جامعة الجزائر
كلية الحقوق

المجلة الجزائرية

للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية

في هذا العدد :

- السؤال البرلماني آلية من آليات الرقابة على عمل الحكومة
- الحماية القضائية الاستعجالية للحريات الأساسية
- اللجان البلدية كآلية لمساهمة المواطنين في تسيير الشؤون العمومية
- السلطات الجديدة المخولة للقاضي الاداري
- النظـام القانوني لاستعمال البصمة الوراثية
- ضمانات معاملة الدولة الجزائرية للمستثمر الاجنبي

ISSN:0035-0699 | ديسمبر 2017 | عدد 04/ 2017

Nouvelle série N°04/2017

REVUE ALGERIENNE DES SCIENCES JURIDIQUES, ECONOMIQUES ET POLITIQUES

UNIVERSITE D'ALGER
FACULTE DE DROIT

REVUE ALGERIENNE

DES SCIENCES JURIDIQUES, ECONOMIQUES ET POLITIQUES

Dans ce numéro :

- **La révision du 6 mars 2016 de la constitution algérienne**
- **L'Accord de Paris et ses répercussions sur l'Algérie**

Nouvelle série N°04/2017 | Décembre 2017 | ISSN:0035-0699

جامعة الجزائر
كلية الحقوق

المجلة
الجزائرية
للعلوم القانونية الإقتصادية والسياسية

الفهرس

أ.د. علاوة العايب

السؤال البرلماني آلية من آليات الرقابة على عمل الحكومة.....7

أ.د . فيروز براني

الحماية القضائية الاستعجالية للحريات الأساسية.....21

فريد دبوشة

الشراكة بين مؤسسات المجتمع المدني والسلطات المحلية كأساس لتحقيق الديمقراطية التشاركية المكرسة بموجب الدستور المغربي لسنة2011 والتعديل الدستوري الجزائري لسنة 2016.....47

فريد دبوشة

اللجان البلدية كآلية لمساهمة المواطنين في تسيير الشؤون العمومية.....83

أ . العيساوي حسين

الحصانة القضائية للمحكم بين الإطلاق و التقييد (دراسة مقارنة).....117

مواسة صونية نادية

السلطات الجديدة المخولة للقاضي الاداري في مجال تدعيم المشروعية الادارية في ظل احكام قانون الاجراءات المدنية والادارية 08 / 09 139

محمد السعيد ليندة

القاضي الإداري الجزائري و منازعات البيئة 167

عبيدي الشافعي

النظام القانوني لاستعمال البصمة الوراثية في الإجراءات القضائية والتعرف على الأشخاص.....179

أ. د. شـــويرب خالد
عقد تأجير الأرحام.....197

أ . د . عواطف زرارة
إعادة التوازن العقدي في عقد البيع على التصاميم دراسة تحليلية على ضوء قانون الترقية العقارية الجزائري.....223

أ . د. بدري جمال
الدعوى المباشرة بين التكييف التقليدي والحديث.....247

أ . زعباط فوزية
التعليق على المادتين 109و 110 من القانون 17 - 04 المعدل و المتمم لقانون الجمارك 79 - 07.....275

أ . سرير الحرتسي خديجة
ضمانات معاملة الدولة الجزائرية للمستثمر الاجنبي في قطاع المواصلات السلكية واللاسلكية.....291

أ . شيخ ناجية
القواعد الإجرائية الخاصة المتعلقة بالبحث والتحري في الجرائم المستحدثة طبقا لتعديلات القانون رقم 15 - 02.....311

أ . منال بوروح
حماية المستهلك من خلال أحكام الالتزام بالمطابقة.....325

أ .بوالكور رفيقة
الإشهار التجاري بين إعلام المستهلك وتضليله.....339

أ . د/ بعجي محمد
مجلس التعاقد عبر الانترنت.....363

أ .د . عبد المالك رابح
الطرق الحديثة لإستثمار الوقف في الجزائر.....383

أ . د . بلحاج فتيحة
تقييم وقياس العائد على الاستثمار في التدريب.....407

أ . د .أوشاعو رشيد
الإشكالات القانونية «للالتزام بالتسليم أو المحاكمة» في الجرائم الدولية(دراسة في ضوء التقرير النهائي للجنة القانون الدولي 2014 وحكم محكمة العدل الدولية 2012).....435

أ . د .بوعمرة اسيا
الرسوم والنماذج الصناعية اية حماية؟.....477

أ . د . شريف هنية
وقف ايرادات براءة الاختراع بين الشريعة الاسلامية والقانون الجزائري 515

أ . عميور خديجة
التمييز الايجابي لصالح المرأة في المواثيق الدولية و القانون الجزائري.....539

أ. والع سهيلة
الدبلوماسية الاقتصادية في ظل التعاون الاقتصادي الدولي.....565

أ . سماتـــي حكيمة
خصوصيــة نظام الجـــزاءات في إطار منظمة التجارة العالميـة.....591

أ . بلهادي عيسى
التوازن بين سيادة الدول واستقلالية المحكمة.....617

الحصانة القضائية للمحكم بين الإطلاق و التقييد
(دراسة مقارنة)

العيساوي حسين

(أستاذ محاضر – ب - جامعة المسيلة)

مقدمة

متى كان التحكيم وسيلة عصرية تتسم بالمرونة في حل المنازعات لا سيما التجارية منها على يد أشخاص يسمون بالمحكمين . فمن مزاياها توفير الوقت والجهد وحفظ الأسرار التجارية لا سيما لما يتعلق الأمر بالشركات العملاقة.

وقد اهتم المجتمع الدولي بتنظيم التحكيم في العلاقات الاقتصادية الدولية منذ نهاية الحرب العالمية الأولى في 1918 ، حيث أسفرت جهود عصبة الأمم عن وثيقتين هما : برتوكول جنيف لسنة 1923 الذي تناول بالتنصيص شروط التحكيم واتفاقية جنيف لسنة 1927 المتعلقة بتنفيذ أحكام التحكيم.

ونظرا لاتساع مساحة العلاقات التجارية بين الأفراد والمؤسسات وحتى الدول ، فلا يكاد يخلو عقد من العقود التجارية من النص على كيفية حل المنازعة التي تنشأ بين المتعاقدين لاحقا ، بل وصل بهما الإصرار على تضمين ذلك الشرط التحكيمي ضمن عقودهما خاصة تلك التي تبرمها مع الدول لا سيما دول العالم الثالث منها بحجة عدم الثقة في قضائها الذي تصفه في كثير من الحالات بعدم الاستقلالية ، الأمر الذي يدفع بها إلى الاحتراز خوفا من المغامرة في الاستثمار بتلك الدول ، وكثيرا ما كانت عقود الامتياز النفطية مكانا خصبا لهذا الشرط التحكيمي.

ومن نتائج ذلك الشرط التحكيمي إسناد الفصل في النزاع إلى هيئة للتحكيم يعينها الأطراف أو عن طريق إحدى مؤسسات التحكيم التجاري الدولي التابعة لبعض الهيئات مثل غرفة التجارية الدولية بباريس.

وكما هو معلوم فإن المحكم يفصل في النزاع بحكم يمهر لاحقا بصيغة التنفيذ فيصبح سندا تنفيذيا وهو بهذه المثابة يكون قد قام بعمل يشبه عمل القضاة التابعين للنظام القضائي للدولة الحالة التي تنتج عنها مشكلة مدى قابلية هذا المحكم للمساءلة القضائية عندما يرتكب خطأ بمناسبة وظيفته القضائية (مع التحفظ على التسمية لوجود اختلاف فقهي حول تكييف عمل المحكم) أم أنه محصن في مواجهة أية ملاحقة قضائية تماما كما هو الشأن بالنسبة للقضاة ؟ خاصة إذا علمنا أن الاتجاه المعاصر بالنسبة لمسؤولية القضاة يميل إلى تحميلها للدولة ، فمن يتحمل مسؤولية المحكم هل هو نفسه (في التحكيم الحر) وعندما يكون التحكيم مؤسساتيا هل يتحملها عنه المركز التحكيمي الذي ينتمي إليه المحكم ؟ وإذا كان المركز التحكيمي موجودا على أرض دولة ما وبموافقتها فهل تتحمل عنه المسؤولية ؟ تلكم هي أهم المحاور التي أتناولها بالدراسة والتحليل .

أهداف الدراسة :

تهدف هذه الدراسة إلى بيان مدى ونطاق وأساس مسؤولية المدنية للمحكم في ظل قانون التحكيم الجزائري مقارنا بغيره من الأنظمة القانونية ؟

هل أن الاعتراف بمسؤولية المحكم تدعم التحكيم وتشجع عليه أم على العكس من ذلك تقوضه وتحد من اللجوء إليه ؟

الإطار النظري للدراسة :

تنقسم هذه الدراسة إلى مقدمة تحتوي على إشكالية وتساؤلات وأهداف ، ومبحثين الأول يتناول طبيعة عمل المحكم وبعبارة أوضح المحكم قاض . ويتناول المبحث الثاني كيفية حماية المحكم أو حصانة المحكم وحدود هذه الحصانة وأساس مسؤوليته المدنية مقارنة بمسؤولية القاضي وتنتهي الدراسة بخاتمة وتوصيات .

أما منهج الدراسة فيعتمد على المقارنة والتحليل .وقبل الخوض في الموضوع يجدر بنا أن نتساءل عن مهمة المحكم هل هو قاض أم مؤدي خدمات

(L'arbitre est un juge ou prestataire de service ?)

المبحث الأول :المحكم قاض

مما لا شك فيه أن المحكم وهو يقوم بوظيفته التي وجد من أجلها وهي الفصل في المنازعات التي يخولها القانون إياه بناء على رغبة أطراف الخصومة بإسناد حلها إلى محكم بدلا من قضائها الطبيعي وهو قضاء الدولة ، لذا وجب تعريف المحكم في (مطلب أول) بوصفه محور هذه الدراسة ثم بيان مهمته في (المطلب الثاني .

المطلب الأول : تعريف المحكم

تعريف المحكم لا يمكن أن يكون بمعزل عن تعريف المهمة ذاتها وهي التحكيم.إذ لم تعرف جل القوانين المنظمة لمادة التحكيم ، المقصود به تاركة ذلك للفقه . ومع هذا فإن بعضا من التشريعات ومنها التشريع المصري رقم 27 لسنة 1994عرفه بالآتي : «ينصرف لفظ التحكيم في حكم هذا القانون إلى التحكيم الذي يتفق عليه طرفا نزاع بإرادتهما الحرة سواء كانت الجهة التي تتولى إجراءات التحكيم بمقتضى اتفاق الطرفين منظمة أو مركزا دائما للتحكيم أو لم يكن كذلك .»[1]

أما الفقه فقد أسهب في التعريف ، ففي فرنسا عرفه الأستاذ Motulsky بأنه : «الحكم في منازعة بواسطة أشخاص يتم اختيارهم ، كأصل عام ، بواسطة أشخاص آخرين ، وذلك بموجب اتفاق.»كما عرفه الأستاذ Jean Robert بقوله : « يقصد بالتحكيم تحقيق العدالة الخاصة وهي إليه وفقا لها يتم سلب المنازعات من الخضوع لولاية القضاء العام لكي يتم الفصل فيها بواسطة أفراد عهد إليهم بهذه المهمة في واقعة الحال .»وبدوره عرفه الأستاذ René David بأنه : «آلية تهدف إلى الفصل في مسألة

1- حفيظة السيد الحداد ، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي ، منشورات الحلبي الحقوقية ، الطبعة الأولى ، 2004، ص 40.

تتعلق بالعلاقات القائمة بين طرفين أو عدة أطراف بواسطة شخص أو عدة أشخاص – المحكم أو المحكمين – والذين يستمدون سلطتهم من اتفاق خاص ويفصلون في المنازعة بناء على هذا الاتفاق ، دون أن يكونوا مخولين بهذه المهمة من قبل الدولة.»[1] كما عرفه الأستاذ Charles Jarrosson بقوله : « التحكيم هو مؤسسة بواسطتها يحل أحد من الغير خلافا بين شخصين أو أكثر ، ممارسا لمهمة قضائية يعهدون بها إليه .»[2]

وعرفه الدكتور أبو الوفا بأنه من خلال المحكم نفسه بقوله : « بأنه شخص يتمتع بثقة الخصوم ، أولوه عناية الفصل في خصومة قائمة بينهم ، وقد يتم تعيينه من جانب المحكمة إذا كان التشريع يجيز ذلك للقيام بذات المهمة المتقدمة .»[3] أما المشرع الجزائري فلم يعرف التحكيم سواء في المرسوم التشريعي 93/ أو في قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08 /09 تاركا ذلك للفقه والقضاء،كما لم يعرف المحكم (l'arbitre) . الشيء نفسه في تشريعات عربية مقارنة رغم حداثتها ومنها تشريع التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2011 والكويتي رقم 11 لسنة 1995 وقبله في قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم 38 لسنة 1980.وقد عرف بعض الفقه المحكم بأنه من يعهد إليه بالفصل في النزاع المعروض على التحكيم أو هو قاض بكل معنى الكلمة ويخضع حتما لكل ما ينص عليه القانون من مبادئ وقواعد، فالمحكم كالقاضي يباشر مهمته بحرية تامة ولحكمه خصائص الأحكام القضائية الصادرة عن القضاء العادي للدولة.كما عرفه جانب آخر بأنه الشخص الذي ينيط به المتخاصمان مهمة الفصل في نزاع حال أو محتمل بينهما أو من تعينه المحكمة استنادا لإرادة الأطراف ذات المهمة بحدود صلاحياتها المنصوص عليها في قانون التحكيم ويتمتع بالصفات الواجبة قانونا.[4]

1- Philippe Fouchard , Emmanuel Gaillard , Berthold Goldman, traité de l'arbitrage commercial international , Delta 1996, p11.

2- حفيظة الحداد ، نفس المرجع ، ص 43.

3- أبو الوفا أحمد ، التحكيم الاختياري والإجباري ، منشأة المعارف (الإسكندرية) دون سنة نشر، ص 153.

4- حمد حمود الصانع ،المسؤولية المدنية للمحكم ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة الشرق الأوسط 2012 ، ص16

من خلال التعريفات السابقة يمكنني أن أعرف المحكم بأنه شخص طبيعي تسند له مهمة قضائية بناء على اتفاقية بين الخصوم للفصل في خصومة قائمة بينهما على أن يرتضيا بما يصدر عنه من أحكام ويمكن أن يكون ذلك ضمن مؤسسة تحكيم دائمة أو لحالات خاصة فقط (Arbitrage institutionnel ou Ad hoc).

المطلب الثاني : وظيـفة المحكم

يستمد المحكم مهمته للفصل في الخلاف القائم بين طرفيه من خلال اتفاقية يعقدونها ويسندون بموجبها حل نزاعهم إلى شخص من الخواص يتفقان عليه بحرية تامة ، على أن تتوفر فيه شروط يضعها المشرع حسب مكان التحكيم ، وكذلك نصت عليها بعض الاتفاقيات الدولية ذات الصلة منها مثلا القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للأمم المتحدة (CNUDCI)أو من خلال لوائح التحكيم المؤسساتي[1]. ومع أن المحكم يستمد سلطاته من اتفاق الأطراف ، الأمر الذي يضفي عليه الطابع التعاقدي، إلا أنه فوق ذلك فهو يتسم بالطابع القضائي كونه يفصل في خصام بين الأطراف بموجب حكم تحكيمي له حجية الشيء المقضي فيه ويصبح قابلا للتنفيذ بعد إمهاره بالصيغة التنفيذية بعد إتباع إجراءات محددة رسمتها قوانين المرافعات الداخلية في كل دولة باعتباره سندا تنفيذيا ومنه التشريع الجزائري [2] (المواد -1035-600 -1036 1051-1054 ق ا م إ).

لا أريد الخوض في تكييف التحكيم لأنها مسألة أسالت كثيرا من الحبر ولا تفيدني في هذا البحث . وعلى هذا نمر إلى بيان الشروط الواجب توفرها في شخص المحكم في فرع أول ، وأسباب رده في فرع ثان على النحو الآتي .

1- انظر على سبيل المثال نص المادة 13 من قواعد التحكيم لمركز المصالحة و الوساطة والتحكيم للغرفة الجزائرية للتجارة والصناعة 2016 المنشورة بموقع المركز www.caci. dz

2- القانون 08 /09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري ، الصادر بتاريخ 25 / 02 /2008 المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية في23/04/2008 عدد 21

الفرع الأول: الشروط الواجب توفرها للممارسة القضائية

إذا اتفقنا مسبقا على أن المحكم كالقاضي يفصل بدوره في خصومات حصلت بين أطرافها بناء على تفويض تشريعي يسمح بذلك -علما وأن بعض النظم القانونية تنفر من التحكيم- فضلا عن وجود عقد التحكيم في شكل شرط تحكيمي أو مشارطة تحكيم ، فإن مهمته نبيلة وشاقة وخطيرة ، لذلك وجب أن تتوفر فيه الشروط الواجب توفرها في القاضي وأهمها الاستقلالية والحياد.

أولا: استقلالية المحكم وحياده

الاستقلالية معناها أن لا توجد للمحكم صلة أو مصلحة بموضوع النزاع أو ارتباطه بأحد الأطراف أو من يمثلهم .[1] إذ من المقرر أن حياد المحكم ضرورة لنجاح التحكيم الداخلي والدولي على حد سواء فلا يصح للمحكم اتخاذ صورة « المحكم – المحامي»ولا صورة المحكم – الخصم».[2]

هذا و تجمع كل القوانين و أنظمة التحكيم (Les règlements d'arbitrage) والاتفاقيات الدولية على أن المحكم يجب أن يكون مستقلا عن الخصوم ، وإذا ما بدا له خلاف ذلك وجب عليه أن يرفض المهمة المسندة إليه.ويعد استقلال المحكم من المبادئ العامة لتولي المهمة القضائية شأنه شأن القاضي ، إذ بها يستقيم أداء الوظيفة على أكمل وجه وتلك الغاية التي من أجلها وجد القضاء [3]وهو إقامة العدل بين الناس ولن يحصل له ذلك إلا بالنزاهة و الاستقلال عن الخصوم ولعل ذلك ما قصده المشرع الجزائري في المادة 241 ق ا م ا بمناسبة تعداده لحالات رد القضاة والتي باستقرائها وتحليلها نصل إلى أن من توفرت فيه إحدى الحالات عجز عن التجرد والاستقلالية وحق للخصوم رده عن الفصل في ملف قضيتهم .

1- ناصر محمد الشرمان ،مرجع سابق ، ص 158

2- منير عبد المجيد ، مرجع سابق ، ص 175

3- أنظر المادة 7 من القانون العضوي 04/ 11 المتضمن القانون الأساسي للقضاء الصادر في 06/ 09/ 2004 المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية في 08/ 09/ 2004 عدد رقم 57 ص 13.والتي جاء فيها « على القاضي أن يلتزم في كل الظروف بواجب التحفظ واتقاء الشبهات والسلوكات الماسة بحياده واستقلاليته.»

هذا وقد نصت المادة 1016 ق ا م ا الجزائري عن حالات رد المحكم ومنها قول النص « ...عندما يتبين من الظروف شبهة مشروعة في استقلاليته ...» وهذا تأكيد وحرص من المشرع على وجوب توفر الاستقلالية في شخص المحكم تحت طائلة رده .

من جهتها قضت محكمة النقض الفرنسية في قرار مبدئي لها بهذا الخصوص قائلة بأن استقلالية الضمير شيء لا مناص منه لممارسة الوظيفة القضائية مهما كان مصدرها ، فهي إحدى الصفات الجوهرية في المحكمين.[1] وتبعتها في ذلك محكمة استئناف باريس بقراره الصادر في 08 /06 /1972 ومحكمة المنازعات الكبرى لنفس المدينة في 22 /03 /1983.

وبدوره نص القانون النموذجي الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون الدولي على ضرورة استقلال المحكم في المادة 12 /2 وكذلك اتجه المشرع الهولندي في المادة 1033، وقانون التحكيم التونسي في المادة 57.

نفس التوجهات أخذت بها لوائح التحكيم الصادرة عن بعض الهيئات التحكيمية مثل نظام غرفة التجارة الدولية (م2 /7) واتفاقية واشنطن المؤرخة في 18 /03 /1965 التي أنشأت مركزا للتحكيم يضم قائمة بأسماء المحكمين شريطة أن يتصفوا بالاستقلال في ممارسة وظائفهم (م 14 /1).

ومن جهته وضع الاتحاد الدولي للمحامين نظاما عام 1987 حول قواعد وسلوك المحكمين الدوليين وقضى بأن المحكم يجب أن يتحلى بالاستقلال عن الأطراف في أي علاقة تربطه بهم أو بشخص آخر له علاقة بالأطراف.[2]

أخيرا يمكننا الاستشهاد بنص المادة 6 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان التي أوصت بحق الفرد في أن تنظر قضيته من طرف محكمة محايدة ومستقلة.غير أن المشكل المطروح يتعلق بتقدير تلك الاستقلالية وذلك الحياد ، إذ أن المسألة نفسية

1- Affaire Ury c/ Galerie Lafayette , in le traité de l'arbitrage...op.cit., p 580

2- ناصر محمد الشرمان ، المركز القانوني للمحكم في التحكيم التجاري الدولي، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع ، الطبعة الأولى 2015 ، ص 163 . .

بحتة ، فقد يتسرب الشك إلى نفسية أحد الخصوم أو ربما كليهما للقدح في استقلالية المحكم دون ان يكون شكهما في محله ؛ وهي المسألة التي عالجتها المحكمة الفدرالية السويسرية في 11 /05/ 1990 ، فالشك يجب أن يكون له ما يبرره . وهذا موقف المشرع المصري في المادة 18 /1 من قانون التحكيم ، [1] وكذلك منحى المشرع التونسي في المادة 57 /1.ومن القرائن الدالة على غياب الحياد والاستقلالية أن يكون أحد الخصوم يحمل جنسية المحكم، ومع ذلك يمكن الإبقاء عليه باتفاق الطرفين . أما إذا تمسك أحدهما برده، فإن لطلب الرد ما يبرره وهو الخوف من عدم استقلالية المحكم وحيدته.

ثانيا : شروط أخرى يجب توفرها في شخص المحكم وجزاء تخلفها

1 - لممارسة مهمة المحكم وضعت التشريعات المختلفة شروطا يجب أن تتوفر في شخص كل من يترشح لممارسة هذه المهمة القضائية النبيلة؛ ومن بينها المادة 1014 من التشريع الجزائري التي اشترطت في تولي وظيفة المحكم ،أن يكون الشخص متمتعا بحقوقه المدنية. بينما اشترطت المادة 10 من مجلة التحكيم التونسية «أن يكون المحكم بالغا سن الرشد ،وأن يكون كفؤا و متمتعا بكامل حقوقه المدنية» فضلا عن الاستقلالية والحياد إزاء الأطراف؛مع انتفاء المصلحة تجاههم.[2] أما المشرع المصري فقد حرص من جهته على ألا يكون المحكم قاصرا ولا محجورا عليه أو محروما من حقوقه المدنية بسبب الحكم عليه في جناية أو جنحة مخلة بالشرف أو بسبب شهر إفلاسه ولم يرد إليه اعتباره (م 16 /1). ويقصد بالأهلية هنا تلك الصفة التي تلحق بالشخص ويتحدد على أساسها قدرته لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات وممارسة التصرفات القانونية. والشروط التي ورد النص عليها بالمادة 16 /1 من قانون التحكيم المصري يمكن أن تترجم إلى شرط وحيد وهو ضرورة تمتع المحكم بالأهلية المدنية الكاملة.[3]

1- منير عبد المجيد ، الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي ، منشأة المعارف (الاسكندرية) ، 2000 ، ص 169

2- مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال ، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية ، الحلبي الحقوقية ، ط 1، 1998 ص207

3- ناصر محمد الشرمان ، مرجع سابق ، ص 149 وما بعدها .

وقد يتبادر إلى الذهن سؤال مهم يتعلق بمدى قابلية قاضي الدولة لأن يختار محكما؟ وجوابا على ذلك نقول أن القانون التونسي مثلا أجاز للقاضي والعون العمومي، أن يكونا محكمين شريطة عدم الإخلال بالوظائف الأصلية، والحصول على ترخيص مسبق من السلطة المختصة قبل القيام بأية مهمة في التحكيم .وللأسف لا نجد نصا مماثلا في التشريع الجزائري ، وكنا نحبذ أن يزيل الغموض عن هذه المسألة لأن القاضي عندما يتصف بالكفاءة العلمية المشهود له بها وبالنزاهة والخلق الرفيع يمكن الاستعانة به كمحكم يقدم إضافة إلى العملية التحكيمية؛ لكنه بهذا الغموض قد يساءل بتهمة الإخلال بواجب التحفظ ؟ وهنا يمكن الأخذ بموقف المشرع الأردني في المادة 17 من قانون استقلالية القضاء.[1] ومن الشروط الواجب توفرها في بعض التشريعات ، شرط الجنسية إذ لا يمكن للأجنبي أن يمارس مهمة المحكم على أراضيها كالتشريع الكولومبي مثلا . ويشترط البعض الآخر شرط الإسلام في المحكم، فلا يجوز لغير المسلم أن يمارس تحكيما على أرض السعودية ،وفي هذا السياق يقول الدكتور عبد الحميد الأحدب بأن الاتجاه الغالب في الفقه في اعتبار أن المحكم يقتضي أن يتمتع بالمزايا نفسها التي يقتضي أن تكون للقاضي وأن يداوم على التحلي بها طيلة الدعوى التحكيمية .

ويقتضي أن يكون القاضي،وفقا لأحكام المجلة (يقصد هنا مجلة الأحكام العدلية لقدري باشا التي كانت مطبقة إبان الحكم العثماني) ذكرا بالغا ،حكيما حرا ، مسلما وعادلا . كما يقتضي أن تكون له الصفات التي تخوله الشهادة، وبالتالي لا يمكن أن يعين حكما كل من المرأة والقاصر والعبد والمسيء والفاسق. ووفقا للنظرية السائدة فإنه ليس بالإمكان تعيين غير المسلمين حكاما وهذا التوجه مستوحى من الآية القرآنية الكريمة التي تقول « ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا» الأمر الذي يدل على أن غير المسلم لا يمكنه أن يكون وصيا على مسلم . ويدخل في نطاق ذلك وصاية المحكم على الفرقاء ، ووصاية الزوج على زوجته ، وهذا التوجه الغالب يعتبر أن هذا هو السبب

1- حمد حمود الصانع ،مرجع سابق ، ص 22.

الذي سمح الإسلام به بزواج مسلم من كتابية دون أن يسمح بزواج مسلمة من كتابي.[1] هذا الرأي بخلاف بعض التشريعات كالفرنسي والمعاهدات الدولية كاتفاقية جنيف للتحكيم[2].

2 - لا يكفي في المحكم أن يكون متمتعا بحقوقه المدنية أو من جنسية معينة أو على دين معين حتى يتمكن من أداء مهمته القضائية ، بل يجب أيضا أن تتوفر فيه مؤهلات القاضي . فالمحكم على الرأي الراجح في الفقه يقوم بمهمة قضائية حتى وإن كانت له أيضا – أي التحكيم - الصفة التعاقدية بالنظر إلى الدور الذي تلعبه إرادة الفرقاء في اختيار المحكم والقانون الواجب التطبيق على مسائل الموضوع والإجراءات ولغة التحكيم وما إلى ذلك . إلا أن الغاية من وراء ذلك العقد التحكيمي هي بلا شك الفصل بإسناد في النزاع إلى محكم بدلا من القاضي الطبيعي (قاضي الدولة) وعلى هذا، عادة ما يتفق الفرقاء على أن تكون في شخص المحكم مؤهلات معينة، ومن ذلك ما نصت عليه اتفاقية واشنطن (18 /03 /1965) في مادتها 14 حيث اشترطت فيمن يترشح للتحكيم أن يتمتع بأخلاق عالية، وأن تكون لديه دراية معترف بها في المسائل القانونية، التجارية ، الصناعية أو المالية.

وفي تحكيم الطوائف (Arbitrage corporatif) عادة ما تنص لوائح التحكيم على أن يكون المحكمون من المهنيين في الفرع المراد عرضه على التحكيم وليس لهذا الاختيار تأثير على القاعدة القائلة بعدم جواز قضاء القاضي بمعلوماته الشخصية ، لأن الأطراف يتوقعون من المحكم تطبيق عادات التجارة الدولية .[3]

وعلى العموم يجوز للفرقاء أن يشترطوا في المحكم صفات معينة ومحددة كالخبرة المهنية في القطاع الاقتصادي أو الدراية الكافية بنظام قانوني معين أو فرع من فروع القانون بالتحديد(العلم الكافي بالقانون البحري أو الجوي...).

1- عبد الحميد الأحدب التحكيم بالصلح في الشرع الإسلامي مقال منشور في مجلة صادرة عن معهد طرابلس الجامعي للدراسات الإسلامية طرابلس لبنان 2000 ص 195 وما يليها .

2- Ph. Fouchard et autres , op. cit ., p473

3- منير عبد المجيد ، مرجع سابق ، ص 175

الفرع الثاني : إعمال الشروط الواجب توفرها في المحكم

لما كانت المهمة الرئيسية للمحكم هي الفصل في الخصومات باتفاق أطرافها ، فيكون من اللازم العمل بتلك الشروط وتجسيدها ميدانيا . ويكون البعض منها وقائيا يلتزم بها المحكم قبل أن يقع في دائرة المسؤولية المدنية ، والبعض الآخر هو توقيع الجزاء عليه عند إخلاله بالتزاماته ؛ ذلك ما نتعرف عليه في النقطتين المواليتين .

أولا : الوسائل الوقائيـة (Les moyens préventifs)

عندما يستشعر المحكم بأنه لا يستوفي الشروط المطلوبة لتولي مهمته كقاض، فإن الوسائل الوقائية هي الأجدى و الأنفع. ومن بينها نجد الالتزام بإعلام الخصوم أو المركز التحكيمي المختص بجميع الوقائع أو الظروف التي من شأنها أن تمس بحياد المحكم واستقلاله كما قد يتبادر إلى أذهان الخصوم وتبعا لذلك إما أن يبقي عليه أو يقيله على ما سنراه في النقطتين المواليتين .

1 - الإلتزام بالكشف (l'obligation de révélation)

كل محكم ملزم بالكشف عن الوضعيات التي من شأنها المساس بحياده واستقلاله إزاء الخصوم وهو ما يعرف بالالتزام بالإعلام. ويشكل هذا الالتزام مبدأ عاما تكاد تجمع عليه معظم تشريعات التحكيم في العالم ومن بينها التشريع الجزائري حيث نصت المادة 1015 /2 ق ا م إ على هذا الالتزام بقولها : « إذا علم المحكم أنه قابل للرد، يخبر الأطراف بذلك ، ولا يجوز له القيام بالمهمة إلا بعد موافقتهم .» وبدوره نص المشرع التونسي في المادة في المادة 57 من مجلة التحكيم على المبدأ ذاته بقوله : « على الشخص حين يعرض عليه احتمال تعيينه محكما أن يصرح بكل الأسباب التي من شأنها أن تثير شكوكا لها ما يبررها حول حياده أو استقلاليته . وعليه ألا يتأخر عن إعلام أطراف النزاع بوجود أي سبب من هذا القبيل إلا إذا سبق له أن أحاطهم علما بها .» والملاحظ على هذا النص تطابقه مع المادة 12 /1 من القانون النموذجي للتحكيم الصادر عن اليونسترال.[1]

1- منير عبد المجيد ، مرجع سابق ، ص 169

ومن جهته نص المشرع الفرنسي على هذا الالتزام في المادة 1452 من قانون الإجراءات المدنية الجديد، وهو مذهب المشرع الهولندي (م 1034) وقانون ولايتي كاليفورنيا(م 83) وتكساس (م 84).كما تضمنت لوائح التحكيم الدولي نصوصا مماثلة ومنها على سبيل المثال المادة 9 من نظام غرفة التجارة الدولية والمادة 2 /7 من لائحة تحكيم مركز CIRDI، والمادة 10 من لائحة الجمعية الإيطالية للتحكيم .[1]

2 - الصلاحيات المخولة لسلطة تعيين المحكم

تملك كل من مراكز التحكيم والقضاء سلطة لتعيين المحكم تسمح لهما كذلك باستبعاده عندما لا تتوفر فيه صفات الاستقلالية والحياد المطلوبة في كل قاض من قضاة النظام القضائي. وبناء عليه ، عندما نكون أمام تحكيم مؤسساتي أو مؤسسي (Arbitrage institutionnel) يكفي الرجوع إلى اللوائح التي تحكم هذا المركز والتي غالبا ما تحتوي على نصوص تبين كيفية تعيين المحكم وكيفية استبعاده من العملية التحكيمية بتخلف إحدى الشروط المطلوبة . أما التحكيم الحر (Arbitrage Adoc) ففيه يملك المحكم المختار صلاحية واسعة لتعيين المحكمين الآخرين للجلوس بجانبه في المهمة التحكيمية ويمارس هذه الصلاحية قبليا (à priori) ، إذ عادة ما يفتقر الشرط التحكيمي لبند يتناول هذه المسألة بالنص عليها ، أو حتى ضمن اللوائح المحتمل تطبيقها، مثل نظام اليونسترال . ومع ذلك فإن الالتزام بالكشف يعد من المبادئ العامة المطبقة على كل تحكيم دولي.

أما القاضي فعندما يكون مدعوا لتعيين المحكم بناء على إرادة الطرفين أو إعمالا للقانون الواجب التطبيق ، فإنه يملك وبكل تأكيد هذه الصلاحية .

ثانيا : العقوبات اللاحقة على تعيين المحكم

بعد أن يتم تعيين المحكم يجوز لكل طرف إثارة مسألة عدم استقلاليته أو لاحياده أو حتى الطعن في كفاءته الخاصة التي تؤهله للقيام بمهمته . ولحل هذه المشكلات أجازت

1- Fouchard et autres , op. cit., p 596

التشريعات الوطنية والمعاهدات الدولية ذات الصلة لأطراف الخصومة التحكيمية أن يمارسوا حقهم في رد المحكم أو الطعن في قراره بعد صدوره وهو ما نتعرف عليه في النقطتين المواليتين .

1 - رد المحكم

تعتبر إمكانية رد المحكم إحدى الضمانات المخولة لأطراف النزاع في مواجهة المحكم، فللخصم رد المحكم في حالة توافر ظرف أو أكثر قد يؤثر على صلاحيته في نظر النزاع. ويقصد بالرد أن يعبر احد طرفي النزاع في خصومة التحكيم عن إرادته في عدم الامتثال أمام محكم معين في قضية معينة لتوافر واحد أو أكثر من الأسباب التي حددها القانون وطبقا للشروط أو الإجراءات التي يحددها. و لا يكون الرد إلا في حالة عدم استيفاء المحكم الشروط المطلوبة فيه كقاض.[1]

وفي عبارة أخرى ، الرد من الجزاءات العادية وذات الخصوصية في الوقت نفسه. فالطرف الذي يكتشف بعد تعيينه للمحكم أن هذا الأخير لا تتوفر فيه الشروط القانونية أن يمارس حقه في رده. وتتزامن أسباب الرد مع الصفات المنتظر توفرها في شخص المحكم كما تضمنتها الاتفاقية التحكيمية .[2] ولعل أهم هذه الأسباب الحياد والاستقلالية الواجب توفرهما في كل محكم وعلى الطرف الذي يريد رد المحكم أن يثبت تخلف هذه الشروط . ولا يجوز طلب الرد من الطرف الذي عينه أو شارك في تعيينه إلا لسبب علم به بعد التعيين عملا بالمادة 1016 ق ا م ا ، والمادة 57 من مجلة التحكيم التونسية.

يتم الرد وفقا لإجراءات رسمها مشرع كل دولة ، ففي التشريع الجزائري يرفع الأمر إما إلى محكمة التحكيم وإما إلى القاضي المختص للفصل في إجراءات الرد بأمر لا يقبل الطعن وهو موقف المشرع التونسي من قبل في المادة 57 والمشرع الفرنسي في المادة 1452 ق ا م ، أما المشرع المصري فلم يبين حالات الرد حصريا في المادة 18 من قانون

1- ناصر الشرمان ، نفس المرجع ، ص 503 وما بعدها .

2- Fouchard et autres , op. cit., p601 et s.

التحكيم المصري ولم يحل إلى الأسباب التي يرد بها القاضي بل أسسه على قيام ظروف تثير شكوكا جدية حول حيدة المحكم أو استقلاله.[1]أما الجزاء الثاني فيتمثل في رفض تنفيذ الحكم التحكيمي .

2 - رفض تنفيذ القرار التحكيمي أو إبطاله

عندما يتبين سبب الرد بعد النطق بالحكم التحكيمي أو عندما يرفض المركز التحكيمي الاستجابة لطلب الرد ، فإن الطرف الذي خسر دعواه يمكنه أن يحتج بهذه الدفوع أثناء دعوى التنفيذ .

لقد أصدرت محكمة النقض الفرنسية قرارا ــ وإن كان يخص التحكيم الداخلي لكنه قابل للتطبيق على التحكيم التجاري الدولي ــ في 13/04/1972 بين / Ury c Galeries Lafayette ، مفاده أن الطرف الذي يجهل الروابط الموجودة بين المحكم وخصمه في النزاع التحكيمي ، يمكنه الطعن ببطلان الاتفاقية التحكيمية على أساس الغلط (L'erreur) في الصفات الجوهرية للمحكم وبالنتيجة بطلان حكمه لوجود عيب في الرضا. ومن جهتها قضت محكمة استئناف باريس في القضية المعروفة بـ : Société Raoul Duvalبإبطال حكم تحكيمي تأسيسا على مقتضيات المادة 1502 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد بدعوى تعيين محكم لا تتوفر فيه الضمانات الأساسية ومنها استقلاليته عن الأطراف .[2]

أخيرا نشير إلى أن الحكم التحكيمي الذي يخرق مبدأ الوجاهية بين أطرافه يمثل مساسا بالنظام العام الدولي بعنوان المادة 1056 ق ا م ا والتي تقابلها المادة 1502 ق ا م فرنسي. وبعبارة أخرى فإن عدم احترام مبدأ الوجاهية يمثل كذلك خرقا للنظام العام الإجرائي ويعتبر كذلك من مشمولات النظام العام الإجرائي خرق حقوق الدفاع لما تثبت علاقة المحكم بأحد الخصوم .

1- الشرمان ، مرجع سابق، ص 504

2- Fouchard et autres , op. cit., p604 .

بعد هذه الإطلالة على العمل المحكم وشروط توليه مهمة التحكيم القضائية على الراجح فقها ، نمر إلى المحور الثاني الخاص بضرورة حماية المحكم في مواجهة دعوى المحتكم أو ما يعرف بالحصانة القضائية للمحكم .

المبحث الثاني : حماية المحكم

لما كان المحكم يقوم بمهمة قضائية للفصل في خصومات أنيطت به بموجب عقد التحكيم شأنه في ذلك شأن القاضي ، فقد كان من الواجب حمايته كما يحمى القاضي التابع للنظام القضائي للدولة سواء أثناء سير الخصومة التحكيمية أو بعدها[1]. ولعل أول حماية للمحكم هي صرامة الشروط المطلوبة لرده ، حتى لا يكون عرضة للتلاعبات واستبعاده لمجرد الشك ، بل أن ممارسة حق الرد يتم في كنف الاحترام الصارم للقانون والأكثر من ذلك أن المركز التحكيمي الذي يقوم بتعيين المحكم لا يملك رده بسهولة وتلك إحدى مظاهر حماية المحكم.

ومع هذا فإن المحكم بعد أن يصدر حكمه قد يكون عرضة لملاحقات يقوم بها عادة الطرف الذي خسر دعواه ؛ لذلك كان من اللازم توفير حماية قانونية له ضد هذه الممارسات حفاظا على سمعة التحكيم ودعمه وانتشاره.[2] وبعبارة أخرى يجب توفير حماية قانونية للمحكم بعد إصداره لحكمه كما توفر الدولة حماية للقاضي عند قيامه بنفس العمل ، لكي يشعر الاثنان بالراحة والطمأنينة اللازمين لكل من يقوم بهذه المهمة الشريفة وهي الفصل في الخصومات بين الناس. وتفريعا على ذلك تم تكريس مبدأ يقضي بحصانة المحكم لكن في إطار حدود واستثناءات .

1- ...Mais voila le principe de protection de l'arbitre contre les mises en causes personnelles auxquelles ils pourrait être confronté est unanimement reconnu .Cette protection confère à l'arbitre une véritable immunité qui lui permet de mener à bien sa mission juridictionnelle. Voir la responsabilité de l'arbitre au regard du droit comparé , article sur internet , le journal d'une doctorante.

2- في نفس المعنى انظر : ناصر الشرمان ، مرجع سابق ، ص 463

المطلب الأول :الحصانة كمبدأ قانوني (النظام الأنجلوسكسوني)

تنادي المحاكم الأنجلوسكسونية ومعها شراح القانون هناك، بضرورة تمتع المحكم بالحصانة القضائية في مواجهة أية ملاحقات لمطالبته بالتعويضات نتيجة قيامه بمهمته القضائية . هذا المبدأ معمول به في الأنظمة الأنجلوسكسونية التي تعطي القاضي حصانة مطلقة، وتسقطها كذلك على المحكم الذي يقوم بنفس المهمة أيضا ؛فالفقه الأمريكي بصفة عامة يؤكد أن المقصود من هذه الحصانة والحماية ليس لشخص المحكم بل وظيفته[1] . وإقرارهذه الحصانة للمحكم من شأنها ضمان مصداقية العدالة التحكيمية ؛ وبناء عليه وفي غياب اتفاقية دولية حول الموضوع تتولى القوانين الداخلية مهمة النص على منح المحكم تلك الحصانة القضائية .[2]

أما مراكز التحكيم الدائمة فتضع لوائحها التي تتضمن نصوصا تخص حصانة المحكمين سواء بإطلاقها أو بتقييدها إلا أنها مع ذلك لم تستعمل مصطلح الحصانة .

أما الأنظمة القانونية التي يمكن أن نعرج عليها لمعرفة موقفها من حصانة المحكم فنجد في المقام الأول النظام القانوني الفرنسي .

المطلب الثاني :النظام القانوني الفرنسي(النظام اللاتيني- الجرماني)

أصدرت محكمة استئناف باريس في 29 /05 /1992قرارا [3] قضت فيه برفض طلب أحد الأطراف الرامي إلى استحضار محكمين بصفتهم شهودا في القضية التي كانوا قد أصدروا فيها حكما تحكيميا ، مؤسسة حكمها على أن المحكم ليس طرفا أجنبيا في النزاع الذي فصل فيه ، وإنه بمجرد قبوله بالمهمة المسندة إليه كمحكم يحمل نفس صفات القاضي وتكون له نفس حقوقه ونفس التزاماته ، ومن ثم فإن سماعه شخصيا في خصومة ليس طرفا فيها غير جائز قانونا .

1- نفس المرجع ، ص 465

2- Fouchard et autres , op. cit., p605 et s.

3- Affaire époux Ronny / Sté Holding RTD com *in* le traité de l'arbitrage ...op. cit ; p606

للإشارة وما دام هذا القرار قد ساوى بين المحكم والقاضي في الحقوق والواجبات فإن الدولة تحل محل القاضي في تحمل التعويضات على أساس الخطأ المرفقي لمرفق العدالة والتي لا تقوم إلا إذا تعلق الأمر بخطأ جسيم أو عند إنكار العدالة (م 127 من قانون التنظيم القضائي الفرنسي).إلا أن هذا الطرح لا يصلح عندما يتعلق الأمر بالمحكم لأنه لا ينتمي إلى النظام القضائي للدولة على اعتباره قضاء خاصا وهذا موقف الأستاذ (هنري موتولسكي) والذي ساندته فيه محكمة النقض الفرنسية بقولها أن المحكمين لا يمارسون أية وظائف عامة وبالنتيجة فإنه لا يمكن إقحام مسؤولية الدولة بعنوان المادة 505 ق ا م فرنسي قديم ضمن ما يعرف بمخاصمة القضاة ، وأن مسؤولية المحكمين أساسها الشروط الواردة في القانون العام .[1]

وبدورها أصدرت محكمة المخاصمات الكبرى في ريمس (فرنسا) حكما في 27/09/1978 أين رفعت دعوى قضائية ضد محكين لمطالبتهم بتعويض الضرر نتيجة حكم أصدروه، فقضت برفض الدعوى مؤسسة إياه على أن مسؤولية المحكمين لا يمكن أن تقوم إلا على خطأ جسيم ارتكبوه مثل التدليس والغش والميل نحو أحد الخصوم . وفي غياب هذه الأخطاء التي تؤسس للتعويض تم رفض الدعوى، وبالمقابل اعتبرت تلك المحكمة أن الدعوى تعسفية وكيدية وحكمت للمحكمين بالتعويض بعد أن فبلت طلباتهم المقابلة.[2]

من جهتها قضت محكمة استئناف باريس في دعوى رفعها محتكمون ضد محكمين بدعوى جهلهم لقاعدة قانونية إجرائية ، أين تصدت لها بالرفض معتبرة إياها بمثابة مساس باعتبار المحكمين المطالبين فقط بالفصل في النزاع وفقا للقواعد القانونية الإجرائية .[3]

1- Voir ph. Fouchard et autres , op. cit., p 607

2- Affaire Floronge c/ Brissart et Corgié *in* le traité de l'arbitrage...op. cit., p607

3-02/10/1985 in la Rev . arb., 1987

حتى وإن كانت هذه الأحكام تخص محكمين في التحكيم الداخلي إلا أن هذا لا يمنع من إسقاطها على التحكيم التجاري الدولي بالنظر لوحدة الهدف من توفير تلك الحصانة ألا وهو حماية المحكم أثناء ممارسة وظيفته القضائية بمنع المحتكمين من إضافة طريق آخر للطعن ، بالإضافة إلى طرق الطعن المرسومة قانونا وهي الطعن في شخص مصدر الحكم نفسه مما سيؤدي إلى زعزعة الثقة في التحكيم إذا لم يلعب القضاء دوره في الحد من الخصومات الموجهة للمحكمين ، أو ما يعرف بالحصانة القضائية للمحكم .

المطلب الثالث : الحصانة في القانون المقارن

أثناء إعداد القانون النموذجي للأمم المتحدة للتحكيم التجاري الدولي ، لم يتم الاتفاق على فكرة حصانة المحكم وحدث بشأنها اختلاف كبير. أما القوانين الداخلية فعلى رأسها القانون الأمريكي الذي خص المحكم بحصانة مطلقة ، في حين تراوحت بعض التشريعات بين إقرارها حصانة مقيدة كالتشريع الألماني والنمساوي والبريطاني والنرويجي. أما التشريع الاسباني الصادر في 5 /12 /1988فقد استبعد بموجب مادته 16 كل حصانة للمحكم وأجاز مقاضاته على أساس المسؤولية المدنية المبنية على التدليس أو الخطأ ؛ بينما أجازها التشريع النمساوي في حالتي الرفض أو التأخير غير المبرر(حصانة نسبية)[1].أما القانون الكندي فقد أقر الحصانة للمحكم قياسا على القاضي العمومي.

وعلى أية حال فإنه من غير المتصور حتى في تلك الدول التي أقرت حصانة مطلقة للمحكم أن تعفيه من المسؤولية في حالة إخلاله الواضح بالتزاماته التي تفرضها عليه مهمته كقاض يفصل في الخصومات حتى وإن كانت مهمته قضائية خاصة .

في الجزائر لم ينص قانون التحكيم سواء ذلك الصادر في 1993 أو في 2009 على حصانة المحكم بل حتى مخاصمة القضاة لم يعد لها وجود في هذا القانون على الأقل من باب القياس عليها ، كما لم ينص التشريع الفرنسي وعموما التشريعات العربية على تناول موضوع حصانة المحكم ومدى قابليته للمساءلة المدنية تاركا ذلك للفقه والقضاء.

1- ناصر الشرمان ، مرجع سابق ، ص 465

المطلب الرابع :حدود الحصانة القضائية للمحكم

تكاد تتفق معظم الأنظمة القانونية على وضع حالات لا يمكن فيها للمحكم أن يتذرع بحصانته القضائية للإفلات من المسؤولية المدنية وهي على العموم تدور حول معيارين، الأول هو عدم تنفيذه لالتزامه بواجب الكشف عن عدم استقلاليته أو حياده ومكاشفة الأطراف بذلك لتمكينهم من أخذ موقف منه ، والثاني في حالة إخلاله بالتزامه كقاض وذلك على التفصيل الآتي :

الفرع الأول :مسؤولية المحكم في حالة عدم تنفيذ التزامه بالكشف

سبق أن رأينا التزامات المحكم ومنها الالتزام بالكشف عن وضعية تتعارض مع مهمته كمحكم يستقيم معها أداؤه في الفصل في الخصومة الموكولة إليه بنزاهة وفي كنف الحياد التام . ومتى تبين له أنه لن يستطيع ضمان حياده واستقلاله وجب عليه الكشف عن ذلك للأطراف التي عينته . وفي حالة امتناعه عن هذا الالتزام واستمراره في الجلوس للقضاء بين الخصوم مع علمه بالمانع ترتبت مسؤوليته المدنية ووجب عليه الضمان والتعويض للمتضرر من الخصوم، فضلا عن قابلية حكمه للإلغاء ومع ذلك فإن أحد الخصوم بلا شك يكون قد ضيع وقته وماله فيستحق التعويض عن الضرر تطبيقا للقواعد العامة للمسؤولية المدنية [1]، ويفقد المحكم بذلك حصانته أو بعبارة أخرى تتحول الحصانة من مطلقة إلى مقيدة أو نسبية.

في فرنسا كانت هنالك مناسبتان للنظر في وضعيات كهذه ، الأولى تخص شركة (Société Annahold B .V) حيث تبين أن المحكم الوحيد المعين كان مستشارا ماليا للخصم وكان يتلقى منه مكافآت مالية كل ثلاثي بقيمة 125000 فرنك فرنسي نظير مهمته، ولما تبين لها ذلك رفعت ضده دعوى استعجالية من ساعة لأخرى يوم 26 / 06 /1990 لرده إلا أنه مع ذلك أصدر قراره التحكيمي في اليوم الموالي بتاريخ 27 /06 /1990 .وعندها قامت الشركة المذكورة برفع دعوى لإلغاء ذلك القرار التحكيمي أما

1- في هذا المعنى ، أنظر احمد أبو الوفا ، مرجع سابق ، ص 217

محكمة استئناف باريس التي ألغته فعلا مؤسسة قرارها على وجود عيب في الرضا شاب الاتفاقية التحكيمية .وبناء عليه رفعت الشركة دعوى للمطالبة بالتعويض ضد خصمها والمحكم فصدر حكم قضى لها بالتعويض بني على أحكام المادة 1382 من القانون المدني الفرنسي وألزم المحكم برده للشركة المدعية مبلغ 600.000 فرنك التي قبضها كأتعاب مع فائدة في حدود النسبة القانونية المعمول بها تسري من يوم قبضه للأتعاب.[1]

وفي قضية أخرى تدعى «Société Raoul Duval/Merkoria Sucden» [2] أين قام خصمها في اليوم الموالي من صدور الحكم التحكيمي بتوظيف رئيس هيئة التحكيم الفاصلة في النزاع لديها ولدى عرضها لدعواها أمام محكمة استئناف باريس قضت هذه الأخيرة بإبطال القرار التحكيمي تأسيسا على غياب استقلالية المحكم (défaut d'indépendance) ومنه التشكيل غير القانوني للمحكمة التحكيمية .وقد رفعت الشركة المذكورة دعوى للمطالبة بالتعويض ، وفعلا تم الحكم لها بالتعويض تأسيسا على خرق المحكم لواجب الكشف للخصوم عن عدم استقلاله وحياده إعمالا للمادة 1452 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي مستبعدة في الوقت ذاته أحكام المادة 505 إجراءات قديم بدعوى أن المحكم لا يمارس وظيفة عامة .واستطردت المحكمة تقول بان أساس هذه المسؤولية يوجد في القانون المشترك (le droit commun) وتحديدا في المادة 1142 من القانون المدني الفرنسي.ومع هذا فقد علق الفقه على الحكمين هل يقومان على مسؤولية المحكم التقصيرية أم على مسؤوليته العقدية ؟

الفرع الثاني : مسؤولية المحكم في حالة الخطأ المتعمد

بصرف النظر عن النظام القانوني المعتمد ، فإن قضاء الدول الأنجلوسكسونية وتشريعاتها التي تأخذ بحصانة كاملة للمحكم (immunité totale de l'arbitre)، ومع ذلك تميل إلى ترتيب مسؤولية المحكم في حالات الغش والخطأ الجسيم وإنكار العدالة بوصفها أخطاء لا يمكن التسامح فيها وتجاوزها لكي لا يجد بعض المحكمين من الحصانة

1- Voir Ph. Fouchard et autres , op. cit., p 611 et s

2- Paris 1ére . ch.,12/10/1995 , *in* la revue de l'arbitrage. 1999p .324

المطلقة مطية للتلاعب بتلك المهمة النبيلة التي أسند فيها الخصوم حل نزاعهم لمحكم كبديل لقاضي الدولة أملا في البحث عن عدالة أكثر عدلا .

ففي الولايات المتحدة الأمريكية التي تمنح المحكم حصانة مطلقة وكاملة ،تستثني حالتي الغش ونية الإضرار ، وكذلك الحال في تشريع دولة ماريلاند(Maryland) . وفي بريطانيا وبمناسبة إعداد قانون التحكيم من طرف دائرة التجارة والصناعة (D.T. I) نص هذا القانون على عدم إمكانية مساءلة المحكم بفعل أو ترك ما عدا في حالة ثبوت أنه قام بذلك بسوء نية .وبدوره نص قانون استراليا على عدم مسؤولية المحكم حتى في حالة الإهمال باستثناء حالة الغش..أما قضاء فرنسا فقد كان حذرا غير أنه يأخذ بمسؤولية المحكم في حالات الغش والتدليس والخطأ الجسيم .[1]

إن محكما خان مهمته وثقة الأطراف ليس جديرا بأية حماية قانونية ومن حق المتضرر أن يطالبه بالتعويض تطبيقا لقواعد المسؤولية المدنية بنوعيها فضلا عن حرمانه من تقاضي أتعابه ومن تولي المهنة مرة أخرى كجزاء تأديبي، وقد يصل الخطأ إلى درجة التجريم كتقاضي رشوة من أحد الطرفين[2] أو سرقة وثائق أو تزويرها أو إنشاء مراكز تحكيم وهمية لا وجود لها في الواقع ، أو أن المحكمة التحكيمية مكونة من محكم واحد فقط ساعده محكمان لا علاقة لهما بالتحكيم وأن المحاضر المنجزة مزوة وهي وقائع حصلت فعلا وتمت معاقبة مرتكبيها [3]... وكلها جرائم يعاقب عليها القانون في كل مجتمع متحضر ويكون الاختصاص الجزائي فيها لمحكمة مكان وقوع الفعل المجرم تطبيقا لمبدأ إقليمية النص الجزائي كأصل عام .

ما يلفت الانتباه أن مراكز التحكيم ومع ارتفاع تكاليفه لديها فإنها تحمي محكميها

1- Ph. Fouchard et autres , Op. cit., p 613 et s.

2- لا يعتبر المحكم موظفا ومع ذلك فهو يأخذ حكمه عندما يتعلق الآمر بتقاضيه رشوة من احد الخصوم . انظر في هذا المعنى الوجيز في القانون الجزائي الخاص، الجزء الثاني، دارهومة (الجزائر) ط 15 ، 2014 /2015 ، ص 18

3- Thomas Clay « l'arbitre» , thèse , Paris2, Dalloz 2000 p708 .

من خلال نص لوائحها على إعفائهم مسبقا من المسؤولية وهو ما يطرح أكثر من سؤال حول إمكانية ملاحقة المركز تطبيقا لمسؤولية المتبوع عن فعل تابعه باعتباره هو من قام باعتمادهم للعمل لديه والمثال الحي على ذلك نص المادة 34 من نظام غرفة التجارة الدولية التي تبنت المذهب الانجلوسكسوني في إقرار الحصانة المطلقة لمحكمة التحكيم ؟[1]

خاتمة

التحكيم أداة فعالة في حل النزاعات التجارية الدولية على الخصوص وقد لقي عناية فائقة في المجتمع الدولي من خلال القوانين النموذجية للتحكيم أو من خلال التشريعات الوطنية لكل دولة على حدة . ويجد أساسه في إرادة الخصوم بمنح تلك المهمة النبيلة والشريفة لشخص أو أشخاص أو مؤسسات تحكيمية تكون محلا لثقتهم رغم تكاليفه الباهظة. ومع هذا قد يحيد المحكم - وهو بشر يصيب ويخطئ عمدا أو تقصيرا فقط – عن أداء تلك الوظيفة القضائية بنزاهة وحياد فيكون مصيره الملاحقة القضائية لمطالبته بالتعويض متى كانت الدولة التي يجري على أرضها التحكيم تقر بمسؤولية المحكم ولا تمنحه تلك الحصانة القضائية. أما لما يكون المحكم على تراب دولة مثل بريطانيا أو أمريكا أو غيرهما من الدول الأنجلوسكسونية فإن المحكم يتحصن من الملاحقة ويفلت من التعويض ، وهنا يجد الطرف المضرور من سلوك المحكم نفسه في مواجهة الواقع الحتمي ؟ فإلى أين يتجه حينذاك .

إنه لا إفراط ولا تفريط ، وخير الأمور أوسطها لذلك في تقديري واعتقادي يتعين ضبط هذه المسألة الحساسة، من جهة نحمي فيها المحكم ونشجع فيها اللجوء للتحكيم؛ومن جهة أخرى نحمي الطرف المضرور نتيجة ممارسة غير أخلاقية قد يقوم بها المحكم لا سيما عندما يتعمد ذلك وينحاز لأحد الخصوم انحيازا بينا ، فنصل بذلك إلى إقرار حصانة نسبية فقط يتمتع بها المحكم ضمانا لحسن أداء وظيفته وليس منة له لشخصه بوصفه محكما .

1- Ni les arbitres , ni la cour ou ses membres , ni la chambre de commerce internationale ou son personnel, ni les comités nationaux de la chambre de commerce internationale, ne sont responsables envers quiconque de tout fait , acte ou omission en relation avec un arbitrage.