICSID). وتنص هذه المادة على أنه في حال عدم وجود اتفاق مسبق، يجب أن تتكون الهيئة التحكيمية من ثلاثة محكمين حيث يعين كل طرف محكماً واحداً ويسعى الطرفان إلى الاتفاق على محكم ثالث يكون رئيساً للمحكمة.

بالنسبة للإجراءات التي على الأطراف إتباعها من أجل تعيين أعضاء الهيئة التحكيمية، فإن الطرف الذي يعين المحكم أولاً، يقترح مرشحاً لمنصب رئيس الهيئة أما الطرف الآخر وبعد أن يعين محكماً هو أيضاً، إما أن يوافق على تعيين المحكم المقترح للرئاسة أو يقترح مرشحاً آخر. وفي حال تم تقديم اقتراح مضاد، فإن الطرف الذي اقترح الرئيس أولاً يشير إلى ما إذا كان يوافق على الاقتراح الجديد أم لا. نشير هنا إلى أن الأطراف غير ملزمة بعدد محدد من المقترحات أو المقترحات المضادة التي يمكن تقديمها وإلى أن الطرفان قد يتفقا على طريقة مختلفة لتشكيل المحكمة حتى لو سبق وتم إثارة الصيغة المتبعة في المادة ٣٧.

تلعب هذه الفقرة من المادة ٣٧ دوراً مهماً في حل مشكلة عدم اتفاق الأطراف على تسمية المحكمين إلا أنها تعود وتضع حداً للحرية المعطاة لهم في الفقرة الأولى حيث تلزمهم باختيار ثلاثة محكمين ولا يبقى لهم بالتالي الحق في اختيار عدد المحكمين ولا في كيفية تعيينهم. وهذا الأمر منطقي وضروري لضمان حسن سير التحكيم، إذ أنه من المؤكد أن الفرقاء الذين فشلوا في الاتفاق وفقاً للفقرة الأولى لن يتمكنوا من تعيين محكم إلا إذا تم الحد من الحرية المعطاة لهم. إلا أن هذا الإجراء البديل ليس تلقائياً بل أنه متوقف على طلب تطبيقه من قبل أحد الفرقاء، وبالتالي وفي حال لم يتفق الأطراف على عدد المحكمين وفي حال لم يطلب أحدهم لأي سبب كان تطبيق المادة ٣٧ (٢) (ب) فسوف يصبح التحكيم في حالتهم في عجز وركود، وسيبقى نزاعهم دون حل. لذلك، ومن أجل ضمان حريتهم في تعيين المحكمين، يقتضي على الفرقاء أن يسعوا إلى الاتفاق على عدد المحكمين ضمن مهلة الستين يوماً من تاريخ تسجيل طلب التحكيم.

أخيراً، وبعد التوصل إلى تحديد أسماء المحكمين، عبر إحدى الطرق التي سبق وذكرناها، على هؤلاء أن يعطوا موافقتهم من أجل اعتبارهم معيّنين. نلاحظ هنا أن بدء السير بالعملية التحكيمية لا يعتمد فقط على اتفاق الأطراف بل يستوجب بالإضافة إلى ذلك الإستحصال على موافقة المحكمين أيضاً. وهناك بعض القوانين التي تلزم المحكم أن يعطي موافقته خطياً كالقانون الهولندي مثلاً كما تلزم أكثر أنظمة مراكز التحكيم المحكم المسمى بأن يقدم تصريحاً عن قبوله المهمة وحياده واستقلاله وأي ظروف تكون موضع شك مبرر، وذلك عند تعيينه^٢.

ويؤكد نظام الإكسيد للتحكيم هو أيضاً على وجوب توفر شرطي الحياد والاستقلال في جميع المحكمين مهما كان عددهم ومهما كانت طريقة تعيينهم. فما هو مفهوم الحياد؟ وكيف يفسر الإستقلال؟ وما هي معايير توفر هذين الشرطين؟ للإجابة عن هذه الأسئلة، سوف ننتقل إلى الفصل الثاني حيث سيتم عرض موجبات المحكم لجهة الإستقلال والحياد.

ICSID Arbitration Rules, Rule (5): "Acceptance of Appointments"

^١ المادة ٧٦٦ من قانون أصول المحاكمات المدنية الهولندي

^٢ الهيئة الأميركية للتحكيم المادة ٧- محكمة لندن للتحكيم الدولي المادة ٣(١) - مركز ستوكهولم المادة ٦ - الهيئة الإيطالية للتحكيم المادة ١١ - مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي المادة ٩ من قواعد الانستفال التي يطبقها

الفصل الثاني: موجبات المحكم لجهة الإستقلال والحياد

من المؤكد أن حرية الأطراف في اختيار المحكمين الذين سوف يبحثون في قضيتهم هي من السمات الأساسية التي تدفع المتنازعين نحو اللجوء إلى التحكيم، إلا أن الطبيعة القانونية للتحكيم تفرض حدوداً عملية على هذه الحرية إن كان عن طريق الرقابة التي تمارسها المؤسسات التحكيمية أو عن طريق تشكيل الهيئة من قبل طرف خارج عن النزاع كما سبق وبيننا في الفصل الأول. ويرى الباحث أن رسم هكذا حدود يشكّل أمراً مهماً، إذ أنه يوفر فيما بعد إمكانية تنفيذ القرار التحكيمي بشكل يضمن العدل والإنصاف. ونؤكد على ذلك بالقول بأن الهيئة التحكيمية المختارة تمارس وظيفة قضائية، خاصة وأن القرار الصادر عنها يكون نهائياً وملزماً كما هو الحكم الصادر عن المحاكم الوطنية. بالتالي، فإن فرض الشروط المتعلقة بالاستقلال والحياد على المحكم وإن كان يحدّ من حرية الفرقاء في الخيار، إلا أنه يشكل ضماناً لصدور الحكم النهائي بكل عدالة واستقلال وحياد.

بهذه إيضاح موجبات المحكم لجهة الإستقلال والحياد، سوف نناقش من خلال هذا الفصل موجبات المحكم في التقيد بالاستقلال والحياد (المبحث الأول) ومن ثمّ موجبه في الإفصاح عن أي أمر قد يؤثر على استقلاله وحياده (المبحث الثاني).

المبحث الأول: موجب التقيد بالاستقلال والحياد

في حين كان قضاء الدولة ينظر بشيء من الريبة إلى مؤسسة التحكيم باعتبار أنها قد تفتقر إلى الضمانات التي توفرها المحاكم ولا سيما ضمانات الاستقلال^٢، أخذت هذه الريبة تتضاءل تدريجياً خاصة بعد أن أصبح من واجب المحكمين أن يكونوا أحراراً ومستقلين وحياديين من أجل اعتبار التحكيم صورة من صور العدالة.

Henry, *Le devoir d'indépendance de l'arbitrage*, (LGDJ 2001) 9 et seq. in Julian D. M.

Lew, Loukas A. Mistelis, Stefan Kröll; *Comparative International Commercial Arbitration*, op.cit., p.255.

Frances T. Freeman Jalet, *Judicial Review of Arbitration the Judicial Attitude*, 45 Cornell L. Rev. 519 (1960)

فاليوم، ينصّ كل من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان^١ والإتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان^٢ على حق كل شخص عند الفصل في حقوقه والتزاماته، في مراجعة عادلة أمام محكمة "مستقلة غير منحازة" ومشكّلة طبقاً للقانون. وتنطبق هذه الشروط على الهيئة التحكيمية وعلى كل محكم موجود فيها بحيث يتوجب عليهم الإلتزام بالحياد والإستقلال منذ تعيينهم وحتى صدور القرار التحكيمي.

من هنا، ونظراً إلى أهمية المحكم في الخصومة، كرّست معظم النظم القانونية والمعاهدات الدولية ونظم التحكيم هذا الموجب ونصّت على ضرورة كون المحكم مستقلاً ومحايداً. فمعظم أنظمة وقوانين التحكيم تشدد من خلال صراحة نصوصها على وجوب احترام هذين المبدأين كقواعد غرفة التجارة الدولية (ICC Rules)^٣ مثلاً. كما نصت عليهما أيضاً قواعد جمعية التحكيم الأمريكية (AAA)^٤ وقواعد جمعية المحامين الدولية (IBA)^٥ وقواعد مركز التحكيم والوساطة في المنظمة العالمية للملكية الفكرية (WIPO)^٦ وقواعد محكمة لندن للتحكيم الدولي (LCIA) الذي ورد في المادة ٥(٣) منها ما نصّه:

“All arbitrators shall be and remain at all times impartial and independent of the parties; and none shall act in the arbitration as advocate for or representative of any party”.

أي أن "جميع المحكمين يجب أن يكونوا وأن يبقوا في جميع الأوقات محايدين ومستقلين عن الأطراف؛ وأنه لا يجوز لأي منهم أن يكون في التحكيم محامياً أو ممثلاً لأي طرف".

هذه الأنظمة والقوانين، وبالرغم من تكريسها لمفهوم "الاستقلال" والحياد^١، إلا أنها أبقتهما دون تعريف واضح ودون أية معايير لتفسيرهما. فراح الإجتهد عملياً يمزج غالباً بين المفهومين ويطبق عليهما تقريباً نظاماً قانونياً واحداً، حيث أدى هذا الغموض إلى بزوغ اتجاهات فقهية واجتهادية مختلفة. وقد برز هذا التعارض خاصة فيما يتعلق بإمكانية اعتبار المحكم خاضعاً لنفس شروط الاستقلال والحياد المطبقة على

Article 10 Universal Declaration of Human rights
Article 6 European Convention on Human Right
ICC Arbitration Rules Articles 11, 13 and 14
AAA ICDR Article 7(1)
IBA Rules of Ethics Rules 1 and 3-1
WIPO Rules Article 22(a)

١
٢
٣
٤
٥
٦

القضاة، إذ اعتبرت المحكمة العليا للولايات المتحدة مثلاً أنه ينبغي أن تكون هذه المتطلبات بالنسبة للمحكّمين أكثر صرامة من تلك المتوجّبة على القضاة، بينما اعتبرت محكمة الاستئناف الإنكليزية أن المتطلبات هي نفسها بالنسبة للثنتين^١.

أما نحن، فننتبني الوجهة القائلة بأن متطلبات الاستقلال والحياد هي نفسها بالنسبة للمحكّم وللقاضي، باعتبار أن المحكّم يجب أن لا يسمح لأي رابط اجتماعي، عائلي، سياسي أو مالي أن يؤثر على مهمته، وبالتالي يكون المحكّم بحكم القاضي لهذه الجهة. ويؤكد بعض الفقه على ذلك بالقول أنه "لا عدالة دون قاضٍ مستقل وحيادي؛ وما يصح للعدالة الخاصة بالدولة، يصح أكثر للعدالة التحكيمية"^٢.

ومتطلبات الاستقلال والحياد هذه تُفرض على المحكّم المحتمل منذ لحظة تواصله مع أطراف النزاع وحتى نهاية إجراءات التحكيم؛ على أن تستمر بشكل متواصل من أجل ضمان العدالة وعدم الانحياز في محاكمة أي إنسان لأي أمر.

يقتضي السؤال في هذه المرحلة عن ماهية هذين المبدأين وعن مواصفاتها وعن كيفية تقدير توفرهما (أو عدمه) في شخص المحكّم. تستوجب الإجابة عن هذه التساؤلات التمييز بين هذين المبدأين من الناحية النظرية والتطبيقية على حد سواء. سوف نرى من خلال مطلب أول أن الاستقلال هي حالة تقدر بشكل موضوعي وتتعلق بالعلاقات بين المحكّم والطرفين قبل أن نبين في مطلب ثان أن الحياد يقدر بشكل شخصي يتعلق بعقلية المحكّم حيال النزاع، حيث يتوجب على المحكّم عدم إبداء أي رأي مسبق لصالح احد الطرفين أو ضده.

^١ Commonwealth Coatings Corp v. Continental Casualty Co, 393 US 145,149 (1968), in Julian. Lew, ; *Comparative International Commercial Arbitration*, op.cit., p.258 (11-9).

^٢ AT&T Corporation and another v. Saudi Cable, [2000] 2 Lloyd's Rep 127 (CA), in Julian. Lew, op.cit., p.258 (11-9)

^٣ د. جلال الأحذب، *استقلالية المحكّم الدولي وحياده*، مجلة التحكيم العالمية، العدد الثلاثون (نيسان ٢٠١٦) ص. ١٤٣

^٤ T. Clay, op. cit., n°360 et s

^٥ د. جلال الأحذب، م.س.ذ، ص. ١٤٤

المطلب الأول: شرط الاستقلال Indépendance de l'Arbitre

"من دون استقلالية لا يوجد محكم، ومن دون محكم لا يوجد تحكيم"^١، تؤكد هذه العبارة على الأهمية الخاصة المعطاة لمبدأ "استقلال المحكم" حيث أن انعدامها يؤدي إلى انعدام العملية التحكيمية ككل. والاستقلال هو غير الحياد لأنه يفترض حالة فكرية وذهنية معينة؛ وبالتالي يتغلب فيه الطابع الموضوعي على الطابع الذاتي^٢.

سبق ورأينا من خلال المبحث السابق أن استقلال المحكم هو شرط أساسي من أجل إمكانية قبول تعيين المحكم والسير بإجراءات التحكيم في كلا التحكيمين الحر (Ad hoc) والمؤسسي (Institutional)، إلا أنه كان لا بد من انتظار عام ١٩٧٥ لكي نرى أن فكرة الاستقلال أدخلت صراحة في نص نظام غرفة التجارة الدولية، حيث كانت تُشترط في مرحلة أولى في المحكمين العضوين (co-arbitrators) وحدهما، لتمتد لاحقاً إلى المحكمين جميعاً عام ١٩٨٠^٣. لكنه لا بدّ من الملاحظة أن مفهوم الاستقلال يكتنفه الغموض في النصوص القانونية، وأن إبهاماً أكيداً يسوده لدى التطبيق، ذلك أن الإلتباس الذي يعاني منه موضوع استقلال المحكمين يعود إلى عوامل عدة، كالغموض في التعابير، عدم الإستقرار في الدلالة، وعدم الثبات في المرتكز^٤.

لكن بالرغم من واقع هذا الغموض، إن سمو دور مبدأ استقلال المحكم يفرض التأكيد على تقدير الموقع الذي يتخذه هذا المبدأ في القانون الوضعي، إذ يبدو أن موجب استقلال المحكمين كان قد جرى التأكيد عليه بكل وضوح في جميع التشريعات الوطنية والمؤسسية تقريباً، إلا أن وضع موجب الاستقلال موضع التطبيق العملي يشهد اختلافات حقيقية ومهمة تبعاً للتشريعات. وبالرغم من التفاوت في تحديد هذا المبدأ من نظام قانوني إلى آخر، إلا أنه لا يمكن أن ننكر بأن هناك اعتراف عالمي بموجب استقلال المحكم.

^١ د. جلال الأحديب، إستقلالية المحكم الدولي وحياده، مجلة التحكيم العالمية، العدد الثلاثون، ٢٠١٦.

^٢ البروفسور فايز الحاج شاهين، المحكم: استقلاله وحياده، مجلة التحكيم العالمية، العدد الثلاثون، ٢٠١٦.

^٣ ICC Rules of Conciliation and Arbitration 1975, Arbitration, Article 2(4) (CHOICE OF ARBITRATORS)

^٤ جوزيف شاوول، المحكم وموجب الإستقلالية والحياد، مجلة التحكيم العالمية، العدد العاشر، نيسان ٢٠١١، ص. ٥٧.

الفرع الأول: الإعراف العالمي بموجب إستقلال المحكم

سنحاول من خلال هذا الفرع الأول تحديد معالم مبدأ استقلال المحكم وعلى الأخص طبيعة موجب استقلال المحكم من خلال الاعتراف العالمي بهذا الموجب، وذلك بتأكيد المبدأ في صلب الأنظمة القانونية لمختلف البلدان الأوروبية وكذلك في بعض البلاد العربية، وفي القانون الأميركي.

أولاً: مفهوم الإستقلال في البلدان الأوروبية ذات التقليد الروماني/الجرماني

كان موضوع استقلال المحكم في مرحلة أولى غائباً عن النصوص الخاصة بالتحكيم، حيث كان الإجتهد في مختلف هذه البلدان هو الذي يقوم بوضع التصور لهذا الموجب، إلا أن التشريعات الحديثة حول التحكيم سرعان ما كرّست موجب الإستقلال. سنبحث تباعاً في واقع تكريس مبدأ استقلال المحكم في كل من القانون الفرنسي والسويسري.

١/١ - مبدأ استقلال المحكم في القانون الفرنسي

إن السابقة الأولى ذات الدلالة كانت للغرفة التجارية لمحكمة التمييز بتاريخ ١٦ تموز ١٩٦٤ حيث قرّرت أنه إذا كان المحكم الوحيد المتمثل بالشخصية المستقلة شريكاً مهنيّاً في مكتب المحاماة العائد إلى الفريق الآخر، فإن جهل الخصم هذه الواقعة من شأنه أن يؤدي إلى بطلان العقد التحكيمي للغلط الجوهري الواقع على الشخص^١.

" ... action en nullité pour cause d'erreur d'un compromis d'arbitrage par lequel une partie a accepté de soumettre un différend a un arbitre unique, un avocat dont il ignorait qu'il était l'associé de l'avocat de son adversaire, la cour d'appel ne justifie pas sa décision écartant l'erreur alleguée sur la qualité substantielle de la personne choisie

Arrêt, COUR DE CASSATION, Chambre commerciale, 16 juillet 1964, Publié au bulletin
<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000006966524&fastReqlid=1672281777&fastPos=20>

comme arbitre, en énonçant que, malgré les rapports ayant pu exister entre ce dernier et l'adversaire, l'arbitre était bien tel que le désirait le demandeur alors qu'il résulte des motifs de l'arrêt qu'au moment ou ledit demandeur a accepté de designer son arbitre, il ignorait ses liens d'association. » Pour ces raisons, la Cour de Cassation casse et annule l'arrêt rendu par la cour d'Appel de Colmar le 8 mars 1961."

وكان القرار المبدئي قرار محكمة استئناف باريس في ٨ أيار ١٩٧٠ كونسور يوري/ غاليري لافاييت، حيث أثارت المحكمة على نحو واضح " أن المحكمين ليسوا وكلاء كل من المتعاقدين، بل هم في جميع الأحوال قضاة النزاع الذي أحيل عليهم وان الاستقلالية الذهنية لا بدّ منها لممارستهم سلطتهم القضائية أيّاً كان مصدرها فهي إذا إحدى الصفات الأساسية للمحكمين. وقد أبرمت محكمة التمييز، في قرارها الصادر بتاريخ ١٣ نيسان ١٩٧٢، قرار محكمة الاستئناف وتبنت تعليل قضاة الاستئناف مؤكدة على أن الاستقلالية الذهنية ضرورية لممارسة السلطة القضائية أيّاً كان مصدرها وبأنها فعلاً إحدى الصفات الأساسية للمحكمين^١ :

« la cour d'appel observe à bon droit que l'indépendance d'esprit est indispensable a l'exercice d'un pouvoir juridictionnel, quelle qu'en soit la source, qu'elle est l'une des qualités essentielles des arbitres et que l'ignorance par l'une des parties d'une circonstance de nature à porter atteinte à cette qualité vicie le consentement donne par elle à la convention d'arbitrage et en entraine la nullité par application de l'article 1110 du code civil. »

نشير إلى أن محكمة التمييز أثارت أيضاً في قرارها بتاريخ ٢٠ شباط ١٩٧٤ ضرورة استقلال المحكم وحياده.

Arrêt , Cour de Cassation, Ch. Civ. 2, 13 avril 1972, 70-12.774.
Arrêt, Cour de Cassation, Ch. Civ. 2, 20 février 1974, 72-11.221

بناء على ما سبق، يتبين لنا بوضوح أن مبدأ استقلال المحكم كان وسيبقى مؤكداً ومنتجاً لمفاعيله لدى المحاكم الفرنسية. فالمشرع، وإن لم يكرّس صراحةً مبدأ استقلال المحكم في البداية، إلا أنه عاد وأحدث من خلال المادة ١٤٥٢ من قانون أصول المحاكمات المدنية الجديد موجباتاً على عاتق المحكم يفرض عليه، قبل أن يعلن قبول مهمته، أن يُعلم الفرقاء بكل سبب يفترض وجوده في شخصه ويستوجب تنحيه. فموجب الإعلام هذا يجد أساسه في وجود موجب أعم وأوسع هو استقلال المحكم الذي يكرسه التشريع الفرنسي ضمناً.

٢/١ - مبدأ استقلال المحكم في القانون السويسري

تولي المادتان ٤ و ٥٨ من الدستور الاتحادي السويسري كل شخص الحق في أن يحاكم من قبل قاضٍ مستقل ومحيد. وقد اعتبرت المحكمة الاتحادية السويسرية في قرارها بتاريخ ١٦ أيلول ١٩٨٨ إن على المحاكم التحكيمية أن توفر في هذا النطاق الضمانات عينها التي توفرها المحاكم العادية. يجد موجب استقلال المحكم إذا تكريساً دستورياً^١ في القانون السويسري، علماً بأن هذا المبدأ المطبق في نطاق التحكيم يشمل التحكيم الداخلي كما التحكيم الدولي^٢.

يتبين للباحث من خلال طريقة ترسيخ مبدأ استقلال المحكم في كل من القانونين الفرنسي والسويسري أن المشرع في الأنظمة الرومانية-الجرمانية (Romano-Germanique) يحيل على هذا المبدأ، إما بصورة ضمنية تتجلى من واقعة تكريسه مادة أو اثنتين للموضوع الخاص ببرد المحكمين، وإما صراحةً بلحظه سبباً عاماً للرد يستهدف مباشرةً مبدأ استقلال المحكمين. وقد أدخلت الدولتان المشار إليهما أعلاه في التشريع الوطني، لكلٍ منهما حول التحكيم أحكاماً تتعلق ببرد المحكمين، بحيث تكون بذلك قد اعتمدت ولو ضمناً على الأقل موجب التزام المحكم درجة معينة من الاستقلال تجاه الفرقاء.

أخيراً، نشير إلى أن مبدأ استقلال المحكم قد كرس في عدّة تشريعات ولاسيما التشريع الفرنسي في موجب إيجابي ملقى على المحكم بأن يكشف للفرقاء قبل إعلان قبوله المهمة عن كل سبب للرد يفترضه متوافراً في شخصه^٣.

^١ Federal Constitution, art. 4 and 58

^٢ L.Poudret et Reymond : *Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse*, Payot.1989, p.312 et s. et aussi E. Gaillard, art 178-2.

^٣ المادة ١٤٥٢ من قانون أصول المحاكمات المدنية الفرنسي الجديد.

ثانياً: مفهوم الإستقلال في بلدان "الكومون لو" (Common Law)

سنستعرض القانون الانكليزي وقانون الولايات المتحدة الأميركية، وهي القوانين التي أكدّت مبدأ استقلال المحكم.

١/٢ - مبدأ استقلال المحكم في القانون الانكليزي

وجد التحكيم مكانه بصورة طبيعية في التنظيم القضائي الانكليزي. فالتنظيم القضائي التقليدي في هذه البلدان، لا يكون مختلفاً إذا ما رأينا إلى جانب المحاكم المتعدّدة والمتنوعة والتي لا تعمل غالباً إلا بصورة عرضية، محكمين معينين باتفاق الفرقاء.^١

إن الطابع الاجتهادي للقانون الانكليزي هو الذي يفسّر عدم تخصيص التحكيم لفترة طويلة بقانون حقيقي مماثل لتلك القوانين التي صدرت في شأن مختلف الحقول ضمن البلدان الرومانو-جرمانية. وكان لا بدّ من انتظار قانون ١٩٩٦ الموضوع موضع التنفيذ في ٣١ كانون الثاني ١٩٩٧ والذي غيّر في المعطيات عاملاً على صهر القوانين السابقة، ولاسيما قوانين ١٩٧٥ و ١٩٧٩ في مجموعة منظمة ومنماسة تغطي تقريباً كل موضوع التحكيم، غير أن أحكامها هذه لا تتناول إلا التحكيم المنطلق من اتفاقية خطية.^٢ وبالتالي هي تتجاهل كل وسيلة أخرى يمكن اللجوء إلى التحكيم من خلالها.

بيد أنه قبل القوانين المشار إليها أعلاه كان المصدر الأكثر أهمية للقانون الإنكليزي للتحكيم برأي أكثر المؤلفين درايةً كالأستاذ دايفيد ويكستي، هو الـ Common Law أي صلب القواعد الموضوعية من قبل المحاكم العليا والتي زُجّت في مجموعات الاجتهاد. فالمحاكم الانكليزية العليا هي التي قامت بصورة رئيسية بتحديد المبادئ الموجهة للقانون الانكليزي للتحكيم Common Law الذي كرّس منذ زمن بعيد على النحو الأكثر وضوحاً مبدأ استقلال المحكم. أما المشتري الانكليزي من جهته فانتظر حتى ١٩٧٩ لكي يشير صراحةً إلى هذا المبدأ.^٣

See Generally David. R, *Arbitration in International Trade*; Paperback, February 7, 1985

Thomas E. Carbonneau, *A Comment on the 1996 United Kingdom Arbitration Act*, Penn State Law, 1998.

Thomas E., *A Comment on the 1996 United Kingdom Arbitration Act*, *op.cit.*

٢/٢ - مبدأ استقلال المحكم في القانون الأمريكي

كانت الولايات المتحدة حتى بداية القرن العشرين تبدي حيال مؤسسة التحكيم شيئاً من عدم الإهتمام واللامبالاة، حيث لم تقم ولاية نيويورك بسن أول قانون حول التحكيم إلا عام ١٩٢٠، ولم تتأخر سائر الولايات في اللحاق بها أخذةً قانون عام ١٩٢٠ كنموذج أو مستوحية القوانين الموحدة التي اقترحت عامي ١٩٢٤ و١٩٥٥. وعام ١٩٢٥ تبنى الكونغرس قانون التحكيم الاتحادي (Federal Arbitration Act - FAA) الذي استوحيت أحكامه مباشرةً من قانون ولاية نيويورك للعام ١٩٢٠.

كان تطوّر ممارسة التحكيم في الولايات المتحدة بصورة رئيسية بفعل إرادة المشترع في بداية القرن العشرين للإنتلاق في هذا النوع من حل النزاعات، ففي أساس قانون التحكيم تقوم إذا القوانين التي سنّها الكونغرس ومختلف ولايات الإتحاد.

إن القانون الاتحادي الأمريكي حول التحكيم لا ينطوي من جانبه على أية أحكام تتعلق بتنحي المحكم أو رده، بيد أن مبدأ استقلال المحكم لم يكن غائباً عنه. وبالفعل فإن القسم العاشر من قانون التحكيم الإتحادي (F.A.A) الذي يحدد الشروط التي يمكن تبعاً لها إبطال القرارات، يلحظ الحالة التي يكون فيها تحيُّز واضح في هيئة المحكمين أو أحدهم، فمثل هذا الأمر يعزى إلى تأكيد موجب الحياد على عاتق المحكم. والتشريع الإتحادي الأمريكي ينطوي على جذور مبدأ استقلال المحكم الذي استخلصت المحاكم نتائجها. إن القرار الأكثر تعبيراً عن التمسك بمبدأ استقلال المحكم، والذي كان بالنسبة للمؤلفين المشار إليهم أعلاه قراراً مبدئياً، هو قرار ١٨ تشرين الثاني ١٩٦٨ الصادر عن المحكمة العليا في قضية الكومونولث كوتنغس/شركة كونتيننتال كازيوالتي^٢، حيث تعلن المحكمة العليا بوضوح في هذا القرار أن:

"...These provisions (section 10) show a desire of Congress to provide not merely for any arbitration but for an impartial one."

أي أن " أحكام القسم العاشر من قانون التحكيم الفدرالي تعبّر عن إرادة الكونغرس في عدم اعتماد أي محكمٍ كان، بل المحكم المحايد".

^١ See Generally Gary B. Born, *International Commercial Arbitration: International and USA Spect's commentary*, second ed., Kluwer Law International, 2001.

^٢ *Commonwealth Coatings v. Continental Casualty*, 393 U.S. 145, 149, 89 S. Ct. 337, 339, 21 L. Ed. 2d 301 (1968)

بالتالي إن مبدأ "الحياد" المعادل في التعبير الانكلوساكسوني لمبدأ "الاستقلال"، يكون مؤكداً على نحوٍ واضحٍ جلي بما أن الكونغرس في نظر المحكمة العليا يتوخى في المحكمين "خلقاً صارماً وأدباً رفيعاً" أو كما ورد في القرار عينه "strict morality and fairness".¹

بناءً على ما تقدم، يلاحظ الباحث أن هناك تفاوتاً في سرعة تقبل التحكيم في النظام الإنكليزي حيث وجد التحكيم مكانه بصورةٍ طبيعيةٍ وسلسة، والنظام الأميركي حيث أبدت الولايات المتحدة في البداية شيئاً من الريبة وعدم الإهتمام حيال مؤسسة التحكيم. بالإضافة إلى ذلك، فإن الطابع الاجتهادي لأنظمة الـ Common Law هو الذي يفسر عدم تخصيص التحكيم لفترةٍ طويلةٍ بقانون حقيقي مماثل لتلك القوانين التي صدرت في مختلف الحقول ضمن البلدان الرومانية-الجرمانية. إلا أنه بالرغم من هذا التفاوت، سرعان ما تبين لهذه الأنظمة أهمية تكريس "استقلال المحكم" كمبدأ أساسي وحيوي في حسن سير إجراءات التحكيم.

ثالثاً: مفهوم الإستقلال في البلدان العربية

نعود بالنسبة إلى البلدان العربية إلى مؤلف الدكتور عبد الحميد الأحذب "التحكيم في البلدان العربية" وإلى مجموع الأجزاء الأربعة من "موسوعته - التحكيم في البلدان العربية". ونشير إلى أن تدخل القانون الغربي كان من آثاره فرض الرؤية الأوروبية للتحكيم في بعض البلدان العربية، فكان بين مختلف البلدان العربية نوعان من التشريع حول التحكيم، حسبما كان تأثر هذه البلدان أو عدمه بالتيار الغربي، فللبان وسوريا وليبيا قواعد في موضوع التحكيم قريبة من النموذج الأوروبي، أما مصر فقد تبنت عام ١٩٩٤ قانوناً "حول التحكيم في المواد المدنية والتجارية- عدل عام ١٩٩٧- مستوحى على نحوٍ واسع من القانون النموذجي للـ UNCITRAL (أو C.N.U.D.C.I باللغة الفرنسية) بعد أن كان لها تشريع حول التحكيم مستمد مباشرةً من النموذج الفرنسي. وعلى العكس من ذلك فإن المملكة العربية السعودية مع سائر دول الخليج العربي طبقت طويلاً وبدقة المبادئ السمحاء للشريعة على التحكيم.

وبالرغم من كون التحكيم يعرف نظامين إثنين بين مختلف البلدان العربية، إلا أن هذه الأخيرة تُجمع على الاعتراف بمبدأ استقلال المحكم. وهكذا فقد أوردت المملكة العربية السعودية في قانونها حول التحكيم،

¹ المرجع السابق

نصاً حول الصفات المتوجّب توفرها في المحكّم. وقد فرض المشرّع وجوب اختيار المحكمين من بين ذوي الخبرة والأخلاق الحسنة وهو ما لا يقل دلالةً على الحياد والاستقلال، وذلك من خلال استبعاد من له "مصلحة في القضية موضوع النزاع" من مهمة التحكيم، وعن طريق إخضاع المحكم إلى نفس الأسباب المتعلقة برّد القضاة.

في ختام هذا الفرع الأول، نؤكد على أن مختلف الأنظمة القانونية مجمعة على الإشارة إلى مبدأ استقلال المحكم وحياده، وعلى فرضه كموجب أساسي في كل عملية تحكيم. ولكن متى يعتبر المحكّم، فعلياً، متمنّع أو غير متمنّع بالاستقلال المطلوب؟

الفرع الثاني: الحالات التي لا يكون فيها المحكم متمنّع بالاستقلال المطلوب

يفرض موجب الاستقلال ألا تكون هناك أية علاقة حالية أو سابقة بين أحد الطرفين والمحكمين يمكن أن تؤثر على استقلال الحكم. بالتالي، فإن مسألة استقلال المحكم لا تثار في حال كان هذا الأخير قريباً عن المحكمين أو عن موضوع النزاع. وبالعكس، تطرح هذه المسألة في حال كان المحكم قريباً من الفرقاء أو من وكلائهم أو من باقي المحكمين أو من موضوع النزاع.

ولأنه من الصعب تعداد وحصر الحالات التي يعتبر المحكم فيها متمنّعاً بالاستقلال، فغالباً ما يلجأ القانونيون إلى البحث عن الظروف التي تنفي عن المحكم إستقلاله. وقد قضت المحاكم بأن استقلال المحكم يكون حتماً غير متوفّر في الحالات الآتية:

- إذا كان يوجد بين المحكم وأحد الأطراف علاقة تبعية مثل عقد العمل.
- إذا كان المحكم ومحامي أحد الأطراف شريكين في مكتب واحد.
- إذا كانت توجد مصلحة مالية بين المحكم وأحد الأطراف.
- إذا كان المحكم ومحامي أحد الأطراف قد اشتركا في المدافعة والمرافعة في دعاوى كانت باسئلامهما أو إذا اشتركا في إعطاء الاستشارات القانونية في قضايا معينة.
- إذا كانت توجد علاقة قرابة أو مصاهرة من شأنها أن تثير الشكوك المشروعة في ذهن المحتكم.
- إذا تم تعيين أحد الموظفين العاميين كمحكم في أحد المنازعات الإدارية.

أولاً: وجود علاقة تبعية بين المحكم وأحد الأطراف

إذا كان المحكم مرتبطاً بأحد الأطراف بعقد عمل قبل أن ينشأ النزاع، في هذه الحالة يكون هناك علاقة تبعية بين المحكم وأحد المحكّمين ويكون عقد العمل ظرفاً موضوعياً يتناقض وصفة الاستقلال.

وهناك حالات أخرى حيث يكون بين المحكم وأحد الأطراف علاقة تعاقدية غير عقود العمل كأن يكون المحكم مستشاراً مالياً لأحد الفرقاء أو محاسباً في شركته أو وكيلاً له يكون بالطبع موجب الاستقلال غير متحقق. إلا أنه لا يمكن إبطال قرار تحكيمي، لعلّة انتفاء الإستقلال، بمجرد قيام محكم قبل نشوء النزاع بخبرة حسابية لأحد الأطراف وفي حين لم يقدم أي طلب رد¹.

أما نحن، فنرى أن العلاقة التعاقدية وحدها غير كافية لنزع صفة الاستقلال عن المحكم. فالعبرة تعود إلى مدى توفر تضارب مصالح ينتج عن هذا التعاقد وعن أهمية العلاقة التي نشأت (أو لم تنشأ) عنه. فإذا مرّت فترة طويلة على فسخ هذا العقد مثلاً، بشكل أنه لم يعد هناك أي أهمية أو تأثير لوجود هذه التعاقد السابق على نتيجة التحكيم، بالتالي يكون وجود هذا العقد لا تأثير له على عملية التحكيم. وهنا تكمن أهمية موجب الإفصاح، فبمجرد اعتراف المحكم بوجود علاقة تعاقدية يصبح القرار في يد الفريق الآخر الذي قد يختار غض النظر عن الموضوع إذا رأى أنه لا يمكن أن يؤثر في نهاية المطاف على استقلالية المحكم وبالتالي على القرار التحكيمي.

ثانياً: كون المحكم ومحامي أحد الأطراف شريكين في مكتب واحد

يعتبر المحكم غير مؤهل في حال كانت تربطه علاقة جديّة وحالية مع أحد الأطراف كأن يكون محام له مثلاً. إلا أن هناك معيار يجب اتّباعه في هذه الحالة حيث أن وجود العلاقة "موكل/وكيل" لا تكفي وحدها لاعتبار أن المحكم غير مستقل، بل يجب البحث في مدى تطور هذه العلاقة وفي الوقت الذي يمضيه الفريق مع المحكم المحتمل.

Civ.2, 19 avril 1985, JCP 1985, IV, 223, Rev. Arb. 1986, 57, note Jarrosou.

مثلاً:

فإذا كان هناك من علاقة طويلة الأمد ومستمرة مع مكتب المحاماة الذي يتبع له المحكم، تبرز الشكوك حول استقلال هذا الأخير. أما في الحالة المعاكسة، أي إذا كان مكتب المحاماة لم يبحث إلا في بعض القضايا غير المتعلقة بالنزاع المعروض أمام الهيئة التحكيمية، عندها لا يمكن التشكيك في استقلال المحكم لمجرد كونه محام في المكتب الذي يتم توكيله عادة من قبل أحد الفرقاء^١.

نرى أن اعتماد هذا المعيار أمر أساسي خاصة في الدول الصغيرة حيث يكون المحكمون المختصون في موضوع معين هم أشخاص محددون. وبالتالي، إن قلّة عددهم تقلص من حرية الخيار عند المحكّمين، مما يزيد من فرصة وقوع خيارهم على محكم يكون قد سبق له أو لمكتبه أن بحث في إحدى القضايا لأحد الفرقاء.

ثالثاً: وجود مصلحة مالية بين المحكم وأحد الأطراف المحكّمين

يعتبر شرط الاستقلال غير متوفر حتماً في حال وجود مصلحة مادية أو غير مادية في القضية، فعلى سبيل المثال، تم اعتبار أن هناك حالة عدم استقلال من قبل المحكم في قضية كوفيلي ضد أنثوني بينغهام ونولز^٢ حيث تبين أن ١٨٪ من الحالات التي تم تعيينه كمحكم فيها و ٢٥٪ من دخله كمحكم على مدى ثلاث سنوات كانت مستمدة من قضايا تتعلق بالفريق الذي عينه.

كما تكون النتيجة مماثلة في حال وقوع اختيار أحد الفرقاء على محكم يكون مساهماً أساسياً أو مديراً في إحدى شركاته، حيث يعتبر هذا الأخير تلقائياً غير مستقل. أما في حال تم تعيين أحد المساهمين غير الأساسيين، فإن ذلك لا يؤثر، مبدئياً، على استقلاله كمحكم. وقد اعتبرت محكمة الإستئناف في قضية

AT&T Corporation v. Saudi Cable أن امتلاك ٤٧٤ سهماً مشتركاً لا يعتبر ذا تأثير على استقلال المحكم^٣:

^١ Merjian, *Caveat Arbitor: Laker Airways and the Appointment of Barristers as Arbitrators in Cases involving Barrister-Advocates from the Same Chambers*, 17(1) J Int'l Arb 31 (2000).

^٢ Cofely Ltd v. Anthony Bingham & Knowles Ltd [2016] EWHC 240 (Comm).

^٣ AT&T Corporation and other v. Saudi Cable Co., [2000] 2 Lloyd's Rep 127 et seq. (Ct.App)

“His shareholding of 474 common shares in Nortel was sufficiently small to be of no consequence. Having observed that Mr. Fortier had not apparently considered his investment portfolio when he accepted his nomination as Chairman ...”

أما نحن فنرى بأن المصالح المالية والمادية قد تكون ذات تأثير على استقلال المحكم، وبالتالي على عدالة القرار التحكيمي. إلا أن مجرد تواجد هكذا مصلحة لا يكفي بحد ذاته لاتخاذ الإجراءات القانونية اللازمة بوجه المحكم أو بوجه قراره، إذ تبقى العبرة لمدى أهمية هذه المصالح ومدى تأثير وجودها على إستقلالية المحكم.

رابعاً: تعيين أحد الموظفين العاميين كمحكم في أحد المنازعات الإدارية

يطرح موضوع تعيين أحد الموظفين العاميين أو أحد قضاة الدولة المحكّمة كمحكم في المنازعات الإدارية كحالة إستثنائية فيما يتعلق بموجب الإستقلال.

من البديهي أن نستنتج مباشرة أن اختيار أحد الموظفين العاميين كمحكم في هكذا نزاع يعتبر تهديداً لمبدأ الإستقلال، إلا أن الأمر يكون مختلفاً فيما إذا كان الفريقين من دول نامية حيث لا يكون هناك عدد كبير من الأشخاص المؤهلين للتعيين كمحكم فيتم بالتالي اللجوء إلى موظف عام للقيام بهذا الدور.

المطلب الثاني: شرط الحياد Impartialité de l'Arbitre

بالرغم من أن مفهوم الحياد قد يبدو لنا واضحاً في الوهلة الأولى، إلا أن تعريف هذا المبدأ يختلف باختلاف النظام القانوني الذي ينظمه وتختلف معه بالنتيجة طريقة التطبيق العملي. لذلك، يقتضي أن نوضح ماذا يقصد المشرع بـ "الحياد" حين يفرضه على المحكم كموجب (الفرع الأول) قبل أن ندرس مختلف الحالات التي يمكن أن تظهر في التطبيق العملي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم "الحياد"

يعتبر الحياد من الضمانات الأساسية في التقاضي وذلك حتى يطمئن المحكّمون إلى محكّمهم وإلى أن قراره التحكيمي لن يصدر إلا عن الحق ودون أي تحييز. بالتالي، إن الحياد كالأستقلال، يعتبر ركيزة أساسية لنجاح المحكم في مهمته^١. لذلك، لم يستهدف المشتري الأستقلال وحده، بل شدد أيضاً على الحياد لدى المحكم في معظم قوانين وقواعد التحكيم^٢.

أكد نظام "الكومن لو" (Common Law) على موجب حياد المحكم الذي يعتبر أحد المبادئ الأساسية للعدالة الطبيعية^٣. فالمشترع الإنكليزي مثلاً نصّ على مبدأ خضوع المحكم لعددٍ من الموجبات من بينها موجب الحياد، وقد أجمع مجمل الفقه الإنكليزي على أن يجعل من الحياد لدى المحكم أحد المبادئ الأساسية للتحكيم. يستند هذا الرأي الفقهي إلى الاجتهاد المستقر للمحاكم العليا الإنكليزية التي أكدت باكرًا جدًّا وبقوة على موجب الأستقلال لدى المحاكم التي لا سيّما أشارت إلى الصفات التي من الطبيعي توقع توفرها لدى المحكم ومنها إصداره لـ "حكم محايد"^٤.

وقد كرّس قانون التحكيم^٥ للعام ١٩٩٦ بالطريقة الأكثر وضوحاً اشتراط الحياد في المحكم حيث حدّد المبادئ العامة التي ترعى التحكيم، كما اشترط "التجرّد" لدى المحكم كمبدأ أساسي للتحكيم. وقد بيّن هذا القانون أيضاً مفاعيل^٦ عدم احترام هذا الشرط عندما لحظ من بين أسباب ردّ (Removal) المحكمين الفرضيات التي تفسح فيها الظروف في المجال لوضع حياد المحكم موضع الشك بالتالي، إن "حياد المحكم"، في التحكيم الإنكليزي، يرقى إلى مصاف المبادئ الأساسية التي لا يجوز الرجوع عنها^٧.

أما بالنسبة للولايات المتحدة، سبق وبيننا أن التشريع الإتحادي الأميركي ينطوي على جذور مبدأ أستقلال المحكم وأن القرار المبدئي الصادر عن المحكمة العليا في قضية الكومولث كوتنغس/ شركة

^١ كرم محمد زيدان النجار لزهرة بن السعيد، التحكيم التجاري الدولي، ط ١، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010، ص ١٣٣.

^٢ ICC Rules 2012, articles 14.1, 11(1) and 11(2); LCIA Rules 2014, article 5.3; UNCITRAL Rules 2013, article 11.

^٣ See Generally David. R, **Arbitration in International Trade**; Paperback, February 7, 1985

^٤ Thomas E., *A Comment on the 1996 United Kingdom Arbitration Act, op.cit*

^٥ المادة ١ من قانون التحكيم للعام ١٩٩٦.

^٦ المادة ٢٤ من قانون التحكيم للعام ١٩٩٦.

^٧ Thomas E., *A Comment on the 1996 United Kingdom Arbitration Act, op.cit*

كونتنتال كازيوالتى،^١ أعلنت فيه المحكمة أن أحكام القسم العاشر من قانون التحكيم الفدرالي تعبر عن إرادة الكونغرس في اعتماد المحكم المحايد فقط.

تجدر الإشارة هنا إلى أن تأكيد "حياد المحكم" كموجب في التحكيم لم يكن من صنع المحكمة العليا وحسب، إذ كانت للمحاكم الاتحادية أيضاً دوراً في تكريسه. وقد اعتبرت هذه المحاكم، إلى حد كبير، أنّ موجب حياد المحكم ينبغي أن يتجسد في التزام إيجابي على عاتق المحكم مفروض تحت طائلة بطلان القرار التحكيمي. يتمثل هذا الالتزام بأن يكشف المحكم عن كل ظرفٍ من شأنه أن يبهر الادعاء المبني على عدم حياده.^٢ ونذكر هنا أن مبدأ "الحياد" في النظام الأميركي هو معادل في التعبير الانكلوساكسوني لمبدأ "الاستقلال".

من الواضح أن هناك تكريس عالمي لمبدأ الحياد، إذ نصت عليه معظم القوانين الداخلية والدولية، إلا أن الباحث يلاحظ أن المشرع، في معظم النصوص، لم يأت على ذكر مفهوم الحياد بشكل مستقل بل أنه في كل مرة جعل من هذا المبدأ مرافقاً لمبدأ الإستقلال، وكأن "الإستقلال والحياد" هما مبدأ واحد. بالفعل، كثيراً ما يكون هناك خلط بين الاستقلالية والحياد، لذلك، وبما أم المشرع لم يعمل على إيجاد تعريف واضح ودقيق للحياد، عمد الفقه إلى وضع أطر لهذا المفهوم بهدف إيضاح معناه كمبدأ مستقل ومحدث لمفاعيل قانونية محددة في حال انتفائه.

يرى معظم الفقهاء أن الحياد يتطلب ألا يكون هناك أي تحييز من قبل المحكم تجاه أي من الفرقاء، وألا يكون له رأي مسبق في المسألة موضوع النزاع.^٣ بالتالي، يمكن القول بأن الحياد يتعلق بحالة ذهنية وبأنه يتضح أحياناً من خلال سلوك معين يدل على هذه الحالة الذهنية. هذه العوامل يمكن أن تشمل علاقة مهنية أو تجارية أو شخصية مثلاً حيث تؤدي هذه العلاقة إلى الاعتقاد أن المحكم منحازاً لفريق معين. إلا أنه يمكن أن يتصل أيضاً بسلوك المحكم كأن يدلي أثناء إجراء التحكيم بأن أشخاصاً من جنسية معينة كاذبون بمجرد

^١ **Commonwealth Coatings v. Continental Casualty**, 393 U.S. 145, 149, 89 S. Ct. 337, 339, 21 L. Ed. 2d 301 (1968).

^٢ See Generally Gary B. Born, **International Commercial Arbitration: International and USA Spects commentary**, second ed., Kluwer Law International, 2001.

^٣ Redfern and Hunter, **International Commercial Arbitration**, para 4-51; Smith, **The impartiality of the Party-Appointed Arbitrators**, 6 Arb Int 320 (1990) 323.

انتمائهم إلى هذه الجنسية؛ فإن العبارة الآتية "Portuguese people were liars" على سبيل، المثال والتي تعني أن "جميع الأشخاص من الجنسية البرتغالية هم كاذبون"، أدت إلى إبعاد المحكم الذي صدرت عنه من إحدى القضايا المعروضة أمام التحكيم^١. وقد فسّر بعض الفقهاء الحياد من زاوية الجنسية بحيث لا يكون المُحكّم الفرد أو المحكم الثالث في الهيئة ينتمي إلى أي من جنسيتي طرفي النزاع.

يتبيّن لنا أن الفقه، وإن كان قد حدّد بشكل عام مفهوم الحياد محاولاً إزاحة الغموض الذي يكتنفه من خلال النصوص القانونية، إلا أن هذا المبدأ، كونه غير موضوعي، يبقى دون تعريف موحد ودقيق. فكيف يمكن أن نعلم ماذا يدور في ذهن المحكم؟ وماذا يؤكد لنا أن معيار الجنسية مثلاً كافٍ لتحديد ما إذا كان المحكم متحيّزاً أم لا؟ وما هي الظروف أو الحالات التي يمكن أن يعتبر المحكم فيها مجرداً من الحياد؟

إجابةً عن هذه التساؤلات، تعطي المادة ٢٤(١)(أ) من قانون التحكيم (Arbitration Act) للعام ١٩٩٦ السلطة للمحكمة بإزالة محكم على أساس أنه "توجد ظروف تثير شكوكاً مبررة فيما يتعلق بحياده"^٢. إلا أن الظروف التي قد تنشأ ليست مدرجة على نحو شامل ولكنها تخضع لاختبار عام.

والإختبار المتبع لتحديد توفر الحياد أو عدمه يختلف من نظام قانوني إلى آخر، فقد سمحت جميع الأنظمة القضائية بإبطال القرارات التحكيمية التي يوجد فيها تحيّز واضح (Evident Partiality) من جانب محكم تم تعيينه على أساس أنه محايد، بيد أن تطبيق اختبار "التحيز الواضح" قد أسفر عن نتائج متفاوتة على نطاق واسع^٣. وقد نص قانون التحكيم الإتحادي (Federal Arbitration Act) صراحة على أنه يمكن عدم الأخذ بالقرار التحكيمي في حال تبين أن هناك "تحيز واضح" من قبل المحكم^٤، كما تناولت المحكمة العليا (Supreme Court) معنى "التحيز الواضح" من خلال قضية شركة الكومونولث كوتينغس كورب ضد

^١ *Re The Owners of the Steamship "Catalina" and Others and The Owners of the Motor Vessel "Norma"* (1938) 61 Ll.L.Rep. 360.

^٢ كما وردت في النص: "circumstances exist that give rise to justifiable doubts as to his impartiality"

^٣ Elizabeth A. Murphy, Standards of Arbitrator Impartiality: **How Impartial Must They Be - Lifecare International, Inc. v. CD Medical, Inc.**, Journal of Dispute Resolution, Volume 1996, Issue 2, Article 7.

^٤ 9 U.S. Code § 10(a)

شركة كونتينانتل كازوالتي (Commonwealth Coatings Corp. v. Continental Casualty Co)^١ حيث قضت بأن "التحيز الواضح" كان متوفراً عندما كان أحد الفرقاء عميلاً منتظماً، وإن كان بشكل متقطع، للمحكم الذي لم يكشف عن هذه الحقيقة. إلا أن هذه المحكمة لم تضع معياراً واضحاً لإيجاد "التحيز الواضح" مما أسفر عن ظهور اختلافات بين المحاكم بالنسبة للمعيار الواجب اعتماده. لذلك، اتفقت غالبية المحاكم على أن "التحيز الواضح" يعني "مظهر التحيز" (Appearance of Bias) حيث يكفي أن يعتقد أحد الفرقاء أن المحكم منحازاً دون وجوب التقيّد بمعايير محددة حصراً. إلا لأن مظهر التحيز هذا يتطلب تقييماً موضوعياً لما إذا كان الشخص العاقل (Reasonable Person) يعتقد أن المحكم كان منحازاً لأحد المحتكمين^٢.

صحيح أنه يتم اعتبار المحكم غير محايد تجاه أحد الأطراف في حال أبدى تفضيله أو تحيزه تجاه هذا الفريق أو ضد الفريق الآخر، إلا أن بعض الأنظمة لم تعتمد معيار "التحيز الواضح" إنما لجأت إلى اختبار "التشكيك المنطقي والمعقول" (Reasonable Doubt)^٣ من قبل شخص ثالث حيث يعتبر هذا الشك في مكانه في حال تبين أن هناك أسباباً مؤثرة على القرار. المعيار في هذه الحالة هو ما إذا كان العقل المنصف، وبعد أن يكون قد اطلع على الوقائع، يرى أن هناك احتمال أن يكون المحكم أو هيئة التحكيم غير محايدين. وقد رأت المحكمة العليا في قضية أس.م. للشحن ضد ت.م.ي.^٤ أنه إذا خلصت المحكمة إلى أن هناك إمكانية حقيقية للتحيز تشكل مخالفة خطيرة إما تسببت أو قد تسبب بضرر كبير لمقدم الطلب عندها يعتبر الشك مبرراً.

على ضوء هذا الاختلاف، نلاحظ أن اختبار "التحيز الواضح" يفرض عبئاً ثقيلاً على عاتق الفريق الذي يشكو من وجود تحيز حيث يقع عليه وحده عبء إثبات ما يدّعيه. في حين أن معيار "الشك المنطقي" يخفف من وطأة هذا العائق بما أن الشك وحده يكفي شرط أن يكون مبرراً. ونلاحظ أيضاً أن المحاكم التي

393 U.S. 145 (1968), Id. at 146-148

JCI Communs, Inc. v. IBEW, Local 103, 324 F.3d 42, 51 (1st Cir. 2003); **Nationwide Ins. Co. v. Home Ins. Co.**, 278 F.3d 621, 626 (6th Cir. 2002); **ANR Coal Co., Inc. v. Cogentrix of N.C., Inc.**, 173 F.3d 493, 500-501 (4th Cir. 1999).

Standard underlying the UNCITRAL Model Law and the IBA Guidelines on Conflict of Interest.

Leon Trakman; **THE IMPARTIALITY AND INDEPENDENCE OF ARBITRATORS RECONSIDERED**, International Arbitration Law Review, Sweet & Maxwell, Vol. 10 Int.AL.R p. 999 (2007).

ASM Shipping Ltd of India v TTM Ltd of England [2005] EWHC 2238 (Comm)

تطبّق "مظهر التحيز" كمعيار موازٍ لـ "تحيز الواضح" تقوم بطريقة ما بسد الفجوة الموجودة بين "التحيز الواضح" و"الشك المنطقي" من خلال اعتمادها لمعيارٍ وسطي، يخفف من حدة المعيار الأول ومن تفلّت المعيار الثاني. لذلك، وحتى يصبح المعيار المتبع للتحقق في الحياد موحدًا، ننصح المحكّمين المحتملين بأن يأخذوا بعين الإعتبار، خلال صياغتهم لاتفاق أو شرط التحكيم، المعيار الذي سوف يتبع في ظل القانون الذي اختاروه تفاديا للصعوبات التي يمكن تنشأ عن عبء الإثبات فيما.

بناء على ما تقدّم، إنّ الحياد قد يتعلّق بحالة المحكم الذهنية أو بسلوكه أو جنسيته، وأن هذا المفهوم يبقى غامضا وغير موضوعي وخالٍ من أي معيار دقيق وموحد قد يساعد الفرقاء على تحديد ما إذا كان المحكم الذي يبحث في قضيتهم يتمتّع بالفعل بالحياد أم لا. وبما أن الأنظمة المختلفة تطبق اختبارات مختلفة لتقدير إذا ما كان هناك من تحيز، تظهر النتيجة أحيانا مختلفة من دولة إلى أخرى بالنسبة للحالة عينها. فما هي هذه الحالات وكيف يُقدّر الحياد في التطبيق العملي؟

الفرع الثاني: الحياد في التطبيق العملي

كما سبق وذكرنا في معرض دراستنا عن الإستقلال، ولأنه من الصعب تعداد وحصر الحالات التي يعتبر المحكم فيها متمتعا بالحياد، فغالبا ما يلجأ القانونيون إلى البحث عن الظروف التي تنفي عن المحكم حياده. لذلك، سوف نعرض في مرحلة أولى الحالات التي لا تكفي لنزع صفة الحياد عن المحكم (أولاً) وفي مرحلة ثانية الحالات التي لا يكون المحكم فيها متمتعا بالحياد المطلوب (ثانياً).

أولاً: الحالات التي لا تكفي لنزع صفة الحياد عن المحكم

سوف نعرض في هذه الفقرة خمسة حالات تعتبر غير كافية بحد ذاتها لاعتبار أن المحكم غير محايد.

١/١ - الجنسية

في حال كان المحكم يحمل الجنسية نفسها التي يحملها احد الفرقاء، قد يدل هذا الأمر في الوهلة الأولى على تحيزه لمصلحة هذا الطرف لأنه قد يُنشئ فرضيات عند الفريق الآخر بأن المحكم قد يقوم بمشاركة الطرف الذي يحمل جنسيته، الأيديولوجيات والقيم المشتركة السائدة في بلدهم^١. إلا أن تطابق الجنسيات هذا يجب أن لا يؤثر بحد ذاته على حياد المحكمين^٢.

وتؤكد على ذلك الفقرة الأولى من المادة ١١ من قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي (Model Law) التي تنصّ على عدم جواز منع أي شخص من العمل كمحكم بسبب جنسيته، إلا في حال اتفق الفرقاء على خلاف ذلك^٣، وذلك لأن جنسية المحكم قد تلعب، في بعض الحالات، دوراً مهماً كمتراجم ثقافي بين المحكم والفريق الذي يحمل نفس جنسيته.

على خلاف ذلك، تصبح جنسية المحكم تهديداً لحياده في حال كانت الهيئة التحكيمية مكونة من محكم واحد حيث لا يمكن أن يكون هذا الأخير من جنسية أحد الفرقاء. كذلك الأمر بالنسبة لرئيس الهيئة الذي يجب أن تكون جنسيته مختلفة عن جنسيات أطراف النزاع. وقد أكد نظامي الـ ICC^٤ والـ LCIA^٥ على هذا المبدأ، كما فرضت إتفاقية الـ ICSID شرطاً يوجب بأن تكون أغلبية المحكمين من جنسية مختلفة عن الأطراف^٦، وهذا المبدأ معروف بالـ "National Neutrality"^٧.

^١ Pierre Lalive, **On the Neutrality of the Arbitrator and of the Place of Arbitration**, Recueil de Travaux Suisses Sur l'Arbitrage International, Lausanne, 1984.

^٢ UNCITRAL Draft "Composite text of a Model Law" (A/CN. 9/WG. II/WP 48) merely provides (art. 11 (1)), in its version of 29th November 1983, that "No person shall be by reason of his nationality or citizenship precluded from acting as an arbitrator, unless otherwise agreed by the parties"; cf. art. III, Geneva Convention of 1961.

^٣ Model Law Article 11: "No person shall be precluded by reason Of his nationality from acting as an arbitrator, unless otherwise agreed by the parties."

^٤ ICC Rules Article 13(5).

^٥ LCIA Article 6(1).

^٦ Washington Convention, Article 39

^٧ Neil Pearson, **Nationalité et attaches de l'arbitre**, in Symposium, 20th November 1970, R. Arbitrage 1970/4 p. 239.

٢/١ - إذا سبق وأعطى المحكم رأي معارض (Dissenting opinion) أو مؤيد (Concurring opinion) في قرار تحكيمي أو قرار تمهيدي سابق

إن الرأي المعارض أو المؤيد المصاغ بوضوح ودقة من قبل المحكم في قرار تحكيمي سابق لا يشكّل بحد ذاته سبباً كافياً لإثارة الشك في حياد المحكم. وكذلك الأمر بالنسبة للقرار الأولي السابق الذي ليس إلا جزء لا يتجزأ من المهمة القضائية للمحكم، وهو بالتالي عنصراً أساسياً لتكوين رأي دقيق بشأن المسألة المطروحة.^١

٣/١ - خبرة حسابية

لا يكون هناك عدم حياد أيضاً لمجرد قيام محكم، قبل نشوء النزاع، بخبرة حسابية لأحد الفرقاء.^٢

ثانياً: الحالات التي لا يكون فيها المحكم متمتع بالحياد المطلوب

سوف نعرض في هذه الفقرة حالتين يعتبر المحكم فيهما حتماً غير متمتع بالحياد المطلوب.

١/٢ - إبداء المحكم لرأي مسبق بالنسبة للمسألة القانونية المطروحة أو كونه مستشاراً، في مرحلة سابقة، لأحد الفرقاء في النزاع

في حال كان المحكم قد سبق وأعطى رأي محدد وواضح بالنسبة للمسألة المعيّنة المطروحة أمام هيئة التحكيم، أو في حال سبق وكان مستشاراً لأحد أطراف النزاع، أو في حال قام قبل تعيينه بصياغة استشارة قانونية لمصلحة قضيّة الطرف الذي سمّاه^٣، يعتبر المحكم حتماً غير محايد^٤.

^١ *Comparative International Commercial Arbitration*, op.cit., p.260
^٢ Civ. 2, 19 avril 1985, JCP 1985, IV, 223, Rev. Arb. 1986, 57, note Jorrosson.
^٣ Civ. 2, 13 avril 1972, Bull. Civ. II, no 91 p.71.
^٤ Re Judge Mangard, 1 *Iran-US CTR* 509, 516-518.

أما إذا كان المحكم سبق وقام بنشر رأيه بشكل مبهم وغير دقيق بالنسبة للمسألة القانونية موضوع النزاع، فإن ذلك لا يؤثر على حياده. ويمكن تبرير هذا الأمر بالقول بأن المحكم يتم اختياره أحيانا من قبل الفرقاء وفقا لمواقفه السابقة ووجهات نظره القانونية والعلمية.

وبما أن الحياد هو مفهوم شخصي (Subjectif) كما سبق وذكرنا، وليس موضوعي كالإستقلال، بالتالي فإن إثبات عدم توفره لا يكون بالأمر السهل. بالتالي، ليست كل حالات عدم الحياد واضحة مثل الحالة التي أتينا على ذكرها في هذه الفقرة، مما دفع القانونيين إلى محاولة تعداد هذه الحالات وتصنيفها من خلال توجيهات توضيحية إنما غير ملزمة. لذلك، سوف نعرض المبادئ التوجيهية أو الإرشادات التي وضعتها جمعية المحامين الدولية (IBA) من خلال لجنة التحكيم التابعة لها، والتي تسعى إلى نشر المعلومات الخاصة بالتحكيم الدولي وتشجيع العمل به وتحسين فعاليته.

٢/٢ – محاولة تحديد هذه الحالات من خلال إرشادات جمعية المحامين الدولية

صنفت المبادئ التوجيهية لجمعية المحامين الدولية (IBA Guidelines) الحالات التي يقع ضمنها مبدأي حياد المحكم واستقلاله بالإستناد إلى مجموعة متنوعة من الحالات الواقعية التي تمت مواجهتها في أنظمة قضائية متعددة، وقد تم تصنيف هذه الحالات التي تثير مخاوف بشأن تضارب المصالح في ثلاث قوائم: الحمراء، البرتقالية والخضراء.

تتألف القائمة الحمراء^١ من حالات تؤدي بحد ذاتها (*per se*) إلى الشك في نزاهة المحكم واستقلاله، وتنقسم هذه القائمة إلى مواقف لا يمكن التنازل عنها من قبل الأطراف وأخرى يمكنهم التنازل عنها. بالنسبة للمواقف الغير قابلة للتنازل، فهي تمثل أخطر أنواع النزاع، مثلما يكون المحكم مديرا لطرف واحد، أو عندما يكون للمحكم مصلحة واضحة وهامة عند ذلك الطرف^٢.

IBA Guidelines p. 17

IBA Guidelines p. 6, General Standard 2 (d) “no one is allowed to be his or her own judge; i.e., there cannot be identity between an arbitrator and a party”; Non-Waivable Red List p.20.

القائمة البرتقالية^١، تتألف من حالات محددة قد يكون فيها لدى الأطراف شكوك معقولة (Reasonable Doubts) بشأن نزاهة المحكم أو استقلاله. هناك ٢٣ حالة من هذا القبيل تشمل، من بين أمور أخرى، أن يكون المحكم أو مكتب المحاماة التابع له، في غضون السنوات الثلاث السابقة للتحكيم، قد توكل كمحام لأحد الأطراف^٢. ويتوجب على المحكم في مثل هذه الحالات الإفصاح عما يثير الشك في حياده على أن يبقى من حق الفرقاء التنازل عن ذلك الواجب، علما بأن التنازل يمكن أن لا يكون صريحا. فعدم الاعتراض خلال مهلة معقولة يمكن أن يشكل بحد ذاته تنازلا، ومع ذلك، فإن توفر إحدى هذه الحالات التي لا يمكن التنازل عنها يجب أن لا يؤدي تلقائيا إلى تنحية المحكم^٣.

أما القائمة الخضراء^٤، فتتألف من حالات لا يوجد فيها أي مظهر من التحيز أو عدم الاستقلال ولا تضارب المصالح، وفي هذه القائمة، تعداد غير شامل لحالات محددة، حيث لا يوجد أي تضارب مصالح فعلي. هناك ثماني حالات مذكورة في القائمة الخضراء، فعلى سبيل المثال، تشمل الحالات التي ينتمي فيها المحكم إلى نفس النادي أو الجمعية المهنية المنتمي إليها محكم آخر، أو إذا كان قد قام بنشر مقال عن مسألة نشأت خلال السير في التحكيم، طالما أن المناقشة لا تشمل القضية موضوع التحكيم^٥.

سبق وبيننا بأن مبدأ الحياد يقدر بشكل غير موضوعي وبالتالي فإن تقدير توفره في شخص المحكم أمر صعب ومعقد في معظم الأحيان. كما بينا من خلال هذا المبحث أن مفهومي الإستقلال والحياد هما مبدآن مختلفان من الناحية النظرية، إلا أن الإجهاد غالبا ما يعتمد مقارنة مشتركة للمفهومين بسبب غياب ظروف تميز حالة معينة من شأنها أن تؤثر على القرار التحكيمي. وهنا تكمن أهمية القوائم التي وضعتها الـ IBA والتي تشكل قواعداً إرشادية توضح من خلال أمثلة واقعية الحالات التي يعتبر فيها المحكم مستقلا ومحايلا أم لا. وتقتضي الإشارة هنا إلى أن ثبوت إستقلال المحكم ليس شرطا مسبقا لاعتباره حياديا^٦، إلا أن انتفاء إستقلاله قد يشير إلى تحييزه.

IBA Guidelines p.18

IBA Guidelines p.22-25

IBA Guidelines p.9, General Standard 4(a).

IBA Guidelines p.19

IBA Guidelines p. 25-27

Philippe Fouchard, Emmanuel Gaillard et Berthold Goldaman, **Traité de l'arbitrage commercial international**,

١

٢

٣

٤

٥

٦

وبالرغم من وجود هذه الإرشادات المفصلة، إلا أنها تبقى قواعد غير ملزمة، لذلك تلجأ بعض المحاكم إلى معيار آخر هو إستقلال الفكر عند المحكم "Indépendance d'Esprit" كمعيار وسطي بين الإستقلال والحيدة. ومن يمكن أن يقدر إستقلال المحكم الفكرية أكثر من المحكم نفسه؟ من هنا، تنص معظم قوانين التحكيم، بالإضافة إلى موجبي الإستقلال والحياد، على موجب المحكم بالإفصاح.

المبحث الثاني: موجب الإفصاح - Disclosure - Le Devoir de Révéler

يترافق ومتطلبات استقلال وحياد المحكمين واجب الإفصاح عن الحالات التي قد تؤثر على هذه المتطلبات، خاصة وأن ممارسة المحكم لمهامه تتميز بعلاقة ثقة مع الأطراف يجب المحافظة عليها طيلة مدة التحكيم. ويؤكد على ذلك بعض الفقه من خلال قوله أن "المشترع لا يرى أنه يكفي أن تكون أحكام المحكمين، على غرار أحكام القضاء، عادلة بل يفترض أن تكون بعيدة عن مظنة التحيز في حيادهم وتجردهم".^١ بالتالي، تصبح إزالة الشكوك في استقلال المحكم وحياده توازي في الأهمية عدالة قراره التحكيمي.

لذلك، فرضت معظم قواعد وأنظمة التحكيم على عاتق المحكم موجب إعلام الفرقاء في التحكيم بكل ظرف أو واقعة من شأنها أن تثير الشك في حياده واستقلاله.^٢ وهذا الموجب، الذي يعرف بموجب الإعلام أو موجب التصريح أو موجب الإفصاح، هو أكثر من وسيلة لتأمين استقلال المحكم وحياده، إذ أن هذه المبادئ الثلاث، أي الاستقلال والحياد والإفصاح، تنصهر لتشكّل كياناً واحداً يهدف إلى ضمان صدور قرار تحكيمي عادل ومنصف.

سوف نوضح من خلال هذا المبحث مفهوم موجب الإفصاح (المطلب الأول) الآثار القانونية لموجب الإفصاح (المطلب الثاني).

Litec, 1996, p.582.

Cass. 2^e civ., 13 avr. 1972.

المحامي مروان صقر، "باب الاجتهادات العربية: الاجتهاد القضائي اللبناني"، مجلة التحكيم العالمية ٢٠١٥، العدد الخامس والعشرون، ص.٤٤٧.

معن بو صابر، المحكم: استقلاله وحياده، مجلة التحكيم العالمية، العدد الثالث والثلاثون، ٢٠١٧، ص.٩٥.

معن بو صابر، المرجع السابق، ص.٩٥-٩٦.

المطلب الأول: مفهوم موجب الإفصاح

لتوضيح ما يفهم بـ "موجب الإفصاح" يقتضي أن نوضح في فرع أول خصائص موجب الإفصاح في النصوص القانونية، وفي فرع ثان مضمون هذا الموجب في التطبيق العملي.

الفرع الأول: موجب الإفصاح في النصوص القانونية

فرضت النصوص القانونية على المحكم الالتزام بموجب الإفصاح عبر تكريسها لهذا المبدأ في القوانين الداخلية (أولاً) وفي أنظمة التحكيم (ثانياً).

أولاً: موجب الإفصاح في القوانين الداخلية

كرّست نصوص القوانين الداخلية هذا المبدأ أيضاً، فأوجب قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني في المادتين ٧٦٩ و ٧٧٠ منه على المحكم أن يقوم تلقائياً بإعلام الخصوم في القضية التحكيمية بما يعتقد أنه قائماً في شخصه من أسباب ردّ هو أدري الناس بتوافرها^١. وقد كرّس المشرّع اللبناني هذا الموجب بالقول بأنه "إذا قام في شخص المحكم سبب للرد فعليه إعلام الخصوم به، وفي هذه الحالة لا يجوز له قبول المهمة إلا بموافقة هؤلاء الخصوم"^٢.

أما قانون الإجراءات المدنية الفرنسي فينصّ مثلاً على واجب المحكم بأن يصرّح عن كل سبب شخصي قد يؤدي إلى عزله^٣، وكذلك القانون السويسري المتعلق بالتحكيم الدولي، الذي يحثّ المحكم على الكشف عن أية ظروف قد تسير الشك باستقلاله^٤.

^١ مروان صقر، باب الاجتهادات العربية: الاجتهاد القضائي اللبناني، مجلة التحكيم العالمية ٢٠١٥، العدد الخامس والعشرون، ص. ٤٤٥.

^٢ أنظر: المادة ٧٦٩ من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني.

^٣ M. L. Smith, **Impartiality of the Party Appointed Arbitrator**, (1990), Vol. 6, No. 4. Arbitration International 320, 327.

^٤ G. R. Delaume., **New Swiss Arbitration Statute Emphasizes Party Autonomy and Restricts Judicial Review**, in The New Law on International Arbitration 21,31, Swiss Arbitration Association, Basle, 1990.

ويشمل موجب الإفصاح هذا جميع أعضاء هيئة التحكيم أي أن كل محكم في الهيئة، إن كان عضواً أو رئيساً، عليه أن يفصح عن كل حالة قد تثير الشك في استقلاله أو حياده تجاه أي من الفرقاء^١. وهذا أمر واضح وبديهي. إلا أن هذا الموجب يمتد ليشمل أيضاً علاقة أعضاء التحكيم بعضهم ببعض خاصة وأن هناك العديد من الحالات التي يشارك فيها المحكمون عينهم في عدة هيئات تحكيم دون إعلام رئيس الهيئة أو الأطراف^٢، ويصبح بالتالي موجب الإعلام متوجباً كونهم غالباً ما يقومون باختيار الرئيس.

ثانياً: موجب الإفصاح في أنظمة التحكيم

كرّست معظم قوانين وأنظمة التحكيم موجب الإفصاح كجزء لا يتجزأ من منظومة الاستقلال والحياد، فتنصّ المادة ١٢(١) من قواعد الأونسيترال (UNCITRAL) مثلاً، على أن:

“Any arbitrator may be challenged if circumstances exist that give rise to justifiable doubts as to the arbitrator’s impartiality or independence.”^٣

أي على وجوب المحكم بأن يكشف عن أية ظروف يُحتمل أن تؤدي إلى نشوء شكوك مبررة فيما يتعلق بحياده أو استقلاله. وقد ورد هذا النص عينه في نظام جمعية التحكيم الأمريكية (AAA)^٤.

أما نظام غرفة التجارة الدولية ICC، فلم يتطرق إلى موضوع "الشكوك المبررة" Justifiable Doubts، إنما فرض على المحكم أن يضع نفسه مكان الفرقاء وأن يصرّح بناء على ذلك بـ:

“... any facts or circumstances which might be of such a nature as to call into question the arbitrator’s independence in the eyes of the parties.”^١

^١ الدكتور جلال الأحذب، استقلالية المحكم الدولي وحياده، مجلة التحكيم العالمية ٢٠١٦، العدد الثلاثون، ص. ١٤٣.

^٢ المرجع السابق.

^٣ UNCITRAL Arbitration Rules (with new article 1, paragraph 4, as adopted in 2013)

^٤ AAA, Commercial Arbitration Rules and Mediation Procedures, (oct. 2013), Rule R-17. p.17.

أي أن يكشف عن "أية وقائع أو ظروف قد يكون من شأنها أن تُشكك في استقلاليته في نظر الفرقاء".

أما نظام محكمة لندن للتحكيم الدولي LCIA، فقد كان في الماضي يكرّس موجب الإفصاح بطريقة مختلفة عن كل ما سبق وأوردناه إذ أنه لم يكن يفرض على المحكم المحتمل أن يفصح مباشرة عن الحالات التي قد تؤثر على استقلاله وحياده، بل كان يلزمه بأن يقيم الوقائع والظروف التي قد تثير شكوكاً مبررة فيما يتعلق بحياده، ومن ثم إما أن يرفض أن يتم تعيينه أو أن يصرّح بأنه لا توجد أية ظروف ممكن أن تثير الشكوك فيه^١. لكن النظام الجديد للـ LCIA، أصبح ينصّ على موجب الإفصاح صراحة^٢، مقلّصاً السلطة الإستثنائية التي كانت معطاة للمحكم في قبول تعيينه أو رفضه. وهو برأينا أمر جيد لأنه يعطي المتنازعين سلطة الرقابة على إستقلال وحياد المحكم ويعزز ثقتهم بإجراءات التحكيم وبالقرار التحكيمي فيما بعد.

بعد عرضنا لهذه النصوص، ولكيفية تكريسها لموجب الإفصاح، يرى الباحث بأن النص الوارد في نظام الـ LCIA هو الأوضح والأدق والأشمل من بين النصوص الأخرى، إذ أنه لم يحصر توفّر الشك في استقلالية وحياد المحكم بوجهة نظر الفرقاء، كما فعل نظام الـ ICC، الذي نرى أنه أتى معقداً لهذه الجهة خاصة وأنه فرض على المحكم أن يضع نفسه مكان الفرقاء. ومن خلال نصّه على كفاية ورود هذا الشك في ذهن "أي من الفرقاء" (Any Party)، يكون نظام الـ LCIA قد سهّل مهمة المحكم في التصريح عن تلك الظروف وفقاً لوجهة نظر أشمل.

بالإضافة إلى ذلك، كرّس نظام الـ LCIA مبدأ الـ "الشكوك المبررة" (Justifiable Doubts – Doutes Légitimes) جاعلاً من معايير موجب الإفصاح أوضح وأكثر دقّة. فوجود أي ظرف، خاصة إن كان غير مؤثّر فعلياً في التحكيم، لا يكفي وحده للتشكيك في استقلالية المحكم وحياده، إذ أن هذا الظرف وفقاً

ICC Arbitration Rules (2017), Art. 11(2)

M. Scott Donahey, **The Independence And Neutrality Of Arbitrators**, Journal Of International Arbitration, Geneva, December 1992, Vol. 9 No. 4, p.36.

LCIA Arbitration Rules (2014), Art. 5.4 : "Before appointment by the LCIA Court, each arbitral candidate (...) shall sign a written declaration stating: (i) whether there are any circumstances currently known to the candidate which are likely to give rise in the mind of any party to any justifiable doubts as to his or her impartiality or independence and, if so, specifying in full such circumstances in the declaration".

للـ LCIA يقتضي أن يثير شكوكا لها ما يبررها في إجراءات التحكيم. وهو مبدأ ورد في نظام جمعية التحكيم الأمريكية AAA، لكن ليس في نظام غرفة التجارة الدولية. بالتالي، تكون قواعد الـ LCIA قد أتت أكثر دقة لهذه الجهة.

يتبين لنا أن النصوص القانونية أتت على ذكر مفهوم موجب الإفصاح بشكل سطحي وغير دقيق كونها لم تطرح أية معايير حسية تساعد الفرقاء على تقييم ما إذا كان المحكم يؤدي مهمته بشكل مستقل ومحايدي. لذلك، يقتضي البحث في طبيعة هذه المعايير من خلال عرض الخصائص المعتمدة في التطبيق العملي.

الفرع الثاني: موجب الإفصاح في التطبيق العملي

يطال موجب الإفصاح عن كل معلومة ممكن أن تؤثر على عدالة القرار التحكيمي¹، فما هي هذه المعلومات والوقائع المؤثرة؟ وما الذي يتوجب على المحكم الإفصاح عنه؟ للإجابة عن هذه التساؤلات، يقتضي البحث أولاً في المعايير الواردة في القوانين وثانياً في المعايير الصادرة عن الإجتهد.

أولاً: المعايير الواردة في نصوص غير ملزمة

في الحقيقة، ليس هناك من حالات محددة حصراً في النصوص القانونية، إنما هناك مجموعة من الإرشادات غير الملزمة أوردتها جمعية المحامين الدولية (IBA) عدت من خلالها خمس حالات حسية² يتوجب على المحكم الإفصاح عنها حين توفرها. يتم استخدام هذه المبادئ عملياً في معظم الأحيان، وتعتبر مصدراً غير رسمي في إجراءات التحكيم³، وهذه الحالات هي:

¹ See Generally Hausmaninger, **Rights and Obligations of the Arbitrator with Regard to the Parties and the Arbitral Institution – A Civil Law Viewpoint**, ICC International Court of Arbitration Bulletin Special Supplement (1995)36

² IBA Rules Of Ethics For International Arbitrators, Rule 4.2
³ Paris, 9 sept. 2014, *Al Gobain*, Rép. Gén. No 13/01333

- ١- وجود علاقة عمل (Business Relationship) سابقة أو حالية.
- ٢- نوع ومدة أي علاقة اجتماعية جوهرية (Substantial Social Relationship) مع أي شخص قد يكون شاهداً مهماً في عملية التحكيم.
- ٣- نوع أي علاقة سابقة مع محكم آخر.
- ٤- مدى معرفته المسبقة عن موضوع التحكيم.
- ٥- مدى تقيده التزامات قد تؤثر على توفّره للقيام بموجباته كمحكّم.

بناء على ذلك، يتبيّن لنا أن عوامل الإفصاح هي مبدئياً علاقات مهنيّة أو شخصيّة، سابقة أو حالية، قائمة بين المحكم وأحد أطراف النزاع أو كلاهما. فإذا قام المحكم بتقديم إستشارة لأحد الفرقاء، أو مثله في إحدى الدعاوى وإن كان منذ زمن بعيد لعملية التحكيم، تعتبر هذه الواقعة مؤثّرة، وبالتالي يتوجب الإفصاح عنها. وقد أدرجت الـ IBA هذه الأمثلة تحت ثلاث لوائح؛ حمراء تتضمن الحالات التي توجب عدم قبول مهمة المحكم، وبرتقالية تفرض الإفصاح عن الحالة المعينة دون ضرورة التنحي أو رفض المهمة، وخضراء تتضمن الحالات التي لا تستدعي الإفصاح عنها. وقد سبق وناقشنا هذه اللوائح بالتفصيل في المطلب الثاني من الفصل السابق.

وبما أن هذه الإرشادات التي طرحتها الـ IBA تلعب دوراً كبيراً ومهماً في تحديد الحالات التي لا يكون المحكم فيها متمتعاً بالاستقلالية والحياد، إلا أنها تبقى محدودة. مما دفع الإجتهد، من خلال البت في حالات جديدة لم يتطرق لها نظام الـ IBA أو أي نظام آخر، إلى إبراز معايير حديثة يقدر على أساسها حياد المحكم واستقلاله.

ثانياً: المعايير الصادرة عن الإجتهد

تكون شهرة القضية المعروضة أمام التحكيم ومدى إمكانية تأثيرها في حكم المحكم هي المعيار الأساسي في التقدير العملي لموجب الإفصاح^١. إلا أن هذا المعيار تتضاءل أهميته عندما تكون القضية غير مشهورة، وبالتالي يتوجب البحث في معايير أخرى كعدم التصريح أصلاً أو النقص في التصريح.

^١ CA Paris., 1^{er} ch., sect. C, 17 févr. 2005, RG n° 2003/22386: JurisData n° 2005-268395; Rev. arb. 2005. 709, note Henry.

غالبا ما يكون التصريح الناقص أو المطرّز "Perlé" ، كما عبّر البروفسور توماس كلاي (Thomas Clay)، هو الذي يوّلّد الشك في ذهن أحد الأطراف^١. في الواقع، إن الإمتناع عن التصريح غالبا ما يخلق شكوكا في نظر الطرف المتضرر، لهذا السبب يكون الكشف عن كل الروابط الموجودة بين المحكم وأحد الأطراف، أو أحد الزملاء المحكمين واجب على المحكم. فبممارسته لوظيفة قضائية، يتوجب على المحكم أن يكون مستقلا تجاه كل من الأطراف المحتكمين وكذلك تجاه باقي أعضاء الهيئة التحكيمية، بهدف ضمان استقلالية وعدالة قرار المحكم أو الهيئة التحكيمية.

سوف نذكر بعض الأمثلة الصادرة عن الإجتهد لنبيّن المعايير التي تبنتها المحاكم للبت في موضوع الإفصاح.

١/٢ - الإمتناع عن التصريح

في حال رفض المحكم أن يتقيد بموجب الإفصاح، قد تشهد إجراءات التحكيم نقصا في استقلاليته وحياده، ما يجعل المحكم غير جدير بهذه المهمة^٢. وبناء على هذا المبدأ، أبطلت محكمة إستئناف باريس، في قضية شركة نيكول^٣ Société Nykcool، قرارا تحكيميا لمجرّد أن المحكمين لم يقدّموا أي تصريح استقلالية، علما بأن قواعد التحكيم لم تكن تنص على ذلك.

إذا بادئ ذي بدء، على كل محكم أن يقدم تصريحا عن كل حالة أو معلومة قد تثير الشك في استقلاليته أو حياده بغض النظر عن وجود أو عدم وجود نص قانوني يلزمه بذلك.

CA Paris, pôle 1, ch.1, 10 mars 2011, RG n° 09/28537.

Th. Clay, **L'application perlée du règlement d'arbitrage pour la révélation des liens entre arbitre et conseil**, note sous Reims 2 nov. 2011, Paris Journal of International Arbitration 2011, p. 1109.

CA Paris, pôle 1, ch.1, 10 mars 2011, RG n° 09/21413.

CA Paris, 10 mars 2011, n° 09/28826, Nykcool AB

٢/٢ – وجود نقص في المعلومات المفصح عنها

إن شمول تصريح المحكم لمعلومات حقيقية وصادقة لا يعني مباشرة أن هذه المعلومات غير منقوصة ودقيقة، فقد يتمتع المحكم مثلاً، عن قصد أو غير قصد، عن بعض المعلومات التي قد تثير الشك في استقلاله.

في قضية تكنيمو على أفاكس (Tecnimot c/ Avax)، أبطلت محكمة إستئناف باريس، بتاريخ ١٢ شباط ٢٠٠٩، قراراً تحكيمياً صادراً عن غرفة التجارة الدولية ICC بسبب عدم إستقلالية رئيس هيئة التحكيم نظراً للعلاقة القائمة بين شركة تكنيمو ومكتب المحاماة الذي ينتمي إليه المحكم. فقد اعتبرت محكمة الإستئناف أن المحكم قد خالف موجب الإفصاح كون تصريحه لم يشمل المؤسسة التي ينتمي إليها والتي كانت على علاقة بالشركة بالرغم من جهل المحكم بوجود هذه الروابط. نقضت محكمة التمييز^١ هذا القرار وأحيلت القضية لبثها من جديد أمام محكمة إستئناف ريمس (Reims)، التي وضعت رسمياً على عاتق المحكمين موجب الإفصاح الذي يشمل إلى جانب علاقاتهم الشخصية، علاقات المكتب الذي ينتمون إليه مهما كانت طبيعة الرابط الذي يجمعهم به، علماً أن السؤال لم يعد ما إذا كانت الوقائع غير المعلنة تؤثر على إستقلالية المحكم أم لا بل ما إذا كانت قد أثرت في الوقت المناسب^٢.

يمكننا القول إذاً، بناء على هذا الإجتهد، أن النقص في المعلومات التي يصرح عنها المحكم قد يكون سبباً لإثارة الشك في حياده واستقلاله، وبالتالي فإن الإلتزام بموجب التصريح وحده لا يكفي إنما العبرة هي للتصريح الشامل والدقيق والذي يتم في الوقت الملائم.

وبناء على التوصيات الصادرة عن الـ IBA والأمثلة عن الأحكام الصادرة عن الإجتهد، نعبر عن موجب الإفصاح بكلمات الأستاذ ألكساندر دجوب (Alexandre JOB) قائلين الآتي:

١ Arrêt n° 758 du 25 juin 2014 (11-26.529) - Cour de cassation - Première chambre civile -

ECLI:FR:CCASS:2014:C100758

٢ Th. Clay, **L'application perlée du règlement d'arbitrage pour la révélation des liens entre arbitre et conseil**, op.cit, p. 1109.

« L'excès de prudence est un pêché véniel sans conséquence.

L'inverse, lui, ne l'est pas¹. »

أي ما تعريبه أن " الحذر المفرط (فيما يتعلّق بموجب الإفصاح خلال إجراءات التحكيم) هو خطيئة طفيفة دون نتيجة. أما العكس فغير صحيح ". بالتالي، ننصح كل محكم محتمل أن يقوم بالتصريح عن كلّ تفصيل متعلّق بالقضية المعروضة أمام هيئة التحكيم المنتمي إليها مهما بلغت جدية هذا التفصيل أو بساطته، وذلك حفاظاً على دوره كمحكم في النزاع وعلى إمكانية تنفيذ قراره التحكيمي.

المطلب الثاني: الآثار القانونية لموجب الإفصاح

بعد أن أوضحنا في المطلب الأول ماهية موجب الإفصاح وكيفية تطبيقه عملياً، نطرح السؤال الآتي: ما هي المدة التي يبقى المحكم خلالها مقيداً بهذا الموجب، وما هي النتائج التي تترتب في حال امتناعه عن الإلتزام به؟

للإجابة عن هذه التساؤلات، سوف نبحث في فرع أول متى تبدأ ومتى تنتهي المدة التي يبقى المحكم خلالها ملزماً بالتقيد بموجب الإفصاح، ثم سوف نعرض في فرع ثانٍ المفاعيل القانونية التي تنتج عن إخلال المحكم بموجب الإفصاح خلال هذه المدة المحددة.

الفرع الأول : مدة التقيد بموجب الإفصاح

ينشأ موجب المحكم بالإفصاح عندما يطلب الفرعاء تعيين المحكم المحتمل ويستمر حتى انتهاء العملية التحكيمية، أما الوقائع والظروف التي قد تنشأ في مرحلة لاحقة لتعيينه، فعليه أن يصرّح عنها بمجرد أن يصبح على علم بها.

Alexandre Job, **Attente Des Entreprises En Matiere D'arbitrage**, Association Francaise d'Arbitrage, Colloque Annuel, Paris, 2012.

وقد اعتبرت محكمة استئناف باريس أن المحكم المحايد الذي لم يفصح عن وجود وقائع وظروف تثير الشك في حياده واستقلاله بسبب جهله لتوفر هكذا ظروف، هي حجة غير مقبولة وبالتالي أن موجب الإفصاح هو موجب متماد في الزمان (Obligation Permanente)، يلزم المحكم أن يكون على اطلاع دائم على كل ظرف قد يؤثر في حياده في أي مرحلة من مراحل المحاكمة^١.

الفرع الثاني : المفاعيل القانونية لعدم التقيد بموجب الإفصاح خلال هذه المدة

إن جزءا من عدم التقيد بموجب الإفصاح تختلف باختلاف المرحلة التي تم خلالها اكتشاف الظروف التي تثير الشك باستقلال أو حياد المحكم. فإما أن يظهر عدم التقيد بهذا الموجب قبل صدور القرار التحكيمي (أولاً) أو أن يظهر بعد صدور هذا القرار (ثانياً).

أولاً: المفاعيل القانونية لعدم التقيد بموجب الإفصاح قبل صدور القرار التحكيمي

في حال تم اكتشاف ظروف تثير الشك باستقلال أو حياد المحكم قبل صدور القرار التحكيمي، يحق لأي فريق طلب ردّ هذا المحكم على أن يقدم طلب الردّ خلال مهلة معينة إما من تاريخ تبلغه تسمية المحكم أو من تاريخ علمه بالظروف المشككة بالمحكم المسمى من غيره^٢. بالتالي، إذا لم يتقدم طالب الرد بطلبه خلال المهلة المعينة يعتبر هذا الأخير متنازلاً عن حقه في رد المحكم^٣.

ثانياً: المفاعيل القانونية لعدم التقيد بموجب الإفصاح بعد صدور القرار التحكيمي

في حال تم اكتشاف ظروف تثير الشك باستقلال أو حياد المحكم بعد صدور القرار التحكيمي، يبطل هذا القرار مع إمكانية الأخذ بمسؤولية المحكم شبه الجرمية. وفي حين أجمع الإجتهد على أن سبب البطلان

^١ معن بو صابر، المرجع السابق، ص. ٩٩ in Appel Paris, 1ere Ch, C, 17 fév. 2005, Rev. Arb. 2005, p.709, s. أنظر أيضاً: محكمة استئناف القاهرة، الدائرة السابعة التجارية، جلسة ٦ يناير ٢٠١٦ المنشورة في مجلة التحكيم العلمية، العدد الثلاثون، نيسان ٢٠١٦ ص. ٤٥٨؛ "وحيث أن اطلاع الجهة المستأنفة بالذات بالوكالة أو حتى اطلاع المورثين على الوقائع والظروف والملابسات المعروضة أعلاه يكفي لاعتبار أن السكوت عنها يشكل تنازلاً عن التذرع بسبب الرد".

^٢ معن بو صابر، م.س.ذ.ص. ١٠١.

^٣ مجلة التحكيم العالمية، العدد ٢٤، ص. ٨١٧ in Cass.civ.1m 25 juin 2014, pourvoi n° 26529-11, in

هو عدم قانونية (illégalité) تعيين المحكم أو تشكيل الهيئة التحكيمية بشكل مخالف للقانون (Constitution irrégulière du tribunal arbitral)، إلا أن البعض يخالف هذا الرأي باعتباره أن سبب البطلان هو مخالفة القرار التحكيمي للنظام العام كون المسألة تمس جوهر التحكيم وليس إجراءاته^١.

في رأينا، إن الرأي الذي يكرّسه الإجتهد هو الأصحّ، فإن القرار التحكيمي لا يتضمّن مخالفة بحد ذاته إنما المشكلة تكمن في تشكيل هيئة تحكيمية مستقلة ومحايدة، والمشكلة الأكبر تكمن في عدم تقييد المحكم المعني بموجب الإفصاح.

تجدر الإشارة هنا إلى أنّ مجرد الإخلال بموجب الإفصاح لا يؤدي بحد ذاته إلى بطلان القرار التحكيمي حيث يبقى على قاضي الإبطال تحديد مدى تشكيل هذا الإخلال قرينة على عدم الإستقلالية أو الحياد^٢.

^١ معن بو صابر، م.س.ذ.ص. ١٠١.

القسم الثاني: الوسائل الضامنة لهذه الموجبات

لقد تحدثنا في القسم الأول من هذه الرسالة عن موجب المحكم بالالتزام بمبادئ الاستقلال والحياد وبموجبه بالإفصاح عن أيّ حالة أو ظرف قد يثير الشك في استقلاله أو حياده. وقد بيّنا أيضاً أنه على المحكم أن يتقيّد بهذه الشروط طوال مدّة التحكيم، أي منذ تسميته وحتى صدور القرار التحكيمي، وذلك ضماناً لمبادئ العدالة والإنصاف.

ومن أجل التأكّد من التزام المحكمّ بموجبي الاستقلال والحياد، تنصّ معظم قواعد وقوانين التحكيم على وسائل ضامنة لهذه الموجبات والتي إمّا تطلّ المحكم مباشرة (الفصل الأول) أو تطلّ القرار التحكيمي الصادر عنه (الفصل الثاني) في حال إخلاله بأحدها.

الفصل الأول: الوسائل التي تطال شخص المحكم وحدودها

سوف نبحث في هذا الفصل الأول الطعن بتسمية المحكم كوسيلة تطال شخص المحكم مباشرة في حال إخلاله بموجباته القانونية أي الإستقلال والحياد (المبحث الأول) كما سنعرض الحدود المفروضة على هذه الوسيلة (المبحث الثاني)

المبحث الأول: الطعن بتسمية المحكم

يتم الطعن بتسمية المحكم (Challenge of Arbitrator) إما من خلال منع تعيينه أو رده (المطلب الأول) أما أسباب الطعن (المطلب الثاني) فتختلف باختلاف قواعد التحكيم المطبقة.

المطلب الأول: منع تعيين المحكم ورده

قبل صدور القرار التحكيمي، يكون الحل المبدئي لإخلال المحكم بموجباته المتعلقة بالاستقلال والحياد هو منع تعيينه (الفرع الأول) في حال لم تتم تسميته بعد، أما في حال كان قد تم تعيينه بالفعل يكون ردّ المحكم هو الحل المعتمد (الفرع الثاني).

الفرع الأول: منع تعيين المحكم

في حال كان الأطراف على علم بالظروف التي تثير الشك في استقلال وحياد المحكم قبل صدور القرار التحكيمي وقبل تسميته، يكون الحل المعتمد هو منع تعيين هذا المحكم، وهو حل وقائي يضمن صدور قرار تحكيمي عادل. ومنع التعيين هذا يمكن أن يتم إما من قبل الفرقاء، أو من قبل المؤسسة التحكيمية، أو من قبل المحكم نفسه.

سبق وبيّنا، فيما يتعلق بطريقة تعيين المحكم، أن هذا الأخير وإن تمت تسميته من قبل فريق واحد إلا أن تعيينه لا يمكن أن يتم إلا في حال موافقة الطرفين عليه^١. بالتالي، يؤدي رفض أحد الطرفين، إلى منع أو رفض تعيين هذا المحكم المحتمل. لذلك يستحسن أن تكون الأسماء التي يقترحها كل فريق منطقية ومقبولة بالنسبة للنزاع المعروض، على ألا يتجه كل منهما إلى رفض اقتراح الآخر مباشرة.

وتختلف إجراءات منع التعيين باختلاف نوع التحكيم الذي يكون قد سبق ولجأ إليه الفرقاء، أي وفقاً لكون النزاع معروضاً أمام تحكيم خاص أو تحكيم مؤسسي. ففي حالة التحكيم الخاص، يتوجب على الفرقاء رفض تسمية المحكم الذي أثير الشك حول استقلاله وحياده^٢. أما في التحكيم المؤسسي، فاعتراض الفرقاء على تسمية المحكم ليس إلزامياً، كما في حالة التحكيم الخاص، حيث في حال تبين أن هناك ظروف مثيرة للشك يحق للمركز أن يمتنع من تلقاء نفسه عن تسميته^٣. إلا أن اعتراض الفرقاء يبقى بالطبع مقبولاً.

أما بالنسبة لرفض التعيين من قبل المحكم نفسه (Auto-Récusation)، فهناك تأكيد على وجود هذا الموجب من قبل محكمة استئناف فرساي في قضية كان المحكم فيها محام سابق لأحد الفرقاء^٤. إذ نستنتج من هذه القضية أن مجرد قبول المحكم لمهامه يعني أن هذا الأخير لا يرى أي سبب لرفض تعيينه، وبالتالي يتوجب على المحكم أن يرفض المهمة في كل مرة يشعر فيها أنه لن يتمكن من إتمام هذه المهمة بكل استقلال وحياد.

الفرع الثاني: ردّ المحكم Récusation de l'Arbitre

قبل صدور القرار التحكيمي، وبعد أن يكون تم تعيين المحكم، يكون ردّ المحكم هو الحل القانوني المعتمد في حال أخلّ هذا الأخير بموجباته، خاصة فيما يتعلق بموجباته ذات الطبيعة القضائية

^١ A.A de Fina, *The Party Appointed Arbitrator in International Arbitration. Role and Selection*, Arb. Interm., vol.15 n°4, 1999.381, spec. p.382-383.

^٢ الدكتور جلال الأحذب، م.س.ذ. ص. ١٥٩.

^٣ ICC Arbitration Rules, 2017, Article 14(3).

^٤ Versailles 14 nov. 1996 (Sté Scintelle), Rev. Arb. 1997.361 (2^e esp.), note A. Hory.

(Obligation of a Judicial nature)^١، كالإستقلال والحياد والإفصاح عن كل ما يثير الشك بانتفاء وجود أحدهما أو كلاهما معاً. فبعكس ما هو الحال في "منع التعيين" الذي يحول دون تعيين محكم غير مستقل وغير محايد، يتم "رد المحكم" بعد أن يكون هذا الأخير قد امتنع بالفعل عن الإلتزام بموجباته، حيث يصبح الهدف من خلال رده أو لاً معاقبته وثانياً حماية القرار التحكيمي من أي انحياز^٢ :

"s'il est vrai que la récusation empêche l'arbitre partial de rendre une sentence et que, de ce point de vue, l'ordre juridique est effectivement préservé, il reste que l'exigence d'indépendance est violée ».

وتكون طريقة الطعن بتسمية المحكم أو طلب ردهً أمراً متروكاً للفرقاء، إلا أنّ اتفاق الأطراف على طريقة الطعن هو أمر نادر جداً. لذلك، تترك إجراءات الطعن لقواعد وقوانين التحكيم، إذ تنص الفقرة ٣ من المادة ١٤٥٦ من قانون المرافعات المدنية الفرنسي وكذلك المادة ٧٧٠ من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني مثلاً على أنه في إطار التحكيم الحر (ad hoc)، يعود اختصاص البت بطلب الرد للشخص المعني بتنظيم التحكيم بينما في التحكيم المؤسسي يعود الإختصاص لمركز التحكيم. أما في حال كنا في إطار تحكيم أمام مركز تسوية منازعات الإستثمار (ICSID)، فهناك إجراء خاص حيث يعود إلى هيئة التحكيم نفسها أن تفصل في مسألة غياب استقلالية وحياد المحكم المطلوب ردهً على أن تحال القضية أمام رئيس المجلس الإداري للمركز في حال لم تتوصل الهيئة إلى أي نتيجة^٣.

وفي التحكيم المؤسسي مثلاً، تكون الإجراءات المعتمدة عادة هي تقديم طعن يتضمن الأسباب التي تبرر طلب رد المحكم، يقدم هذا الطعن إلى مؤسسة التحكيم المعنية التي يكون عليها كما على الفريق الآخر التعليق على هذا الطلب وإبداء رأيهم خلال مهلة محددة. وفي حال أتى الجواب معارضا، أي في حال عدم توافق الفرقاء على رد المحكم، أو إذا لم يعتزل المحكم مهمته من تلقاء نفسه، يكون على المؤسسة أن تتخذ

^١ Julian D. M. Lew, Loukas A. Mistelis, Stefan Kröll; **Comparative International Commercial Arbitration**, op.cit., p.287.

^٢ Thomas Clay, **L'arbitre**, op.cit., p.359.

^٣ المواد ٩ و١٥ من نظام الإكسيد.

الإجراءات المناسبة في هذا السياق^١. في حال قررت المؤسسة قبول الطعن، يتم ردّ المحكم المعني ويكون قرارها هذا نهائياً. أما في حال ردّها للطعن، فتختلف النتيجة باختلاف قانون التحكيم المطبق؛ فبعض القوانين تنصّ مثلاً على حق الفريق الذي يُردّ طلبه برّد المحكم بمتابعة طعنه هذا أمام المحاكم^٢ وذلك خلال السير بإجراءات التحكيم:

“If a challenge under any procedure agreed upon by the parties or under the procedure of paragraph (2) of this article is not successful, the challenging party may request, within thirty days after having received notice of the decision rejecting the challenge, the court or other authority specified in article 6 to decide on the challenge, which decision shall be subject to no appeal; while such a request is pending, the arbitral tribunal, including the challenged arbitrator, may continue the arbitral proceedings and make an award.”

أما بالنسبة لمفاعيل طلب الرد على إجراءات التحكيم، لا يؤدي هذا الطلب إلى انقطاع أو تعليق الدعوى التحكيمية حيث يحق لهيئة التحكيم استكمال مهمتها إلى حين البتّ بالطلب، إلا إذا قرر الأطراف تعليق الدعوى^٣. ويجوز تقديم طلب الرد مبدئياً في أي مرحلة من مراحل المحاكمة^٤.

في ختام هذا المطلب الأول، وإذا ما أردنا المقارنة ما بين رفض تعيين المحكم أو رده كوسائل تحول دون حصول إجراءات التحكيم أمام محكم أو هيئة تحكيمية لا تتمتع بمبادئ الإستقلال والحياد، يرى الباحث أن الحل الأول هو الأمتل. فرفض التعيين، كونه يحصل في مرحلة متقدمة جداً من المحاكمة يكون بطبيعته وقائي (préventif) إذ يضع حداً للتحيز حتى قبل حصوله. في حين أن رد المحكم يأتي كحل علاجي (curatif)، يكون الهدف من اللجوء إليه إصلاح الخلل الذي يكون قد وقع بالفعل. بالتالي، ننصح المحكّمين

ICC Rules Article 14; AAA Commercial Arbitration Rule, R-18
UNCITRAL Model Law Article 13(3)

^١ أنظر مثلاً:

^٢ المادة ١٤٩٢(٢) من قانون المرافعات المدنية الفرنسي.

Thomas Clay, *L'arbitre*, op.cit., p.361.

بالتنبه إلى الظروف التي قد تثير شكوكا باستقلالية المحكم أو بحياده قبل أن يتم تعيينه، تفاديا للمرور بإجراءات الرّد وتوفيرا للوقت والمصاريف.

المطلب الثاني : أسباب الطعن

من أبرز الأسباب التي تؤدي إلى الطعن بتسمية المحكم هي انتفاء مبدأي الاستقلال والحياد في شخص المحكم (الفرع الأول) علما بأن معيار تقدير وجود هذا السبب (الفرع الثاني) يختلف من نظام قضائي إلى آخر.

الفرع الأول: انتفاء الإستقلال والحياد كسبب للطعن

بما أن كل شخص يقدر توافر مبدأي الإستقلال والحياد بطريقته الخاصة، ازداد عدد الأسباب المؤدية إلى الطعن بتسمية المحكم. فالفرقاء كانوا ولا زالوا يرون بطريقة غير موضوعية الحالات التي ينتفي تقيد المحكم فيها بموجبي الاستقلال والحياد، حيث ينظر كل منهم الى الموضوع بطريقة مختلفة ووفقا لقناعاته الشخصية ولنوع النزاع المعروض أمام التحكيم. أضف إلى ذلك أن القوانين المطبقة لم تعط مواصفات محددة على سبيل الحصر فيما يخص توفّر هذين المبدأين في المحكم أو انتفائهما.

وبما أن الطعن بتسمية المحكم يؤدي إلى تأخير في إجراءات التحكيم، أخذ عدد الطعون التي يتم قبولها ينحصر خاصة في التحكيم المؤسسي حيث يتم التدقيق (Scrutinisation) بمواصفات المحكم قبل أن يتم تعيينه بشكل نهائي. ففي حالة ال- ICC مثلا، لم يتم قبول إلا ١٠% من الطعون التي قدمت^١.

وعلماً بأن معظم قواعد وقوانين التحكيم تنصّ على أن انتفاء المواصفات المتفق عليها من قبل الفرقاء، فيما يتعلق بالمحكم، هي أهم الأسباب المبررة للطعن بتسمية هذا المحكم، خاصة وأنه يمكنهم الإتفاق على أية مواصفات يرون أنها تتناسب وحالتهم. إلا أن عدم تقيد المحكم بمبدأي الإستقلال والحياد يبقى هو السبب الأساسي والأهم الذي يبرر السير في إجراءات الطعن. وعليه، فكل القوانين لا تنص، كما فعل ال- UNCITRAL Model Law^٢، على أن عدم توفّر هذين المبدأين هو سبب مبرر للطعن. ففي سويسرا

Calvo, *The Challenge of ICC Arbitrators*, 15(4) J Int'l Arb 63 (1998) 71.
Model Law Article 12(2).

مثلاً ، وبالرغم من قبول الإجتهد "العدم توفر الحياد" كسبب للطعن، لم يكرس القانون السويسري إلا "انتفاء الإستقلال" كمبرر للطعن بتعيين المحكم^١. بالمقابل، لم يكرس القانون الإنكليزي الخاص بالتحكيم (English Arbitration Act) إلا "انتفاء الحياد" كسبب مقبول للطعن^٢. أما القانون اللبناني، فربط أسباب رد المحكم بأسباب رد القضاة حين نص في المادة ٧٧٠ من قانون أصول المحاكمات المدنية على أنه "يطلب الرد لأسباب ذاتها التي يردّ بها القاضي" كالمصالح الشخصية والعلاقات العائلية مثلاً.

أما نظام الـ ICC، فكان ينصّ قبل التعديل على أنه يمكن الطعن بتعيين المحكم:

" whether for lack of independence or otherwise"^٣

أي "في حال إنتفاء الإستقلال أو غيره من الأسباب". ونعتبر أن كلمة "غيره" هنا تشكل خطراً على إجراءات الطعن كون عدم دقة هذا النص تعطي لهيئة التحكيم سلطة استئنائية واسعة في قبول سبب الطعن. إلا أن النص الجديد لهذا النظام قد ورد في المادة ١٤ (١) منه ما حرفيته:

“A challenge of an arbitrator, whether for an alleged lack of impartiality or independence, or otherwise (...)”

أي أن الطعن يكون ممكناً "في حال انتفاء الاستقلال أو الحياد أو غيرهما من الأسباب".

يتبيّن لنا أن النصّ المعدّل قد أضاف انتفاء مبدأ الحياد صراحة كتبرير مقبول للطعن بتعيين المحكم إلى جانب انتفاء الاستقلال، وهو أمر جيّد كون معظم قوانين التحكيم تنصّ على المبدأين كموجبات إلزامية على المحكم. إلا هذه المادة أبقت على كلمة "غيره" أي أن المشرع أصر على إعطاء هيئة التحكيم في الـ ICC سلطتها الاستئنائية الواسعة جداً في قبول أسباب الطعون في شخص المحكم. ومن ضمن الأسباب الأخرى التي قبلت بها هذه الهيئة، نذكر بالطبع عدم التقيد بموجب الإفصاح وسوء سلوك المحكم خلال جلسات التحكيم^٤.

Julian D. M. Lew, Loukas A. Mistelis, Stefan Kröll; **Comparative International Commercial Arbitration**, op.cit., p.304.

^٢ المرجع السابق.

^٣ المرجع السابق.

^٤

Calvo, **The Challenge of ICC Arbitrators**, op.,cit.

الفرع الثاني: المعيار المعتمد لتقدير انتفاء الإستقلال والحياد

يتبين لنا من الفقرة السابقة أن معظم قوانين التحكيم تأخذ بشكل أو بآخر بانتفاء الاستقلالية والحياد عند المحكم كأسباب مقبولة للطعن بتعيينه. وبما أن الحياد هو موجب غير موضوعي، وبما أن الإستقلال والحياد كلاهما غير محدد المواصفات، فمن المنطقي أن يكون انتفاء وجود أي منهما هو أيضا غير موضوعي وذو مواصفات غامضة. لذلك، نرى أن مختلف الأنظمة القضائية تطبق معايير مختلفة لتقدير ما إذا كان هذان الموجبان أو أحدهما غير محقق.

في الحقيقة، تعتمد معظم الدول معيار الشك المبرر "Justifiable doubt" ^١ حيث يكفي أن يكون هناك شكاً مقنعاً باستقلال المحكم أو حياده حتى يتمكن الطرف المرتاب من الطعن بالتعيين. أما بعض الدول الأخرى، فتلجأ إلى معيار مختلف وأكثر صرامة هو كون انتفاء الاستقلال أو الحياد يشكل خطراً حقيقياً "Real Danger" على إجراءات التحكيم وهو معيار أوجده اللورد جوف (Lord Goff) عام ١٩٩٣ ^٢.

بالنسبة لمعيار الشك المبرر، فقد تم تحديد شروطه من خلال قرار صادر عام ١٩٩٥ عن سلطة التعيين (Appointing Authority) التي رشحها الأمين العام لمحكمة التحكيم الدائمة (Permanent Court of Arbitration) في نزاع خاضع لنظام الـ UNCITRAL حيث ورد في معرض القرار ^٣ ما حرفيته:

"In sum the test to be applied is that the doubts existing on the part of the claimant here must be 'justifiable' on some objective basis. Are they reasonable doubts as tested by the standard of a fair minded, rational, objective observer?"

^١ Slaughter and May, **How to Challenge an Arbitrator's Independence and Impartiality**, PLC Cross-Border , Arbitration Handbook, May 2008.

^٢ **Regina v. Gough** case, Court of Appeal 646, 670, per Lord Goff [1993]

^٣ Challenge decision of 11 January 1995, XXII 227, paragraph 17 (1997)

أي أن "الإختبار الواجب تطبيقه، لمعرفة ما إذا كانت أسباب الشك مبررة، يعتمد على "إمكانية تبرير" هذه الشكوك التي يثيرها الطاعن بناء لمعيار موضوعي. بمعنى آخر، إذا اتخذنا شخصاً عادياً كمراقب عادل، عقلاني وموضوعي، وطلبنا منه تقدير أسباب الشك المعروضة، هل سنكون أمام شكوك معقولة؟"

إذا كانت الإجابة نعم بالنسبة للشخص الذي اتخذناه كمعيار، إذاً تكون أسباب الطعن مقبولة. أما إذا أجاب مراقبنا الموضوعي بالنفي، نكون إذاً أمام أسباب غير مبررة ويردّ الطعن بتعيين المحكم.

يتبين لنا في الوهلة الأولى أنّ هذا الإختبار ليس فقط سهلاً، بل هو أيضاً فعال كونه يعتمد على معايير موضوعية. إلا أنه كوننا نتخذ شخصاً عادياً، عادلاً وعقلانياً كمراقب نكون في الحقيقة أمام معيار بنفسه غير موضوعي كون الشخص الذي يراه البعض عقلاني وعادل، قد يكون في نظر شخص آخر غير مطابق لهذه المواصفات. بالتالي، فإن هذا الإختبار يعطي للقاضي المقرر في الطعن سلطة إستثنائية واسعة في تحديد ما إذا كانت أسباب الطعن معقولة ومبررة.

أما بالنسبة للدول التي تستند إلى معيار "الخطر الحقيقي":

“... the court should ask itself whether (...) there was *real danger of bias* on the part of the relevant member of the tribunal in question, in the sense that he might unfairly regard (or have unfairly regarded) with favor, or disfavor the case of the party to the issue under consideration by him.”¹

أي أن "المحكمة عليها أن تسأل نفسها عما إذا كان هناك من خطر حقيقي نتيجة التحيز من قبل عضو الهيئة المعنية، بمعنى أن هذا الأخير قد ينظر بشكل غير عادل (أو قد يكون سبق ونظر بشكل غير عادل) لصالح، أو خلاف مصلحة قضية الطرف المعني بالمسألة قيد النظر".

¹ AT&T Corporation and another v. Saudi cable, [2000] 2 Lloyd's Rep 127, 135.

بالمقارنة مع اختبار "الشك المبرر" نلاحظ أن معيار "الخطر الحقيقي" هو أكثر موضوعية وأكثر دقة، كما أنه يحد من سلطة المحكمة الاستئنائية في ما يخصّ تقدير وتقييم أسباب الطعن التي يقدمها الفريق الذي ينتابه الشك بالنسبة لاستقلال وحياد المحكم. وتأكيداً على ذلك، بالرغم من أن قانون التحكيم الإنكليزي يكرّس مبدأ "الشك المبرر"^١، إلا أن الاجتهاد فضّل الاستناد إلى معيار الخطر الحقيقي^٢.

وبعيداً عن اختبَارِي الشك المبرر والخطر الحقيقي، وفي إطار طلبات الرد المقدمة أمام محكمة تحكيم غرفة التجارة الدولية (ICC)، فإن المعيار المعتمد هو وجود ظروف واقعية دقيقة جداً. نعرض مثلاً حالة معينة حيث أثار أحد الفرقاء واقعة أن المحكم كان نائماً خلال بعض فترات جلسة المرافعة مما يدل عن عدم اهتمامه بما يتم مناقشته خلال هذه الفترة وهي إشارة من إشارات عدم الحياد^٣.

المبحث الثاني : الحدود المتعلقة بحق الطعن

أعطت قواعد وقوانين التحكيم الفرقاء حق الطعن بتعيين المحكم في حال عدم تقيد هذا الأخير بموجبات الإستقلال والحياد الملقاة على عاتقه، إلا أن هذا الحق لم يأت مطلقاً ودون أيّ حدود.

فعدا عن أن الفرقاء لا يحق لهم العدول مسبقاً عن حقهم بالطعن بالمحكم الذي لا يتمتع بالإستقلال والحياد (المطلب الأول)، يبقى هؤلاء ملزمون بمهل معينة للطعن (المطلب الثاني).

^١ English Arbitration Act, Article 24(1)(a): "A party to arbitral proceedings may (upon notice to the other parties, to the arbitrator concerned and to any other arbitrator) apply to the court to remove an arbitrator on any of the following grounds: that circumstances exist that give rise to **justifiable doubts** as to his impartiality (...)"

^٢ **Laker Airways v. FLS Aerospace** [1999] 2 Lloyd's Rep 45.

^٣ الدكتور جلال الأحمد، م.س.ذ. ص. ١٥٨.

المطلب الأول : عدم جواز العدول عن ممارسة الحق بالطعن

إن الأهمية المتعلقة باستقلال وحياد المحكم تشير إلى أن الفرقاء لا يجوز لهم التنازل عن حقهم بالطعن بتسمية المحكم الذي لا تتوفر فيه هذه الشروط. بالتالي فإن أي اتفاق يتضمن هكذا تنازل يكون مخالفاً للنظام العام. ففي ٢٥ حزيران ٢٠١٤ ألغت المحكمة العليا في فرنسا قرار محكمة الاستئناف في محكمة ريمس، حيث قضت بما يلي:

« La partie qui, en connaissance de cause, s'abstient d'exercer, dans le délai prévu par le règlement d'arbitrage applicable, son droit de récusation, en se fondant sur toute circonstance de nature à mettre en cause l'indépendance ou l'impartialité d'un arbitre, est réputée avoir renoncé à s'en prévaloir devant le juge de l'annulation. »^١

أي ما تعريبه أن "الطرف الذي يمتنع عن علم وقصد عن الطعن بأحد المحكمين لتوفر ظروف تتعلق بعدم تمتّعه بالاستقلالية أو الحياد، في غضون المهلة الزمنية المنصوص عليها في قواعد التحكيم المعمول بها، يعتبر أنه قد عدل عن ممارسة حقه في الاحتجاج بهذه الظروف أمام قاضي الإبطال".

بالتالي، وفي حين أن قرار المحكمة العليا يعتبر أن الحق في الطعن في تعيين المحكم يعتبر مُتنازلاً عنه في حال تمت ممارسته بطريقة غير موثوقة، إلا أنه لا يسمح بالعدول مسبقاً عن إثارة حالات تضارب المصالح التي بموجبها يتوافق الأطراف على عدم التذرع بقضايا الاستقلال والحياد إذ ويشكل استقلال المحكمين وحيادهم جوهر العدالة التحكيمية نفسها ولا يمكن التنازل عنهما لأي سبب من الأسباب^٢.

المطلب الثاني : الحدود المتعلقة بالمهل

تنصّ معظم قوانين وقواعد التحكيم على أن حق الفرقاء بالطعن بتسمية المحكم محدد بمهلٍ قصيرة وصارمة. فالقانون الفرنسي مثلاً ينصّ على مهلة شهر، أما في القانون اللبناني فالمهلة ١٥ يوماً فقط ابتداءً

Cour de cassation, Chambre civile 1, 25 juin 2014, 11-26.529, Publié au bulletin
Elie Kleiman, **Challenges of arbitrators: clarification on timeframe and standard of review**,
International Law Office, Dec. 2014

من الإفصاح أو اكتشاف الواقع موضوع النزاع. ويحصر نظام الـ ICC^١ مثلاً هذه المهلة بثلاثين يوماً، بينما ينصّ نظامي الـ UNCITRAL^٢ والـ AAA^٣ على مهلة خمسة عشر يوماً تبدأ من تاريخ العلم بالوقائع التي من شأنها إثارة الشك باستقلال وحياد المحكم.

بالتالي، على الفرقاء ممارسة حقهم هذا فوراً إذ لا يحق لهم بأن ينتظروا حتى تصبّ مجريات التحكيم في غير مصلحتهم حتى يلجأوا إلى الطعن بتسمية المحكم^٤. لأنه وإن كان النص لم يحدد العقوبة المرتبطة بعدم احترام هذه المهلة، إلا أنها تبقى مهلة إسقاط تجعل طلب الرّد المتأخّر غير مقبول^٥.

تقتضي الإشارة في هذه المرحلة إلى أهمية التاريخ الذي يعلم به الفرقاء بالوقائع أو الظروف المثيرة للشك باستقلال وحياد المحكم. فإذا لم يحصل العلم إلا بعد التعيين، يكون لهم الحق بالطعن فوراً حيث أن العدول المسبق عن هذا الحق يكون منافياً للنظام العام كما سبق وبيننا. أما في حال ظهور هذه الأمور قبل التعيين، وفي حال لم يثرها أي من الفرقاء نصبح أمام حالة رضوخ لهذا الواقع. وتأكيداً على هذا المبدأ، نبرز نص الفقرة الثانية من المادة ١٢ من القانون النموذجي للـ UNCITRAL :

"An arbitrator may be challenged only if circumstances exist that give rise to justifiable doubts as to his impartiality or independence, or if he does not possess qualifications agreed to by the parties. A party may challenge an arbitrator appointed by him, or in whose appointment he has participated, only for reasons of which he becomes aware after the appointment has been made.

وقد عمدنا على إبراز هذا السطر الأخير من الفقرة تشديداً على كلمة "after" التي تؤكد على أن إمكانية الطعن بتسمية المحكم تكون محصورة فقط بالأمور التي تظهر بعد فعل التعيين وقبل صدور القرار

ICC Arbitration Rules, Rule 14(2)

UNCITRAL Rules Article 13(1)

AAA ICDR Rules Article 14(1)

Julian D. M. Lew, Loukas A. Mistelis, Stefan Kröll; **Comparative International Commercial Arbitration**, op.cit., p.308.

Jarosson, Ch., Pellerin, J., **Le Droit Français de l'Arbitrage Après le décret du 13 janvier 2011**, Rev. Arb. 2011, p.5.

التحكيمي. وقد ورد تعبير مماثل في القانون اللبناني حيث نصت المادة ٧٧٠ على أنه "لا يجوز رد المحكمين عن الحكم، إلا لأسباب تحدث أو تظهر بعد تعيينهم".

وهذا ما جاء في قرار صادر عن محكمة الاستئناف في القاهرة^١ على أن "عدم الاعتراض على تعيين المحكم الفرد طول مدة إجراءات التحكيم، حتى صدور الحكم فيه، يعد نزولاً عن الحق في الاعتراض، طبقاً لنص المادة الثامنة من قانون التحكيم".

في ختام هذا الفصل، نعود ونشير إلى أن الهدف الأساسي من اللجوء إلى التحكيم هو الإستحصال على قرار تحكيمي يتمثل بالعدالة والإنصاف. بالتالي، تبرز أهمية الطعن بتسمية المحكم فور بيان الواقع المثير للشك وقبل صدور القرار التحكيمي. ففي حال لم يتم الطعن ضمن المهل المنصوص عنها، وبعد صدور قرار عن محكم أو عن هيئة لا تتمتع بمبدأي الإستقلال والحياد يصبح الطعن بتسمية المحكم غير مجد وغير مقبول^٢ بحيث يبقى الطعن بالقرار التحكيمي هو الطريق الوحيد المتاح أمام الفرقاء.

^١ القضية رقم ١٩/٦٧ ق، تحكيم تجاري، الدائرة ٩١، جلسة ٢٠٠٣/١/٢٩، مشار إليه عند: برهان أمر الله، المستحدث من قضاء محكمة استئناف القاهرة في مسائل التحكيم التجارية، مجلة التحكيم العربي، عدد ٧ يوليو ٢٠٠٤، ص. ١٥٢.

^٢ Tribunal de Grande Instance Paris, 2 juillet 1990, **Annhold BV v. L'Oréal**, Rev. Arb. 483 (1996).

الفصل الثاني: الوسائل التي تطال القرار التحكيمي

إن القرار التحكيمي الذي يصدر عن محكم غير مستقل وغير محايد هو قرار يشوبه عيب إذ أنه يصدر مجرداً من مبدأي العدل والإنصاف مما يجعل منه غير حري بالتنفيذ. ويمكن للفرقاء تحقيق هذا الهدف، أي عدم التنفيذ، إما عن طريق الاستحصال على قرار برفض إعطائه الصيغة التنفيذية (المبحث الأول) أو على قرار بإبطاله (المبحث الثاني).

المبحث الأول: رفض إعطاء القرار التحكيمي الصيغة التنفيذية

إن القيمة العملية لأي قرار تكمن في إمكانية تنفيذه (Exequatur)، وبما أن التحكيم هو قضاء خاص ذو أصل تعاقدية، بالتالي فإن القرار التحكيمي يحتاج إلى الصيغة التنفيذية^١ من أجل الإلزام على تنفيذه في حال لم يتم التنفيذ بشكل طوعي. إلا أن القرارات التحكيمية لا يمكن أن تستحصل على الصيغة التنفيذية في حال مخالفتها لأي من الشروط التي تفرضها قواعد وقوانين التحكيم^٢. وحتى إذا كان المحكم قد أعفي في التحكيم الحر من تطبيق قواعد القانون وأصول المحاكمة العادية إلا انه يبقى ملزماً بتطبيق القواعد القانونية المتعلقة بالانتظام العام والمبادئ الأساسية لأصول المحاكمة كحق الدفاع وتعليل الحكم وقواعد التحكيم^٣.

ينعقد الاختصاص بمنح الصيغة التنفيذية لقرار التحكيم في معظم القوانين الوطنية لرئيس المحكمة^٤. وتنص المادة ٧٩٥ من قانون أصول المحاكمات المدنية على أن القرار التحكيمي:

"لا يكون قابلاً للتنفيذ إلا بأمر على عريضة يصدره رئيس الغرفة الابتدائية التي أودع أصل القرار في قلمه، بناء على طلب من ذوي العلاقة، وذلك بعد الإطلاع على القرار واتفاقية التحكيم.

^١ نبيل اسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٥.
^٢ Jack M. Graves and Joseph F. Morrissey, **International Sales Law and Arbitration: Problems, Cases, and Commentary**, Chapter 10 – "Arbitration as a Final Reward: Challenges and Enforcement", 2008.
^٣ Audley Sheppard, Interim Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitration Awards (2003), (available at kluwerarbitration.com).

^٤ حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي، دار الكتب القانونية، طبعة ٢٠٠٦، ص. ٥٢٤؛ محمود السيد التحيوي، تنفيذ حكم المحكمين، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، طبعة ٢٠٠٣، ص. ٧٢.

أما إذا كان النزاع موضوع التحكيم من اختصاص القضاء الإداري تعطى الصيغة التنفيذية من قبل رئيس مجلس شورى الدولة. وفي حال رفضها يعترض على قراره لدى مجلس القضاة. يُفهم بالنزاع موضوع هذه الفقرة النزاع الذي يمكن أن ينشأ بين المتعاقدين في العقد الإداري عن تفسير هذا العقد أو تنفيذه دون طلبات الإبطال بسبب تجاوز حد السلطة التي تبقى حصراً من صلاحية القضاء الإداري". وفي قرار¹ صادر عن مجلس شورى الدولة اللبناني بتاريخ ٢٠٠٣/٤/١٥، قرر رئيس المجلس ردّ طلب إعطاء الصيغة التنفيذية لقرارين تحكيمين لعلّة صدورهما بناءً على اتفاق تحكيمي باطل^٢.

بالتالي يكون هناك نوع من الرقابة التي يمارسها القضاء العدلي وكذلك الإداري على قرارات التحكيم، خاصة وأن منحها الصيغة التنفيذية لا يكون ممكناً إلا بعد التثبت من عدم مخالفتها للنظام العام ومن عدم وجود ما يمنع تنفيذها. إلا أن رقابة القضاء العام على التحكيم تكون رقابة شكلية خارجية فقط^٣، حيث لا يبحث القاضي المختص بإصدار الأمر بالتنفيذ في موضوع النزاع. فرئيس المحكمة ورئيس مجلس شورى الدولة في لبنان يراقبان فقط الأسباب التي يخولهما القانون إثارتها من تلقاء نفسها كبطلان اتفاق التحكيم بطلاناً ظاهراً، أو عدم قابلية النزاع للتحكيم، أو مخالفة النظام العام، أو حقوق الدفاع أو عدم تشكيل هيئة التحكيم تشكيلاً قانونياً^٤.

وبما أن توفّر الاستقلال والحياد هو أحد الشروط التي وضعتها معظم القوانين على التحكيم، بالتالي يكون انتفائهما هو أحد الأسباب التي تؤدي إلى رفض إعطاء الصيغة التنفيذية للقرار التحكيمي.

^١ مجلس شورى الدولة، القرار رقم ٢٠٠٣/٤٤٧، تاريخ ٢٠٠٣/٤/١٥، شركة المرافق اللبنانية ش.م.م.

^٢ ص ٨ من القرار: "... لا يمكن الاعتداد بالفقرة الثانية من المادة ٧٦٢ من قانون أصول المحاكمات المدنية المعدلة بموجب القانون رقم ٤٤٠ تاريخ ٢٠٠٢/٧/٢٩، التي أجازت للدولة ولأشخاص القانون العام أي كانت طبيعة العقد موضوع النزاع اللجوء إلى التحكيم، لأن عقدي الـ B.O.T موضوع القرارين التحكيمين قد تم إبرامهما بتاريخ سابق لصدور القانون المذكور – الحائز قوة التنفيذ أو الأثر الفوري والمباشر – الذي يعمل به فور صدوره ونفاذه عملاً بمبدأ عدم رجعية القوانين ... وبما أنه يقتضي بالاستناد إلى ما تقدم تقدير شرعية البند التحكيمي المدرج في عقدي الـ B.O.T المذكورين، بالاستناد على القوانين المعمول بها بتاريخ توقيع العقد، واستبعاد أحكام القانون رقم ٢٠٠٢/٤٤٠ لهذه الجهة".

^٣ Thery, Philippe: *Les Procédures Civiles d'Exécution et de Droit d'Arbitrage*, Rev. Arb., 1993, n°1, p.159.

^٤ Robert, Jean et Moreau, Mebetirant: *L'Arbitrage Droit Interne Droit International Privé*,

5^{eme} édition Dalloz, 1983, p.21.

تجدر الإشارة هنا إلى أن هذه الرقابة القضائية على التحكيم ليست عائقاً أمام تنفيذ القرار التحكيمي بل أنها على العكس تهدف إلى تدعيم مفعوله خاصة وأنها تصب في صالح الحفاظ على النظام العام في الدولة وفي صالح صيانة المبادئ الأساسية للتقاضي^١.

المبحث الثاني: إبطال القرار التحكيمي

من المعلوم أن الطعن ببطلان الأحكام القضائية أمر غير جائز^٢، علماً بأنه في حال تجرّد الحكم من أركانه الأساسية بحيث يكون مشوب بعيب جوهري يصيب كيانه ويفقده صفته كحكم ويحول دون اعتباره موجوداً منذ صدوره، فإن هذا الحكم يعتبر منعماً. بالتالي، إذا صدر الحكم صحيحاً يظلّ منتجاً لآثاره، ولا يجوز بحث العيوب التي تلحقه إلا عن طريق الطعن فيه بطرق الطعن المناسبة. لذلك، ليس هناك من سبيل لإهدار هذه الأحكام بدعوى بطلان أصلية أو الدفع به في دعوى أخرى. إلا أن معظم التشريعات وبالرغم من اعتبارها أن القرار التحكيمي هو بمثابة الحكم، تمنح الفرقاء حق الطعن فيه بالبطلان.

وما يبرر ذلك هو أن المحكم يستمد ولايته من اتفاق التحكيم وليس من المشرّع، أضف إلى ذلك أن التحكيم باعتباره عدالة خاصة تتميز بسرعة الإجراءات نسبياً، بالتالي فإن طرق الطعن ذات الإجراءات المعقدة والبطيئة لا تتماشى معه ولا تناسبه خاصة وأنها ترمي إلى إعادة البحث في النزاع. لهذه الأسباب، يعتبر البطلان، في حال أصاب عملية التحكيم ما يبعده عن العدالة التي ينشدها الفرقاء من خلاله، بديلاً عن طرق الطعن المستخدمة أمام المحاكم القضائية بحيث يصبح الوسيلة الطبيعية التي يطلب المحكّمون من خلالها رفع الظلم الذي لحق بهم جراء القرار المطعون فيه^٣.

^١ نبيل اسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية، م.س.، ص. ٢١٦-٢١٧. ٤. خليل عمر غصن، سلطة المحكم الأميرية في التحكيم الداخلي، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، ص. ٨٠.

^٢ حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي، دار الكتب القانونية، طبعة ٢٠٠٦، ص. ٤٨٤.

^٣ مهيب معماري، التكامل بين القضاء والتحكيم، النظرة القضائية الحديثة في بطلان القرارات التحكيمية، مداخلة في المنتدى القضائي-التحكيمي، المركز اللبناني للتحكيم غرفة التجارة والصناعة في بيروت، ص. ٦٩.

يطرح موضوع الطعن في القرارات التحكيمية تساؤلاً بخصوص الأسباب المقبولة أمام المحاكم النازرة بالطعن، وعن علاقة القضاء بالتحكيم بناء على الدور الذي تلعبه المحاكم في تقرير بطلان القرار التحكيمي عندما يشوبه خلل، وبالتالي عن جدلية الرفض والتأييد حول حاجة حكم التحكيم لدعوى البطلان.

للإجابة عن هذه التساؤلات، سوف نعرض في مطلب أول صدور حكم التحكيم رغم تشكيل هيئة التحكيم أو تعيين محكم بصفة غير قانونية كسبب للطعن بقرار التحكيم، وفي مطلب ثانٍ جدلية الرفض والتأييد حول حاجة حكم التحكيم لدعوى البطلان.

المطلب الأول: صدور حكم التحكيم رغم تشكيل هيئة التحكيم أو تعيين محكم بصفة غير قانونية كسبب للطعن بقرار التحكيم.

كما هو الحال بالنسبة لرفض إعطاء القرار التحكيمي الصيغة التنفيذية، يعتبر الطعن بالبطلان هو أيضاً وسيلة تقوم المحاكم القضائية من خلالها بمراقبة العمل التحكيمي حماية للنظام العام في الدولة^١ وحفاظاً على فعالية التحكيم. لذلك، حددت القوانين الداخلية المتعلقة بالتحكيم الأسباب التي يمكن الطعن ببطلان القرار التحكيمي من خلالها، إذ يتوافر أحد هذه الأسباب، ينعدم مضمون القرار التحكيمي ما يبرر إبطاله وإلغاءه كلياً.

ويلحظ الباحث أن أغلبية الأنظمة القانونية الوطنية قد أقرت "تشكيل هيئة التحكيم أو تعيين المحكمين على وجه مخالف للقانون أو لاتفاق الطرفين"^٢ كسبب من أسباب الطعن ببطلان قرار التحكيم الداخلي. ينصّ قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني في المادة ٨٠٠ منه على أن "صدور القرار عن محكمين لم يعينوا طبقاً للقانون" كسبب يجيز الطعن في القرار الصادر عن المحكمين بطريق الإبطال. كذلك، ينصّ

^١ عبد السلام الإدريسي، النظام العام في التحكيم التجاري الدولي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، جامعة محمد الخامس السوسي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، سلا، السنة الجامعية ٢٠٠٦-٢٠٠٧.

^٢ المادة ٥٣(ج) من قانون التحكيم المصري؛ المادة ١٤٨٤(٢) من قانون أصول المحاكمات الفرنسي؛ المادة ٤٩ من قانون التحكيم الأردني؛ المادة ٣٤ من اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري، ١٩٨٧. ولا ينصّ قانون المرافعات العراقي في مادته ٢٧٣ على غياب الاستقلال والحياد كسبب لإبطال الحكم التحكيمي الصادر عن هيئة التحكيم، ورد في: الدكتور جلال الأحذب، "استقلالية المحكم الدولي وحياده"، مجلة التحكيم العالمية ٢٠١٦، العدد الثلاثون، ص. ١٦١.

قانون التحكيم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ على أن دعوى بطلان حكم التحكيم لا تقبل إلا في حالات محددة حصراً من ضمنها "تشكيل هيئة التحكيم أو تعيين المحكمين على وجه مخالف للقانون أو لاتفاق الطرفين"، لذا وطبقاً للفقرة (هـ) المشار إليها يحق رفع دعوى بطلان حكم التحكيم في حال تم تشكيل هيئة التحكيم بشكل مخالف لنص المادة ١٦ فقرة ٢ من قانون التحكيم : "يكون قبول المحكم القيام بمهمته كتابة، ويجب عليه أن يفصح عند قبوله عن أية ظروف من شأنها إثارة شكوك استقلاله أو حيده". في هذه الحالة، أي إذا لم يفصح المحكم عن وجود هكذا ظروف، يكون هناك بطلان في إجراءات قبول مهمة التحكيم بسبب صدور القرار عن محكمين غير معينين وفقاً للقانون.

وقد اعتبرت معظم المحاكم أن انتفاء مبدأي الإستقلال أو الحياد في المحكم يقع ضمن هذه الخانة كونه يشكّل خرقاً يشوب عملية التعيين. بالتالي فإن اكتشاف هذا السبب، بعد صدور قرار التحكيم، لعدم تمكن الفرقاء من إدراك وجوده مسبقاً، يعطيهم الحق بطلب بطلان هذا القرار. وهذا ما جاء في حكم صادر عن محكمة باريس بتاريخ ١٢ شباط ٢٠٠٩، حيث ذهب إلى أنه:

« ... en raison du défaut d'indépendance de l'arbitre, le tribunal arbitral a été irrégulièrement composé; que le moyen unique d'annulation étant accueilli, il convient d'annuler la sentence partielle ... »

أي ما تعريبيه "... نظراً لعدم استقلالية المحكم، كان تشكيل محكمة التحكيم معيباً. وبما أنه تم قبول السبب الوحيد للبطلان، إذاً يتوجب إبطال الحكم الجزئي ... " ونكرر الإشارة هنا إلى أن العلم المسبق لوجود أي وجه من وجوه التحيز دون إثارته يعتبر، كما سبق وأوضحنا، تنازلاً ضمناً للأطراف عن ما تمت معايينته. وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في كندا عام ١٩٦٦ حين حكمت بالآتي:

“... generally speaking, an award will not be set aside if the circumstances alleged to disqualify an arbitrator were known to both

parties before the arbitration commenced and the proceeded without objection".¹

وهو نفس الإتجاه الذي سلكته محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر بتاريخ ٦ نيسان ١٩٩٠ حيث قضت بأنه لا يمكن إثارة مخالفة تشكيل هيئة التحكيم أمام محكمة الإستئناف بصدد دعوى بطلان أو رفض إصدار الأمر بالتنفيذ، إلا إذا أسست على الاكتشاف اللاحق لعيب جديد.

ويحق للفرقاء الطعن ببطلان القرار التحكيمي سواء كان قد تم تشكيل الهيئة أو تعيين المحكم بمخالفة القانون أو بمخالفة اتفاق الأطراف. فصحيح أن احترام إرادة الفرقاء، فيما يتعلق بتشكيل هيئة التحكيم، أمر لا ترد عليه أية قيود، إلا أن احترام المبادئ العليا كمبدأ المساواة بين الأطراف، وحياد هيئة التحكيم وعدم انحيازها واحترام النظام العام^٢ تبقى قيوداً ملزمة تعلق في كل مرة على مبدأ سلطان الإرادة.

المطلب الثاني: جدلية الرفض والتأييد حول حاجة حكم التحكيم لدعوى البطلان

من أجل تحقيق فعالية التحكيم، يجب أن يكون تدخل المحاكم به محدوداً. لذلك، تتجه أغلب التشريعات الحديثة إلى الإستغناء عن طرق الطعن المقررة لأحكام القضاء وتقتصر على رفع دعوى بطلان القرار التحكيمي المشوب بعيب^٣. وبالرغم من التأييد (الفقرة الأولى) الذي يلاقيه هذا الإتجاه من قبل الفقه، إلا أن بعض التشريعات والفقه ما زالوا معارضين (الفقرة الثانية) لجواز الطعن ببطلان القرار التحكيمي.

الفرع الأول: الإتجاه المعارض لدعوى بطلان قرار التحكيم

يثير الإجتهد المناهض لدعوى بطلان القرار التحكيمي عدداً من الأسباب الداعمة لرأيه نطرح من بينها ثلاثة. أولاً، إن القرار التحكيمي يوازي في مقوماته الحكم القضائي، وبما أن الطعن ببطلان الأحكام

^١ Ghirardosi v Minister of Highways (BC), (1996) 56 DLR (2d) 469, 473.

^٢ Paris, 6 avril 1990. Rev. Arb. 1990, note M. de Boisséon.

^٣ أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقاً للقانون رقم ١٩٩٤/٢٧ وأنظمة التحكيم الدولية، المؤسسة الفنية للطباعة والنشر (٢٠٠٢)، ص. ١٢١.

الصادرة عن القضاء أمر غير جائز بالتالي ينطبق هذا المبدأ أيضا على القرار التحكيمي^١. ثانياً، إن إعطاء المحكّمين الحق بطلب بطلان القرار التحكيمي يعطلّ فعالية التحكيم كآلية بديلة لحلّ المنازعات (Alternative Dispute Resolution Method) كونه يعود ويضع بين أيادي القضاء النزاع الذي أراد الفرقاء منذ البداية تفادي اللجوء إلى محاكم الدولة للبت به^٢. أما السبب الثالث والأخير هو أن دعوى البطلان هذه تحدث إزدواجية^٣ في الرقابة مما ينتقص من فعالية التحكيم. فمعارضو دعوى البطلان يرون أن طريق الطعن هذا لا جدوى منه بما أن إعطاء الصيغة التنفيذية لقرار التحكيم لا يتم إلا بعد التأكد من أنه لا يشوبه أي عيب، وبالتالي تصبح دعوى البطلان مجرد إجراء إضافي يعقد عملية التحكيم.

الفرع الثاني: الإتجاه المؤيد لدعوى بطلان قرار التحكيم

ينصّ القانون اللبناني في المادة ٨٠٠ من قانون أصول المحاكمات المدنية على أنه " إذا كان الخصوم قد عدلوا عن الاستئناف أو لم يحتفظوا صراحة بحق الاستئناف كما هو مبين في المادة السابقة، يبقى ممكناً لهم الطعن في القرار الصادر عن المحكّمين بطريق الإبطال بالرغم من أي اتفاق مخالف. لا يكون الطعن بطريق الإبطال جائزاً إلا في الحالات الآتية:

- ١- صدور القرار بدون اتفاق تحكيمي أو بناء على اتفاق تحكيمي باطل أو ساقط بانقضاء المهلة.
- ٢- صدور القرار عن محكّمين لم يعينوا طبقاً للقانون.
- ٣- خروج القرار عن حدود المهلة المعينة للمحكّم أو المحكّمين.
- ٤- صدور القرار بدون مراعاة حق الدفاع للخصوم.
- ٥- عدم اشتمال القرار على جميع بياناته الإلزامية المتعلقة بمطالب الخصوم والأسباب والوسائل المؤيدة لها، وأسماء المحكّمين وأسباب القرار ومنطوقه وتاريخه وتوقيع المحكّمين عليه.
- ٦- مخالفة القرار لقاعدة تتعلق بالنظام العام".

^١ نبيل اسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، دار الجامعة الجديدة، الطبعة الثانية، ٢٠٠٥، ص. ٢٦٠.
^٢ أحمد الورفلي، القضاء في الدول المغاربية والتحكيم التجاري الدولي بين الرقابة والمساعدة، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد ١، سنة ٢٠٠٣، ص. ٦٨.
^٣ حفيظة السيد الحداد، الرقابة على أحكام التحكيم بين الإزدواجية والوحدة، دراسة تحليلية وانتقادية بمناسبة قضية الشركة الأمريكية، كرومالوي ضد جمهورية مصر العربية، دار الفكر الجامعي القاهرة، ٢٠٠٠.

وكذلك، يقرّ القانون المصري دعوى البطلان التي ترفع ضد قرار التحكيم الداخلي الصادر في مصر. إذ تنصّ الفقرة الأولى من المادة ٥٢ من قانون التحكيم على عدم جواز الطعن بقرار التحكيم بصورة مطلقة، أما الفقرة الثانية من المادة عينها فتجيز رفع دعوى بطلان التحكيم إنما فقط في الأحوال التي نص عليها المشرع في الفقرة ٥٣.

أما في فرنسا، فقد نصّت المادة ١٤٩١ من قانون المرافعات المدنية على الآتي:

"La sentence (arbitrale) peut toujours faire l'objet d'un recours en annulation à moins que la voie de l'appel soit ouverte conformément à l'accord des parties. Toute stipulation contraire est réputée non écrite."

أي أنه "في حال تنازل الأطراف عن الإستئناف أو لم يحتفظوا صراحة بحق الإستئناف في اتفاق التحكيم، يكون الطعن ببطلان قرار التحكيم ممكناً وذلك بالرغم من أي اتفاق مخالف"^١. وقد دعمت القوانين الدولية المتعلقة بالتحكيم هذا التوجه، كالإتفاقية الأوروبية للعلم ١٩٦١ مثلا والتي أجازت تدخل المحاكم للحكم بالبطلان ضد القرارات التحكيمية المعيبة^٢.

ويبرّر الفقه المؤيد، للتشريع الذي يقرّ دعوى بطلان قرار التحكيم، موقفه هذا من خلال التأكيد على أن طرق الطعن الخاصة بالأحكام القضائية لا تتلاءم مع القرار التحكيمي الذي يبقى نوعا خاصا من العدالة نظرا للأساس التعاقدى لاتفاق التحكيم. أضف إلى ذلك أن رقابة قضاء الدولة لقرار التحكيم تقتصر على رقابة كيفية إصدار هذا القرار وليس ما تم تقريره. بالتالي، فإن إجازة البطلان كطريق طعن ضد القرار التحكيمي لا يقلل من فعالية التحكيم، بل على العكس يساهم في تحصينه^٣. وكي لا يصبح اللجوء على التحكيم وسيلة لتكريس مخالفة النظام العام، أكد البعض على أهمية وضرة وجود إشراف على التحكيم للتأكد من احترام المبادئ الأساسية للتقاضي^٤.

^١ حسني المصري، م.س، ص. ٤٨٥.

^٢ محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧، ص. ٣٢٦.

^٣ نبيل اسماعيل عمر، م.س، ص. ٢٦١.

^٤

أما نحن، فنتبني الرأي المؤيد لدعوى بطلان قرار التحكيم. فبالرغم من أن التحكيم هو قضاء خاص يخضع لقواعد خاصة به، إلا أن وجود رقابة قضائية على التحكيم هو أمر جوهري لسببين، الأول هو أن هذه الرقابة هي بالفعل مكّمة للتحكيم، والثاني هو أنها تفعل نظامه. وهنا تكمن أهمية دعوى البطلان التي لا يكون الهدف منها تعطيل نظام التحكيم إنما حماية النظام العام، وكذلك حماية الفرقاء من الإخلالات التي قد تشوب عملية وإجراءات التحكيم، لكي لا يبقى الطرف المتضرر من القرار التحكيمي تحت رحمة المستفيد منه. من هنا، وبما أن الغاية من الرقابة القضائية على التحكيم هي تدعيم فعالية القرار التحكيمي، بالتالي يكون الإتجاه الداعم لدعوى البطلان هو الأقرب للمنطق وللصحة.

الخاتمة

إن موجبات المحكم في ما يخصّ الإستقلال والحياد هي نفسها أياً كان نوع التحكيم (داخلي/دولي) (حر/مؤسسي)، وأياً كان موضوع النزاع (مدني، تجاري، إداري...). بالتالي، إن المحكم أو هيئة التحكيم في المنازعات الإدارية ملزمون بالتقيد طوال مدة التحكيم بالإستقلال والحياد حتى لا يعتبر القرار الصادر عنهم معيباً وحتى يتحقق العدل والإنصاف في كلّ مرّة يصدر فيها قرار تحكيمي.

وقد نصت معظم القوانين الداخلية والدولية على هذين المبدأين كموجبين متعلّقين بالنظام العام لا يمكن الإتفاق على التنازل عنهما، ويمكن إثارة إنتقائهما أو أي منهما في أي مرحلة من مراحل العملية التحكيمية. وكذلك فعلت أنظمة المؤسسات التحكيمية وغيرها من القوانين والقواعد المتعلقة بالتحكيم. ولحماية المحتكمين من أي خلل قد يشوب هذه الموجبات، نص المشرع على موجب الإفصاح كوسيلة وقائية إلزامية تضع بين أيدي المحتكمين القرار في تعيين المحكم أو عدمه.

في حال كان قد تمّ التعيين بالفعل ومن ثم ظهرت العيوب فيما يتعلّق بالإستقلال والحياد، فقد استبق المشرع الأمور مجيزاً للمحتكمين وسائل أخرى تتيح لهم حفظ حقوقهم ضماناً لتحقيق العدل والإنصاف. إذ يكون لهم الحق في طلب ردّ المحكم في حال ظهر الخلل خلال إجراءات التحكيم، كما لهم الحق بطلب رفض إعطاء القرار التحكيمي الصيغة التنفيذية والحق بطلب إبطال هذا القرار في حال تبين أنه صادر عن محكم لا يتمتع بالإستقلال والحياد.

من الواضح أنّ المشرع قد أمّن للمحتكمين عدّة طرق ووسائل لضمان فعالية التحكيم وعدالته، إلا أنه كما سبق وذكرنا أن أحد الأهداف من اللجوء إلى التحكيم هو الإبتعاد عن القضاء والتعقيدات التي ترافق الإجراءات المتّبعة أمامه بحثاً عن السرعة في صدور قرارٍ عادل. بالتالي، نرى أن الوسائل التي أوجدها المشرع لضمان الإستقلال والحياد في شخص المحكم، وإن كانت فعّالة، إلا أنها تحول دون صدور القرار

التحكيمي بالسرعة المرجوة كون كلّ من هذه الوسائل ليس إلّا حلاًّ علاجياً يتم اللجوء إليه بعد أن يكون قد تمّ بالفعل خرق مبدأي الإستقلال والحياد.

من أجل تفادي هذه العقبات والتأخيرات في الإستحصال على قرار تحكيمي عادل، نرى أن على المشرّع أن يوجد حلولاً وقائيّة تعترض إمكانيّة ظهور أيّ وجه من وجوه التحيز من قبل المحكّم أو هيئة التحكيم المرتقبة، وذلك من خلال توضيح التعريفات والخصائص المنعلّقة بالإستقلال والحياد وإزالة الغموض الذي يحيط بهما وإلزام المحكّم المرتقب بالإفصاح عن كل الحقائق التي قد تثير الشك بتوفرهما، وذلك بهدف إقصاء المحكّم حتّى قبل تعيينه وتفادي الإجراءات المعقّدة. فطالما أنّ معايير الإستقلال والحياد غير واضحة وغير محدّدة، يكون من الصعب ضمان فعاليّة العمليّة التحكيميّة.

أضف إلى ذلك أن عدم وضوح هذه المبادئ يؤدي إلى عدم استقرار الإجتهد إن كان على الصعيد الداخلي أو الدولي. إذ يُترك الحلّ في كلّ مرّة للسلطة الإستئنسابيّة المعطاة للقاضي الذي ينظر إلى موضوع الإستقلال والحياد من منظاره الشخصي وليس بناء على معايير موضوعيّة محدّدة.

لذلك، وبناء على كلّ ما أوردناه في معرض هذه الرسالة، يرى الباحث أن توضيح التعريفات وتحديد المعايير وتوحيدها أمر ضروري لا مهرب منه أولاً لضمان فعاليّة التحكيم وعدالته، وثانياً لتوحيد الإجتهد فيما يخصّ استقلال وحياد المحكّم.

بناء عليه، توصلّ الباحث إلى التوصيات الآتية:

التوصيات

١- إيجاد تعريف قانوني واضح ودقيق لكل من مبدأي الإستقلال والحياد.

٢- ضرورة أن تنصّ قوانين وأنظمة التحكيم الداخلية والدولية على معايير محددة تسمح بتقدير توفر مبدأى الإستقلال والحياد بشكل دقيق وموضوعي.

٣- توحيد هذه التعريفات والمعايير بهدف ضمان الإستقرار القانوني والإجتهادي.

٤- الإبقاء على "بطلان القرار التحكيمي" كطريق من طرق الطعن المتاحة للمحتكمين بهدف ضمان صدور قرارات تحكيمية تتمتع بالعدالة والإنصاف.

كما نوصي الأطراف المحتكمين بـ :

١- اتخاذ الخطوات المناسبة لمحاولة تجنب أي تحيز قد يهدد عملية التحكيم وعدالة القرار التحكيمي الناتج عنها. فجميع قواعد المؤسسات التحكيمية الدولية الكبرى تتطلب استقلالية المحكم وحياده. كالمادة ١١ (١) من قواعد المحكمة الجنائية الدولية التي تنص على أنه "يجب أن يكون المحكم نفسه محايداً ومستقلاً عن الأطراف المعنية في التحكيم". كذلك، يعتمد كلٌّ من: المركز الدولي لتسوية المنازعات، ولجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، ولجنة لندن للتحكيم الدولي أحكاماً مماثلة للمادة المذكورة. وهكذا، من خلال الاختيار من بين هذه القواعد، يمكن للمحتكم أن يكون لديه بعض الإطمئنان بأن الحياد المطلوب موجود منذ بدء إجراءات التحكيم.

٢- إعطاء اهتمام خاص لعملية اختيار المحكم والنظر بعناية في جميع النزاعات المحتملة أو المؤشرات الدالة على إمكانية وجود تحيز أو عدم استقلال، والتي تنشأ أثناء عملية الاختيار. ويوجد لدى المعهد الدولي لمنع النزاعات وحلها "أداة تقييم العناية الواجبة لاختيار المحكمين والوسطاء" تتضمن أسئلة مقترحة تطرح في تقييم المحكمين المحتملين والتي يمكن للأطراف الإستناد إليها خلال عملية التعيين. وبالإضافة إلى ذلك، فإن "المبادئ التوجيهية بشأن تضارب المصالح في التحكيم الدولي" التي وضعتها جمعية المحامين الدولية تحدد أمثلة معينة عن الحالات التي يرى فيها فريق من خبراء التحكيم الدوليين أنه لا يستلزم استبعاد المحكم؛ يمكن للأطراف الإطلاع عليها أيضاً ومقارنتها مع حالتهم لاتخاذ قرار في ما إذا كان عليهم طلب عزل المحكم أو رده.

٣- ولأن حتى الحرص المفرط في اختيار المحكم لا يمكن أن يساعد في بعض الحالات بسبب إمكانية نشوء الظرف المتعلق بعدم الإستقلال أو عدم الحياد أثناء إجراءات التحكيم، يكون على المحكّمين التأكّد من أن القواعد المطبقة على إجراءات التحكيم تنصّ على التزامات مستمرة بالإفصاح كما في المادة ١١ (٣) من قواعد المحكمة الجنائية الدولية. وفي حال ظهور أدلة على التحيّز أو عدم الإستقلال أثناء هذه الإجراءات، على الأطراف النظر بجديّة في خطر الصمت وتقدير نتائجه. والقاعدة العامة هي أن المحكّمين، في حال رغبتهم في إثارة اعتراض على إستقلال أو حياد المحكم، عليهم القيام بذلك بمجرد أن تكون لديهم معرفة فعلية بالحقائق المعترض عليها، علماً أن عدم الإعتراض يؤدي إلى العدول عن حقهم هذا.

وأتمنى أن تكون هناك دراسات مستقبلية تنطلق من هذه الدراسة، بهدف التوصل إلى كل ما لم أستطع التوصل إليه، أو إبداء وجهة نظر مغايرة، أو تناول مسائل أخرى، وذلك مواكبة للمستجدات في مجال التحكيم.

المراجع

لائحة المراجع باللغة العربية

الكتب

- الأحدب، عبد الحميد: موسوعة التحكيم في البلدان العربية، طبعة ٣، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٨.
- التحيوي، محمود السيد: تنفيذ حكم المحكمين، طبعة ٢، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٣.
- الجمال، مصطفى محمد وعبد العال، عكاشة محمد: التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، ١٩٩٨.
- الحداد، حفيظة السيد: الرقابة على أحكام التحكيم بين الإزدواجية والوحدة، دراسة تحليلية وانتقادية بمناسبة قضية الشركة الأمريكية، كروماليو ضد جمهورية مصر العربية، دار الفكر الجامعي، القاهرة، ٢٠٠٠.
- الحداد، حفيظة السيد: العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر.
- الخوري، يوسف سعد الله: القانون الإداري العام، الجزء الثاني، ط. ٤، ٢٠٠٧.
- القيسي، محي الدين: القانون الإداري العام، منشورات الحلبي الحقوقية، ط. ١، ٢٠٠٧.
- المصري، حسني: التحكيم التجاري الدولي، دار الكتب القانونية، ٢٠٠٦.
- النجار، كرم محمد زيدان: المركز القانوني للمحكم، طبعة ١، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١٠.
- النجار، كرم محمد زيدان: التحكيم التجاري الدولي، طبعة ١، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١٠.
- خليل، أحمد: قواعد التحكيم، طبعة ١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٣.
- دويدار، طلعت محمد: ضمانات التقاضي في خصومة التحكيم، طبعة ١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٩.
- راشد، سامية: التحكيم في إطار المركز الإقليمي بالقاهرة، طبعة ١، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٦.
- راشد، سامية: التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، إتفاق التحكيم، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٨٦.
- شفيق، محسن: التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧.
- صاوي، أحمد السيد: التحكيم طبقاً للقانون رقم ١٩٩٤/٢٧ وأنظمة التحكيم الدولية، المؤسسة الفنية للطباعة والنشر، ٢٠٠٢.
- عمر، نبيل اسماعيل: التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، دار الجامعة الجديدة، الطبعة الثانية، ٢٠٠٥.
- غصن، خليل عمر: سلطة المحكم الأممية في التحكيم الداخلي، طبعة ١، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠٠٥.

المقالات

- الأحدب، عبد الحميد: "التحكيم الدولي"، موسوعة التحكيم، الجزء الثاني
- الأحدب، جلال: "استقلالية المحكم الدولي وحياده"، مجلة التحكيم العالمية، العدد الثلاثون، نيسان ٢٠١٦.
- الحاج شاهين، فايز: "المحكم: استقلاله وحياده"، مجلة التحكيم العالمية، العدد الثلاثون، ٢٠١٦.
- الورفلي، أحمد: "القضاء في الدول المغاربية والتحكيم التجاري الدولي بين الرقابة والمساعدة"، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد ١، سنة ٢٠٠٣.
- جوزيف شاوول، "المحكم وموجب الإستقلالية والحياد"، مجلة التحكيم العالمية، العدد العاشر، نيسان ٢٠١١.
- حزبون، جورج والطروانة، مصلح أحمد: "التكليف القانوني لعقود الاستثمار الأجنبي في العلاقات الدولية"، مجلة الحقوق، المجلد الثالث، العدد الأول، جامعة البحرين، ٢٠٠٦.
- صقر، مروان: "باب الإجتهدات العربية: الإجتهد القضائي اللبناني"، مجلة التحكيم العالمية، العدد الخامس والعشرون، ٢٠١٥.
- معن بو صابر، "المحكم: استقلاله وحياده"، مجلة التحكيم العالمية، العدد الثالث والثلاثون، ٢٠١٧.
- نبيل محمد الهادي محمد القرشي، التحكيم في العقود الإدارية (إجراءاته، أنواعه، تنفيذه والمحكمة المختصة)، المؤتمر الخامس لرؤساء المحاكم الإدارية، جامعة الدول العربية، مجلس وزراء العدل العرب، المركز العربي للبحوث القانونية والقضائية، بيروت – لبنان،

الأطروحات والرسائل الجامعية

- الإدريسي، عبد السلام: النظام العام في التحكيم التجاري الدولي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، جامعة محمد الخامس السوسى، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، سلا، السنة الجامعية ٢٠٠٦-٢٠٠٧.
- مسعودي، أسماء: المحكم في خصومة التحكيم الدولي، مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماستر أكاديمي، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، ٢٠١٥.

الإجتهد

- عمان، المحكمة العليا التجارية، الحكم رقم ٢٠١٢/٦٧، جلسة ٢٠١٢/٢/١، مجلة التحكيم العالمية، ٢٠١٥، العدد الخامس والعشرون، ص.٣٤٩.
- لبنان، رئيس الغرفة الابتدائية الأولى في بيروت، القرار رقم ٨/٤٢، تاريخ ٢٠١٦/٣/٩، مجلة التحكيم العالمية ٢٠١٦، العدد الثلاثون، ص.٣٨٨.
- لبنان، المحكمة البدائية في بيروت، الغرفة الأولى، القرار رقم ٣٤ تاريخ ٢٠٠٥/١١/٢٨، العدل، الجزء الأول، ٢٠٠٧.
- أبو ظبي، محكمة التمييز، الطعن رقم ١٣٤٣ لسنة ٢٠٠٩، جلسة ٢٠١٠/١/٢٧.

الفضية رقم ١٩/٦٧ ق، تحكيم تجاري، الدائرة ٩١، جلسة ٢٩/١/٢٠٠٣، مشار إليه عند: برهان أمر الله، المستحدث من قضاء محكمة استئناف القاهرة في مسائل التحكيم التجارية، مجلة التحكيم العربي، عدد ٧ يوليو ٢٠٠٤.

Les Ouvrages en Langue Francaise

Les Ouvrages

Audit, B: **L'arbitre, le juge et la Convention de Bruxelles**, in L'internationalisation du droit, Mélanges Yvon Loussouarn. Dalloz, 1994.

Bedjaoui, M et Mebroukine, A : **Le nouveau droit de l'arbitrage en Algérie**, Clunet 1993.

Budin, R. : **Les clauses arbitrales internationales**, Payot Lausanne, 1993.

Clay, Thomas: **L'arbitre**, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Volume 2, Dalloz, 2001,

Fouchard, Philippe ; Gaillard, Emmanuel et Goldaman, Berthold: **Traité de l'arbitrage commercial international**, Litec, Paris, 1996.

Lalive, Pierre: **Avantages Et Inconvénients De L Arbitrage " Ad Hoc"**; Etudes offertes à Pierre Bellet, Litec, Paris, 1991.

Manciaux, Sébastien: **Le juge et l'arbitrage**, sous la dir. de S. Bostanji, F. Horchani et S. Manciaux, éditions A.Pedone, 2014.

Robert, Jean et Moreau, Mebetirant: **L'Arbitrage Droit Interne Droit International Privé**, 5^{eme} édition Dalloz, 1983.

Poudret, L. et Reymond : **Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse** , Payot.1989.

Les Articles

Auby, Jean-Marie: **L'arbitrage en matière administrative**, AJDA 1995.

Cohen, D.: « Justice publique et justice privée », Arch. Phil. De., vol. XLI, 1997.149, spéc.

Clère, J.-J.: « L'arbitrage révolutionnaire: apogée et déclin d'une institution (1790-1806) », **Rev.arb.** 1981.3.

Clay, Thomas : « L'application perlée du règlement d'arbitrage pour la révélation des liens entre arbitre et conseil » , note sous Reims 2 nov. 2011, **Paris Journal of International Arbitration**, 2011.

Flamme, André : **L'arbitrage dans les rapports entre personnes de droit public et personnes de droit privé**, Revue de l'arbitrage, 1966.

Foussard, Dominique : **L'arbitrage en droit administratif**, Revue de l'arbitrage, 1990.

Frison-Roche, Marie-Anne : « Les offices du juge », in Jean Foyer, Auteur et législateur, Melanges Jean Foyer, PUF, 1997.

Jarosson, Ch., Pellerin, J., «Le Droit Français de l'Arbitrage Après le décret du 13 janvier 2011, **Rev. Arb.** 2011. R. Arbitrage 1970/4 p. 239.

Marguerat, Jean : « Indépendance et impartialité de l'arbitre : le devoir de révéler de l'arbitre éclipsé », in **Jusletter** 15 avril 2013

Pearson, Neil : "Nationalité et attaches de l'arbitre", in **Symposium**, 20th November 1970,

Philippe Fouchard, "Henri Motulski et l'Arbitrage », **Rev. Arb.** 1992

Quilléré-Majzoub, Fabienne : **Du nouveau en matière d'arbitrage interne au Liban : commentaire de la loi du 29 juillet 2002.** /n: Revue juridique de l'Ouest, 2003-1

Sfeir-Slim, Marie : **Le nouveau droit libanais de l'arbitrage a dix ans**, Revue de l'arbitrage, 1993.

Thery, Philippe: « Les Procédures Civiles d'Exécution et de Droit d'Arbitrage», **Rev. Arb.**, 1993, n°1.

Les Thèses

Patrikios, A.: **L'Arbitrage en Matière Administrative**, LGDJ, Paris, 1997.

Arfaoui, Besma : **L'interprétation Arbitrale Du Contrat De Commerce International**, Thèse pour l'obtention du grade de DOCTEUR EN DROIT DE L'UNIVERSITE DE LIMOGES, 2008.

Les Colloques

Job, Alexandre : "Attente Des Entreprises En Matière D'arbitrage", Association Française d'Arbitrage, Colloque Annuel, Paris, 2012.

La Jurisprudence

Tribunal des conflits, 19 mai 1958, Société Myrtoon Steamship, dalloz, 1958

Cour de justice Alger 24 juin 1834, Bull. Jud. Alg. 1834.5. Adde J.-P.

Arrêt, Cass. Req., 28 juill.1818 (Roselly), S. 1818.I.510 ; Jur. gén., Vis Arbitrage-arbitre, no 986 ad notam; Journal. aud. Cass. 1818.595; Journ. Pal. 1817-1818.947

Arrêt, Cour De Cassation, Chambre commerciale, 16 juillet 1964, Publié au bulletin

Arrêt , Cour de Cassation, Ch. Civ. 2, 13 avril 1972, 70-12.774.

Arrêt, Cour de Cassation, Ch. Civ. 2, 20 février 1974,72-11.22

Civ.2, 19 avril 1985, JCP 1985, IV, 223, Rev. Arb. 1986, 57, note Jarroson.

Civ. 2, 13 avril 1972, Bull. Civ. II, no 91 p.71

Cass. 2^e civ., 13 avr. 1972

Paris, 9 sept. 2014, *Al Gobain*, Rép. Gén. No 13/01333

CA Paris., 1^{er} ch., sect. C, 17 févr. 2005, RG n° 2003/22386: JurisData n° 2005-268395; Rev. arb. 2005. 709, note Henry.

CA Paris, pôle 1, ch.1, 10 mars 2011, RG n° 09/28537.

CA Paris, pôle 1, ch.1, 10 mars 2011, RG n° 09/21413.

CA Paris, 10 mars 2011, n° 09/28826, Nykcool AB

Arrêt n° 758 du 25 juin 2014 (11-26.529) - Cour de cassation - Première chambre civile – ECLI:FR:CCASS:2014:C100758

Cass.civ.1m 25 juin 2014, pourvoi n° 26529-11, in *مجلة التحكيم العالمية، العدد ٢٤، ص. ٨١٧*

CA Paris, 1er ch. C, 28 oct 1999m RG n° 1997-24844, JurisData n° 1999-111233

Tribunal de Grande Instance Paris, 2 juillet 1990, *Annhold BV v L'Oréal*, Rev. Arb. 483 (1996)

Versailles 14 nov. 1996 (Sté Scintelle), Rev. Arb. 1997.361 (2^e esp.), note A. Hory.

Tribunal de Grande Instance Paris, 23 Juin 1988, *République de Guinée ctr. NMR... et O...*, Rev Arb 657 (1988).

Cour de cassation,Chambre civile 1,25 juin 2014, 11-26.529, Publié au bulletin

C. Paris (1^{er} ch. C), 12 février 2009 : J. & P. Avax c. Tecnimont – RG n° 07/22164

Paris, 6 avril 1990. Rev. Arb. 1990, note M. de Boisséon

CEL, arrêt *Etat- Ministère des finances contre Société Medreco*, n° 23 du 1^{er} février 1988, in : La Revue de la juridiction administrative au Liban n° 5, 1990-1991, pp. 37-40.

CEL, arrêt n° 639/2000-2001 du 17 juillet 2001, *Etat contre compagnie F.T.M.L (Cellis)*, non publié,

CEL, arrêt n° 638/2000-2001 du 17 juillet 2001, *Etat contre compagnie Libancell s.a.l*, non publié

Works in English

Books

Born, Gary B.: **International Commercial Arbitration: International and US Specs commentary**, second ed., Kluwer Law International, 2001

David, R.: **Arbitration in International Trade**, Paperback, February 7, 1985.

Lalive, Pierre: **On the Neutrality of the Arbitrator and of the Place of Arbitration**, Recueil de Travaux Suisses Sur l'Arbitrage International, Lausanne, 1984.

Redfern and Hunter, **International Commercial Arbitration**, Oxford University Press, 2009.

Slaughter and May, **How to Challenge an Arbitrator's Independence and Impartiality**, PLC Cross-Border, Arbitration Handbook, May 2008.

Graves and Morrissey: **International Sales Law and Arbitration: Problems, Cases, and Commentary**, Chapter 10 – “Arbitration as a Final Reward: Challenges and Enforcement”, 2008.

Articles

Aliaj, Edlira: “Dispute resolution through ad hoc and institutional arbitration”, **Academic Journal of Business, Administration, Law and Social Sciences**; Vol. 2 No. 2; July 2016.

Bond, S. : “Comment rediger une clause d'arbitrage” Bull CCI, Vol. 1 n2 1990. 14 “ How to draft an arbitration Clause”, **ASA Special Series**, n8, 1994.32’ A. Rovine 6 world Arb. 2 Med. Rep. 148, 1995.

Brown, Jenny: “Expansion of Arbitral Immunity: Is Absolute Immunity a Forgone Conclusion?”, **Journal of Dispute Resolution**, vol.2009, issue 1, art.10, 2009.

Calvo, “The Challenge of ICC Arbitrators”, 15(4) **J Int'l Arb** 63 (1998) 71.

Carbonneau, Thomas E.: “A Comment on the 1996 United Kingdom Arbitration Act”, **Penn State Law**, 1998.

De Fina, A.A: “The Party Appointed Arbitrator in International Arbitration. Role and Selection”, **Arb. Interm.**, vol.15 n°4, 1999.381

Delaume, G. R.: “New Swiss Arbitration Statute Emphasizes Party Autonomy and Restricts Judicial Review”, in *The New Law on International Arbitration* 21,31, Swiss Arbitration Association, Basle, 1990.

De Ly, Filip: “The Place of Arbitration in the Conflict of Laws of International Commercial Arbitration: An Exercise in Arbitration Planning”, 12 Nw. **J. Int'l L. & Bus.** 48, 1991-1992.

Domke, M.: “The arbitrator's Immunity from Liability. A Comparative Survey”, **University of Toledo Law Rev.** vol.3 n°1 & 2, 1971.99.

Donahey, M. Scott: “The Independence And Neutrality Of Arbitrators”, **Journal Of International Arbitration**, Geneva, December 1992, Vol. 9 No. 4, p.36.

Gandhi, Karan: “Effect Of Arbitration Agreement Vis A Vis The Jurisdiction Of Specialised Tribunals”, Singh & Associates Law Firm , 2015.

Hausmaninger: “Rights and Obligations of the Arbitrator with Regard to the Parties and the Arbitral Institution – A Civil Law Viewpoint”, ICC International Court of Arbitration Bulletin Special Supplement 36, 1995.

Henderson, Alastair: “Lex Arbitri, Procedural Law And The **Seat Of Arbitration**”, **Singapore Academy of Law Journal**, 26 SAclJ, 2014.

Jalet, Frances T. Freeman: “Judicial Review of Arbitration the Judicial Attitude”, 45 **Cornell L. Rev.** 519, 1960.

Kleiman, Elie: “Challenges of arbitrators: clarification on timeframe and standard of review”, International Law Office, Dec. 2014

Merjian: “Caveat Arbitor: Laker Airways and the Appointment of Barristers as Arbitrators in Cases involving Barrister-Advocates from the Same Chambers”, 17(1) **J Int’l Arb** 31 (2000).

Murphy, Elizabeth A.: “Standards of Arbitrator Impartiality: How Impartial Must They Be - Lifecare International, Inc. v. CD Medical, Inc.”, **Journal of Dispute Resolution**, Volume 1996, Issue 2, Article 7.

Salomon, C. and De Villiers, “The United States Federal Arbitration Act: a powerful tool for enforcing arbitration agreements and arbitral award”, **LexisNexis**, 2014.

Smith, M. L.: “Impartiality of the Party Appointed Arbitrator”, *International Arbitration*, Vol. 6, No. 4. , 1990.

Trakman, Leon: “The Impartiality And Independence Of Arbitrators Reconsidered”, **International Arbitration Law Review**, Sweet & Maxwell, Vol. 10 Int.AL.R p. 999 (2007).

Von Mehren, Robert B.: Concluding Remarks, in **The ICC International Court Of Arbitration Bulletin: “The Status Of The Arbitrator”** 126, 129 (Spec. Supplement 1995).

Conferences

Audley Sheppard, Interim Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitration Awards (2003), (available at kluwerarbitration.com).

Jurisprudence

ASM Shipping Ltd of India v. TTMI Ltd of England [2005] EWHC 2238 (Comm).

AT&T Corporation and another v. Saudi Cable, [2000] 2 Lloyd's Rep 127 (CA), in Julian. Lew, op.cit., p.258 (11-9).

Cofely Ltd v. Anthony Bingham & Knowles Ltd [2016] EWHC 240 (Comm).

Commonwealth Coatings Corp v. Continental Casualty Co, 393 US 145,149 (1968), in Julian. Lew, ; *Comparative International Commercial Arbitration*, op.cit., p.258 (11-9).

Ghirardosi v. Minister of Highways (BC), (1996) 56 DLR (2d) 469, 473.

JCI Communs, Inc. v. IBEW, Local 103, 324 F.3d 42, 51 (1st Cir. 2003); **Nationwide Ins. Co. v. Home Ins. Co.**, 278 F.3d 621, 626 (6th Cir. 2002); **ANR Coal Co., Inc. v. Cogentrix of N.C., Inc.**, 173 F.3d 493, 500-501 (4th Cir. 1999).

Laker Airways v. FLS Aerospace [1999] 2 Lloyd's Rep 45.

R. v. Gough case, Court of Appeal 646, 670, per Lord Goff [1993]Challenge decision of 11 January 1995, XXII 227, paragraph 17 (1997).

Sutcliffe v. Thackrah and others, [1974] A.C. 727 et seq.

Re The Owners of the Steamship "Catalina" and Others and The Owners of the Motor Vessel "Norma" (1938) 61 L.L.Rep. 360.

Re Judge Mangard, 1 *Iran-US CTR* 509, 516-518 .

Websites

<http://www.inter-lawyer.com/lex-e-scripta/articles/arbitratorsimmunity.htm>

<http://scholarship.law.missouri.edu/jdr/vol2009/iss1/10>

https://eguides.cmslegal.com/pdf/arbitration_volume_I/CMS%20GtA_Vol%20I_ITALY.pdf

<http://www.outlaw.com/en/topics/projects--construction/international-arbitration/institutional-vs-ad-hoc-arbitration/>.

<http://www.arbitration-links.de/00000099670ba0802/>

<http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/arbitration/cost-and-payment/>

<http://iccwbo.org/about-icc/hi>

http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf

الفهرس

رقم الصفحة	الموضوع
أ	إهداء
ب	شكر وتقدير
١	تمهيد
٩	المقدمة
١٢	القسم الأول: المحكم وموجباته لجهة الإستقلال والحياد
١٣	الفصل الأول: المحكم
١٤	المبحث الأول: المحكم قاضٍ خاص
١٤	المطلب الأول: مهمة المحكم القضائية
١٩	المطلب الثاني: حصانة المحكم
٢٤	المبحث الثاني: طرق تعيين المحكم
٢٥	المطلب الأول: التحكيم الحر
٢٥	الفرع الأول: ماهية التحكيم الحر
٣١	الفرع الثاني: إختيار المحكمين في نظام تحكيم الأونسيترال
٣٢	أولاً: إختيار المحكم الواحد وفقاً لنظام الأونسيترال
٣٤	ثانياً: إختيار ثلاثة محكمين وفقاً لنظام الأونسيترال
٣٧	المطلب الثاني: التحكيم المؤسسي
٣٧	الفرع الأول: ماهية التحكيم المؤسسي
٤٢	الفرع الثاني: إختيار المحكمين في نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية (ICC) والإكسيد (ICSID)
٤٣	أولاً: إختيار المحكمين في نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية (ICC)
٤٣	١/١- في حال اتفاق الأطراف على عدد المحكمين
٤٤	٢/١- في حال عدم اتفاق الأطراف على عدد المحكمين
٤٥	ثانياً: إختيار المحكمين في نظام تحكيم الإكسيد (ICSID)

٤٥	١/٢ - في حال اتفاق الأطراف على عدد المحكمين
٤٧	٢/٢ - في حال عدم اتفاق الأطراف على عدد المحكمين
٤٩	الفصل الثاني: موجبات المحكم لجهة الإستقلال والحياد
٤٩	المبحث الأول: موجب التقيد بالاستقلال والحياد
٥٢	المطلب الأول: شرط الاستقلال Indépendance de l'Arbitre
٥٣	الفرع الأول: الإعراف العالمي بموجب إستقلالية المحكم
٥٣	أولاً: مفهوم الإستقلال في البلدان الأوروبية ذات التقليد الروماني-الجرماني
٥٣	١/١ - مبدأ استقلال المحكم في القانون الفرنسي
٥٥	٢/١ - مبدأ استقلال المحكم في القانون السويسري
٥٦	ثانياً: مفهوم الإستقلال في بلدان "الكومون لو" (Common Law)
٥٦	١/٢ - مبدأ استقلال المحكم في القانون الانكليزي
٥٧	٢/٢ - مبدأ استقلال المحكم في القانون الأميركي
٥٨	ثالثاً: مفهوم الإستقلالية في البلدان العربية
٥٩	الفرع الثاني: الحالات التي لا يكون فيها المحكم متمتع بالاستقلال المطلوب
٦٠	أولاً: وجود علاقة تبعية مثل عقد العمل بين المحكم وأحد الأطراف
٦٠	ثانياً: وجود علاقة تبعية مثل عقد العمل بين المحكم وأحد الأطراف
٦١	ثالثاً: وجود مصلحة مالية بين المحكم وأحد الأطراف
٦٢	رابعاً: تعيين أحد الموظفين العاميين كمحكم في أحد المنازعات الإدارية
٦٢	المطلب الثاني: شرط الحياد Impartialité de l'Arbitre
٦٣	الفرع الأول: مفهوم "الحياد"
٦٧	الفرع الثاني: الحياد في التطبيق العملي
٦٧	أولاً- الحالات التي لا تكفي لنزع صفة الحياد عن المحكم
٦٨	١/١ - الجنسية
٦٩	٢/١ - إذا سبق وأعطى المحكم رأي معارض (Dissenting opinion) أو مؤيد

	(Concurring opinion) في قرار تحكيمي أو قرار تمهيدي سابق
٦٩	٣/١ - خبرة حسابية
٦٩	ثانيا - الحالات التي لا يكون فيها المحكم متمتع بالحياد المطلوب
٦٩	١/٢ - إبداء المحكم لرأي مسبق بالنسبة للمسألة القانونية المطروحة أو كونه مستشارا، في مرحلة سابقة، لأحد الفرقاء في النزاع.
٧٠	٢/٢ - محاولة تحديد هذه الحالات من خلال المبادئ التوجيهية لجمعية المحامين الدولية
٧٢	المبحث الثاني: موجب الإفصاح Le Devoir de Révéler
٧٣	المطلب الأول: مفهوم موجب الإفصاح
٧٣	الفرع الأول: موجب الإفصاح في النصوص القانونية
٧٣	أولا: موجب الإفصاح في الأنظمة التحكيمية
٧٤	ثانيا: موجب الإفصاح في القوانين الداخلية
٧٦	الفرع الثاني: موجب الإفصاح في التطبيق العملي
٧٦	أولا: المعايير الواردة في نصوص غير ملزمة
٧٧	ثانيا: المعايير الصادرة عن الإجتهد
٧٨	١/٢ - الإمتناع عن التصريح
٧٩	٢/٢ - وجود نقص في المعلومات المفصح عنها
٨٠	المطلب الثاني: الآثار القانونية لموجب الإفصاح
٨٠	الفرع الأول: مدة التقيد بموجب الإفصاح
٨١	الفرع الثاني: المفاعيل القانونية لمخالفة موجب الإفصاح خلال هذه المدة
٨١	أولا: المفاعيل القانونية لعدم التقيد بموجب الإفصاح قبل صدور التحكيمي
٨١	ثانيا: المفاعيل القانونية لعدم التقيد بموجب الإفصاح بعد صدور التحكيمي
٨٣	القسم الثاني: الوسائل الضامنة لهذه الموجبات

٨٤	الفصل الاول: الوسائل التي تطال شخص المحكم
٨٤	المبحث الأول: الطعن بتسمية المحكم
٨٤	المطلب الأول: منع تعيين المحكم ورده
٨٤	الفرع الأول: منع تعيين المحكم
٨٥	الفرع الثاني: رد المحكم Récusation de l'Arbitre
٨٨	المطلب الثاني: أسباب الطعن بتسمية المحكم
٨٨	الفرع الأول: انتفاء الإستقلال والحياد كسبب للطعن
٩٠	الفرع الثاني: المعيار المعتمد لتقدير انتفاء الإستقلال والحياد
٩٢	المبحث الثاني: الحدود المتعلقة بحق الطعن
٩٣	المطلب الأول : عدم جواز التنازل عن حق الطعن
٩٣	المطلب الثاني: الحدود المتعلقة بالمهل
٩٦	الفصل الثاني: الوسائل التي تطال القرار التحكيمي
٩٦	المبحث الأول: رفض إعطاء القرار التحكيمي الصيغة التنفيذية
٩٨	المبحث الثاني: إبطال القرار التحكيمي
٩٩	المطلب الأول : صدور قرار التحكيم رغم تشكيل هيئة التحكيم أو تعيين محكم بصفة غير قانونية كسبب للطعن بقرار التحكيم
١٠١	المطلب الثاني: جدلية الرفض والتأييد حول حاجة حكم التحكيم لدعوى البطلان
١٠١	الفرع الأول: الإتجاه المعارض لدعوى بطلان قرار التحكيم
١٠٢	الفرع الثاني: الإتجاه المؤيد لدعوى بطلان قرار التحكيم
١٠٥	الخاتمة
١٠٩	المراجع
١١٧	الفهرس