أنواع حصانة المحكم في التحكيم التجاري الدولي دراسة مقارنة

أ. د. وليد خالد عطية الباحثة. أريج مؤيد عبد المنعم

كلية القانون / جامعة البصرة

الملخص

إن اضطلاع المحكم بعمل قضائي أدى إلى ظهور اتّجاهات تنادي بضرورة منح المحكم الحصانة من المسؤولة المدنية اسوةً بقاضي الدولة، بيد أن اختلاف الأنظمة القانونية بشأن أنواع حصانة القاضي أنعكس بدوره على حصانة المحكم، إضافة إلى وجود الرابطة العقدية بين المحتكمين والمحكم والتي لا وجود لها بالنسبة للقاضي ساهمت هي الأخرى في تجسيد هذا الاختلاف، فبينما نجد بعض الأنظمة القانونية من تمنح المحكم حصانة مطلقة والتي بمقتضاها لا يسأل المحكم عن أي خطأ يصدر منه مهما كانت جسامته من أجل الوصول إلى انهاء النزاع، وبموجب هذه الأنظمة يعتبر محل التزام المحكم هو اصدار قرار التحكيم ولا يهم بعد ذلك طريقة الوصول إلى هذا القرار، في حين تبنت أنظمة أخرى الحصانة النسبية والتي بمقتضاها يسأل المحكم عن عدم صدور قرار التحكيم وكذلك إذ ما صدر قرار التحكيم بيد أن طريقة الوصول إلى هذا القرار كانت تنطوي على الغشّ أو التدليس أو الخطأ الجسيم، هذا وقد أدى غياب التنظيم التشريعي لحصانة المحكم إلى قيام المؤسسات التحكيم بتضمين أنظمتها مواد تقضي بإعفائها وإعفاء المحكمين التابعين لها من المسؤولية، وقد توصلنا إلى أن هذا النوع من الإعفاء لا يعد حصانة بالمعنى القانوني الدقيق وإنما هو مجرد شرط للإعفاء من المسؤولية يخضع لشروطه وأحكامه، وأيضاً تبين لنها إن الحصانة التي بمقتضاها يسأل المحكم عن أخطاء معينة أي الحصانة النسبية هي الأجدر بالتأييد؛ كونها تراعي مصلحة المحكم من حيث عدم تعرضه للمسؤولية عن أي خطأ يصدر منه، وكذلك مصلحة الخصوم وذلك بتمكينهم من مسائلة المحكم إذ ما صدرت منه أعمال تفوق الحاجة من منحه الحصانة كالأعمال التي تنطوي على الغشِّ أو الخطأ الجسيم، والتي انتهينا بها كتوصية لمشرعنا العراقي كي يأخذها بالحسبان عند وضع تشريع خاص بالتحكيم التجاري الدولي.

Types of Immunity of the Arbitrator in the International Commercial Arbitration (A Comparative Study)

Prof. Dr. Waleed Khalid Attiya
Researcher. Areej M. Abdul -Munaim
College of Law / University of Basrah

Abstract

The fact that the arbitrator carried out a judicial act led to a number of trends calling for the granting of immunity from civil liability, as was the case with the state judge, However, the difference in the legal systems on the types of immunity of the judge also reflected the immunity of the arbitrator, in addition to the existence of the contract between the conflicting parties and the arbitrator, which dose not exist for the judge also contributed to the embodiment of this difference, while some legal systems to grant the arbitrator absolute immunity, under which the arbitrator dose not ask for any error issued by him/her, no matter how serious, in order to reach an end to the dispute, making decision arbitration dose not matter than how to reach this decision, while other systems adopted qualified immunity by which the arbitrator is asked not to issue the award, and also if the award was issued however the method of access to this decision was fraudulent or serious error, and the absence of legislative regulation of the immunity of the arbitral institution to include in their systems articles exempting them and exemption of the arbitrator of the responsibility, and we have concluded that this type of exemption is not immunity in the strict legal sense, but is only a condition of exemption from liability subject to its term and condition, and we were also shown the qualified immunity is the most appropriate by taking into account the interest of the arbitrator in terms of not being responsible for any mistake issue by as well as the interest of the adversaries by enabling them to answer the arbitrator because its issue error more than the need of the existence of immunity such as acts involving on fraud or gross error, which we concluded as a recommendation to our Iraqi legislator to take in to account when drafting legislation on arbitration.

المقدمة

أولاً: جوهر فكرة البحث

لقد عرف الإنسان التحكيم منذ القدم، وحتى قبل ظهور الدولة نفسها، كوسيلة اتفاقية لحسم المنازعات التي تنشأ بين الأفراد والقبائل والشعوب بواسطة شخص ثالث، وظل هذا النظام في تطور وازدهار قائم يوماً بعد يوم إلى أن أصبح ظاهرة من ظواهر العصر الحديث، الذي يتسم بتشابك العلاقات والمصالح، إذ إن تطور وازدهار التحكيم في العصر الحديث كان نتيجة منطقية لتزايد المبادلات والمعاملات التجارية التي شهدها العالم وعلى المستويين الداخلي والدولي؛ لذا فقد أولته معظم التشريعات أهمية قصوى وانتشرتْ كنتيجة له مراكز التحكيم على المستويات المحلية والإقليمية.

وغني عن البيان أنه كلما ازداد دور التحكيم وأهميته ازداد دور القائم به ألا وهو المحكم، إذ إن نجاح أي نظام يتوقف على نجاح الشخص القائم به، فالمحكم هو أهم عنصر من عناصر التحكيم والذي يقوم بدور كبير وفعال من أجل التوصل إلى حل للنزاع المطروح أمامه على نحو يرضي الأطراف المتنازعة.

فالمحكم يقوم بعمل قضائي، وهذا العمل يتطلب منه الحياد والاستقلال تجاه أطراف النزاع، وبالنتيجة يتطلب منه إصدار قرار لصالح طرف ضد طرف آخر، وحتى يصل المحكم إلى هذا القرار فقد يقتضي به الأمر ترجيح دليل دون دليل آخر أو سماع شهادة شاهد دون شهادة أُخرى، وغيرها من الأمور التي يتطلبها العمل القضائي، وعمله هذا قد لا يرضي أحد الأطراف ومن ثم قد يتَعرض للمحكم من خلال رفع دعوى المسؤولية، وهذا بدوره يؤثر على حياد الأخير واستقلاله، فمن هنا برزت الحاجة إلى وسيلة قانونية تردّ عن المحكم مثل هذا التعرض، حتى تتحقق حريته واستقلاله في إصدار قرار تحكيمي عادل، وهذه الوسيلة هي الحصانة القضائية من المسؤولية المدنية، ولكن ليس معنى ذلك أن يصبح المحكم بهذه الحصانة فوق القانون لا حسيب ولا رقيب عليه، وإنما حصانة المحكم ليست مطلقة من كل قيد وحدّ يحكمها وإن تباينت الاتّجاهات بشأنها، إذ إن هذه الحصانة ينبغي أن تكون في ميزان المشروعية وأن تتماشى مع الغرض الذي تقررت من أجله، ومن ثم إن تجاوز المحكم أو خروجه عن هذا الغرض من شأنه أن يعرضه للمسؤولية الكاملة.

ثانياً: أهمية موضوع البحث وأهدافه

تتداخل أهمية موضوع حصانة المحكم في التحكيم التجاري الدولي مع الهدف من دراسته، إذ إن دراسة هذا الموضوع تهدف إلى مناشدة المشرع العراقي لأن يضع قواعد تفصيلية لحصانة المحكم كونها لم تنظمْ بعد، لما في ذلك من أهمية على الصعيدين الخاص والعام، فعلى الصعيد الخاص فأن من شأن تنظيم حصانة المحكم توفير الحماية الكافية للقائم بالعمل القضائي(المحكم) من أجل تحقيق عدالة تضاهي عدالة القضاء، وغرس الثقة والطمأنينة أيضاً في نفوس الأطراف من عدم تحيّز المحكم لأحد أطراف التحكيم خشية مقاضاته، أما على الصعيد العام فإن من شأن تنظيم موضوع حصانة المحكم تشجيع الأشخاص وبالأخص الأشخاص ذات المراكز المرموقة على العمل كمحكمين وهذا ما ينسجم مع التوجهات الحديثة الداعمة للتحكيم لغرض تخفيف العبء عن كاهل القضاة ومنع تكدس القضايا أمامهم، إذ إن المجتمعات اليوم تعاني من بطء التقاضي وبالأخص ما يتعلق بالنشاط التجاري لذا فقد أصبح اللجوء إلى التحكيم أمراً لابدَّ منه، ولعل تدعيم مركز المحكم وإحاطته بالضمانات الكافية والتي تتمثل هنا بالحصانة من المسؤولية المدنية من شأنه أن يسهم في تحقيق هذا الغرض.

ثالثاً: اشكالية البحث

تتجسد مهمة المحكم في الفصل في النزاع المعروض عليه بعد اتباع سلسلة من الإجراءات القضائية، وإصدار قراره فيه والذي يصبح بعد إسباغ صيغة التنفيذ عليه سنداً تنفيذياً، فهو بهذا يقوم بعمل القضاة التابعين للدولة، وهذا يفترض أن يعفى المحكم من المسؤولية المدنية وأن يتمتع بالحصانة التي تكفل له ممارسة وظيفته القضائية دون أن يهدده خطر قيام هذه المسؤولية، وبذات الوقت يرتبط المحكم مع المحتكمين بمقتضى عقد تترتب بموجبه جملة من الالتزامات التي تقع على عاتق المحكم ومن ثم من الممكن أن تتحقق مسؤوليته عند إخلاله بها، لذا فإن مشكلة البحث الأساسية تتجسد في البحث عن أنواع حصانة المحكم في ظل الطابع المزدوج لعمله، فهل هي حصانة مطلقة بحيث لا يسأل المحكم عن كل ما يقع منه من أخطاء في سبيل الوصول إلى قرار حاسم للنزاع؟ أم إنها حصانة نسبية يستثنى منها أخطاء وأفعال معينة كالأفعال التي يأتيها المحكم بصفته متعاقداً؟

وفي حال عدم وجود نص تشريعي منظم للحصانة فهل يتصور أن تنشأ هذه الحصانة بالاتفاق؟ وما مدى شرعية القواعد التي تضعها المؤسسات التحكيمية والتي تقضي بإعفائها وإعفاء المحكمين التابعين لها من المسؤولية؟

رابعاً: منهجية البحث وتقسيماته

لقد اقتضت ضرورة الإلمام بمختلف جوانب البحث وتحليل أبعاده والإجابة عن الإشكالية المطروحة أن نعتمد أسلوب البحث التحليلي المقارن، من خلال تحليل النصوص القانونية المتاحة في القانون العراقي ومقارنتها مع القوانين الأخرى، كالقانون المصري والقانون الفرنسي وبعض القوانين الأنكلو أمريكية، مع الاشارة إلى موقف بعض القوانين كلما اقتضت الضرورة ذلك، وكذلك عرض الآراء الفقهية وتعزيزها بالقرارات القضائية ذات الصلة من أجل ابراز الجانب العملي لهذا الموضوع.

أما عن تقسيمات البحث فقد اعتمدنا في بحث موضوع أنواع حصانة المحكم التجاري الدولي التقسيم الثنائي، من خلال تقسيم الموضوع على مبحثين، الأول منها سيكون محلاً لبحث الحصانة القانونية يتناول المطلب الأول منه الحصانة المطلقة، أما الثاني فخصصناه لبحث الحصانة النسبية، أما بالنسبة للمبحث الثاني فقد جاء تحت عنوان الحصانة الاتفاقية وبمطلبين أولها مخصص لبحث مفهوم الحصانة الاتفاقية وثانيهما لموقف القوانين وأنظمة المؤسسات التحكيمية من الحصانة الاتفاقية كلاً في مطلب مستقل.

المبحث الأول/ الحصانة القانونية

يقصد بالحصانة القانونية تلك التي يكون مصدرها القانون دون الحاجة إلى اتفاق بشأنها، سواء كان القانون ينظمها بشكل مباشر بمقتضى نص صريح، أم يتم التوصل إليها عن طريق الاجتهاد، وهي على نوعين، الحصانة المطلقة والحصانة النسبية، ويعتمد هذا التقسيم على النظام القانوني الخاص بحصانة القاضي في كل دولة على اعتبار أن حصانة القاضي هي مصدر حصانة المحكم، وبناء على ذلك سنتولى بحث هذا المبحث في مطلبين، أما الأول فخصصناه لبحث الحصانة المطلقة وسيكون الثاني محلاً لبحث الحصانة النسبية.

المطلب الأول: الحصانة المطلقة

تقوم فكرة الحصانة المطلقة على حماية القائم بالعمل القضائي أثناء قيامه بهذا العمل وتستمر هذه الحماية وتثبت بشكل نهائي ومطلق بإنجاز العمل القضائي وذلك بصدور الحكم النهائي الحاسم للنزاع، من خلال منع التعرض للطريقة التي وصل إليها القائم بالعمل القضائي إلى هذا الحكم، وللإحاطة أكثر بهذا الموضوع قسمنا هذا المطلب على فروع عدّة لبحث مفهوم هذا النوع من الحصانة ومبرراته ومتطلباته وكذلك الاستثناءات الواردة عليه، وعلى النحو الآتي:

الفرع الأول: مفهوم الحصانة المطلقة

يقصد بالحصانة المطلقة، حماية المحكم من جميع الدعاوي المدنية التي ترفع عليه من قبل الخصوم[١]، ولقد عرف هذا النوع من الحصانة في الولايات المتحدة الأمريكية والتي تعدّ الأدوار التي يقوم بها القضاة والمحكمين هي أدوار متشابهة أي أنها أخذت بالطبيعة القضائية للمهمة التحكيمية وهذا ما يعتبر أحد أسباب منح المحكم الحصانة المطلقة[٢].

وعلى الرغم من أن الحصانة المطلقة سائدة في الولايات المتحدة الأمريكية بيد أن هذا النوع من الحصانة يجد جذوره في القانون العام الإنكليزي (قبل صدور قانون التحكيم الإنكليزي ١٩٩٦)[٣] ، وتعود النشأة التاريخية للحصانة إلى أوائل القرن السابع عشر في إنكلترا حين أعلن اللورد(koke) أن القضاة غير مسؤولين عن الأضرار الناتجة عن قراراتهم، وكانت هذه بمثابة القاعدة العامة للحصانة القضائية، وبين أغراض هذه القاعدة أيضاً والمتمثلة بضمان نهائية القرارات القضائية، والحفاظ على استقلال القضاة، وإدامة الثقة بالنظام القضائي، وحدد اللورد (koke) أيضاً متطلبات الحصانة القضائية والمتمثلة بالفعل القضائي فضلاً عن الاختصاص، بمعنى إن القاضي لا يكون محصناً عما يصدر منه من أفعال إدارية أو تشريعية أو شخصية، وكذلك لا يتمتع بالحصانة متى كان يتصرف في غياب واضح للولاية القضائية[٤].

وقد تبنت المحاكم الأمريكية فكرة الحصانة القضائية عام ١٨٧١ ووسعت من نطاقها فقد قضت المحكمة الاتحادية العليا "إن قضاة المحاكم العليا أو العامة غير مسؤولين

مدنياً عن أفعالهم القضائية حتى لو كانت هذه الأفعال زائدة عن اختصاصهم القضائي أو زعم أنها قد تمت بصورة فيها خطأ أو فساد".

ولما كان الغرض من منح الحصانة هو حماية الخصوم وحماية العملية القضائية من خلال ضمان نزاهة القضاة واستقلاليتهم وليس لغرض حماية من يشغل المنصب القضائي، أي أن منح الحصانة هو وسيلة لتحقيق غاية وليس غاية بحدِّ ذاتها، لذا يتطلب تحقيق هذا الغرض منح الحصانة إلى كلِّ من يقوم بوظيفة قضائية ولو لم يكن قاض فعلاً[٥].

وقد وضعت المحكمة الاتحادية العليا في الولايات المتحدة الأمريكية معايير معينة يمكن الرجوع إليها لمعرفة ما إذا كان الشخص تشمله الحصانة القضائية من عدمه، وتتمثل هذه المعايير، ب: ١- ما إذا كان الشخص المعني يقوم بعمل مماثل لعمل القاضي (وظيفة شبه قضائية)، ٢- ما إذا كان النظام الذي يخضع له الشخص المعني فيه ضمانات كافية للطرف الأخر بحيث تبرر استبعاد دعوى المطالبة بالتعويض، ٣- ما إذا كانت مسألة مقاضاة الشخص المعني احتمال واقع على اعتبار أن أحد الأطراف سيخرج خاسراً لصدور الحكم ضده، ٣- ما إذا كان عمل الشخص المعني يعتمد بشكل كبير على سلطته التقديرية (أي يعتمد على الجهد العقلي).

وبناء على ذلك منحت الحصانة لكاتب المحكمة والمحققين والمحلفين...الخ[٦]، ولم يقتصرْ منح الحصانة على العاملين في محاكم الدولة وإنما جُري منح الحصانة لأي فرد يعمل كمحايد بين طرفين متنازعين، كالمهندسين في منازعات الإنشاءات، والمقيم الذي يحل تقييماً عليه خلاف أو نزاع، واللجان الثنائية لحل مظالم ومنازعات العمل...الخ، فكلما كان عمل الشخص مقارب لعمل القاضي كلما سهل شموله بالحصانة.

ولعل من أكثر المهام مقاربة لوظيفة القاضي هي مهمة المحكمين الذين وصفتهم المحكمة العليا في أحد قراراتها (كقضاة يختارهم الطرفان لإصدار قرارهم في القضايا المعروضة عليهم)[٧].

إلا أنه ما يلاحظ أن المحكمة اشترطت التماثل أو التشابه بين الوظيفة القضائية والمهمة التحكيمية، فهذا يعني أن الولايات المتحدة الأمريكية على الرغم من أنها أخذت بالطبيعة القضائية للمهمة التحكيمية، إلا أن هذه الطبيعة القضائية لا تثبت للمحكم على سبيل

القطع واليقين وإنما على سبيل التجاور والتشابه بخلاف ما ذهب اليه البعض من أن مهمة المحكم مهمة قضائية أصلية[٨]، وما يترتب على ذلك أن الحصانة لا تمنح للمحكم ابتداءً وبشكل مباشر وإنما بعد التحقق من التشابه بين مهمة المحكم ووظيفة القاضي وفي كل حالة على حدة.

بيد أن هذا التشابه المطلوب لمنح الحصانة ليس كاملاً فالمحكم مثلاً لا يرجع إلى السوابق القضائية وحكمه غير قابل للتمييز، ويستمد سلطته من إرادة الأفراد...الخ، فالمحاكم الأمريكية تعترف بهذا الاختلاف الواضح بين المحكم والقاضي ومع ذلك تعترف له بالحصانة المطلقة، طالما أنه يقوم بإصدار قرار نهائي حاسم للنزاع[٩].

عليه يمكن القول إن العامل المشترك الأهم بين عمل القاضي وعمل المحكم هو عملية صنع القرار وما يتطلبه القيام بهذا العمل من حياد واستقلال من جانب المحكم[١٠]، وهذا ما عبرت عنه محكمة كالفورنيا في قضية Fong v. American Airline، بقولها " إن نزاهة العملية التحكيمية يمكن تحقيقها بشكل أفضل بالتعامل مع المحكم كصانع قرار مستقل غير مهدد بالدفاع عن نفسه أمام المحكمة"[١١].

الفرع الثاني: مبررات الحصانة المطلقة

فضلاً عن التطابق الوظيفي بين عمل المحكم وعمل القاضي فقد أستند الفقه والأنظمة القانونية المؤيدة للحصانة المطلقة للمحكم إلى مبررات عدّة، أهمها:

١- عدم وجود سوابق قضائية تقضي بمساءلة المحكم عما يصدر منه من أخطاء، وهذا ما عبر عنه القاضي Bovill في قضية Cooper co v. Louf والذي رفض تقرير مسؤولية المحكم عن الأضرار التي لحقت الخصوم من جراء فعله الخاطئ مؤسساً حكمه على عدم وجود سابقة قضائية تفيد أن الشخص الذي يكلف للفصل في نزاع بين الخصوم يمكن مساءلته عن الاهمال الذي وقع منه[١٢]، وقد تبنت المحكمة الاتحادية الاتّجاه نفسه في قضية Jones v. brown حيث رفضت المحكمة مساءلة المحكم عن الضرر الذي أصاب أحد الخصوم نتيجة أفعاله الاحتيالية لعدم وجود السوابق القضائية[١٣].

ومن جهة أخرى إن القول بالحصانة المشروطة أو النسبية يحتاج إلى تشريع لأنها تتساهل كثيراً بشأن مسؤولية المحكم وهذا يخالف السوابق القضائية والوضع السائد في

الولايات المتحدة والذي يحبذ اللجوء إلى التحكيم[١٤]، وبهذا يرفض مؤيدو الحصانة مساءلة المحكم على أساس عدم وجود السوابق القضائية والنصوص التشريعية التي تقضي بذلك.

٢- إن المخاطر الناشئة من مساءلة القضاة في الظروف القصوى لن تردع الأشخاص للعمل كقضاة بخلاف ما هو عليه في التحكيم، لأن المحكم عادةً يعمل بدون أجر أو أجر قليل، والبعض يعمل بصفة مؤقتة، وقليل منهم من يحصل على تأمين وظيفي أو مكانة اجتماعية من عمله كمحكم محايد، بالمقابل فإن للقضاة عادةً الأمن والوجاهة والراتب المنتظم[١٥]، وهذا ما عبرت عنه إحدى محاكم الاستئناف الاتحادية بقولها (لا يمكن أن نتوقع من الأفراد التطوع للعمل كمحكمين في المنازعات، فيما لو تركوا عرضة لصراع المتقاضين وما يترتب على ذلك من أعباء، للدفاع عن أنفسهم بسبب الدعاوى المقامة عليهم...)[١٦].

٣- صعوبة إثبات أركان المسؤولية (ركن الخطأ) بالنظر إلى طابع السرية الذي يهيمن على إجراءات التحكيم، بحيث يتعذر على أطراف النزاع الوقوف على ما يحدث وراء منصة التحكيم، فقد استقر القضاء الأمريكي على خلق قاعدة قانونية مؤداها "حضر التدخل أو إعادة النظر فيما تم في مرحلة المداولات التي أجراها المحكمون احتراماً لسرية المداولات ولحرية المحكم واستقلاله"[١٧]، فضلاً عما يتمتع به المحكم من سلطات واسعة في إدارة الإجراءات، الأمر الذي يترتب عليه صعوبة الحصول على دليلٍ كتابي يثبت خطأ المحكم[١٨].

٤- وجود الضمانات الكافية التي تبرر الاستغناء عن دعوى المسؤولية، ولعل أبرز هذه الضمانات الطعن ببطلان قرار التحكيم، وكذلك إمكانية ردّ المحكم وعزله[١٩].

الفرع الثالث: متطلبات الحصانة المطلقة

على الرغم من أن حصانة المحكم من المسؤولية المدنية هي حصانة مطلقة، إلا أن هذه الحصانة لا تخلو من المتطلبات، بيد أن هذه المتطلبات لا يمكن عدها شروطاً بحيث يتوقف وجود الحصانة على وجودها؛ لأن المحاكم الأمريكية قد توسعت جداً في تفسيرها، ومن ثم أصبحت هذه المتطلبات بمثابة الوسيلة للوقوف على حدود حصانة المحكم[٢٠]، وتعدّ متطلبات حصانة المحكم هي ذاتها متطلبات حصانة القاضي على عدٍّ أن أصل حصانة المحكم هي حصانة القاضي، وهذا ما نص عليه قانون التحكيم الأمريكي الموحد بموجب المادة 14/a والتي جاء فيها:(يكون المحكم أو هيئة التحكيم التي تتصرف بصفتها هذه بمنأى

عن أي مسؤولية بنفس القدر الذي يتمتع به القاضي في محاكم الدولة)، ولما كانت حدود حصانة القاضي تعتمد على ما إذا كان العمل الذي يصدر منه يعد عملاً قضائياً وأن هذا العمل يدخل في اختصاصه القضائي فهذا يعني أن متطلبات حصانة القاضي المطلقة تتمثل بالعمل القضائي، والاختصاص[٢١]، ومن ثم إن متطلبات حصانة المحكم تتمثل بالعمل التحكيمي فضلاً عن الاختصاص، وهذا ما أشارت اليه إحدى المحاكم الأمريكية في قرارها الصادر في قضية Corey v. New York والذي جاء فيه (من المناسب أن تمتد الحصانة إلى أفعال المحكم التي تقع ضمن نطاق واجباتهم واختصاصهم...)[٢٢].

أولاً: العمل التحكيمي (العمل شبه القضائي): إذا كان من متطلبات حصانة القاضي العمل القضائي فإن من متطلبات حصانة المحكم العمل التحكيمي ويعدّ العمل التحكيمي أو العمل شبه القضائي من أهم متطلبات الحصانة المطلقة للمحكم، على عدِّ أن هذه الحصانة لم تمنحْ له إلا على أساس قيامه بعمل مشابه لعمل القاضي، غير أن المحكم شأنه شأن القاضي قد تصدر منه أعمال شبه قضائية والتي تقتصر الحصانة على حمايتها وقد تصدر منه أعمال إدارية أو تنفيذية والتي تخرج من نطاق الحصانة، لذا لابدّ من وجود معيار للتمييز بين هذه الأعمال[٢٣].

لقد اعتمدت المحاكم الأمريكية لتمييز عمل المحكم شبه القضائي عن أعماله الأخرى على ذات المعايير التي اعتمدتها لتمييز العمل القضائي الذي يصدر من القاضي عن أعماله الأخرى[٢٤].

بيد أن المحاكم الأمريكية قد اختلفت بشأن إيجاد معيار محدد للتمييز بين هذه الأعمال، فقد ذهب البعض منها إلى أن ما يميّز العمل القضائي عن الأعمال الأخرى يعتمد على طبيعة الفعل ذاته ما إذا كان قضائياً أو إدارياً، فهذه الأعمال هي التي تحدد حدود الحصانة وليس وظيفة الشخص الذي تصدر منه[٢٥]، فهذا يعني أنه ليس كل ما يصدر من القاضي يعد عملاً قضائياً وبالنتيجة فإنه ليس كل ما يصدر من المحكم يعد عملاً تحكيمياً، فالقاضي مثلاً قد تصدر منه أعمالاً إدارية (كقرارات التعيين)، وكذلك الأمر بالنسبة للمحكم فقد لا تصدر منه أعمالاً تحكيمية كمهام الوساطة والاستشارة والخبرة[٢٦]، فهذه الأعمال الأخيرة وغيرها من الأعمال الإدارية لا تشملها الحصانة المطلقة؛ لأن الحصانة لم تمنح إلى

الشخص ذاته وإنما بسبب طبيعة مهمته، لذا فإن هذه الحصانة تنصرف إلى هذه المهمة دون غيرها من المهام التي يقوم بها الشخص المعني[٢٧]، كما أن الغرض من منح الحصانة هو ضمان استقلال القضاة والمحكمين في إصدار قراراتهم في حين إن مثل هذه الأعمال لا تهدد استقلالهم[٢٨].

بيد أن هذا الاتجاه قد تعرض للانتقاد لأنه يؤدي إلى الخلط بين الأعمال الإدارية البحتة وتلك التي لها علاقة بالمهمة القضائية، فالأعمال الإدارية البحتة كقرارات التعيين بالنسبة للقضاة، ومهام الوساطة والخبرة بالنسبة للمحكم لا تشملها الحصانة القضائية (للسبب الذي بيناه أعلاه)[٢٩] ، أما بالنسبة إلى الأعمال الإدارية التي تصدر من القاضي أو من المحكم والتي لها علاقة بالمهمة القضائية فهذه الأخيرة تشملها الحصانة[٣٠]، على سبيل المثال" قيام المحكم بإعداد بنود الإحالة التي يتطلبها التحكيم في غرفة التجارة الدولية"[٣١]، أو قيام المحكم بمهمة تشكيل الهيئة التحكيمية في حالة تعدد المحكمين.

وبسبب هذه الانتقادات ذهب اتجاه آخر إلى توسيع العوامل المحددة للعمل القضائي، فلم تقتصر على طبيعة الفعل ذاته وإنما هناك عوامل أخرى ينبغي الرجوع إليها لتحديد العمل القضائي وهذه العوامل تتمثل ب: ١- ما إذا كان الفعل يقوم به قاضي عادة، ٢- ما إذا كان الفعل قد صدر في المحكمة أو في مكان مخصص مثل غرفة القاضي، ٣- ما إذا كان الجدل حول تحديد قضائية الفعل قد نشأ بسبب قضية مرفوعة أمام القاضي، ٤- ما إذا كان الأطراف قد تعاملوا مع القاضي بصفته الرسمية [٣٢].

إلا أن هذا الاتّجاه قد تعرض للانتقاد كونه قد اشترط وقوع الفعل في غرفة القاضي أو المحكمة، في حين أن هناك حالات يصدر فيها العمل من القاضي وهو خارج المحكمة ومع ذلك يعد العمل قضائياً، فالقضاة مثلاً يقوموا في بعض الأحيان بإصدار أوامرهم وقراراتهم وهم في منازلهم أو في مراكز الشرطة، فالحصانة عندما تمنح للقاضي ليس بسبب موقعه الخاص في الدولة وإنما بسبب الطبيعة الخاصة لمسؤوليتهم[٣٣].

وأخيراً فقد تبنت المحكمة الاتحادية العليا الأمريكية المعيار الوظيفي والذي بمقتضاه يعدّ العمل قضائياً ما صدر من قاضٍ عادة وأن الأطراف قد تعاملت معه بصفته القضائية[٣٤]، ومن ثم يعدّ العمل تحكيمياً أو عمل شبه قضائي متى ما صدر من محكم عادةً

وأن الأطراف قد تعاملت معه بصفته التحكيمية[٣٥]، وبموجب هذا الاتّجاه فإن الحصانة تحددها الوظائف التي تحميها وتخدمها وليس بتوصيف هذه الأفعال بكونها إدارية أو قضائية، وما يترتب على ذلك أن الحصانة تمتد لتشمل العملية التحكيمية برمتها[٣٦].

وهذا ما عبرت عنه محكمة استئناف الدائرة الثانية بقولها (إن المحكمين في إجراءات التحكيم المتفق عليها تعاقدياً محصنون تماماً من المسؤولية عن الأضرار بالنسبة لجميع الأعمال التي تدخل في نطاق عملية التحكيم)[٣٧] ، أما الأعمال الإدارية البحتة أي الأعمال التي لا تصدر من القاضي أو المحكم بصفته القضائية أو التحكيمية، فقد ذهبت المحكمة الاتحادية العليا إلى أن مثل هذه الأعمال من الممكن أن تشملها الحصانة المشروطة (النسبية) المقررة لموظفي الجهات الإدارية وليس الحصانة المطلقة الخاصة بأعضاء السلطة القضائية[٣٨].

وبناء على ما سبق، فأن كل عمل يصدر من المحكم بصفته هذه يعدّ عملاً تحكيمياً (شبه قضائي)، ومن ثم فهو مشمولاً بالحصانة حتى لو زعم أن هذا الفعل كان يتضمن الاحتيال أو الغش أو الخداع أو كان فيه تجاوز للاختصاص ما لم يكنْ قد صدر من المحكم في غياب واضح لكل الاختصاص[٣٩].

ومن جانبنا نعتقد أن المعيار الأخير هو الأجدر بالتأييد لأن المعايير الأخرى وإن كانت تصدق على القاضي بوصفه موظف تابع للدولة ومن ثم من المتصور أن تصدر منه أعمالاً قضائية أو أعمالاً إدارية بحتة أو أعمال تشريعية ومن ثم يتطلب الأمر أيجاد معيار للتمييز بينها لما يترتب على ذلك من نتائج هامة، منها أن الحصانة تقتصر على العمل القضائي، فضلاً عن ذلك يترتب على تحديد طبيعة العمل تحديد الجهة المختصة بالطعن بالقرار المتعلق بهذه الأعمال[٤٠]، لذا فإن مسألة إيجاد معيار فاصل بين هذه الأعمال لم يكن محل خلاف على مستوى الاجتهاد الأمريكي فحسب وإنما شمل الاجتهاد العربي أيضاً[٤١].

أما بالنسبة للمحكم فتعدّ مهمته القضائية مهمة مؤقتة إذ لا يعدّ موظفاً تابعاً للدولة، لذا من الأفضل قصر حصانته على الأعمال التي تقع منه إثناء قيامه بالمهمة التحكيمية أي من لحظة ثبوت الصفة التحكيمية للمحكم، ولكن هذا لا يعني أننا لا ننظر إلى عناصر العمل القضائي الأخرى فضلاً عن العضو المحايد؛ فعلى حدِّ تعبير أحد الفقهاء أن المحكم

(الشخص المحايد) وإن كان عنصراً من عناصر العمل القضائي وهو بهذا يساهم في وجود هذا العمل إلا أن هذا العمل هو من يمنح المحكم وجوده أيضاً، ومن ثم إن العمل القضائي إذا لم يستجمع عناصره فأن الشخص يفقد مسماه كمحكم[٤٢]، وبهذا فإن المحكم هو شخص من الغير قائم على حسم النزاع بعد إتباع إجراءات معينة بمقتضى قرار حاسم، وبتخلف عنصر من هذه العناصر فأن الشخص لا يعد محكماً.

ثانياً: الاختصاص: ويقصد بالاختصاص حدود سلطة القاضي أو المحكم في نظر النزاع المعروض عليه[٤٣]، ويعدّ الاختصاص المتطلب الثاني من متطلبات الحصانة المطلقة، فلا يكفي القول إن القاضي أو المحكم قد تصرف بصفته التحكيمية أو القضائية وإنما ينبغي أن يكون هذا التصرف واقعاً ضمن اختصاصه، وهذا ما أشارت له المحكمة الاتحادية العليا في حكمها الصادر في قضية Randall v. Brigham والذي جاء فيه (يعفى جميع الموظفين القضائيين من المسؤولية المدنية، عن الأضرار الناشئة عن أفعالهم القضائية ضمن اختصاصهم القضائي، ويعفى أعضاء السلطة العليا أو العامة من هذه المسؤولية حتى إذا كانت أفعالهم القضائية تتجاوز ولايتهم القضائية)[٤٤] ، وعلى الرغم من القرار جاء مقتصراً على قضاة المحاكم العامة إلا أن المحاكم ذات الاختصاص المحدد سرعان ما وسعت المبدأ ليشمل قضاتها، وقد ميز القضاء الأمريكي بين تجاوز الاختصاص وبين انعدام الاختصاص، ولا تنتفي الحصانة المطلقة إلا في الحالة الأخيرة[٤٥]، ويشترط لانتفاء الحصانة في هذه الحالة أن يكون القاضي عالماً بانعدام اختصاصه[٤٦]؛ لأن مجرد انعدام الاختصاص دون تحقق العلم وإن كان يعرض الحكم للإبطال إلا أنه لا تترتب عليه انتفاء الحصانة[٤٧].

ويقصد بتجاوز الاختصاص أن المحكمة مختصة بنظر الدعوى إلا أنها غير مختصة بجزء منها، أما انعدام الاختصاص فيقصد به أن المحكمة غير مختصة أصلاً في نظر الدعوى[٤٨]، ويعطى مثال على ذلك، قيام قاضي في محكمة الارث والوصايا بالنظر في قضية جنائية، فهي في هذه الحالة تتصرف في غياب واضح للاختصاص، في حين لو قام قاضي في المحكمة الجنائية التي تتصرف بموجب الولاية القضائية العامة باتهام شخص بارتكاب جريمة غير موجودة ، ففي هذه الحالة لا يفقد حصانته طالما أنه لم يتصرف في غياب الولاية القضائية[٤٩].

ويترتب على ذلك أن قضاة المحاكم ذات الاختصاص غير المحدد يتمتعون بحصانة غير محددة طالما إنهم يتصرفون في ظل الولاية القضائية العامة حيث يفترض دائماً أن أحكام المحكمة العليا قد صدرت في نطاق اختصاصهم، بخلاف قضاة المحاكم ذات الاختصاص المحدود والتي يمكن أن تثار مسؤولياتهم في الأحوال التي يتصرفون فيها في غياب واضح للاختصاص[٥٠].

وبناء على ذلك يمكن القول إن انعدام الاختصاص وانعدام الولاية هو الحدّ الفاصل بين حصانة القاضي ومسؤوليته.

أما بالنسبة للمحكم، فطالما أن هذه التقسيمات غير موجودة في مجال التحكيم (محاكم ذات اختصاص محدد، محاكم ذات ولاية عامة)، فكيف يمكن تصور انعدام الاختصاص بالنسبة للمحكم؟ وهل أن الولاية والاختصاص تؤدي إلى ذات المعنى في مجال التحكيم أم أن لكل منها معنى مختلفاً؟

بداية لابدّ من الإشارة إلى أن فكرة الولاية والاختصاص هي من متطلبات النظام القضائي، فالولاية تعني سلطة الدولة في إنشاء هيئات قضائية تتولى رعاية مصالح الأغيار وفق ضوابط يحددها القانون (كالقضاء المدني، والقضاء الإداري...)، من أجل تحقيق أمن الشعب ورفاهيته وإقرار السلام فيه[٥١]، أما الاختصاص فيعني السلطة أو الصلاحية التي يخولها المشرع للقضاء من أجل الفصل في المنازعات بين الأفراد(كالاختصاص الوظيفي والنوعي والمكاني)، من أجل تبسيط إجراءات التقاضي وحسن سير العدالة[٥٢].

في حين أن هذه الاعتبارات ليس لها محل في التحكيم فلا توجد ولاية أو اختصاص بالمعنى السابق، وهذا ما دفع البعض إلى القول أن المحكم ليس له ولاية وإنما له اختصاص فقط[٥٣]، لأن الولاية سلطة تثبت للدولة وهي التي تمنحها للقضاء[٥٤]، وما يترتب على ذلك أن سلطة المحكم تقتصر على نظر النزاع وتحديد نطاق سلطاته وصلاحياته، أما سلطة البت في وجود اتفاق التحكيم أو صحة العمل المسند إليه فلا تثبت للمحكم لأن هذه المسألة تتعلق بالولاية وليس بالاختصاص، فهي من اختصاص المحكمة ومن ثم إن قيام المحكم بها يعتبر تجاوزاً لاختصاصه[٥٥].

في حين هناك من يرى (وهو الرأي الغالب)[٥٦] إن لفظا الولاية والاختصاص يتحدان في مجال التحكيم؛ لأن المحكم حتى ينظر في النزاع المعروض عليه يستلزم أولاً أن يقرر اختصاصه، ولو أقتضى الأمر البحث في وجود وصحة واستمرار اتفاق التحكيم دون أن يعد ذلك خروجاً عن اختصاصه ومن ثم مساءلته[٥٧]، وعليه يكون للاختصاص في مجال التحكيم وجهين، الأول يتعلق بالعقد الأصلي واتفاق التحكيم (وجوده، صحته، مشروعيته)، والآخر يتعلق بمحل النزاع (قابلية النزاع للتحكيم)[٥٨].

ويترتب على ذلك أنه إذا ثبتت الولاية للمحكم، ثبت له الاختصاص في نظر النزاع وثبتت له سلطة البت في الاعتراضات المتعلقة بوجود أو بطلان اتفاق التحكيم أو العقد الأصلي، فلا يتصور أن تثبت الولاية للمحكم دون أن يثبت له الاختصاص، وهذا بعكس ما هو عليه في القضاء، فقد تثبت الولاية للمحاكم في نظر المنازعات، إلا أنها قد لا تكون مختصة بنظر نزاع معين، فلا يكفي لتحقق حصانتها أن يكون العمل ضمن ولايتها القضائية وإنما ينبغي أن يكون داخلاً في اختصاصها أيضاً[٥٩].

ومن ثم من المتصور وفقاً لهذا الاتّجاه تحقق انعدام اختصاص المحكم ومن ثم مسؤوليته في حالات عدّة منها عدم وجود اتفاق التحكيم أو عدم صحته أو عدم صحة أو مشروعية العقد الأصلي أو عندما تعرض على المحكم مسألة لا يتناولها اتفاق التحكيم بالتنظيم[٦٠].

أما عن القانون الأمريكي فقد تبنت الاتجاه الأول، إذ أخذت بفكرة توزيع الاختصاص بين المحكم والقاضي[٦١]، إذ لا يثبت للمحكم إلا النظر في وجود اتفاق التحكيم ظاهرياً لتحديد نطاق اختصاصه وصلاحياته وكون هذا الاتفاق نافذاً غير معلق على شرط لم يتحقق بعد، أما صلاحية النظر في صحة ومشروعية اتفاق التحكيم أو العقد الأصلي أي البحث عن النيّة الحقيقية للأطراف فهي من اختصاص المحكمة وليس من اختصاص المحكم، ومن ثم إن ادعاء أحد المحتكمين بأنه لم يكن ملزم باتفاق التحكيم لأنه أجبر على التوقيع عليه بسبب الاحتيال أو الإكراه أو التزوير أو أي سبب من شأنه التأثير على صحة اتفاق التحكيم لا يؤثر على اختصاص المحكم ولا يعتبر المحكم في هذه الحالة منعدم الاختصاص ومن ثم تحقق مسؤوليته، طالما أن اتفاق التحكيم في ظاهره موجود[٦٢].

ولا يغير من ذلك لجوء الأطراف إلى المؤسسات التحكيمية والتي تنص في أنظمتها الداخلية على أن مسألة التحقق من وجود وصحة اتفاق التحكيم أو عقد التحكيم تكون للمحكم[٦٣]، وتبرر المحكمة الاتحادية ذلك بأنه ليست العبرة فيما لو كان بإمكان الأطراف تفويض المحكم مسألة التحقق من الاختصاص وإنما العبرة فيما لو كانوا قد اتفقوا فعلاً على اللجوء إلى التحكيم وهذا ما لا يمكن تفويضه للمحكم[٦٤].

وعليه يمكن القول إن انعدام اختصاص المحكم في النظام الأمريكي ومن ثم قيام مسؤوليته يتحقق في حالة عدم وجود اتفاق التحكيم أو عدم تضمن اتفاق التحكيم للمسألة المثارة أمامه أو قيامه بأعمال لا تدخل بالعملية التحكيمية برمتها وبما أن الحالتين الأخيرتين يحددهما اتفاق التحكيم لذا فإن مكمن اختصاص المحكم ومن ثم حصانته هو اتفاق تحكيم نافذ[٦٥].

ويذهب القضاء الأمريكي إلى تفسير نطاق الاختصاص بشكل واسع عندما تتعلق المسألة بحصانة المحكم بمعنى أن المحكم لا يكون مسؤولاً لأن الفعل الذي اتخذه كان فيه خطأ أو أرتكب بصورة ضارة أو كان فيه تجاوز لاختصاصه (كما في حالة مخالفته اتفاق التحكيم)[٦٦] وإنما يسأل فقط في الأحوال التي يتصرف فيها المحكم في غياب واضح لكل الاختصاص والذي يتحقق في حالة عدم وجود اتفاق التحكيم، أو كما لو قام المحكم بأعمال لا دخل لها بالعملية التحكيمية برمتها، كما في قضية Lundgren v. free man إذ رفضت المحكمة الابتدائية منح الحصانة للمهندسين العاملين كمحكمين بسبب ادعاء المحتكم بأن المحكمين تدخلوا عمداً في تنفيذه للعقود التي يبرمها مع أحد المنظمات التعليمية إذ وجدت المحكمة أن فعل المدعى عليهم (والذي يتمثل بقيامهم بتحريض منظمة التعليم لإنهاء عقدها مع Lundgren (مالك شركة بناء) لأنه فشل في تنفيذ عقود بشكل كبير وما نجم عن ذلك إضرار برجال الأعمال والشركات الأخرى المتعاملة معه) لا يتعلق بالمهمة التحكيمية[٦٧].

وتعدّ القضايا المرفوعة على المحكمين لانعدام الاختصاص من القضايا النادرة، إذ يذهب أحد الكتاب إلى أنه من الصعوبة بمكان أن نتصور أي من الأفعال التي يقوم بها المحكم تقع خارج المهمة التحكيمية ومن ثم تستبعد من الحصانة[٦٨].

وبناء على ما سبق فقد اعتمدت المحاكم الأمريكية لتحديد نطاق الحصانة المطلقة بالنظر أولاً إلى الاختصاص الموضوعي للمحكم والذي يحدده الاتفاق على التحكيم وهذا يعني أن مكمن اختصاص المحكم هو اتفاق التحكيم النافذ، وبوجود هذا الاتفاق فإن أي فعل قضائي ينجز ضمن هذا الاختصاص أو بتجاوزه ولو كان فيه خطأ أو تواطؤ أو احتيال لا يؤدي إلى مساءلة المحكم(٦٩).

الفرع الرابع: الاستثناءات الواردة على الحصانة المطلقة

إذا كانت الحصانة المطلقة تنصرف إلى حماية المحكم من دعاوي التعويض التي يقيمها المحتكمين إلا أن هناك حالات لا يُطالَب فيها المحكم بالتعويض وإنما بأمور أخرى، كأن يطلب المحتكم من المحكمة توجيه إنذار إلى المحكم لتجاوز اختصاصه أو يطلب إحضاره للاستجواب أو لإداء الشهادة، فضلاً عن ذلك فإن الحصانة التي تمنح للمحكم تنصرف إلى المهمة التحكيمية ومن ثم إن عدم إنجاز هذه المهمة لا يستوجب منح المحكم الحصانة ويعدّ أحد الاستثناءات من حصانة المحكم المطلقة، ومع ذلك إن هذه الاستثناءات لم تأْت بشكل مطلق وإنما تردّ عليها شروط تقيدها وهذا ما سنبينه في النقاط الآتية:

أولاً: الاستدعاء للاستجواب أو لأداء الشهادة: استثنت بعض المحاكم في الولايات المتحدة الأمريكية من الحصانة المطلقة للمحكم الاستدعاء للاستجواب أو لإداء الشهادة، على عدِّ إن الضرر الناشئ من ذلك يقل بكثير من الأضرار التي تلحق به نتيجة رفع دعوى التعويض، في حين هناك من يميز بين الاستدعاء الذي يتم بموافقة المحكم وذلك الذي يتم بالإجبار؛ لأن الاستدعاء لإداء الشهادة أو للاستجواب أن كان يبدو للبعض أنه لا يشكل أي انتهاك لاستقلال المحكم وحياده اللازم لإصدار قرار التحكيم، إلا أن تمكين المحتكمين من إجبار المحكم على أداء شهادته أو استجوابه قد تتيح لهم الفرصة بالحصول على الأدّلة الازمة للطعن في قراره، ومن ثم لن يكون هناك أي قرار نهائي إذا ما أستطاع أحد المحتكمين استدعاء المحكم لأداء شهادته أو استجوابه لغرض العثور على عيوب لنقض قرار التحكيم(٧٠).

في حين ذهب البعض إلى فرض قيود على هذا الاستثناء حتى لا يساء استخدامه، وتمثل هذه القيود ب: ١- أن لا يتعلق الاستجواب بمضمون قرار التحكيم وفحواه(٧١)، ٢-

"في حالة إبداء المحكم رأياً معارضاً يطعن فيه على الحكم أو المداولة، مفترضاً هذا الاعتراض استجوابه ومن ثم فقد أسقط عن نفسه الحماية، فضلاً عما يثيره هذا الحكم المعارض من تشكيك في صحة الحكم ويقتضي الاستيثاق من صحته"[٧٢]، **٣**- حالة ارتكاب جريمة أثناء جلسة المحاكمة. ومع ذلك تنتفي الحاجة لاستجواب وشهادة المحكم في كل هذه الحالات متى كان هناك تسجيل لجلسة المحاكمة التحكيمية [٧٣].

ثانياً: الاستثناءات المنصفة للحصانة: بموجب هذا الاستثناء لا يرفع المحتكمون دعوى المطالبة بالتعويض، وإنما يطلبوا من المحكمة إصدار تنبيهات وإنذارات إلى المحكم في حالة تجاوزه لاختصاصه أو مخالفته ما أتفق عليه بموجب اتفاق التحكيم[٧٤]، فقد قضت إحدى المحاكم الأمريكية (على الرغم من أن المحكمين محصنين من دعاوي المطالبة بالتعويض، إلا أنهم غير محصنين من دعاوي الإنصاف)[٧٥].

مع ذلك أن المحاكم لم تسرْ على وتيرة واحدة بشأن هذا الاستثناء فمنها من يمنح المحكم الحصانة حتى عن الإنذارات والتنبيهات، وهذا ما قضت به محكمة الدائرة السابعة في قضية Tamari v. Conrad والتي تتلخص وقائعها بقيام Tamari بالاعتراض على تشكيل هيئة التحكيم من قبل مجلس شيكاغو للتجارة وأنه جاء مخالفاً لما اتفق عليه بموجب اتفاق التحكيم، وطلب من محكمة المقاطعة أن تعلن ان هيئة التحكيم قد شُكلت بشكل غير قانوني، وأن أي قرار يصدر منها يعدّ باطلاً، وطلب من المحكمة أن تصدر أمراً بإيقاف إجراءات التحكيم المتبقية، إلا أن المحكمة رفضت الدعوى رغم أن المدعي لم يطالب بتعويض نقدي، مستندة في ذلك إلى أن المحكمين يتمتعون بالحصانة ولا يمكن مقاضاتهم بأي أمر يتعلق بسلطتهم في حل النزاع، وذكرت المحكمة أن للمحكم حصانة مماثلة لحصانة القاضي باعتباره يقوم بعمل شبه قضائي[٧٦].

ويشير أحد الكتاب إلى أن المحاكم الأمريكية قد اقتصرت التنبيهات والإنذارات على الحالة التي ينتهك فيها المحكم حقاً دستورياً أو مدنياً[٧٧].

ثالثاً: الفشل في إصدار قرار التحكيم في الوقت المحدد: استثنت المحاكم الأمريكية من الحصانة حالة عدم اتخاذ المحكم قرار التحكيم في الوقت المحدد؛ وذلك على اعتبار أن الحصانة هي حماية للمحكم في الوصول إلى هذا القرار فإذا لم يكنْ هناك أي قرار فلا

يستحق المحكم الحصانة[٧٨]، فقد جاء في قرار لأحد المحاكم الأمريكية عندما طالب المحتكم بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب عدم اتخاذ المحكم قرار التحكيم في الوقت المحدد (إذا كانت الحصانة تحمي المحكم عن كل فعل يصدر منه مؤدياً إلى إصدار قرار التحكيم بصرف النظر عن كون هذا القرار سيء أو جيد، فإنه لا حصانة للمحكم إذا لم يؤدِ عمله إلى إصدار قرار التحكيم في الوقت المحدد)[٧٩] ، وهو ما أكدته محكمة أخرى أيضاً في قراراً لها بقولها (إذا كنا نحمي المحكم عند قيامه بالعمل القضائي فإن من الواجب أيضاً حماية المحتكم إذا ما أخل المحكم في تنفيذ التزامه العقدي ولم يصدر أي قرار تحكيمي)[٨٠] ، وما جاء في قرار لمحكمة كالفورنيا بهذا الخصوص أيضاً بقوله (هناك استثناء ضيق على حصانة المحكم وهو إن حصانة المحكم لا تُطبق إذا لم يتخذْ المحكم أي قرار تحكيمي على الإطلاق)[٨١].

وعلى ما يبدو من خلال هذه القرارات وبالأخص القرارين الأخيرين أن المحاكم الأمريكية لا تستثني عدم صدور قرار التحكيم في الوقت المحدد من الحصانة بشكل مطلق وإنما اقتصرته على عدم الأداء الكامل أي عدم إصدار أي قرار تحكيمي، وهذا ما يتحقق عند انسحاب المحكم عن المهمة التحكيمية دون مبرر مقبول، وكذلك في حالة تقاعس أو إهمال المحكم في القيام بالمهمة التحكيمية مما يؤدي إلى عدم إصدار قرار التحكيم في الوقت المحدد، وهذا ما يعني حسب اعتقادنا إن المحاكم الأمريكية تعدّ التزام المحكم في إصدار قرار التحكيم هو التزام ببذل عناية، وخاصة إذا ما علمنا أن اعتبار التزام المحكم هو التزام ببذل عناية أكثر انسجاماً مع فكرة الحصانة حسب ما يراه جانب من الفقه[٨٢].

من كل ما سبق يمكن لنا القول إن المحكم متى ما ثبت له الصفة التحكيمية وثبت له الاختصاص في نظر النزاع ثبتت له الحصانة المطلقة، وذلك أثناء قيامه بالمهمة التحكيمية من خلال منع التعرض للمحكم والتدخل في عمله إلا في حالات استثنائية ضيقة، وبعد إنهاء هذه المهمة وذلك بإصدار قرار التحكيم فلا ينظر إلى الطريقة التي توصل فيها المحكم إلى هذا القرار وما إذا كانت تنطوي على الغش أو الاحتيال، بمعنى أن محل التزام المحكم بموجب القانون الأمريكي هو إصدار قرار التحكيم فإذا ما أصدر المحكم هذا قرار التحكيم يكون قد أنجز مهمته فلا ينظر بعد ذلك إلى كيفية وصوله لهذا القرار[٨٣].

مع ذلك فإنه لا يمكن الوصول إلى مبدأ عام وثابت من خلال أحكام القضاء الأمريكي فعلى حدٍّ تعبير أحد الفقهاء بشأن وصف الأحكام القضائية الصادرة من المحاكم الأمريكية (إنه لا يمكن الوصول إلى مبدأ عام من خلال أحكام القضاء الأمريكي؛ كونها تمثل كلام عام يدور حول أفكار جوفاء لا تصل إلى حدٍّ وضع قاعدة عامة ومحددة)[٨٤].

المطلب الثاني: الحصانة النسبية

إلى جانب الحصانة المطلقة هناك نوع آخر من الحصانة القانونية وهي الحصانة النسبية، وبموجب هذا النوع من الحصانة لا يعفى المحكم من جميع الأخطاء التي تصدر منه وف الوقت نفسه لا يسأل عن كل ما يقع منه من أخطاء وإنما يستثنى من ذلك أخطاء معينة، تختلف باختلاف القوانين، وذلك لاعتبارات ومبررات معينة، وبناء على ذلك قسمنا هذا المطلب على فرعين لبحث مبررات الحصانة النسبية في فرع وكذلك موقف القوانين من هذا النوع من الحصانة في فرع أخر، وعلى النحو الآتي:

الفرع الأول: مبررات الحصانة النسبية

لقد استند الاتّجاه المؤيد لفكرة الحصانة النسبية إلى مبررات عدّة كانت بمثابة الردود على ما استند اليه الاتجاه المؤيد للحصانة المطلقة على النحو الآتي:

١- إن ما ذهب إليه الاتجاه المؤيد للحصانة المطلقة بأن المحكم يقوم بعمل طوعي ولا يتقاضى عنه الأجر لم يعد له محل في الوقت الحاضر وخصوصاً بعد إنشاء مراكز التحكيم، إذ أصبح المحكم كأي مهني أخر يتقاضى أتعابه من المحتكمين[٨٥]، أما القول بأن مسائلة المحكم عن أخطاءه من شأنه أن يؤدي إلى إحجام الأشخاص عن العمل كمحكمين وهذا بدوره يناقض السياسة الراهنة والمشجعة على التحكيم، فيُردّ على ذلك أنه إذا كانت مساءلة المحكم من شأنها أن تؤدي إلى إحجام الأشخاص عن العمل كمحكمين فعلاً، فأن هذا يكون عند تعرض المحكم للمساءلة عن كل خطأ يصدر منه مهما كان يسيراً، هذا من جهة، ومن جهة أخرى أن تحصين المحكم من المسؤولية المدنية بالمطلق هذا بحدِّ ذاته يؤدي إلى عدم لجوء الأشخاص إلى التحكيم وهذا أيضاً مناقض للسياسة الراهنة المشجعة على التحكيم[٨٦].

فضلاً عن ذلك أن الحصانة المطلقة بالنسبة للقضاة وإن كان لها ما يبررها في الولايات المتحدة الأمريكية، على اعتبار إن القضاة يخضعون للانضباط من قبل لجان معنية بالأداء الوظيفي في حين لا وجود لمثل هذه اللجان بالنسبة للمحكمين(٨٧).

٢- أما عن صعوبة إثبات الخطأ بالنظر إلى طابع السرية الذي يهيمن على إجراءات التحكيم، الذي استند اليه الاتّجاه المؤيد للحصانة المطلقة، فقد رُدَّ عليه أيضاً من حيث أنه في كثير من الأحيان تكون هناك مؤشرات تدل بما لا مجال فيه للشكّ على أن هناك خطأ وقع من المحكم، فمثلاً عدم قيام المحكم متعمداً بالإفصاح عن علاقة سابقة بينه وبين أحد الخصوم يدل على وجود سوء النيّة، وهذا يعد خطأ من جانب المحكم يستوجب المسؤولية على أساس أنه غير محايد وغير مستقل، وكذلك عدم احترام حقوق الدفاع أو عدم تسبيب قرار التحكيم، فهذه الأخطاء وغيرها لا يؤثر عليها طابع السرية الذي يتصف به التحكيم(٨٨).

٣- أما القول بوجود طريق للطعن بالأحكام فهو مردود عليه أيضاً، لأن الطعن بالحكم شيء والدعوى المدنية شيء آخر، فمن جهة أن الدعوى المدنية المرفوعة على القضاة ليست طريقاً للطعن حسب الرأي الراجح، وإنما تكيف على إنها دعوى تعويض خاصة، وإن كانت تؤدي إلى إبطال قرار التحكيم، من جهة أخرى أن هناك حالات لا يكون فيها حكم أصلاً حتى يمكن الطعن به كحالة امتناع المحكم عن القيام بمهمته بعد قبولها دون سبب مشروع(٨٩)، فطرق الطعن وإن كانت تصلح لإزالة العيب المتعلق بقرار التحكيم إلا أنها لا تصلح لمعالجة الضرر الناشئ عن عيب مصدر القرار أو الممتنع عن إصداره(٩٠).

أما بالنسبةِ لضمانتي العزل والردّ فهي وإن كانت ضمانات كافية لإبعاد المحكم غير الكفء إلا أنها لا تصلح إلا أثناء القيام بالمهمة التحكيمية في حين أن الغشّ أو الخطأ الجسيم قد يظهر بعد إصدار قرار التحكيم، فلا يمكن معالجته في هذه الحالة إلا من خلال رفع دعوى المسؤولية(٩١)، فضمانتي العزل والردّ وضمانة الطعن بقرار التحكيم وأن كان بالإمكان اعتبارها شروطاً لرفع دعوى المسؤولية إلا أنها لا تغني بذاتها عن هذه الدعوى.

ونعتقد أن ما استند إليه مؤيدي فكرة الحصانة النسبية أقرب للعدالة مقارنة بما ذهب اليه مؤيدو الحصانة المطلقة، فإذا كنا من المؤيدين لفكرة الحصانة ابتداءً إلا أنه في الوقت نفسه نميل إلى تقرير مسؤولية المحكمين وذلك في حالات معينة أي تقرير مسؤوليتهم بشكل

مقيد، لأن ذلك يحقق نوعاً من التوازن بين جبر الأضرار التي تلحق بالمحتكمين ودعم الثقة في التحكيم والمحكمين، وبين تمكين المحكمين من أداء عملهم بجد واهتمام دون تهديد بالمسؤولية[٩٢]، وهذا يعدّ تطبيقاً للقاعدة العامة التي تقضي بأن الضرورة تقدر بقدرها[٩٣]، فإذا كانت حصانة المحكم اقتضتها ضرورة استقلاليته في ممارسة المهمة التحكيمية وإصدار حكم عادل، فأن هذه الضرورة يجب أن تقدر بقدرها وذلك من خلال إحاطتها بنظام دقيق ومحدد وغير فضفاض[٩٤].

الفرع الثاني: موقف القوانين من الحصانة النسبية

تعدّ الحصانة النسبية للمحكم أكثر شيوعاً مقارنة بالحصانة المطلقة والتي تكاد أن تكون الولايات المتحدة الأمريكية الدولة الوحيدة التي تأخذ بها، ويمكن القول إن الحصانة النسبية مطبقة في القوانين التي تأخذ بالحصانة النسبية للقاضي، إذ عمدت هذه القوانين على إيجاد موازنة تقوم على أساسين مفادهما:

أ- وضع نظام خاص يكفل حماية القاضي من دعاوي الخصوم، ويكون ذلك من خلال التحديد بمقتضى نصوص قانونية للحالات التي يمكن مساءلة القاضي فيها.

ب- السماح بمساءلة القاضي مدنياً وذلك من خلال وضع قواعد يتعين على الخصوم إتباعها لمساءلة القاضي، ويطلق على هذه القواعد اصطلاحاً بنظام المخاصمة[٩٥].

وإذا كانت أغلب القوانين تأخذ بالحصانة النسبية بعدّها أقرب للعدلة بحيث تأخذ بالحسبان حماية المحكم كونه قائماً على تحقيق العدالة ومسؤوليته عما يصدر عنه من أخطاء معينة، إلا أن هذه القوانين قد اختلفت في مضمون الحصانة النسبية فمن القوانين ما تقتصر الحصانة على الأخطاء التي تقع من المحكم بحسن نيّة، في حين هناك من يقتصر الحصانة على الأخطاء اليسيرة، ومنها ما يجمع بين حسن النيّة والخطأ اليسير لتحديد مضمون الحصانة، ويمكن الوقوف على موقف هذه القوانين من خلال النصوص القانونية التي تشير صراحةً أو ضمناً إلى حصانة المحكم أو من خلال الأحكام القضائية الصادرة من محاكمها، وهذا ما سنبينه في النقاط الآتية:

أولاً: القوانين التي نصت بشكل صريح على الحصانة النسبية: يأتي في مقدمة هذه القوانين قانون التحكيم الإنكليزي لعام ١٩٩٦، وعلى الرغم من أن هذا القانون كان يأخذ بالحصانة

المطلقة أسوةً بالولايات المتحدة الأمريكية إلا أنه بصدور هذا القانون أصبحت الحصانة النسبية هي السائدة، فقد نصت المادة ١/٢٩ من هذا القانون على أنه "لا يكون المحكم مسؤولاً عن أي فعل أو امتناع في أداء مهمته التحكيمية أو بسببها، إلا إذا ثبت أن هذا الفعل أو الامتناع قد تم بسوء نية ".

يستخلص من هذا النص أمرين، **أولهما:** أن المشرع نص (صراحةً) على حصانة المحكم من المسؤولية عن أفعاله سواء كانت هذه الأفعال سلبية أم إيجابية متى كانت هذه الأفعال أثناء أو بسبب أدائه المهمة التحكيمية ومن دون التمييز بين التزامات المحكم العقدية والتزاماته القضائية[٩٦].

ثانيهما: إن هذه الحصانة ليست مطلقة، وإنما يستثنى منها الأفعال المرتكبة بسوء نيّة، فإذا ما أثبت المحتكمين أن فعل المحكم أو امتناعه كان بسوء نيّة إنتفت حصانته وتحققت مسؤوليته، فحتى تتحقق مسؤولية المحكم بمقتضى القانون الإنكليزي لا يُبحث عما إذا كان فعل المحكم ضمن اختصاصه أو كان متجاوزاً فيه وإنما يبحث عما إذا كان فعل المحكم قد تم بسوء أو حسن نيّة[٩٧].

وكذلك تنص المادة ٢٥ من قانون التحكيم الإنكليزي على أنه:

١- للطرفين حرية الاتفاق مع المحكم على نتائج استقالته فيما يتعلق باستحقاقاته أي مسؤولية يتحملها.

٢- في حالة عدم وجود مثل هذا الاتفاق يتم تطبيق الأحكام التالية:

٣- يجوز للمحكم الذي يستقيل أن يطلب من المحكمة إعفائه من أي مسؤولية تقع على عاتقه وإصدار الأمر الذي تراه مناسباً فيما يتعلق باستحقاقه

٤- يجوز للمحكمة أن تعفيه من المسؤولية إذا اقتنعت بأن تنحيه كان بعذر مشروع .

نستنتج من نص هذه المادة أن المحكم إذا تنحى عن أداء مهمته التحكيمية ترتبت عليه المسؤولية من حيث الأصل، وهذا واضح من نص المادة ٢٩ الفقرة الثالثة والتي جاء فيها "لا تؤثر أحكام هذه المادة على مسؤولية المحكم الناشئة عن استقالته والمشار إليها بموجب المادة ٢٥"، إلا أنه يستثنى من ذلك حالتين (الأولى) حالة إعفائه من قبل الخصوم

بناء على الاتفاق، (الثانية) حالة إعفائه من قبل المحكمة بناء على طلبه ومتى كان تنحيه بعذر مشروع.

ومن التشريعات التي نصت صراحةً على حصانة المحكم النسبية قانون التحكيم الاسترالي إذ نص هذا القانون على إن المحكم غير مسؤول عن الإهمال أو عن أي فعل أو أمتناع أثناء أداءه مهمته التحكيمية، ومع ذلك يمكن تحقق مسؤولية المحكم متى كان هذا الفعل أو الامتناع ينطوي على الاحتيال(٩٨).

وكذلك من التشريعات التي أخذت بالحصانة النسبية، قانون التحكيم الايرلندي، بيد أن هذا القانون أقتصر الحصانة النسبية على المحكم في التحكيم الدولي، إذ تنص المادة ١٢ من قانون التحكيم لسنة ١٩٩٨، على أنه أي محكم في التحكيم الدولي غير مسؤول عن أي فعل أو أمتناع أثناء أداءه مهمته التحكيمية ما لم يكن ذلك بسوء نيّة، أما بالنسبة للمحكم في التحكيم المحلي أو الداخلي فلا يتمتع بهذا القدر من الحصانة وإنما يخضع لقانون التحكيم الداخلي لسنة ١٩٥٤ والذي لم ينص صراحةً على حصانة المحكم(٩٩).

ومن التشريعات العربية التي أخذت بالحصانة النسبية بشكل صريح قانون التحكيم البحريني حيث تنص المادة ٧ منه على أنه (لا يُسأل أي محكم تم تعيينه بالاستناد إلى أحكام القانون المرافق عن أي فعل أو امتناع في سبيل تنفيذ مهامه، إلا إذا صدر منه بسوء نية أو كان ناتجاً عن خطأ جسيم، ويسري هذا الحكم على العاملين لدى المحكم أو المفوضيّن من قبله لمباشرة بعض الأعمال المرتبطة بالمهام الموكلة إليه، ولا يخل ذلك بمسؤولية المحكم إذا تنحى بغير سبب جدي أو في وقت غير مناسب)(١٠٠).

وأيضاً قانون التحكيم القطري حيث تنص المادة ١١/١١ منه على أنه (لا يجوز مساءلة المحكم عن ممارسته لمهام التحكيم، إلا إذا كانت ممارسته لها عن سوء نية أو تواطؤ أو إهمال جسيم)(١٠١) ، ومما يلاحظ على نص هذه المادة أن المشرع لم يشرْ إلى حالة التنحي دون سبب جدي ويبدو أنه عدّها من قبيل الأعمال المرتكبة بسوء نيّة ومن ثم لا داعيَ للنص عليها كحالة مستقلة؛ لأن تنحي المحكم عن المهمة التحكيمية ومن دون أن يبدي أي سبب جدي يكشف عن سوء نيّته وقصده في الإضرار بالخصوم، إذ إن العذر المشروع هو أحد مظاهر حسن النيّة وبانتفائه تنتفي حسن النيّة (١٠٢).

ثانياً: القوانين التي لم تنصْ بشكل صريح على الحصانة النسبية: لقد جاءت بعض التشريعات خالية من نص واضح وصريح بشأن حصانة المحكم، وإذا كان البعض يستند إلى الموقف السلبي للمشرع للقول بمسؤولية المحكم في هذه التشريعات وعدم الاعتراف بحصانته، بيد أن البعض الآخر يذهب إلى نقيض ذلك، فليس من الضروري أن يكون هناك نص واضح وصريح للاعتراف بمبدأ معين، فقد يمكن التوصل إلى هذا المبدأ من خلال الأحكام القضائية[١٠٣]؛ باعتبارها مصدر من مصادر القانون[١٠٤]، أو من خلال استقراء النصوص القانونية وتحليلها للوقوف على قصد المشرع وغايته منها وتحديد نطاق إعمالها[١٠٥]. ومن أمثلة هذه القوانين:

١- **القانون الفرنسي:** من أمثلة التشريعات التي جاءت خالية من نص قانوني حول حصانة المحكم، القانون الفرنسي، فلم يتضمن قانون التحكيم الفرنسي نص خاص بمسؤولية المحكم أو حصانة، لذا فقد ذهب جانب من الفقه إلى القول إن المحكم لا يخضع للنظام الذي يطبق على القضاة، فالمحكم على حدِّ تعبيرهم يبقى فرداً، ويمكن ملاحقته بالمسؤولية وبشروط أسهل من تلك التي يلاحق بها القضاة.

ولعل السبب الرئيسي وراء استبعاد المحكم من نظام مساءلة القضاة، هو أن المشرع الفرنسي لم يأخذ بنظام المخاصمة[١٠٦]، والذي بمقتضاه يسأل القاضي عن أخطاء معينة وإنما أخذ بنظام جديد يطلق عليه (دعوى الرجوع) وبمقتضى هذا النظام فإن الدعوى لا ترفع على القضاة وإنما على الدولة باعتباره تابعاً لها، فقد نصت المادة ١/١١ من قانون التنظيم القضائي الصادر عام ١٩٧٩[١٠٧] على أنه:

- لا يسأل قضاة المحاكم المدنية إلا عن أخطائهم الشخصية.
- لا تثار هذه المسؤولية إلا عن طريق دعوى الرجوع على الدولة.

لذا ذهب جانب من الفقه إلى أن المحكم ليس قاضياً ولا تطبق عليه القواعد الخاصة بالقضاء، وهذا ما أكدته محكمة التمييز الفرنسية أيضاً بقولها " بما أن المحكمين لا يمارسون أية وظيفة عامة فلا يمكنهم تالياً ترتيب مسؤولية الدولة، ولا يمكن أن توجه ضدهم دعوى العطل والضرر بمعرض ممارستهم لمهامهم إلا طبقاً للقانون العام"[١٠٨].

ومع ذلك يذهب جانب آخر من الفقه والقضاء الفرنسي إلى القول بأن عدم إمكان مساءلة الدولة عن عمل المحكم لا يعني ذلك عدم إمكانية منح المحكم الحصانة فيما يتعلق بأداء مهمته القضائية من خلال تحديد الأخطاء التي يسأل عنها وهذا ما استقر عليه الفقه والقضاء الحديث[١٠٩]، فالمحكم يقوم بعمل قضائي، وممارسة القضاء بوصفه سلطة سيادية لا يجعل من السهل إثارة مسؤولية من يمارسه، لذا فيكون من الضروري أن يستفيد المحكم من الحماية التي تمنح للقضاة للقيام بأداء مهمته[١١٠].

وقد حاول الاجتهاد الفرنسي إيجاد نظام يأخذ بالحسبان الطبيعة الخاصة لمهمة المحكم القضائية ذات النشأة العقدية، فالمحكم من جهة يقوم بعمل قضائي وهذا العمل يستوجب أن تكون للمحكم حصانة من المسؤولية المدنية أسوة بقاضي الدولة، ومن جهة أخرى يرتبط المحكم مع الأطراف بمقتضى اتفاق التحكيم وهذا الاتفاق يرتب التزامات على المحكم ومن ثم فهو كأي متعاقد آخر قد يخل بتنفيذ التزاماته أو ينفذها تنفيذاً معيب ومن ثم تترتب مسؤوليته[١١١]، أي أنها أخذت بالطبيعة المختلطة للمهمة التحكيمية[١١٢]، وبناء على ذلك ذهب القضاء الفرنسي إلى أن حصانة المحكم تقتصر على مضمون قرار التحكيم، معنى ذلك أن المحكم بصفته قاضياً لا يكون مسؤولاً عما حكم به ولا يكون مسؤولاً عن الأخطاء الناشئة عن إصداره قرار التحكيم[١١٣]؛ لأن القائم بوظيفة الحكم لابدّ أن يتمتع بالحصانة القانونية[١١٤].

وهذا ما أكدته المحاكم الفرنسية في العديد من قراراتها فقد قضت محكمة استئناف Reims الفرنسية في ١٩٧٨/١٢/٢٧ بأنه من أجل المحافظة على استقلال المحكم في مباشرة سلطته لا يجوز مساءلته إلا عن الخطأ الجسيم أو الغشّ أو التدليس، ولا يجوز مساءلته عن الأخطاء في حكمه الذي أصدره.

وكذلك قضت محكمة باريس الابتدائية في ١٠/٢/ ١٩٨٢ برفض الدعوى المقامة على المحكم بحجة جهله بالإجراءات وحكمت بالتعويض للمحكم بناء على طلبه[١١٥].

وفي قرار آخر ادعى أحد المحتكمين وجود خطأ مادي في إجراء الحسابات بين المحتكمين، وطلب من المحكم تعديل القرار، إلا أن المحكم رفض ذلك على اعتبار أنه يمس جوهر القرار، لذا أقام المحتكم دعوى على أساس المسؤولية العقدية، فأجابت المحكمة "إنه

بسبب الطابع القضائي لمهمة المحكمين لا يمكن أن تحل دعوى المسؤولية محل طرق الطعن المتاحة بوجه قرار التحكيم، كما لا يجوز لقضاء الدولة مراجعة قرار التحكيم" وقد تم استئناف الحكم مع ذلك أكدت محكمة استئناف باريس ما ذهبت اليه محكمة باريس الابتدائية منتهيةً إلى رد الدعوى(١١٦).

يتضح من هذه القرارات القضائية أن المحاكم الفرنسية منحت المحكم الحصانة عن الأخطاء الناشئة عن قرار التحكيم، والسبب في ذلك هو وجود طرق الطعن والتي تعتبر الطريق الطبيعي لتصحيح قرار التحكيم أو إبطاله، وتعد أيضاً بمثابة التعويض العيني للمدعي(١١٧)، إذ إن المحاكم الفرنسية ربطت حصانة المحكم بطرق الطعن بقرار التحكيم والتي تعدّ الضمانة الكافية للمحتكمين، ومن ثم فلا داعي لمساءلة المحكم عن مجرد خطأه في القرار وإلا لا يكون لطرق الطعن أي معنى متى ما أمكن مراجعته من خلال رفع دعوى المسؤولية (١١٨)، وقد حدد القانون الفرنسي حالات الطعن في قرار التحكيم، والتي تتمثل بالطعن بالبطلان إذ تنص المادة ١٥٢٠ من قانون التحكيم على أنه "لا يكون الطعن بطريق الإبطال جائزاً إلا إذا:

١- اعتبرت الهيئة التحكيمية نفسها عن طريق الخطأ مختصة أو غير مختصة

٢- تشكلت الهيئة التحكيمية بشكل غير صحيح

٣- نظرت الهيئة التحكيمية في النزاع دون التقيد بالمهمة التي أنيطت بها

٤- لم يتم احترام مبدأ الوجاهية

٥- كان الاعتراف بقرار التحكيم أو تنفيذه مخالفاً للنظام العام الدولي".

وكذلك الطعن بطريق إعادة المحاكمة، والطعن بالاستئناف بشرط أن يتم الاتفاق عليه، والطعن بالاستئناف أما أن يؤدي إلى تصحيح قرار التحكيم أو إبطاله، والطعن بطريق اعتراض الغير إلا أن الطعنين الأخيرين يقتصران على التحكيم الداخلي دون التحكيم الدولي(١١٩).

ولكن هل يعني ذلك أن وجود طرق الطعن بالأحكام يغني عن دعوى التعويض في ظل الوضع السائد في فرنسا؟

لقد ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى أن وجود طرق الطعن أو إن المسألة المشكو منها إذا كانت تشملها حالات الطعن بقرار التحكيم فإن ذلك يبرر الاستغناء عن الدعوى المدنية، أي أنهم جعلوا قبول الدعوى المدنية مشروطاً بعدم وجود طريق للطعن بالقرار[١٢٠]، وهذا ما ذهبت إليه محكمة أول درجة بباريس أيضاً في قرار لها إذ رفضت هذه المحكمة دعوى المسؤولية مؤكدة أن المسألة المشكو منها تشملها حالات الطعن بالبطلان، رغم أن دعوى البطلان كانت مقامة بالفعل أمام محكمة استئناف باريس[١٢١].

إلا أن مثل هذا الرأي قد تعرض للانتقاد، لأن الحالة المشكو منها وإن كانت يشملها الطعن بالبطلان إلا أن إبطال القرار قد لا يكفي في جميع الأحوال لجبر الضرر خاصةً في الأحوال التي يكون فيها سبب البطلان راجعاً إلى خطأ المحكم الجسيم أو غشّه أو احتياله[١٢٢]، لذا فقد ذهب جانب من الفقه الفرنسي تعقيباً على هذا القرار (إن المحكمة في مثل هذه الحالة عليها الانتظار إلى حين البت بدعوى البطلان ثم تقرر قبول دعوى المسؤولية من عدمه على أساس نتيجة حكم محكمة الاستئناف)[١٢٣].

ولهذا ذهب جانب آخر من الفقه إلى القول بأن طرق الطعن لا تغني عن دعوى المخاصمة وإنما هي شرطاً لرفع هذه الدعوى، أي أن على المدعي أن يستنفذ أولاً طرق الطعن قبل رفع دعوى المخاصمة[١٢٤]، وما يترتب على ذلك أن تقرير مسؤولية المحكم من عدمه يعتمد على سبب إبطال الحكم وهذا ما يتطلب تقييم كلّ حالة على حدة، فإذا ما أبطل قرار التحكيم بسبب الخطأ الشخصي للمحكم تحققت مسؤوليته والعكس صحيح[١٢٥].

بناء على ذلك يمكن القول أن المحكم حتى تثبت له الحصانة بموجب القانون الفرنسي لابدّ من تحقق الشرطيين الآتيين:

أ- أن يكون هناك قرار تحكيمي حاسم للنزاع، فإذا كان من شروط رفع دعوى المخاصمة أن يكون المدعي قد أستنفذ طرق الطعن فهذا يفترض أن المحكم قد أنهى مهمته بصدور قرار تحكيمي حاسم للنزاع، بمعنى أن المحاكم الفرنسية على الرغم من إنها تعترف بمسؤولية المحكم إلا أنها في الوقت نفسه توفر له الحماية أثناء قيامه بالمهمة التحكيمية وحتى إنهائها بصدور قرار التحكيم[٢٦]، وما يترتب على ذلك بالنتيجة أن مسؤولية المحكم من الممكن أن تتحقق إذا لم يصدرْ قرار التحكيم أو تنحى عن أداء المهمة التحكيمية دون عذر مشروع، وهذا

ما عبرت عنه المادة ١٤٥٧ من قانون التحكيم الفرنسي بقولها: (يجب على المحكم إكمال مهمته حتى نهايتها، إلا إذا أستند إلى وجود حائل أو سبب شرعي للامتناع أو للاستقالة).

ب- أن لا يقع من المحكم خطأ شخصي، فلا يكفي أن يكون هناك قرار تحكيمي حاسم للنزاع وإنما ينبغي أن لا يكون عمل المحكم مقترناً بالخطأ الشخصي، ومن هنا يمكن التمييز بين الوضع السائد في فرنسا عما هو عليه في الولايات المتحدة الأمريكية، فقد سبق وأن بينا أن المحكم في الولايات المتحدة الأمريكية يتمتع بالحصانة متى أصدر قراراً نهائياً يحسم النزاع وبصرف النظر عن الطريقة التي توصل فيها إلى هذا القرار وما إذا كانت تنطوي على الغشّ أو التدليس أو إخفاء علاقات سابقة مع أحد المحتكمين، أما في فرنسا فإذا كانت المحاكم الفرنسية تمنح المحكم الحصانة إذ ما أصدر قرار التحكيم إلا أنها تأخذ في الاعتبار الطريقة التي من خلالها توصل المحكم إلى هذا القرار والتي يمكن أن تثار مسؤولية المحكم بصددها متى كانت تنطوي على الخطأ الجسيم أو الغشّ أو الاحتيال[١٢٧].

فهذا يعني أن المحاكم الأمريكية إذا كانت تعدّ محل التزام المحكم هو إصدار قرار التحكيم أما النشاط الذي يبذله للوصول إلى هذا القرار ما هو إلا مجرد وسيلة للوصول إليه وليس محل التزام، فأن الاجتهاد الفرنسي يعتد بالوسيلة التي توصل المحكم من خلالها إلى قرار التحكيم ويعتبرها محل التزام أيضاً[١٢٨].

وعليه يمكن القول إن مسؤولية المحكم بموجب القانون الفرنسي من الممكن أن تتحقق في حالتين، الحالة الأولى هي عدم القيام بالمهمة التحكيمية أو عدم إصداره قرار التحكيم والحالة الثانية هي حالة الخطأ الشخصي للمحكم، وهذا ما دفع جانب من الفقه الفرنسي وأيده القضاء في ذلك إلى التمييز بين التزامات المحكم بتحقيق نتيجة والتزاماته ببذل عناية (كمعيار للتمييز بين الأعمال القضائية عن الأعمال الاتفاقية)[١٢٩] ، فمثلاً التزام المحكم بالقيام بالمهمة التحكيمية وإصدار قرار تحكيمي خلال المدة المحددة يمثل التزام بتحقيق نتيجة ومن ثم تتحقق مسؤوليته العقدية بمجرد عدم تحقق هذه النتيجة، أما التزامات المحكم الاخرى (أثناء قيامه بالمهمة التحكيمية) فهي التزامات ببذل عناية للوصول إلى النتيجة المطلوبة، ومن ثم لا يُسأل المحكم عنها متى بذل العناية المطلوبة إلا إذا ارتكب غشّ أو خطأ جسيم[١٣٠].

ففي قضية تتلخص وقائعها: أصدر المحكمون حكمهم في القضية المعروضة عليهم بعد انتهاء المدة المحددة من قبل المحتكمين، وعندما أراد أحد المحتكمين (الذي ربح القضية) تنفيذ حكم التحكيم قررت محكمة الاستئناف الفرنسية في مدينة (Rennes) إبطال حكم المحكمين بسبب عدم صدوره في المدة المحددة، بناء على ذلك أقام المحتكم برفع دعوى ضد الهيئة التحكيمية مطالباً بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب إبطال الحكم، استجابت محكمة البداءة لطلبه وألزمت الهيئة التحكيمية بالتعويض، أستأنف المحكمين الحكم، فقضت محكمة استئناف مدينة (angers) بعدم مسؤولية المحكمين وذلك لأن أطراف التحكيم أنفسهم كانوا أيضاً مسؤولين عن انقضاء فترة التحكيم، طعن المحتكم بقرار المحكمة أمام محكمة النقض الفرنسية فقضت المحكمة في حكمها الصادر في ٢٠٠٥ (إن انتهاء مدة التحكيم دون أن يطلب المحكمين تمديد المهملة من قاضي الدعوى وحيث لم يكن هناك أي اتفاق بين الطرفين بشأن التمديد، فإن المحكمين الذين من واجبهم تحقيق نتيجة ارتكبوا خطأ شخصياً أدى إلى إبطال الحكم ومن ثم تتحقق مسؤوليتهم ولكن ليس بسبب تجاوز الوقت وإنما بسبب عدم طلب تمديد الحد الزمني)[١٣١].

ولكن مما يلاحظ على قرار المحكمة أنها اشترطت وجود خطأ شخصي من جانب المحكم فهذا يعني أن عدم إصدار المحكم قرار التحكيم في الوقت المحدد لا يؤدي بذاته إلى تحقق مسؤوليته وإنما تتحقق مسؤوليته بسبب نقص الاجتهاد والمتمثل بعدم طلب تمديد المدة المحددة لإصدار قرار التحكيم أو الاتفاق مع المحتكمين على التمديد؛ وهذا ما دفع البعض إلى القول إلى ان التزام المحكم بإصدار قرار التحكيم هو التزام بتحقيق نتيجة أما التزام المحكم بإصدار قرار التحكيم في الوقت المحدد فهو التزام ببذل عناية يعتمد على جهد المحكم[١٣٢]، وإلا لما اشترطت المحكمة حصول خطأ شخصي؛ (على اعتبار أن الالتزام بتحقيق النتيجة تتحقق فيه المسؤولية بمجرد عدم تحقق النتيجة بصرف النظر عن جسامة الخطأ)[١٣٣] ، فإذا أشرفت المهلة المحددة لحسم النزاع على الانتهاء فمن المفترض أن يطلب المحكم تمديد المهلة أما بالاتفاق مع المحتكمين أو بطلب من القاضي المختص وهذا ما نصت عليه المادة ١٤٦٣ من قانون التحكيم الفرنسي والتي جاء فيها (يجوز تمديد المهلة القانونية أو الاتفاقية، إما باتفاق الأطراف، وإما في حالة عدم حصول مثل هذا الاتفاق فبقرار من القاضي المساند).

بيد أنه إذا كان التزام المحكم بإصدار قرار التحكيم أو القيام بالمهمة التحكيمية هو التزام بتحقيق نتيجة فهذا يفترض أن مسؤولية المحكم تتحقق بمجرد عدم تحقق النتيجة ما لم يثبتْ المحكم حصول السبب الأجنبي، ولكن ما يلاحظ أن المشرع الفرنسي بموجب المادة ١٤٧٥ أجاز للمحكم التنحي متى ما كان له عذر مشروع والعذر المشروع مفهوم أوسع من مفهوم السبب الأجنبي بل إن الأخير يدخل في نطاقه (وهذا ما سنبينه عند بيان موقف المشرع العراقي من الحصانة)، وهذا حسب ما يراه جانب من الفقه يؤثر على طبيعة التزام المحكم أي أن التزام المحكم يعدّ التزاماً ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة، فهذا إن دلَّ على شيء فيدل على صعوبة إيجاد معيار محدد لتمييز أعمال المحكم العقدية عن أعماله القضائية[١٣٤].

وكان الأولى باعتقادنا منح الحصانة للمحكم بصفته التحكيمية كما هو الحال بالنسبة للقانون الأمريكي والقانون الإنكليزي دون الحاجة إلى التمييز بين المحكم بصفته متعاقداً والمحكم بصفته قاضياً وقصر الحصانة على الصفة الأخيرة، وخاصة أن الاجتهاد الفرنسي يشترط لرفع دعوى المخاصمة أن يكون المدعي قد استنفذ طرق الطعن شأنه في ذلك شأن قاضي الدولة، وبالرجوع إلى حالات الطعن كالطعن ببطلان قرار التحكيم نجد من بينها حالات ترجع إلى إخلال بتنفيذ التزام عقدي كمخالفة المحكم تشكيل الهيئة التحكيمية متى كان مكلف بذلك[١٣٥].

٢- القانون المصري: أما بالنسبة للقانون المصري فهو يعدّ أيضاً من التشريعات التي لم يردْ فيها نص صريح بشأن حصانة المحكم[١٣٦]، فقد جاء قانون التحكيم المصري خالياً من الإشارة إلى نص بشأن مسؤولية المحكم أو حصانته، ومع ذلك هناك من يرى إن المشرع المصري قد اعترف ضمناً بحصانة المحكم، مستندين في ذلك إلى نص المادة (١٨) من قانون التحكيم المصري والتي جاء فيها (لا يجوز ردّ المحكم إلا لأسباب تثير شكوكا جدية حول حيدته أو استقلاله)، وبهذا يكون مركز المحكم مشابه لمركز القاضي فيما يتعلق بالرد، مما يعني أن المشرع المصري قد أقر وبشكل غير مباشر بامتداد حصانة القاضي للمحكم[١٣٧].

ويذهب جانب من الفقه المصري المؤيد لحصانة المحكم، يجب عدم مساءلة المحكم عن خطئه في تطبيق القانون أو تفسيره، ويجب قصر ذلك على الخطأ المتعمد[١٣٨]، ويذهب

فقيهاً آخر إلى أن المحكم بموجب القانون المصري لا يسأل إلا بما يسأل به قاضي الدولة من غش أو تدليس أو خطأ مهني جسيم(١٣٩).

٣- القانون العراقي: أما فيما يتعلق بالقانون العراقي فقد جاء هو الآخر خالياً من نص واضح وصريح بشأن مسؤولية المحكم، لذا برز بشأن تفسير موقف المشرع العراقي رأيين، الأول يرى أن المشرع العراقي قد أعترف بمسؤولية المحكم بشكل ضمني ولم يأخذْ بفكرة الحصانة مستندين في ذلك إلى نص المادة ٢٦٠ من قانون المرافعات والتي جاء فيها (لا يجوز للمحكم بعد قبول التحكيم أن يتنحى بغير عذر مقبول، ولا يجوز عزله إلا باتفاق الطرفين)، فهو وإن لم يشرْ صراحة إلى مسؤولية المحكم إلا أنه يصلح كأساس ضمني للمسؤولية، ويستندون أيضاً إلى أن المحكمين ملتزمون بقبول تعيينهم كتابة ومن ثم فمن المحتمل أن يؤدي عدم التزامهم بالواجبات المذكورة في أتفاق التحكيم إلى تحقق مسؤوليتهم(١٤٠).

إلا أنه يمكن الردّ على هذا الرأي، أن المشرع وأن لم ينصْ صراحة على أن التنحي دون عذر مقبول تترتب عليه مسؤولية المحكم والحكم عليه بالتعويضات، بيد أن هذا الأمر يستوجب بالفعل مساءلة المحكم حتى وأن كان يتمتع بالحصانة، وذلك على عدّ أن الحصانة تثبت للمحكم أثناء مباشرته للمهمة التحكيمية لضمان استقلاله في إصدار قرار التحكيم أي توفير الحماية للمحكم للوصول إلى قرار تحكيمي عادل في حين أن اعتزال المحكم عن القيام بالمهمة التحكيمية وبدون عذر مشروع يتنافى مع الغرض المقصود من الحصانة وينطوي على إنكار العدالة وهذا الفعل يسأل عنه القاضي أيضاً(١٤١)، هذا من جانب ومن جانب آخر أنه حتى في ظل الأنظمة الانكلو أمريكية والتي تأخذ بحصانة المحكم فإن التنحي بغير عذر مقبول من شأنه أن يثير مسؤولية المحكم (كما وضحنا ذلك سابقاً)، عليه فأن هذا النص لا يشكل قرينة قاطعة للقول بأن المشرع لم يعترفْ بحصانة المحكم.

أما القول بعدم وجود الحصانة استناداً إلى النشأة الاتفاقية للمهمة التحكيمية، فيرد على ذلك أن أساس الحصانة هو المهمة القضائية وليس الاتفاق، فالقانون الإنكليزي نص صراحة على وجود العقد المبرم بين الأطراف والالتزامات المترتبة عليه ومع ذلك منح الحصانة للمحكم(١٤٢).

مع ذلك هناك من يفسر موقف المشرع العراقي على أنه أخذ بالحصانة ولكن بشكل ضمني، ويستند هذا الرأي إلى نص المادة ٢٦١ السالفة الذكر، إذ إن المشرع أشار إلى حالة واحدة من حالات تحقق المسؤولية وهي حالة التنحي دون عذر مشروع مما يعني ذلك أنه فيما عدا هذه الحالة فإن المحكم يتمتع بالحصانة[١٤٣]، فضلاً عن ذلك أن المشرع قد أشترط أن يكون تنحي المحكم دون عذر مشروع فهذا يعني أن المشرع أعفاه من المسؤولية متى كان تنحيه بعذر مشروع[١٤٤].

ويعزز هذا الاتجاه وجهة نظرهم بنص المادة ٢٦١ من قانون المرافعات العراقي والتي جاء فيها (يجوز رد المحكم لنفس الأسباب التي يرد بها القاضي....)، مما يعني ذلك " أن المشرع العراقي أخضع المحكم للنظام القانوني الذي يخضع له القاضي من حيث الواجبات التي تفرض عليه والحقوق التي يتمتع بها" ومنها حقه في التمتع بالحصانة[١٤٥].

ونرجح بدورنا ما ذهب إليه الرأي الثاني؛ وذلك لأن إعفاء المحكم من المسؤولية عند تنحيه عن القيام بالمهمة التحكيمية متى كان للمحكم عذر مشروع وعلى الرغم من وجود العقد بين المحتكمين والمحكم هو بحد ذاته يكشف عن إرادة المشرع في منح المحكم الحصانة؛ لأنه من الثابتة أن المسؤولية العقدية تتحقق بمجرد حصول إخلال من جانب أحد المتعاقدين ولا يعفى من ذلك وجود العذر من عدمه[١٤٦]، خاصة إذا ما علمنا أن مفهوم العذر المشروع يختلف عن مفهوم السبب الأجنبي الذي قد يعفي المدين من المسؤولية العقدية إذ ما أثبت تحققه، إذ إن كل سبب أجنبي من الممكن اعتباره عذر مشروع ولكن العكس غير صحيح[١٤٧]، فالعذر المشروع قد يرجع إلى إرادة المحكم في حين أن السبب الأجنبي لا يد للمحكم في تحققه أي لا دخل لإرادة المحكم في تحققه[١٤٨] ومن ثم فهو يجعل المحكم غير قادر على تنفيذ التزامه أو يؤدي إلى تنفيذه بشكل معيب[١٤٩] ومن أمثلته تسفير المحكم خارج البلاد رغم إرادته، أو مرض المحكم المفاجئ الذي يجعله عاجزاً عن تنفيذ التزاماته، أما بالنسبة للعذر المقبول فليس بالضرورة أن يؤدي تحققه إلى الحيلولة بين المحكم وقدرته على تنفيذ التزاماته فقد لا يكون خارجاً عن إرادة المحكم مثل رغبة المحكم بالهجرة خارج البلاد بإرادته[١٥٠]، أو كما لو شعر المحكم إن استمراره في المهمة التحكيمية من شأنه أن يؤثر على حياده واستقلاله فيتنحى من تلقاء نفسه[١٥١].

وهذا ما يؤكد أيضاً أن التزام المحكم القيام بالمهمة التحكيمية هو التزام ببذل عناية وليس التزام بتحقيق نتيجة؛ لأن الالتزام بتحقيق نتيجة لا يعفى المدين من المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي، وهو ما يؤكد حصانة المحكم أيضاً[١٥٢].

ومما يلاحظ أن المشرع أجاز للمحكم التنحي متى كان له عذر مشروع وهذه الحالة هي ذاتها التي أجاز فيها المشرع للقاضي الامتناع عن نظر الدعوى متى كان له عذر مقبول[١٥٣] وهذا ما يؤكد أيضاً موقف المشرع العراقي من حيث إعطاء المحكم مركزاً مقارباً لمركز القاضي.

وبما أن حصانة المحكم هي حصانة بالقياس على حصانة القاضي وبما أن حدود حصانة القاضي تتحدد بالأعمال التي يأتيها أثناء القيام بالمهمة القضائية[١٥٤]، ولفظ أثناء هو "ظرف زمان بمعنى خلال ويدل على تداخل عملين أو أكثر"[١٥٥]، وبما أن أعمال المحكم العقدية تصدر عنه خلال قيامه بعمله القضائي فهذا يعني أن هذه الأعمال تدخل النطاق الزمني للحصانة، فطالما كان هناك توافقاً زمنياً بين الخطأ والعمل القضائي أي أن الخطأ وقع في الفترة الزمنية لأداء العمل القضائي فهو مشمولاً بالحصانةِ إذاً[١٥٦]، وأيضاً تتحدد حدود حصانة القاضي بالأعمال التي تصدر عنه بسبب القيام بالمهمة القضائية أي الأخطاء التي ما كانت لتقع لولا قيام القاضي بالمهمة القضائية، وهذا المعيار من شأنه أيضاً أن يغطي كل الأخطاء التي تقع من المحكم عند قيامه بالمهمة التحكيمية سواء كانت متعلقة بالتزاماته العقدية أم القضائية[١٥٧].

فالتزامات المحكم العقدية ليست التزامات مقصودة لذاتها، وإنما هي التزامات تابعة ومقترنة بالتزام المحكم الأصلي وهو حسم النزاع وإصدار قراره فيه (العمل القضائي) ومن ثم فهي تتبع الالتزام الأصلي بالحكم وفقاً لقاعدة (التابع تابع لمتبوعه فلا يفرد بالحكم ما لم يصدر مقصوداً لذاته)[١٥٨].

لذا نعتقد أن الحصانة تمتد لتشمل العملية التحكيمية برمتها أي الأعمال التي تصدر من المحكم بصفته التحكيمية (وهو ما أخذ به القانون الأمريكي والإنكليزي)، دون تمييز بين طبيعة التزامات المحكم، فالمهمة التحكيمية كما بينا عند بحث طبيعتها القانونية هي مهمة قضائية وذلك بسبب غلبة الجانب القضائي على الجانب الاتفاقي، ولا يحتاج الأمر إلى تجزئة

التزامات المحكم للوصول إلى مسؤوليته، فضلاً عن صعوبة التمييز بين هذه الالتزامات والتي التمسناها عند بحث الحصانة في نطاق القانون الفرنسي.

وليس في ذلك مضرةً بالخصوم طالما إن المحكم يسأل كلما ثبت من جانبه الغشّ والتدليس أو الخطأ المهنيّ الجسيم؛ على اعتبار أن حصانة القاضي هي مصدر حصانة المحكم فلا يجوز أن تكون حصانة هذا الأخير أوسع من حصانة القاضي.

مع ذلك نرى إنه لابدّ من تدخل المشرع بإيراد نص صريح بشأن حصانة المحكم بدلاً من ترك المسألة للاستدلال الضمني ومنعاً للاجتهاد في مورد النص، وعلى كلِ حال وفي ضل غياب النص الصريح يمكن اللجوء إلى ما يسمى بالحصانة الاتفاقية لحماية المحكم من المسؤولية العقدية، وهي ما ستكون محلاً لبحثنا في المطلب الآتي.

المبحث الثاني/ الحصانة الاتفاقية

إلى جانب الحصانة القانونية هناك نوع أخر من الحصانة وهي الحصانة الاتفاقية أي الحصانة التي يكون مصدرها اتفاق الطرفين وليس النص القانوني، وقد سبق وأن بينا أن هناك من يرى أن أساس الحصانة هو الاتفاق، وعلى الرغم من عدم وجاهة هذا الرأي والانتقادات التي وجهت إليه إلا أن وجود العقد بين الطرفين تعتبر مسألة واقعية لا يمكن إنكارها، حتى في ظل الاتّجاهات القائلة بالطبيعة القضائية للمهمة التحكيمية[١٥٩]، وطالما وجد العقد بين المحتكمين والمحكم فمن المتصور أن يتضمن مثل هذا العقد اتفاق يعفي المحكم من المسؤولية، وعلى وجه الخصوص في التشريعات التي لا تتضمن قوانينها نص خاص بالحصانة كما هو الحال بالنسبة للقانون العراقي، وبهذا يكون لدينا نوعين من الحصانة، الحصانة القانونية وهي الحصانة المطلقة أو النسبية والحصانة الاتفاقية، وللإحاطة أكثر بهذا الموضوع قسمنا هذا المبحث على مطلبين نتناول في الأول منها مفهوم الحصانة الاتفاقية أما الثاني فسيكون محلاً لبحث موقف القوانين وأنظمة المؤسسات التحكيمية من الحصانة الاتفاقية.

المطلب الأول: مفهوم الحصانة الاتفاقية

إن السبب الرئيسي وراء منح المحكم الحصانة هو العمل القضائي، إلا أن إغفال المشرع عن تنظيم مسألة الحصانة دفعت البعض إلى القول بإمكانية منح الحصانة للمحكم

عن طريق الاتفاق؛ بالنظر إلى الحرية الواسعة التي يمنحها المشرع للأطراف في مجال التحكيم، فهذا يعني أن فكرة الحصانة الاتفاقية تجمع بين نظامين: الأول هو نظام الحصانة كنتيجة لقيام المحكم بالعمل القضائي، والثاني هو الاتفاق كنتيجة للرابطة العقدية بين المحكم والأطراف، ووجود هذين النظامين يقتضي إيجاد تأصيل للحصانة الاتفاقية فهل هي نظام اتفاقي أم هي بالفعل حصانة للمحكم؟ هذا هو موضوع بحثنا في هذا المطلب ولكن بعد بيان تعريف الحصانة الاتفاقية.

الفرع الأول: تعريف الحصانة الاتفاقية

يقصد بالحصانة الاتفاقية "اتفاق بين المحكم وأطراف التحكيم في عقد التحكيم المبرم بينهما أو باتفاق لاحق على رفع المسؤولية عن المحكم أو تحديديها بمدى أو بنطاق معين قبل وقوع الضرر"، وكذلك تعرف الحصانة الاتفاقية بأنها الاتفاق على إعفاء المدين – المحكم– من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي كلياً أو جزئياً أو بسبب تنفيذه على وجه معيب أو تأخر فيه إلا ما ينشأ عن غشه وخطئه الجسيم"[١٦٠].

ومن تعريفات الحصانة الاتفاقية أيضاً، هي الوسيلة التي من خلالها يستطيع المحكم التخلص من النتائج المترتبة على فشله في تنفيذ التزاماته العقدية[١٦١]، أو هو اتفاق يتنازل بمقتضاه المحتكمون (الطرف المضرور) قبل وقوع الضرر عن حقه في المطالبة بتعويض هذا الضرر[١٦٢].

ومن التعريفات السابقة يمكن تعريف الحصانة الاتفاقية على أنها اتفاق بين المحتكمين والمحكم يتخلص بمقتضاها المحكم من المسؤولية الناشئة عن إخلاله بتنفيذ التزاماته العقدية أو تنفيذها بشكل معيب (حسب الاتفاق) إلا ما ينشأ عن غشه أو خطئه الجسيم، وبشرط أن يتم ذلك قبل صدور الإخلال.

وعليه يمكن القول إن الحصانة الاتفاقية هي تطبيق لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، وما يترتب على تطبيق هذا المبدأ من نتائج أهمها حرية الأفراد في أن ينشؤوا ما يشاؤوا من العقود وأن يضمنوها ما يشاؤوا من الشروط ، ولا يقيدهم في ذلك إلا النظام العام والآداب العامة[١٦٣].

الفرع الثاني: تأصيل فكرة الحصانة الاتفاقية

يقصد بالتأصيل (مصدر أصل) بيان أصل الشيء وأصالته وجعله ذا أصل ثابت[١٦٤]، وقد سبق وأن بينا أن الحصانة لا يمكن أن يكون أساسها إلا القانون كونها خروج عن القواعد العامة، ولكن هناك العديد من التشريعات لم تعنِ بتنظيم حصانة المحكم، لذا يلجأ المحكمين في كثير من الأحيان إلى تضمين عقودهم شرط الإعفاء من المسؤولية، فهذا يعني أن الحصانة الاتفاقية ما هي إلا إعفاء اتفاقي من المسؤولية، ومع ذلك هناك من يعّدها حصانة للمحكم أي حصانة مصدرها الاتفاق، لذا فالسؤال الذي نطرحه بهذا الخصوص هو هل من الممكن أن تنشأ الحصانة بالاتفاق؟ أو بمعنى آخر هل أن هذا الاتفاق هو بالفعل حصانة للمحكم أم أنه مجرد شرط للإعفاء من المسؤولية؟.

لمعرفة ما إذا كان هذا الاتفاق الذي يعفي المحكم من المسؤولية هو بالفعل حصانة للمحكم لابدّ أولاً من الوقوف على حقيقة المقصود من الحصانة وكذلك حقيقة المقصود من شرط الإعفاء من المسؤولية، لنتوصل من خلاله إلى طبيعة العلاقة بين النظامين.

فإذا كان البعض يعدّ شرط الإعفاء من المسؤولية هو حصانة اتفاقية مستندين في ذلك إلى الأثر المترتب على كل منهما من حيث إعفاء المحكم من المسؤولية الناشئة عن إخلاله بتنفيذ التزاماته العقدية[١٦٥]، بيد أن ذلك لا يتحقق في جميع الأحوال، فالحصانة كما أوضحنا سابقاً قد تكون حصانة مطلقة بمعنى إعفاء المحكم عن كل ما يقع منه أثناء قيامه بالمهمة التحكيمية، غير أن شرط الإعفاء من المسؤولية لا يترتب عليه إعفاء مطلق للمحكم عن كل ما يقع منه، وحتى في النظام الأمريكي الذي يأخذ بالحصانة المطلقة فإنه يخرج عن شرط الإعفاء من المسؤولية كلّ ما يعد من قبيل الغشّ أو التدليس[١٦٦].

ومع ذلك حتى لو كان أثر شرط الإعفاء من المسؤولية هو ذات الأثر المترتب على الحصانة فإن هناك ثمة اختلافات بين النظامين، من حيث إن الحصانة بمفهومها القانوني هي مصطلح مرادف لعدم المسؤولية[١٦٧]، أو ما يطلق عليه البعض (حصانة ضد المسؤولية)[١٦٨] ، مما يعني ذلك أن الحصانة هنا تنصرف إلى ركن الخطأ بحيث ينحسر عن الفعل الصادر من المحكم وصف الخطأ ويصبح الفعل مباحاً على الرغم من أن هذا الفعل يعدّ خطأ أو فعلاً غير مشروع بمقتضى القانون لو صدر من شخص آخر، أي أن الحصانة

هنا تغير من وصف الفعل وطبيعته[١٦٩]، أما في حالة شرط الإعفاء من المسؤولية فإن المدين يرتكب خطأ اعتيادي يؤدي إلى عدم تنفيذ التزامه، إلا أنه لا يدفع تعويضاً بفعل شرط الإعفاء من المسؤولية، ومع ذلك لا يمكن القول إن المدين لم يرتكب خطأ أو أنه أبدى الحذر والعناية اللازمين بموجب العقد[١٧٠]أي أن شرط الإعفاء من المسؤولية لا يغير من وصف الفعل أو تكييفه ولا ينصب على المسؤولية فيعدمها فهو لا ينصرف إلى ركن الخطأ وإنما ينصرف إلى الأثر المترتب على تحقق المسؤولية ومن ثم يؤدي إلى إعفاء المدين من دفع التعويض[١٧١]، بمعنى إن الاتفاق لا يمكن أن يغير من وصف الفعل، إذ من غير الجائز قانوناً الاتفاق على تغيير وصف الفعل الذي يعتبره القانون فعلاً خاطئ إلا بمقتضى القانون ذاته.

فضلاً عن ذلك أن شرط الإعفاء من المسؤولية يقتصر على الأفعال التي يحددها الاتفاق ولا يشمل غيرها، كما لو اتفق المتعاقدون على إعفاء الناقل من المسؤولية الناشئة عن الأضرار التي تصيب البضاعة عند نقلها، ففي هذه الأحوال يقتصر الإعفاء فقط على الأضرار التي تصيب البضاعة أما إذا لحقت الأضرار بالركاب مثلاً فهنا لا يسري شرط الإعفاء من المسؤولية، إذ إن شرط الإعفاء من المسؤولية لا يترتب عليه إعفاء المدين عن كلِّ ما يقع منه أثناء وبسبب أداء التزامه[١٧٢]، بينما الحصانة تنصرف إلى المهمة أي إلى الأعمال التي تقع من المحكم أثناء وبسبب أداءه مهمته سواء كان مصدر هذه الأعمال الاتفاق أو النص القانوني بينما شرط الإعفاء من المسؤولية يقتصر على الالتزامات الاتفاقية.

هذا وأن الحصانة متعلقة بالنظام العام أي أنه ليس للمحكم التنازل عنها بأي حال من الأحوال ولا يجوز الاتفاق على ما يخالفها، ويمكن إثارتها في أي وقت وفي أي مرحلة تكون عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام محكمة التمييز ويجوز أيضاً للمحكمة أن تحكم بها من تلقاء نفسها[١٧٣]، أذ إن الحصانة تقرر للوظيفة التي يقوم بها الشخص وليس إلى الشخص ذاته فكل من يشغل هذه الوظيفة أو يقوم بهذه المهمة تثبت له الحصانة دون الحاجة إلى اتفاق بشأنها، فهي بشكل عام امتياز يمنحه القانون لمن يقوم بمهمة القضاء يميزه عن عامة الناس وتضفي عليه حماية خاصة لا تعطيها لغيره[١٧٤].

وهذا ما دفع البعض إلى القول إن الحصانة لا يمكن أن تصدر إلا عن قانون أو معاهدة دولية، وفي غياب ذلك لا يمكن الحديث عن حصانة المحكم "فالحصانة لا تصدر عن أتفاق تعاقدي أو حتى عن نظام مركز تحكيمي"، وإن كان الواقع يثبت العكس، إذ تتضمن أغلب الأنظمة الداخلية للمؤسسات التحكيمية مواد تقضي بإعفائها وإعفاء المحكمين التابعين لها من المسؤولية[١٧٥]، مع ذلك فإن هذه الحصانة لا يمكن عدّها إلا شرط إعفاء من المسؤولية لأن الحصانة لا تصدر إلا عن قانون أو معاهدة دولية ومن ثم إذا كانت المؤسسة التحكيمية لا تستطيع منح الحصانة لنفسها فمن باب أولى لا تملك منحها للمحكم؛ إذ إن فاقد الشيء لا يعطيه.

نستنتج مما سبق أن الحصانة وشرط الإعفاء من المسؤولية نظاميين مختلفين سواء كان ذلك من حيث الأثر أم من حيث المصدر أم من حيث النطاق، ولا يمكن عدّ شرط الإعفاء من المسؤولية حصانة بالمعنى القانوني، ومع ذلك نعتقد أنه ليس هناك ما يمنع من أطلاق مصطلح الحصانة على شرط الإعفاء من المسؤولية من الناحية اللغوية؛ فمصطلح الحصانة مصطلح واسع ويؤدي إلى العديد من المعاني ومنها "الإعفاء من عبء المسؤولية"[١٧٦]، ولما كان المحكم يقوم بمهمة قضائية فمصطلح الحصانة يأتي منسجماً مع هذه المهمة بصرف النظر عن مصدره، ومع ذلك يبقى أساس هذه الحصانة الاتفاق ومن ثم فهي تخضع لما يخضع له اتفاق الأشخاص على إعفاء أحد الطرفين من المسؤولية من شروط وأحكام التي ينظمها القانون، وهذا ما سنبينه في الفروع الآتية.

المطلب الثاني/ موقف القوانين وأنظمة المؤسسات التحكيمية من الحصانة الاتفاقية

انتهينا في الفرع السابق إلى أن الحصانة الاتفاقية ما هي إلا اتفاق بين المحتكمين والمحكم على إعفاء الأخير من المسؤولية ولما كان الأمر كذلك فهذا يقتضي أن تخضع هذه الحصانة للشروط والأحكام التي تنظمها التشريعات الداخلية أياً كان مصدر هذه الحصانة الاتفاقية سواء كانت المؤسسة التحكيمية أو العقد المبرم مباشرةً مع المحكم دون تدخل المؤسسات التحكيمية، بناء على ذلك قسمنا هذا المطلب على فرعين أما الأولى فسيكون محلاً

لبحث موقف القانون من الحصانة الاتفاقية، أما الثاني فسيكون محلاً لبحث موقف أنظمة المؤسسات التحكيمية من الحصانة الاتفاقية:

الفرع الأول: موقف القوانين من الحصانة الاتفاقية

سنخصص هذا الفرع لبحث موقف القانون العراقي والقوانين المقارنة من إقرار الحصانة الاتفاقية وكذلك عرض شروط الحصانة الاتفاقية في ظل هذه القوانين، وذلك في النقاط الآتية:

أولاً: موقف القانون العراقي والقوانين المقارنة من إقرار الحصانة الاتفاقية: لقد سبق وأن ذكرنا أن القانون العراقي جاء خالياً من نص واضح وصريح بشأن الحصانة القانونية للمحكم مما دفع البعض إلى الاجتهاد للوصول إلى قصد المشرع من خلال النصوص المتفرقة، وفي ظل بحثنا فيما يخص الحصانة الاتفاقية يتضح لنا أن القانون العراقي لم يتضمن أيضاً نصاً واضحاً وصريحاً يجيز أو يمنع الاتفاق على إعفاء المحكم من المسؤولية، لذا يقتضي الأمر الرجوع إلى القواعد العامة بهذا الخصوص، إذ إن عقد التحكيم وإن كان من العقود غير المسماة[١٧٧]، أي العقود التي لم يعنِ المشرع بتنظيمها سواء في القانون المدني أو أي قانون آخر مع ذلك فهي تخضع للقواعد العامة التي وضعت لسائر العقود، على اعتبار أن الأفراد أحراراً في أن ينشؤوا ما يشاؤوا من أنواع العقود بشرط عدم مخالفة النظام العام والآداب العامة[١٧٨]، ومن ثم فقد تتضمن مثل هذا العقود شرطاً يعفي المدين من المسؤولية العقدية فما حكم مثل هذا الشرط بموجب القانون العراقي والقوانين المقارنة؟

لقد نصت المادة ٢٥٩ من القانون المدني العراقي على أنه (....يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من كل مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي إلا التي تنشأ عن غشه أو عن خطأه الجسيم،...)، يتضح لنا من نص هذه المادة أمور عدة منها:

أ- إن المشرع العراقي أجاز شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية، ومن ثم يكون اتفاق المحكم مع الخصوم على إعفائه من المسؤولية الناشئة عن إخلاله بتنفيذ التزامه التعاقدي اتفاق صحيح.

ب- إن المشرع العراقي نص على جواز (إعفاء المحكم من كلّ مسؤولية) فهذا يفترض تحقق المسؤولية بكامل أركانها من خطأ وضرر وعلاقة سببية بينهما، إلا أن المحكم لا يتحمل المسؤولية أي لا يلتزم بدفع التعويض، لوجود شرط الإعفاء من المسؤولية، وهذا هو الفرق بين الحصانة القانونية والحصانة الاتفاقية (شرط الإعفاء من المسؤولية) على النحو الذي بيناه سابقاً .

ج- إن المشرع العراقي ذكر عدم تنفيذ الالتزام التعاقدي ومن ثم إن الاتفاق قد يردّ على عدم التنفيذ أو التأخر في التنفيذ أو التنفيذ المعيب إلى غيره من صور الخطأ، وحسناً فعل المشرع العراقي بهذا الصدد إذ لم يعنَ بتعداد صور الخطأ العقدي وهو أمر غير محبذ في صياغة التشريع(١٧٩).

أما بالنسبة للقانون المصري فهو لا يختلف عن القانون العراقي فيما يتعلق بالحصانة الاتفاقية للمحكم فقد نصت المادة ٢١٧ من القانون المدني المصري على أنه (...يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي إلا ما ينشأ عن غشه أو خطئه الجسيم..)، فيلاحظ أن نص المادة ٢١٧ من القانون المدني المصري جاء مطابقاً لنص المادة ٢٥٩ من القانون العراقي من حيث إنه أجاز الاتفاق على إعفاء المحكم من المسؤولية كلياً أو جزئياً ولا يستثنى من ذلك إلا حالة الغشّ والخطأ الجسيم.

أما عن القانون الفرنسي فقد جاء خالياً من نص عام بشأن شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية، غير أن الفقه والقضاء الفرنسي قد انتهى إلى صحة هذا الشرط(١٨٠)، مستندين في ذلك إلى مبدأ الحرية التعاقدية الذي أشارت له المادة ١١٠٣من القانون المدني الفرنسي والتي جاء فيها (تنزل العقود المبرمة على الوجه القانوني منزلة القانون بالنسبة للذين أنشأوها)(١٨١) ، ومع ذلك إن هذا الإعفاء ليس مطلقاً وإنما يستثنى منه حالة الغشّ أو الخطأ الجسيم سواء كان ذلك صادر من المدين أم من تابعيه، وبهذا يختلف عن القانون العراقي والقانون المصري على النحو الذي بيناه سابقاً(١٨٢).

ومع ذلك فإن شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية للمحكم قليل الأهمية في القانون الفرنسي، طالما أن القضاء الفرنسي يمنح المحكم حصانة من المسؤولية المدنية دون حاجة

إلى اتفاق بشأنها، وبالأخص أن الحصانة الممنوحة للمحكم لا تعفي المحكم من الخطأ الشخصي الجسيم وكذلك الأمر بالنسبة لشرط الاعفاء من المسؤولية.

وهذا ما أكدته محكمة استئناف باريس في أحد قراراتها في ٢٠١٥ إذ قضيت بأن مسؤولية المحكم قائمة على أساس سوء السلوك الشخصي ومن ثم فهو لا يستفاد من الحصانة التي تمنحها الاتفاقية والتي تقضي بعدم مسؤولية المحكم عما يقع منه أثناء أو بسبب أداء المهمة التحكيمية، ولا يستفاد أيضاً من نص المادة ٣٤ من قواعد غرفة التجارة الدولية والتي تقضي بعدم مسؤولية المحكم عن أي فعل او امتناع أثناء قيامه بالمهمة التحكيمية، فالمحكم يستفيد من الحصانة القانونية وشرط الإعفاء من المسؤولية فقط بالنسبة للأعمال التي تتطلبها المهمة القضائية[١٨٣].

وعلى كل حال يذهب البعض إلى أن حصانة المحكم تغطي الأعمال التي يقوم بها بصفته قاضياً، ومن ثم يمكن أن يستفيد المحكم من شرط الإعفاء من المسؤولية بالنسبة لالتزاماته التي لا ترتبط بالالتزامات القضائية، مثلاً التزام المحكم بإصدار قرار التحكيم في الوقت المحدد، فيمكن للمحكم أن يتفق مع المحتكمين على عدم مسؤوليته عن التأخر في إصدار قرار التحكيم[١٨٤].

ومن جانبنا لا نسلم بهذا الرأي؛ لأن الحصانة تنصرف إلى المهمة وليس إلى الالتزامات المتعلقة بها فالتزامات المحكم سواء كانت عقدية أم قضائية هي من تضفي الطبيعة الخاصة لمهمة المحكم، إضافة إلى ذلك هناك صعوبة في تمييز التزامات المحكم العقدية عن التزاماته القضائية فمثلاً التزام المحكم بالحياد والاستقلال فعلى الرغم من أن هذا الالتزام هو التزام قضائي إلا أنه ينشأ مباشرة عن قبول المحكم للمهمة التحكيمية[١٨٥]، وكذلك التزام المحكم بالإفصاح فعلى الرغم من أن هذا الالتزام حسب ما يراه البعض هو التزام اتفاقي إلا أن اساس القيام به هو المحافظة على حياد المحكم واستقلاله وهذا يعد أحد متطلبات العمل القضائي[١٨٦]. مع ذلك يمكن أن تستفيد المؤسسات التحكيمية من شرط الإعفاء من المسؤولية، على اعتبار أن القضاء الفرنسي لا يمدّ حصانة المحكم للمؤسسات التحكيمية كما هو الحال بالنسبة للولايات المتحدة الأمريكية.

وكذلك الأمر بالنسبة للقانون الإنكليزي فقد نظم هذا القانون الحصانة سواء كانت حصانة المحكم أو حصانة المؤسسات التحكيمية وبذلك تقل أهمية الحصانة الاتفاقية في القانون الإنكليزي، ومع ذلك سنعرض لبعض أحكامه لأغراض المقارنة.

ثانياً: موقف القانون العراقي والقوانين المقارنة من شروط صحة الحصانة الاتفاقية: على الرغم من أن القانون العراقي وغيره من القوانين لم تذكر سوى الغشّ والخطأ الجسيم كقيد على شرط الإعفاء من المسؤولية بيد أن هناك قيود أخرى ينبغي توافرها سواء كان مصدرها القواعد العامة أم القضاء، وهذا ما سنبينه في النقاط الآتية:

١- كتابة شرط الإعفاء من المسؤولية: على الرغم من أن المشرع العراقي لم ينص صراحة على هذا الشرط ولكن بما أن شرط الإعفاء من المسؤولية هو استثناء من القواعد العامة وفيه استبعاد للحقوق التي نص عليه القانون لمصلحة الدائن لذا يشترط فيه أن يكون مكتوباً وبشكل واضح[١٨٧]، بينما نجد القضاء الإنكليزي متقدماً في هذا المجال فحتى يستفيد المتعاقد من شرط الإعفاء من المسؤولية ينبغي أن يتحقق من أن شرط الإعفاء قد أدرج بشكل صحيح، إذ تعدّ مسألة الإدراج الخطوة الأولى التي تقوم بها المحكمة للتحقق ما إذا كان شرط الإعفاء مدرج بشكل لا يقبل الشكّ، إي أن هذا الشرط قد أدمج في صلب العقد، وقد أقر القضاء الإنكليزي ثلاث طرق يمكن من خلالها إدماج شرط الإعفاء من المسؤولية بالعقد[١٨٨].

تتمثل الطريقة الأولى بإدراج شرط الإعفاء من المسؤولية في صلب العقد والتوقيع عليه من قبل المتعاقدين أي أن شرط الإعفاء يصبح بند من بنود العقد[١٨٩]، اما الطريقة الثانية فبموجبها لا يردّ شرط الإعفاء مكتوباً بالعقد وإنما تتحقق من خلال الإشعار بوثيقة مستقلة عن العقد، ويشترط لكي يتحقق الأدراج بواسطة الإشعار أن يكون هذا الإشعار قد تحقق عند إبرام العقد أو قبل ذلك ولا يعتد بشرط الإعفاء إذ ما تم الإشعار بعد إبرام العقد، ويشترط أيضاً أن يكون الطرف الذي يستند إلى شرط الإعفاء من المسؤولية قد اتخذ خطوات معقولة لجذب انتباه المتعاقد الآخر أي أن يكون الإشعار معقولاً[١٩٠]. أما الطريقة الأخيرة فتستخلص بشكل ضمني، أو ما تسمى بالإدماج المستخلص من تعامل سابق، ففي هذه الحالة لا يوجد بند مدرج في العقد ولا يوجد إشعار أيضاً وإنما يوجد تعامل سابق بين الطرفين أي سلسلة من العقود المبرمة بينهما، وينبغي أن تكون هذه العقود من طبيعة واحدة وأن تكون من الكثرة

والأهمية بحيث تبرر علم المتعاقد الآخر بشرط الإعفاء، وينبغي أيضاً أن يكون شرط الإعفاء من المسؤولية من الشروط الشائعة في نطاق عمل المتعاقدين[١٩١].

أما في مجال التحكيم فيبدو أن الصورة الشائعة لشرط الإعفاء من المسؤولية هو الإعلان عن هذا الشرط من قبل المؤسسات التحكيمية مع القواعد الأخرى المعمول بها من قبل هذه المؤسسة (نظام المؤسسة التحكيّمية)، وفي هذه الحالة يتعين على المؤسسة التحكيّمية أن تتحقق من علم المتعاقد بشرط الإعفاء من المسؤولية وقت أبرام العقد؛ إذ إن إمكانية العلم بهذا الشرط لا تقوم مقام العلم الفعلي به من قبل المتعاقد، فلا يكفي تسليم المؤسسة التحكيمية الأوراق التي تتضمن شرط الإعفاء من المسؤولية وقت إبرام العقد وإنما يتعين عليها تنبيه أو إشعار المتعاقد بوجود هذا البند؛ وذلك لخطورته على حقوقه[١٩٢].

٢- أن لا يتعارض شرط الإعفاء من المسؤولية مع الالتزام الرئيسي أو الجوهري في العقد، على الرغم من أن نص المادة ٢٥٩ يوحي بأن المشرع العراقي أجاز الاتفاق على إعفاء المدين (المحكم) عن أي إخلال بالتزاماته حتى وإن كان هذا الالتزام رئيسي أو جوهري في العقد؛ لأن نص المادة جاء مطلق دون تحديد للالتزامات التي يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من المسؤولية الناشئة عن إخلاله بها، ولكن بما أن شرط الإعفاء من المسؤولية هو كأي شرط آخر يدرج في العقد (مقترن بالعقد)[١٩٣] ومن ثم فهو يخضع لما تخضع له هذه الشروط من أحكام، ومن أهم هذه الأحكام هو أن لا يخالف الشرط مقتضى العقد[١٩٤]، ومقتضى العقد كما يعرفه أحد الفقهاء[١٩٥] الأثر الرئيسي الذي يترتب على العقد والذي تتحدد بمقتضاه طبيعة العقد وماهيته ويميزه عن غيره من العقود.

وبناء على ذلك إذا تضمن عقد التحكيم شرطاً يقضي بإعفاء المحكم من التزاماته الرئيسية عُدَّ هذا الشرط باطلاً، كما لو اشترط المحكم على أنه غير مسؤول عن عدم بذل العناية اللازمة (عناية المحكم المعتاد) لإصدار قرار تحكيمي أو للقيام بالمهمة التحكيمية، فهذا الالتزام يعد التزاماً رئيسياً أو جوهرياً ومن ثم فإن اشتراط المحكم إعفاءه من المسؤولية الناشئة عن عدم قيامه بهذا الالتزام يعد شرطاً مناقضاً لمقتضى العقد[١٩٦]؛ لأنه لا يمكن تصور قيام عقد التحكيم بدون قيام المحكم بالمهمة التحكيمية، أو أن عقد التحكيم يفقد تسميته

القانونية بدون هذا الالتزام[١٩٧]، فإذا كان التحكيم دون قرار تحكيمي فلا يمكن عده تحكيماً وإنما من الممكن اعتباره صلحاً[١٩٨].

ففي مثل هذه الحالات يبطل الشرط ويبقى العقد قائماً؛ لأن شرط الإعفاء من المسؤولية ما هو إلا فرع من بناء عقدي متكامل، وأن هذا البناء لا ينهار بمجرد انهيار أحد أجزاءه الفرعية، ويستثنى من ذلك ما إذا كان شرط الإعفاء من الالتزام الرئيسي هو الدافع إلى التعاقد أي أن المحكم لو لا وجود هذا الشرط لما أقدم على التعاقد، ففي هذه الحالة يبطل الشرط ويبطل العقد أيضاً[١٩٩]؛ لأن الشرط هنا مرتبط بركن السبب (الدافع الباعث)[٢٠٠] فيبطل الشرط والعقد لتخلف ركن السبب[٢٠١].

ومما تجدر الشارة اليه أن القانون المدني المصري جاء خالياً من الإشارة إلى الشرط المناقض لمقتضى العقد، أو بالأحرى أنه لم يتضمن نصوصاً قانونية خاصة بالشرط المقترن بالعقد كما هو الحال بالنسبة للقانون العراقي، وإنما ترك المسألة لإرادة المتعاقدين باعتبار أن العقد شريعة المتعاقدين ولا يحدها في ذلك إلا النظام العام والآداب العامة[٢٠٢]، مع ذلك يمكن القول بما أن قاعدة عدم جواز مخالفة الشرط لمقتضى العقد تجد اساسها في الشريعة الإسلامية[٢٠٣]، وبما أن الشريعة الإسلامية هي أحد مصادر القانون المدني المصري لذا يمكن الرجوع إلى الشريعة السلامية لمعالجة هذا النقص[٢٠٤].

أما عن القانون الفرنسي فقد نص صراحةً على بطلان الشرط المناقض لمقتضى العقد بموجب المادة ١١٧٠ والتي جاء فيها (يعتبر كأن لم يكن كل شرط يفرغ الالتزام الأساسي للمدين من مضمونه)، وما يترتب على ذلك بطلان العقد أيضاً متى تبين أن الشرط الباطل كان هو الباعث إلى التعاقد[٢٠٥].

أما بالنسبة للقضاء الإنكليزي فقد عني أيضاً بمسألة الالتزام الجوهري أو الالتزام الرئيسي في العقد، حيث وضعوا ما يسمى بقاعدة الزوايا الأربع ومقتضى هذه القاعدة " أن شرط الإعفاء من المسؤولية يجب أن لا يتعارض مع مقتضى العقد المبرم ويتقاطع بشكل جوهري مع الغرض الاقتصادي الذي يسعى الطرف الآخر في العقد إلى تحقيقه من جراء إبرام العقد"[٢٠٦].

٣- أن لا يكون الشرط مخالفاً للقواعد المتعلقة بالنظام العام[٢٠٧]، يقصد بالقواعد المتعلقة بالنظام العام القواعد التي تهدف إلى حماية المصالح العليا للمجتمع أو المصلحة العامة، سواء كانت هذه المصالح اجتماعية أم سياسية أم اقتصادية أم أدبية[٢٠٨]، وبهذا تختلف القواعد المتعلقة بالنظام العام عن فكرة مقتضى العقد فالشرط المنافي لمقتضى العقد لا يمس المصالح العليا للمجتمع بعكس الشرط المخالف للنظام العام، مع ذلك يمكن أن يكون الشرط المنافي لمقتضى العقد مخالفاً للنظام العام في نفس الوقت[٢٠٩].

والقواعد المتعلقة بالنظام العام في مجال التحكيم على نوعين، منها ما يتعلق بالقواعد الموضوعية ومنها ما يتعلق بالقواعد الإجرائية[٢١٠]، ومن أمثلة النوع الأول القواعد التي تقضي بعدم جواز التحكيم إلا في المسائل التي يجوز فيها الصلح وهذا ما أشارت له المادة ٢٥٤ من قانون المرافعات العراقي والتي جاء فيها (لا يصح التحكيم إلا في المسائل التي يجوز فيها الصلح...)[٢١١] ، ونصت المادة ٧٠٤ من القانون المدني العراقي على أنه (لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالنظام العام والآداب ولكن يجوز الصلح على المصالح المالية التي تترتب على الحالة الشخصية أو التي تنشأ عن ارتكاب إحدى الجرائم).

وترتيباً على ذلك يمتنع الاتفاق على التحكيم في مسائل الأهلية والميراث وأثبات النسب والإقرار بالبنوة...الخ، كما لا يجوز التحكيم في جريمة القتل أو السرقة أو جريمة الشيك بدون رصيد...الخ، فهذه المسائل متعلقة بطبيعتها بالنظام العام لذا فهي تستبعد من نطاق التحكيم دون حاجة للبحث عما إذا كان هناك نص معين يتعلق بالنظام العام وأن شرط الإعفاء من المسؤولية قد خالفه أم لا[٢١٢].

أما النوع الثاني من القواعد المتعلقة بالنظام العام وهي التي تهمنا في هذا الصدد، فهي القواعد المتعلقة بالإجراءات أي القواعد المتعلقة بإجراءات سير الخصومة، فعلى الرغم من أن التحكيم يمتاز بالمرونة على اعتبار أن المحكم لا يتقيد بقواعد قانون المرافعات التي تتسم بالتعقيد والشكلية، وعلى الرغم من الحرية الواسعة التي يمنحها المشرع للخصوم في تنظيم إجراءات التحكيم، بيد أن هناك قواعد إجرائية متعلقة بالنظام العام لا يجوز مخالفتها سواء كان التحكيم حراً أم مؤسسياً، وسواء كان التحكيم عادياً أو تحكيم مع التفويض بالصلح، وسواء كان التحكيم وطنياً أم تجارياً دولياً [٢١٣]، وتتمثل هذه القواعد بالمبادئ الأساسية في

التقاضي، وهي مبادئ يتعين مراعاتها في جميع نظم التحكيم دون حاجة إلى اتفاق بشأنها، ولا يجوز بأي حال إعفاء المحكم من المسؤولية الناشئة عن أخلاله بأي منها[٢١٤].

وتتمثل المبادئ الأساسية للتقاضي المتعلقة بالنظام العام، التزام المحكم بمعاملة الخصوم على قدم المساواة، واحترام حق الدفاع، واحترام مبدأ المواجهة، ووجوب نظر النزاع في حضور جميع المحكمين، فهذه المبادئ متعلقة بالنظام العام كونها مقررة دستورياً ومن ثم لا يجوز الاتفاق على مخالفتها[٢١٥]، ولا يجوز الاتفاق على إعفاء المحكم من المسؤولية الناشئة عن إخلاله بها، والسبب في ذلك هو أن هذه المبادئ تمثل الحدّ الأدنى من الضمانات ومن ثم لا يمكن النزول عنها أياً كانت المبررات والدوافع، وإلا كنا بصدد عدالة غير فعالة أو عدالة غير حقيقية، فهذه المبادئ تضمن تحقيق العدالة لوظيفتها وسواء كانت هذه العدالة عدالة قضاء أم عدالة تحكيم، وتضمن تحقيق الغاية المبتغاة من تنظيم التحكيم والمتمثلة بحسم النزاع وإصدار قرار تحكيمي عادل[٢١٦].

وقد أشار المشرع العراقي إلى هذه البادئ الأساسية بموجب المادة ٢٥٦ من قانون المرافعات التي أوجبت على المحكمين التقيد بالمبادئ والإجراءات المقررة في قانون المرافعات، وعلى الرغم من أن المشرع العراقي أجاز للمحتكمين الاتفاق على إجراءات التحكيم ولم يقيدها بحدود معينة، إلا أن جانباً من الفقه يذهب إلى أن المشرع بموجب هذه المادة أجاز للمحتكمين الخروج عن القواعد الآمرة المتعلقة بمصالحهم، أما القواعد المتعلقة بالنظام العام والأسس العليا للمجتمع فهي قواعد مكفولة دستورياً ولا يجوز الاتفاق على مخالفتها[٢١٧]، إضافة إلى ذلك أن المشرع العراقي جعل من أسباب بطلان قرار التحكيم هو مخالفته للقواعد المتعلقة بالنظام العام إذ أجاز للخصوم أو للمحكمة من تلقاء نفسها أن تبطل قرار التحكيم في حال مخالفته لقاعدة من قواعد النظام العام[٢١٨].

وقد كان المشرع المصري أكثر توفيقاً من المشرع العراقي بهذا الخصوص إذ أفرد نصاً خاصاً بالمبادئ الأساسية للتقاضي والتي لا يجوز مخالفتها فقد نصت المادة ٢٦ على أنه (يعامل طرفا التحكيم على قدم المساواة وتهيأ لكل منهما فرصة متكافئة وكاملة لعرض دعواه ودفاعه)، وهو ذات الأمر بالنسبة لقانون التحكيم الفرنسي وقانون التحكيم الإنكليزي[٢١٩].

هذا وقد أكد القضاء أيضاً على ضرورة الالتزام بالمبادئ الاساسية للتقاضي، فقد قضت محكمة تمييز العراق بأن على المحكمين إحضار الطرفين والاستماع لأقوالهم قبل تقديم نتيجة الحكم[٢٢٠]، وهو ما ذهبت إليه محكمة استئناف باريس في أحد قراراتها والذي جاء فيه: (أن مبدأ المواجهة كأحد صور حقوق الدفاع من المبادئ المتعلقة بالنظام العام، وبغيره لا تتوفر للمحتكمين خصومة عادلة، وإذا ما تم مخالفته كان جزاء مخالفته البطلان)[٢٢١].

مع ذلك فإنه ليس كل المبادئ الأساسية للتقاضي متعلقة بالنظام العام أي متعلقة بالأسس العليا للمجتمع، وإنما هناك مبادئ أخرى متعلقة بالمصلحة الخاصة للخصوم ومن ثم يجوز الاتفاق على مخالفتها، أو الاتفاق على إعفاء المحكم من المسؤولية الناشئة عن إخلاله بها، مثلاً مبدأ علانية الجلسات[٢٢٢] أو مبدأ شفوية المرافعات، والتقيد بالمواعيد الإجرائية المقررة بقانون المرافعات[٢٢٣].

٤- أن لا يكون عدم تنفيذ الالتزام أو الإخلال فيه راجعاً إلى غشٍّ المدين أو خطئه الجسيم، ويمكن القول إن هذه النقطة قد أجمع عليها أغلب التشريعات، فلا يجوز للمدين أن يشترط أنه غير مسؤول عن غشّه أو خطئه الجسيم؛ لأنه لا يجوز للشخص أن يعفي نفسه من عمله غير المشروع، لتعلق ذلك بالنظام العام[٢٢٤]، إضافة إلى ذلك أن اشتراط المدين أنه غير مسؤول عن غشّه أو خطئه الجسيم معنى ذلك أنه جعل تنفيذ التزامه راجعاً إلى مشيئته وإرادته أي معلقاً على شرط إرادي محض وهذا لا يجوز لأن الشرط أمر غير محقق الوقوع[٢٢٥].

ومما يلاحظ أن المشرع سواء كان في القانون العراقي أم المصري أشار إلى الغشّ والخطأ الجسيم ولم يتطرق إلى الخطأ العمد، وذلك على اعتبار أن الخطأ العمد أعلى مرتبة من الخطأ الجسيم وأقل مرتبة من الغشّ، ومن ثم إن الخطأ الجسيم إذا كان معادلاً للغشّ في حكمه فمن باب أولى أن يعادل الخطأ العمد الغشّ في الحكم أيضاً[٢٢٦].

أما بالنسبة للقانون الإنكليزي فهو يختلف قليلاً عن القوانين السابقة، من حيث إنه استبعد من شرط الإعفاء من المسؤولية الإخلال الذي يرجع إلى غشٍّ المدين أو تدليسه[٢٢٧]، إلا أنه أجاز شرط الإعفاء من المسؤولية إذا كان عدم التنفيذ راجعاً إلى خطأ المدين الجسيم، بشرط أن يكون قد نص على ذلك وبشكل صريح لا يقبل الشكّ في العقد، ومن ثم إذا أراد أحد أطراف العقد أن يستبعد مسؤوليته عن الخطأ الجسيم في تنفيذ التزاماته ينبغي عليه أن يستخدم

عبارات واضحة جلية في التعبير عن هذا المعنى، وإلا استبعد شرط الإعفاء من المسؤولية وهذا ما يحصل في الغالب لأن من النادر أن يذكر المتعاقد انه غير مسؤول عن خطئه الجسيم خشية تنبيه المتعاقد الآخر ومن ثم يحجم عن التعامل معه[٢٢٨].

وبعد أن انتهينا من عرض موقف التشريعات من إقرار الحصانة الاتفاقية وشروطها، ننتقل إلى موقف أنظمة المؤسسات التحكيمية من هذا النوع من الحصانة، فهل أخذت أنظمة المؤسسات التحكيمية بالحصانة الاتفاقية؟ وما مدى التزامها بالشروط الخاصة بهذه الحصانة والتي سبق بيانها؟

الفرع الثاني: موقف أنظمة المؤسسات التحكيمية من الحصانة الاتفاقية

إذا كانت الحصانة الاتفاقية نادرة الوقوع في علاقة المحكم بالخصوم، وذلك على اعتبار أن عقد التحكيم من العقود القائمة على الثقة والأمانة[٢٢٩] ، فالمحكم الذي يكون محلاً لثقة الخصوم للفصل في النزاع الواقع بينهم يصعب عليه من الناحية النفسية طرحه لموضوع إعفائه من المسؤولية عند تعيينه[٢٣٠]، مع ذلك أن موضوع الحصانة الاتفاقية مطروح فعلاً وبشكل متزايد في أنظمة مراكز التحكيم التي تعفي (المركز والمحكم) من كل مسؤولية[٢٣١].

فقد نصت المادة ٢٤ من نظام مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون الخليجي العربي على أنه (يتمتع رئيس وأعضاء مجلس الإدارة وأمين عام المركز وأعضاء هيئة التحكيم وأعضاء سكرتارية هذه الهيئة بالحصانات الآتية أ- الحصانة ضد أي أجراء قانوني وذلك عند ممارسته لأعمال وظائفهم، إلا إذا قرر المركز التخلي عن هذه الحصانة بقرار من مركز الإدارة).

ومن ذلك أيضاً ما نصت عليه المادة ٥٢ من قواعد المؤسسة الأمريكية للتحكيم المعدل عام ٢٠١٣ والتي جاء فيها (يعتبر أطراف التحكيم الذي يتم وفقاً لقواعد هذه المؤسسة قد وافقوا على أن لا تكون المؤسسة أو أي محكم مسؤولاً تجاه أي طرف عن أي إجراء سواء كان متعلق بالمطالبة بالتعويض أو التنبيهات القضائية وذلك عن أي فعل أو امتناع يتعلق بالتحكيم الذي يتم بموجب قواعد هذه المؤسسة).

وكذلك نصت المادة ٢٥ من نظام التحكيم البحري الخاص بمؤسسة طوكيو للتحكيم البحري لسنة ١٩٩٦ على تمتع المؤسسة والمحكمين من المسؤولية فيما يتعلق بإجراءات التحكيم وقرار التحكيم(٢٣٢).

وكذلك أخذت بالحصانة الاتفاقية قواعد تحكيم مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم الدولي المعدل عام ٢٠١١ بموجب المادة ١٦ منه والتي جاء فيها (لا يكون المحكمون أو المركز أو موظفوه أو أعضاء المجلس أو اللجنة الاستشارية أو أي شخص تعينه هيئة التحكيم مسؤولين تجاه أي شخص عن أي فعل أو امتناع يتعلق بالتحكيم، وذلك فيما عدا حالة الخطأ العمدي).

ومما يلاحظ على نص هذه المادة أنها لم تأخذْ بالحصانة الاتفاقية بشكل مطلق، وإنما استثنت من ذلك الأخطاء المقصودة (الأخطاء العمدية) أي الأخطاء المقترنة بالعلم والإدراك، وهذا يعني أن المسؤولية لا تتحقق لمجرد تحقق الخطأ الجسيم لأن الخطأ الجسيم يعدّ من الأخطاء غير العمدية " إذ لا يتعمد المدين الذي يرتكبه عدم تنفيذ الالتزام"(٢٣٣)، (وهو مخالف لما هو مستقراً عليه فقهاً وتشريعاً وقضاءً).

وبذات الاتّجاه ذهبت قواعد مركز أبو ظبي للتوفيق والتحكيم التجاري لعام ٢٠٠٧إذ تنص المادة ٣٢ منه على أنه (لا يتحمل المركز أو أي من موظفيه أو الهيئة أو أي خبير يعيّن من قبل الهيئة أو أي من أعضاء اللجنة أية مسؤولية تجاه أي من الأطراف أو الغير عن أي تصرف أو فعل أو إغفال يتعلق بالتحكيم أتخذ بحسن نيّة) ، فهذا يعني إن الأخطاء المرتكبة بحسن نيّة لا تستوجب المسؤولية ومن ذلك الأخطاء الجسيمة، رغم أن الخطأ الجسيم يعتبر متحققاً ومن ثم يوجب المسؤولية وفق رأي الكثير من الفقهاء بصرف النظر عن نيّة مرتكبه(٢٣٤).

هكذا يتبين لنا أن المؤسسات التحكيمية قد تبنت فكرة الحصانة الاتفاقية إلا أنها تفاوتت في نطاق هذه الحصانة، فمنها ما نصت على إعفاء المحكمين وإعفاء نفسها من كل مسؤولية ومنها ما استثنى الأخطاء العمدية أو المقصودة، ولعل ذلك يرجع إلى تأثرها بالأنظمة المتبعة بشأن الحصانة في التشريعات التي نظمت مسألة حصانة المحكم (الحصانة القانونية).

ومهما يكن من أمر فإن الحصانة القانونية سواء كانت مطلقة أم نسبية فإن لها ما يبررها وهو النص القانوني، أما الحصانة الاتفاقية فمردها اتفاق الأطراف، وقد حدد القانون

وبين حدود هذا الاتفاق وشروطه، لذا يقتضي الأمر البحث عن مدى ملائمة مسلك المؤسسات التحكيمية للمبدأ المستقر فقهاً وقضاءً وتشريعاً والمتمثل في عدم جواز الاتفاق على إعفاء المدين من المسؤولية العقدية في حالتي الغشّ والخطأ الجسيم وليس مجرد الخطأ العمد أو سوء النيّة.

إن الإجابة عن هذا التساؤل تقتضي منا بحث هذه المسألة من جانبين، الجانب الأول هو البحث في صحة اشتراط المؤسسات التحكيمية إعفاء نفسها عن الأخطاء التي تقع من المحكمين التابعين لها، الجانب الثاني هو البحث في صحة اشتراط المؤسسات التحكيمية إعفاء نفسها عما يقع منها من أخطاء، وهذا ما سنبينه في النقاط الآتية.

أولاً: اشتراط المؤسسات التحكيمية إعفاء نفسها من الأخطاء التي تقع من المحكمين التابعين لها: إن البحث في اشتراط المؤسسات التحكيمية إعفاء نفسها من الأخطاء التي تقع من المحكمين التابعين لها يتطلب أولاً أن نعرف ما إذا كانت هذه المؤسسات هي مسؤولة من حيث الأصل عن عمل المحكم أم أنها غير مسؤولة عن ذلك ومن ثم لا تحتاج إلى شرط الاعفاء من المسؤولية، وإذا كانت مسؤولة عن خطأ المحكم فما هو أساس هذه المسؤولية؟ على اعتبار أن شرط الاعفاء من المسؤولية يتوقف صحةً وبطلاناً على نوع المسؤولية وما إذا كانت مسؤولية عقدية عن فعل الغير أم مسؤولية تقصيرية عن فعل الغير.

يذهب جانب من الفقه إلى أن المؤسسات التحكيمية غير مسؤولة عن عمل المحكم؛ لأن الاستقلال الذي يقتضه العمل القضائي للمحكم يحول دون قيام علاقة التبعية بينه وبين المؤسسة التحكيمية ومن ثم تحقق مسؤولية الأخيرة عن خطئه[٢٣٥]، فالمؤسسة التحكيمية حسب تصور أصحاب هذا الرأي لا تكون طرفاً في عقد التحكيم وإنما دورها يشبه إلى حدٍّ كبير دور المفوض في عقد البيع فكلاهما يساعد في إبرام العقد دون أن يكون طرفاً فيه، ومن ثم لا تكون مسؤولة عن خطأ المحكم[٢٣٦].

في حين يذهب اتّجاه آخر إلى القول بمسؤولية المؤسسة التحكيمية عن خطأ المحكم وفق قواعد مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه؛ على اعتبار أن المؤسسة التحكيمية هي من تتولى وضع اللوائح والقواعد التي يجب أن يسير عليها محكميها، كما أن للمؤسسة التحكيمية سلطة فعلية في رقابة وتوجيه المحكم، ومحاسبة المحكم حال خروجه عن أوامرها[٢٣٧]، ولا

يغير من ذلك اقتصار رقابة وإشراف المؤسسة التحكيمية على الناحية الإدارية دون الناحية الفنية أي العمل القضائي البحت[٢٣٨]، وما يترتب على ذلك أن اشتراط المؤسسة التحكيمية إعفاء نفسها من الأخطاء التي تقع من المحكمين التابعين لها اتفاق باطل؛ لأن أحكام المسؤولية التقصيرية متعلقة بالنظام العام[٢٣٩].

في حين يذهب رأي آخر إلى الاعتراف بمسؤولية المحكم وفق قواعد المسؤولية العقدية عن فعل الغير؛ لأن المؤسسة التحكيمية بصفتها شخص معنوي تعهد بالقيام بالمهمة التحكيمية إلى المحكم ومن ثم تكون مسؤولة عن خطئه إذا ما أخل بتنفيذ التزاماته، كما أن القول بعدم إمكان المؤسسات التحكيمية اشتراط إعفاء نفسها من الأخطاء التي تقع من المحكمين يؤدي إلى الإضرار بهذه المؤسسات[٢٤٠]؛ لأنه من الثابت أن مسؤولية المتبوع عن عمل التابع تقوم على أساس الخطأ المفترض من جانب التابع، وهذا من شأنه أن يدفع المحكم إلى عدم المبالاة وعدم الاحتياط من الوقوع في الأخطاء[٢٤١].

ونرى من جانبنا أن استقلال المحكم في أداء عمله القضائي وإن كان من الممكن أن يحول دون تقرير مسؤولية المؤسسة التحكيمية عن خطأ المحكم وفق قواعد مسؤولية المتبوع عن عمل تابعه، لانعدام السلطة الفعلية في الرقابة والتوجيه وهو ما قال به أصحاب الرأي الأول، بيد أن ذلك لا يحول دون تقرير مسؤولية المؤسسة التحكيمية عن خطأ المحكم وفق قواعد المسؤولية العقدية عن فعل الغير والتي لا يشترط فيها الرقابة والتوجيه سواء من الناحية الإدارية أم الناحية الفنية[٢٤٢]، لذا نعتقد إن هذا النوع من المسؤولية أكثر انسجاماً مع الطبيعة القضائية لمهمة المحكم، بالإضافة إلى تحقق شروط انطباقها.

وتتمثل شروط هذه المسؤولية بوجود عقد صحيح بين المدين(المؤسسة التحكيمية) والدائن(المحتكمين)، وهذا الشرط متحقق فعلاً إذ إن المؤسسات التحكيمية في عرض دائم للتحكيم، إذ يوجد في كل مركز أو مؤسسة تحكيمية لائحة تتضمن أسماء المحكمين، أتعابهم، ومسؤولياتهم وغيرها من التفاصيل، وهذا يمكن عدّه بمثابة الإيجاب الموجه للجمهور، وعندما يتفق الطرفان على اللجوء إلى التحكيم وفقاً لنظام مركز معين فهذا يعتبر بمثابة القبول لذلك الإيجاب[٢٤٣]، وعند تقديم أحد الطرفين طلب التحكيم إلى تلك المؤسسة "والذي يكون غالباً في شكل استمارة معدة من قبل المؤسسة تتضمن أسماء الطرفين وملخص العقد وشرط

التحكيم...الخ" ينشأ العقد بين الطرفين[٢٤٤]، وبموجب هذا العقد تتعهد المؤسسة التحكيمية بإدارة وتنظيم العملية التحكيمية وتتعهد للطرفين بمحاكمة عادلة وإصدار قرار تحكيمي قابل للتنفيذ[٢٤٥]، ولما كان هذان الالتزامان الأخيران من التزامات المحكم البحتة إلا أن المؤسسة التحكيمية تكفل للمحتكمين ذلك[٢٤٦]، على اعتبار أن المحكم يرتبط مع المؤسسة التحكيمية بمقتضى عقد يتعهد بمقتضاه بالعمل بموجب نظام المؤسسة التحكيمية[٢٤٧]، وبهذا يتحقق الشرط الثاني من شروط المسؤولية العقدية عن فعل الغير والذي يتمثل بقيام المدين بإحالة تنفيذ بعض أو كل التزاماته إلى الغير، ومن ثم إن إخلال هذا الغير (المحكم) بالتزامه من شأنه أن يؤدي وبشكل غير مباشر إلى إخلال المؤسسة التحكيمية بتعهدها، وهذا ما يمثل الشرط الأخير من شروط المسؤولية العقدية عن فعل الغير والذي يتمثل بصدور الخطأ من شخص له أية علاقة مع المدين (المؤسسة التحكيمية) تتعلق بموضوع الالتزام أو التعهد القائم بينه وبين الأطراف (المحتكمين)[٢٤٨].

وإذا كانت مسؤولية المؤسسة التحكيمية هي مسؤولية عقدية عن فعل الغير(المحكم)[٢٤٩] ، فيجوز للمؤسسة أن تشترط عدم مسؤوليتها عما يقع من المحكمين من أخطاء حتى وإن كان ذلك الخطأ ينطوي على الغش أو الخطأ الجسيم[٢٥٠].

ثانياً: اشتراط المؤسسات التحكيمية إعفاء نفسها عما يقع منها من أخطاء: لقد بينا في النقطة أعلاه أن العلاقة التي تربط المؤسسة التحكيمية بالخصوم هي علاقة عقدية، وإذا كان الأمر كذلك فليس هناك ما يمنع هذه المؤسسة أن تشترط إعفاء نفسها عما يقع منها من أخطاء، متى كانت هذه الأخطاء لا تنطوي على الغشّ أو الخطأ الجسيم استناداً إلى مبدأ الحرية العقدية، ولكن كما بينا عند عرض موقف المؤسسات التحكيمية أن من هذه المؤسسات اشترطت إعفاء نفسها من كل ما يقع منها من أخطاء بصرف النظر عن جسامتها ومنها من اقتصرت قيام مسؤوليتها على الخطأ المقصود فقط، وهذا مخالف لما مستقراً عليه فقهاً وقضاءً وتشريعاً من عدم جواز الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية الناشئة عن الغشّ والخطأ الجسيم.

ولكن مما يلاحظ أن المؤسسات التحكيمية لم تنصْ صراحة على إعفاء نفسها من الغشّ والخطأ الجسيم، بمعنى آخر أن المؤسسات التحكيمية لم تحدد بشكل واضح الأخطاء المغطاة بشرط الإعفاء من المسؤولية، فهل يبطل الشرط في هذه الحالة استناداً إلى عمومية النص، أم

يقتضي الأمر البحث عن النيّة المشتركة للمتعاقدين للوصول إلى قصد المؤسسات التحكيمية من إدراجها مثل هذا الشرط؟

يوجد رأيان في هذا الخصوص، الرأي الأول يقضي ببطلان مثل هذا الشرط وبشكل مطلق؛ لأن عمومية الشرط توحي بأن المؤسسات التحكيمية قصدت إعفاء نفسها من المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية والتي لا يجوز الاتفاق مقدماً على الإعفاء منها من جهة، ومن جهة أخرى ليس من سلطة القاضي تعديل العقد بتصحيح العبارات غير السليمة الواردة فيه، طالما أن هذه العبارات لا يشوبها شكّ في المعنى وإلا أدى ذلك إلى انحراف عن المعنى الظاهر، لذا يذهب أصحاب هذا الاتّجاه إلى بطلان الشرط بشكل مطلق بحيث لا يترتب عليه أي أثر وكأنه لم يدرجْ بالعقد، فتسأل المؤسسة عن أي فعل أو امتناع بصرف النظر عن جسامته(٢٥١).

ويضيف أصحاب هذا الرأي أن إدراج شرط الإعفاء من المسؤولية على هذا النحو يعدّ من قبيل الغشّ، ويخل بالقاعدة التي تقضي بتنفيذ العقد بحسن نيّة، على عدِّ أن الغشّ يتحقق عندما يلجأ المدين إلى وسائل مشروعة قانوناً للوصول إلى غرض غير مشروع، وإدراج المؤسسات التحكيمية لشرط الإعفاء من المسؤولية بشكل مطلق ينطوي على نيّة سيئة مبيتة مسبقاً تهدف إلى إلحاق الضرر بالمحتكمين(٢٥٢).

في حين يذهب الرأي الثاني إلى أن الشرط لا يبطل بشكل مطلق، وإنما يفقد فعاليته إذ ما تحقق الغشّ أو الخطأ الجسيم، بمعنى أن الشرط يرتب أثره في كل حالة لا تنطوي على الغشِّ أو الخطأ الجسيم؛ وذلك لأنه لما كانت النيّة المشتركة للعاقدين غير واضحة، ولما كان شرط الإعفاء من المسؤولية استثناء من القواعد العامة، والاستثناء كما هو ثابت لا يجوز التوسع في تفسيره، وينبغي تفسير في حدود ضيقة وهذا التفسير الضيق يؤدي إلى القول بأن المتعاقدين لم يقصدوا استبعاد الغشّ أو الخطأ الجسيم من نطاق المسؤولية، على اعتبار أن هذا هو الوضع المستقر عليه تشريعياً وفقهاً وقضاءً.

ولكن هذا الحكم يكون فقط في الحالات التي لا تتمسك فيها المؤسسات التحكيمية بشرط الإعفاء من المسؤولية إذ ما تحقق الغشّ أو الخطأ الجسيم من جانبها، غير أن الوضع يختلف فيما لو تمسكت المؤسسات التحكيمية بشرط الإعفاء من المسؤولية للتخلص من نتائج

غشّها أو خطئها الجسيم، ففي هذه الحالة يكون حكم شرط الإعفاء من المسؤولية الوارد بشكل مطلق حكم الشرط الذي ينص صراحة على إعفاء المؤسسة من الغشِّ أو الخطأ الجسيم، وما يترتب على ذلك بطلان شرط الإعفاء من المسؤولية وبطلان العقد أيضاً لأن تمسك المؤسسات التحكيمية بهذا الشرط يكشف عن قصدها من إدراجه بمعنى أنها قصدت إعفاء نفسها من الغشّ والخطأ الجسيم، أي أن شرط الإعفاء من المسؤولية هو الباعث الدافع للتعاقد(٢٥٣).

ونميل بدورنا إلى ترجيح الرأي الثاني القاضي بإعمال شرط الإعفاء من المسؤولية في الحدود المسموح بها قانوناً، وهذا يعدّ تطبيقاً للقاعدة العامة القاضية بأن إعمال الكلام أولى من إهماله والتي تعني أن عبارات العقد إذا كانت تحمل أكثر من معنى فإنه يتعين الأخذ بالمعنى الذي يرتب أثر قانوني سليم(٢٤٥)، واستبعادها عن المعنى الذي تترتب عليه آثار مخالفة للنظام العام(٢٥٥)، ولا نسلم مع ما ذهب اليه الرأي الأول لأنه قائم على مجرد الافتراض أي افتراض أن المؤسسات التحكيمية قصدت إعفاء نفسها من المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية والتي تتحقق بالغشّ أو الخطأ الجسيم، وحتى لو افترضنا أن المؤسسات التحكيمية قصدت ذلك فليس هناك ما يضر بالمحتكمين طالما إن هذا الشرط يفقد فعاليته عند تحقق الغشّ والخطأ الجسيم ومن ثم تحقق مسؤولية المؤسسة التحكيمية.

أما القول بأن القاضي لا يمكنه تعديل عبارات العقد طالما أن هذه العبارة واضحة فيمكن الردّ عليه أيضاً من حيث إن المقصود بوضوح عبارة العقد ليس بوضوح ألفاظه وإنما بوضوح الإرادة أي أن العبرة بوضوح الإرادة لا بوضوح العبارة، فالقاضي عندما يقوم بتفسير العقد من أجل الوصول للإرادة المشتركة للمتعاقدين، لا يمنعه من ذلك وضوح ألفاظه متى كان هذا الوضوح لا يعكس وضوح الإرادة(٢٥٦).

وبهذا يحقق الرأي الثاني موازنة بين مصلحة المؤسسة التحكيمية وذلك بالإبقاء على شرط الإعفاء في الحدود المسموح بها قانوناً، ومصلحة الخصوم وذلك ببطلان هذا الشرط متى تحقق الغشّ أو الخطأ الجسيم، وهو ما يؤكده الواقع العملي أيضاً ففي قضية CCL .v SNF أكدت محكمة استئناف باريس مسؤولية المؤسسات التحكيمية بقولها (إن من واجب المؤسسة التحكيمية إدارة قضاياها على النحو الصحيح والامتثال للقواعد المتفق عليها والنتائج

المتوقع الحصول عليها وهي قرار تحكيمي قابل للتنفيذ، ومن ثم فإنه يمكن رفع دعوى قضائية على المؤسسة التحكيمية (غرفة التجارة الدولية في هذه القضية) إذ لم تمتثل لالتزامها الأساسي كمقدم خدمات بعوض رغم وجود المادة ٣٤ (قبل التعديل) والتي تقضي بإعفاء المؤسسة التحكيمية والمحكمين من أي مسؤولية)[٢٥٧].

نستنتج من كلّ ما سبق أن اشتراط المؤسسات التحكيمية عدم مسؤوليتها عن الغشّ أو الخطأ الجسيم الذي يقع من الأشخاص التابعين لها شرط صحيح وموافق للقواعد القانونية في أغلب التشريعات، أما اشتراط المؤسسات التحكيمية إعفاء نفسها عن كل ما يقع منها فهذا الشرط ينفذ فقط في الحدود المسوح بها قانوناً احتراماً لإرادة المتعاقدين، ما لم تتمسك المؤسسة التحكيمية بشرط الإعفاء للتخلص من نتائج غشّها أو خطئها الجسيم ففي هذه الحالة يبطل الشرط ويبطل العقد وتتحقق مسؤولية المؤسسة التحكيمية وفق قواعد المسؤولية التقصيرية، وهذا ما لا ترغب به المؤسسات التحكيمية لأن ليس من مصلحتها أن يبطل عقدها التحكيمي وتحقق مسؤوليتها، لأنه هذا من شأنه التأثير على مكانتها وسمعتها وإهدار الثقة فيها.

وبما أن قد انتهينا إلى تكييف الحصانة الاتفاقية بأنها اتفاق على الإعفاء من المسؤولية، لذا يقتضي الأمر أن تخضع هذه المسألة إلى اتفاق المؤسسة التحكيمية والمحتكمين سواء كانت المؤسسة لم تنظم أحكام المسؤولية أم إنها نظمت أحكام المسؤولية والقول بغير ذلك يؤدي إلى إعاقة نظام التحكيم[٢٥٨]، وقد يؤدي إلى بطلان قرار التحكيم لمخالفته للنظام العام في البلد المراد تنفيذ الحكم فيه[٢٥٩]، وينبغي أيضاً على الأطراف الامتناع عن التعامل مع المؤسسات التي تفرض نظامها الداخلي وتمتنع عن تعديله، إذ إن عقد التحكيم المبرم مع المؤسسات التحكيمية من العقود الرضائية وليس من عقود الإذعان[٢٦٠] لتخلف شرط من شروط عقد الإذعان وهو أن تكون المؤسسة التحكيمية محتكرةً لخدمة فض المنازعات، إذ إن بمقدور المحتكمين اللجوء إلى مؤسسة تحكيمية أخرى[٢٦١].

ومن الأولى أيضاً أن لا تحدد المؤسسات التحكيمية الأخطاء المغطاة بشرط الإعفاء من المسؤولية حتى تتجنب تفسيرات دلالاتها، وإنما تترك المسألة للقانون الواجب التطبيق على النزاع المعروض عليها وهذا ما أخذت به قواعد غرفة التجارة الدولية، فعلى الرغم من إنها أخذت بالحصانة الاتفاقية المطلقة بموجب نص المادة ٣٤ والتي جاء فيها (لا يكون

المحكمون، والهيئة أو أعضاؤها... مسؤولين تجاه أي شخص عن أي واقعة عمل أو امتناع يتعلق بالتحكيم)، إلا إن هذه المادة قد تعدلت بمقتضى المادة ٤١ من قواعد الغرفة المعدلة لعام ٢٠١٧ والتي جاء فيها (لا يكون المحكمون، وأي شخص تعينه الهيئة التحكيمية، ومحكم الطوارئ، والمحكمة وأعضائها، وغرفة التجارة الدولية وموظفيها وممثلوها مسؤولين تجاه أي شخص عن أي فعل أو امتناع فيما يتعلق بالتحكيم، باستثناء الحد الذي يحضر فيه القانون الواجب التطبيق الإعفاء من المسؤولية).

ومما تجدر الإشارة إليه أن هناك حالات تكون مسألة إعفاء المؤسسات التحكيمية أو المحكمين من المسؤولية مقرراً بمقتضى اتفاقية دولية ففي هذه الحالة يكون مصدر الحصانة هو النص القانوني، ومن المعلوم أن المعاهدة الدولية تكون ملزمة للدولة الموقعة عليها ولا تستطيع هذه الدولة الخروج عن أحكامها فهي بمثابة العقد تنشئ التزاماً يقع على عاتق الدول الموقعة عليها[٢٦٢].

ومن أمثلة ذلك ما نصت عليه المادة ٢١ من الاتفاقية الدولية الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمار لعام ١٩٦٥ والتي جاء فيها (يتمتع الرئيس وأعضاء المجلس الإداري والأعضاء القائمين بإعمال التوفيق أو التحكيم أو أعضاء اللجان المعينين بموجب الفقرة ٣ من المادة ٥٣ وموظفي السكرتارية بالآتي:

١- يتمتعون بالحصانة من إعلان الدعوى القانونية فيما يتعلق بالأعمال التي يقومون بها عند أداء وظائفهم، مالم يتنازل المركز عن منحهم هذه الحصانة).

وكذلك ما نصت عليه المادة ٤ من اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري لعام ١٩٨٧ والتي جاء فيها (تنشأ بموجب هذه الاتفاقية مؤسسة دائمة تسمى المركز العربي للتحكيم التجاري تتمتع بالشخصية الاعتبارية المستقلة ...الخ)، وأشارت هذه الاتفاقية على تمتع هذه المؤسسة وجميع من يعينون كأعضاء فيها بالحصانة المقررة بمقتضى اتفاقية مزايا وحصانات جامعة الدول العربية، والتي تمنح المؤسسات التحكيمية والأعضاء العاملة فيها من محاميين وخبراء ومستشارين حصانة قضائية عن كل ما يصدر منهم من أعمال لها صلة بمهامهم الرسمية[٢٦٣].

الخاتمة

بعد أن انتهينا من بحث أنواع حصانة المحكم التجاري الدولي توصلنه إلى جملة من النتائج والتوصيات نوردها في النقاط الآتية:

أولاً: النتائج

١- لقد تبين لنا اختلاف القوانين بشأن أنواع حصانة المحكم، فبينما نجد الولايات المتحدة الأمريكية قد منحت المحكم حصانة مطلقة أثناء سير الإجراءات بمنع التدخل في عمله إلا في حالات استثنائية تباين موقف القضاء بشأنها، وبعد صدور قرار التحكيم وذلك بعدم النظر إلى الطريقة التي توصل فيها المحكم إلى هذا القرار وما إذا كانت تنطوي على الغشّ أو الاحتيال أو التواطؤ، إذ إن محل التزام المحكم بموجب القانون الأمريكي هو إصدار قرار التحكيم، وأما الإجراءات التحكيمية فما هي إلا وسيلة للوصول إلى هذا القرار وليست محل التزام، بينما ذهبت قوانين أخرى إلى منح المحكم حصانة نسبية وبمقتضاها يسأل المحكم عن أخطاء معينة لا تستوعبها الضرورة التي من أجلها منح المحكم الحصانة، وبموجب هذه القوانين يعدّ محل التزام المحكم هو إصدار قرار تحكيمي عادل قابل للتنفيذ، ومن ثم من الممكن أن تتحقق مسؤولية المحكم بموجب هذه القوانين إذا لم يصدرْ المحكم قرار التحكيم وكذلك إذا صدر هذا القرار إلا أن الطريقة التي توصل فيها إلى هذا القرار كانت تنطوي على الغشّ أو التدليس أو الخطأ الجسيم.

٢- الحصانة النسبية التي بموجبها يسأل المحكم عن أخطاء معينة هي الأقرب للعدالة كونها تأخذ بالاعتبار حماية المحكم من تحقق مسؤوليته عن أي خطأ يصدر منه أثناء قيامه بالمهمة التحكيمية، وتضمن بذات الوقت للمحتكمين مساءلة المحكم عن أخطاء معينة تنتفي معها الحاجة إلى حماية المحكم.

٣- لقد أخذ المشرع العراقي بفكرة الحصانة النسبية بشكل ضمني وذلك بموجب المادة ٢٦٠ من قانون المرافعات والتي جاء فيها: (لا يجوز للمحكم بعد قبول التحكيم أن يتنحى بغير عذر مقبول...)، إذ إن المشرع العراقي أجاز للمحكم التنحي عن أداء المهمة التحكيمية متى تحقق العذر المقبول شأنه في ذلك شأن قاضي الدولة، رغم وجود العقد بين المحتكمين والمحكم

والذي بمقتضاه (بموجب القواعد العامة) تتحقق المسؤولية متى ما أخل المدين بتنفيذ التزاماته دون الحاجة إلى أثبات تحقق العذر المقبول من عدمه، خاصةً إذا ما علمنا أن مفهوم العذر المقبول أو العذر المشروع يختلف عن مفهوم السبب الأجنبي الذي قد يعفي المدين من المسؤولية الناشئة عن إخلاله بتنفيذ التزامه العقدي، إذ إن مفهوم العذر المشروع أوسع نطاقاً من السبب الأجنبي الذي يكون خارج عن إرادة المدين ومشيئته خلافاً للعذر المشروع الذي من الممكن أن يكون راجعاً لإرادة المدين ومشيئة.

٤- عدّ طبيعة التزامات المحكم هي التزامات ببذل عناية أكثر انسجاماً مع وجود الحصانة التي لا يسأل معها المحكم عن اخطائه أو يسأل عن اخطاء معينة (الغشّ والخطأ الجسيم)، وما يترتب على ذلك انتفاء الحاجة إلى البحث في طبيعة التزامات المحكم المختلفة مع وجود هذه الحصانة.

٥- تمنح الحصانة للمحكم بصفته التحكيمية أي بصفته قائم بعمل تحكيمي أو عمل شبه قضائي، دون الحاجة إلى التمييز بين المحكم بصفته قاضياً والمحكم بصفته متعاقداً وقصر الحصانة على الصفة الأخيرة (وهو ما تبناه جانب من الاجتهاد الفرنسي)؛ لما في ذلك من صعوبة إيجاد معيار محدد للتمييز بين أعمال المحكم القضائية من أعماله العقدية، فضلاً عن تداخلهما من الناحية الزمنية أي كلاهما يقع اثناء قيام المحكم بالمهمة القضائية.

٦- الحصانة الاتفاقية ليست حصانة بالمعنى القانوني الدقيق وإنما هي مجرد شرط للإعفاء من المسؤولية، ومن ثم فهي تخضع لما يخضع له هذا الشرط من قيود وأحكام، ولا يغير من ذلك كون هذه الحصانة منشأها العقد المبرم بين المحتكمين والمحكم، أو العقد المبرم بين المحتكمين والمؤسسة التحكيمية؛ لأن الحصانة لا يمكن أن تنشأ عن اتفاق تعاقدي أو عن نظام مركز تحكيمي وإنما لا بدَّ من وجود نص قانوني أو اتفاق دولي يمنحها.

ثانياً: التوصيات

من خلال بحثنا لموضوع أنواع حصانة المحكم التجاري الدولي والنتائج التي توصلنا إليها نوصي بعدد من التوصيات التي نأمل من مشرعنا العراقي أخذها بعين الاعتبار وهي:-

١- أسوةً بالباحثين من قبلنا نوصي المشرع العراقي بضرورة سن تشريع خاص بالتحكيم التجاري الدولي بما يواكب التطورات الحديثة في هذا المجال؛ خاصة إذا ما علمنا ان المواد

التي عالجت التحكيم في قانون المرافعات المدنية باتَ فيها الكثير من القصور قياساً بغيرها من التشريعات المتقدمة في مجال التحكيم، مع العلم إن هناك مشروع لقانون التحكيم التجاري الدولي العراقي إلا أنه لم يخرجْ إلى حيّز النفاذ ليومنا هذا.

٢- ضرورة النص صراحةً على التزام المحكم بالحياد والاستقلال طوال سير إجراءات العملية التحكيمية، وكذلك الالتزام بمراعاة المبادئ الأساسية للتقاضي بما في ذلك احترام حقوق الدفاع والمساواة بين الخصوم، لتكتمل بذلك عناصر العمل القضائي والذي على أساسه يمنح المحكم الحصانة.

٣- وضع نص خاص بحصانة المحكم وليكن كالآتي: (لا يجوز مساءلة المحكم عند ممارسته للمهمة التحكيمية إلا إذا كانت ممارسته لها عن سوء نيّة أو خطأ مهني جسيم).

٤- نوصي المشرع العراقي بوضع الضمانات الكافية أمام المحتكمين والتي من شأنها أن تخفف من اللجوء إلى دعوى المسؤولية، وكذلك من شأن الرجوع إليها إثبات الخطأ من جانب المحكم، ومن هذه الضمانات:

أ- إبقاء الفقرة ٤ من المادة ٢٧٣ من قانون المرافعات العراقي الخاصة ببطلان قرار التحكيم والتي جاء فيها (إذا وقع خطأ جوهري في القرار أو في الإجراءات التي تؤثر على صحة القرار) والتي لا نجد لها ذكراً في مشروع قانون التحكيم العراقي، وهي تشمل بصياغتها هذه الخطأ في فهم الوقائع والخطأ في التكييف وكذلك الخطأ في تفسير القانون أو تأويله...الخ، وبذلك تكون هناك ضمانة كافية للمحتكمين في مواجهة الأخطاء التي تقع من المحكم.

ب- النص صراحةً على السماح للمحتكمين الطعن بقرار التحكيم عن طريق الاستئناف وإعادة المحاكمة أمام المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع كما هو الحال بالنسبة للقانون الفرنسي.

ج- السماح للغير الخارج عن خصومة التحكيم الطعن بقرار التحكيم الذي قد يتضرر بسببه ومن ثم لا يجد وسيلة أمامه سوى رفع دعوى المسؤولية.

الهوامش

(١) د. أحمد عبد الرحمن الملحم، عقد التحكيم المبرم بين المحكمين والخصوم، بحث منشور في مجلة الحقوق الكويتية، العدد الثاني، السنة ١٩٨٤ ، ص٢٥٦.

(2)Jinny brown, The Expansion of Arbitral Immunity Is Absolute Immunity a Foregone Conclusion?, Journal of Dispute Resolution,vol1,2009. p228.

(3)Timothy M. Stengel, Absolute judicial immunity makes absolutely no sense: an argument for an exception to judicial immunity, temple law review, vol84, 2012, p1076.

(4)Richard j. Matter, Has the expansion of arbitral immunity reached its limits after united state.v.city of Hayward?, OHIO State journal on dispute resolution,vol.12:3,1997, p781.

(5)Dennis R. Nolan, Roger I. Abrams, arbitral immunity, Journal of Dispute Resolution, vol1, 2009. p 230.

(6)Michael Crowell, Basic of judicial immunity, UNC school of government, University of north Caroline, 2008, p5.

(7)Dennis R. Nolan, Roger I. Abrams, op.cit,p233.

(٨) د. هدى مجدي عبد الرحمن دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطته، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧، ص٣٩٠.

(9)PRATHIMA R. APPAJI, Arbitral immunity: justification and scope in arbitration institution, Indiana journal of arbitration law, vol1, Issue1, p 65.

(10)Mathew Bricker, The Arbitral Judgment Rule: using the Business Judgment Rule to Redefine Arbitral immunity, Texas law review, vol92:197, 2013. ,p201.

(١١) (1980) 626 F2d 759، مشار اليها في: مصلح أحمد الطراونة وآخرون، مصدر سابق، ص١٧٠.

(١٢) مشار اليه في: علي أسماعيل دياب غازي، موسوعة المحكم في التحكيم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١٥، ص٤١٤.

(١٣) د. هدى مجدي عبد الرحمن، مصدر سابق، ص٣٩٢؛ محمد نظمي محمد صعبانه، مسؤولية المحكم، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨، ص١٨٥.

(14) Richard J. Matter, op. cit. ,p787.

(15)Dennis R. Nolan, Roger I. Abrams, arbitral immunity, p235.

(16)552 F.2d 778 (7th cir.1977), Referred from: Robert m. Carroll, Quasi-Judicial immunity, Journal of Dispute Resolution, vol1, 1991. ,p10.

(١٧) د. هدى مجدي عبد الرحمن، مصدر سابق، ص٣٨٩؛ د. عمرو محمد الماريا، مشكلات المسؤولية المدنية في نطاق التحكيم الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٧، ص١٠٠.

(١٨) د. ابو العلا النمر، المركز القانوني للمحكم قي خصومة التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦، ص١٣٢؛ عمرو محمد المارية، المصدر سابق، ص١٠٠.

(١٩) وفاء فاروق محمد حسني، مسؤولية المحكم، أطروحة دكتوراه (غير منشورة)، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، دون سنة نشر، ص٢٩٤.

(20)Michael Crowell, op.cit,p1.

(21)SARA ROITMAN, Has the doctrine of Arbitral of arbitral immunity been extended too far for arbitration sponsoring firms?, Boston college law Review, vol.51;557, p569.

(22)Corry v. new York stock, 691 f.2d 1205 (1982), Referred from: The Arbitrator's Liability, Report from the club des jurists, Ad Hoc committee, june2017, p100. Available at: www.leclubdesjuristes.com, access in: 29/1/2018.

(٢٣) د. أحمد عبد الرحمن الملحم، مصدر سابق، ص٢٥٨.

(24)Dennis R. Nolan, Roger I. Abrams, op.cit,p232-237

(25)Judicial liability and immunity, Report of the supreme court of OHIO, November 2006, p13. Available at: www.supremecourt.ohio.gov , access in: 13/2/2018.

(٢٦) د. مصلح أحمد الطراونة ، د. جورج حزبون، محمد النوايسة، مسؤولية المحكم المدنية عن أخطاءه التحكيمية، بحث منشور في مجلة الحقوق (صادرة عن كلية الحقوق جامعة البحرين)، العدد٢، ٢٠٠٤ ص١٦٨.

(27)Erwin Chemerinsky, Absolute immunity General principles and Recent development, TORO law review, vol.24, p3.

(28)Judicial liability and immunity, op.cit,p13.

(29)Michael Crowell, op.cit,p2.

(30)Ramon Mullerat, The liability of arbitrators A survey of current practice, Chicago, Commission on Arbitration International Bar 21 September Associatio, 2006 .p 10.

(٣١) د. أحمد عبد الرحمن الملحم، مصدر سابق، ص ٢٥٨.

(32)Judicial Liability and Immunity, op.cit,p13.

(33)Holloway v. Walker, 765 F2d 517,(5th Cir. July 18,1985), Available at: https://m.openjurist.org/765/f2d/517/Holloway-v-walke, access in: 24/2/2018, at: 12:30pm.

(٣٤) ففي قضية Mireles v. Waco عندما طلب القاضي Mireles من أثنين من ضباط الشرطة لإحضار المحامWaco (وهو محامي عام في المحكمة) بسبب عدم مثوله إلى قاعة المحكمة رغم إن المحامي كان يمثل عميلاً في قاعة محكمة أخرى، وعلى الرغم من إن هذه الإجراءات غير العادية التي قام بها القاضي، إلا أن المحكمة لم تجد أي صعوبة في اعتبار هذا

الفعل قضائياً، لأن تحديد كون الفعل قضائياً يعتمد على طبيعة الوظيفة و ليس على الفعل نفسه، ومن ثم يعتبر العمل قضائي إذا كان يصدر من القاضي بصفته القضائية، مشار إليها في: Timothy M.stengel Absolute judicial immunity makes absolutely no sense: an argument for an exception to judicial immunity, temple law review, vol84, 2012,p1079.

(٣٥) وقد تم تأكيد هذا المعيار في قرار لمحكمة استئناف نيوجيرسي في ٢٠٠٨ حيث قضت المحكمة إن الحصانة القضائية تمتد إلى المؤسسات التحكيمية والمحكم بالنسبة لأعماله التحكيمية التي تقع ضمن اختصاصه وإن معيار تحديد العمل التحكيمي هو ما اعتمدته المحكمة الاتحادية العليا والذي يقضي بان العمل يعتبر تحكيمياً متى ما صدر من محكم عادةً وإن الأطراف قد تعاملت معه بصفته التحكيمية.

Malik v.Ruttenberg, 942 A2d 136 (N.J super. CT.APP 2008) Referred from: Jenny Brown, op.cit,p226, 232.

(36) Richard J. Matter, op.cit,p783, 787.

(37)898 F.2d 882(9th cir.1987), Referred from: The Arbitrator's Liability, op.cit,p100.

(38)Erwin chemerinsky,op.cit,p1, Michael Crowell, op.cit,p2

(٣٩) وهذا ما أشارت له المحكمة الاتحادية العليا في قضية Bradley v. Fisher بقولها (يتمتع القضاة بالحصانة عن أفعالهم القضائية حتى لو تجاوزت هذه الأفعال حدود الاختصاص وزعم إن فيها خبث أو فساد) مشار اليها في:

Timothy M. Stengel, op.cit,P1077.

(٤٠) د. فتحي والي، المبسوط في قانون القضاء المدني، ج١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٧، ص٥١.

(٤١) أنظر في معايير تمييز العمل القضائي عن العمل الإداري: د. رمزي طه الشاعر، المسؤولية عن أعمال السلطة القضائية، مطبعة جامعة عين شمس، القاهرة،١٩٨٠ ، ص٢١.

(٤٢) د. وجدي راغب فهمي، نظرية العمل القضائي في قانون المرافعات، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٤، ص٥٧٦.

(٤٣)د. آدم وهيب النداوي، المرافعات المدنية، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، دون سنة نشر، ص٧٦.

(44)Randall v. Brigham,7 Wall. 523 (1969), U.S Supreme Court, Available at:

https://superme.justic.com/case/fedral/us/74/523m, access: 23/2/2018, at: 8:21am.

(45) Robert S. Irving, court- judicial immunity-prospective relief and Attorney's fees Allowed, university of Arkansas at little law review, vol8:1,1985,p33.

(46) Timothy M.stengel,op.cit,p1077.

(٤٧) د. محمود محمد هاشم، القضاء المدني، ج١، دون مدينة وسنة نشر، ص٣١٧.

(48)Judicial liability and immunity,op.cit,p14.

(49) Timothy M. Stengel, op.cit,p1077

(50)Thomas J. Noto, Pulliam v. Allen, delineating the immunity of judges from prospective re life, catholic university law review,vol34,1985, p836.

(٥١) د. محمود محمد هاشم، مصدر سابق، ص٢٩٦.

(٥٢) د. عباس العبودي، شرح أحكام قانون المرافعات المدنية، ط١، دار السنهوري، بغداد،٢٠١٦، ص١٠٣.

(٥٣)د. عزمي عبد الفتاح، قانون التحكيم الكويتي، ط١، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٩٠، ص٢٦.

(٥٤) د. محمود محمد هاشم، مصدر سابق، ص٢٩٦.

(٥٥) د. سحر عبد الستار إمام، المركز القانوني للمحكم، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦، ص١٤٨.

(٥٦) د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، ط١، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٧ ، ص١٤٦؛ د. هدى مجدي عبد الرحمن، مصدر سابق، ص٦٧ ؛ زهير بن سعد، كرم محمد زيدان النجار، ، ص٧٦؛ التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١٠؛ د. شحاتة غريب شلقامي، عقد المحكم، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٥ ، ص٨٦.

(٥٧) د. فتحي والي، قانون التحكيم بين النظرية والتطبيق، مصدر سابق، ص١٤٧.

(٥٨) د. ناصر محمد الشرمان، المركز القانوني للمحكم في التحكيم التجاري الدولي، ط١، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر، ٢٠١٥ ،٢٦٢.

(٥٩) د. محمد نور شحاته، النشأة الاتفاقية للسلطة القضائية للمحكمين، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣، ص١٠٨.

(٦٠) أنور علي أحمد الطشي، مبدأ الاختصاص بالاختصاص في مجال التحكيم، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩، ص١٨٠ وما بعدها.

(٦١) حيث تنص المادة ٦/ ب من قانون التحكيم الموحد على إنه (يجب على المحكمة أن تقرر ما إذا كان اتفاق التحكيم موجود وما إذا كان النزاع خاضع لاتفاق التحكيم ج. يجب على المحكم أن يقرر ما إذا كان هناك شرط سابق على اتفاق التحكيم قد تم الوفاء به وما إذا كان العقد الذي يتضمن اتفاق التحكيم قابل للتنفيذ).

(62)Atty. Lutfi LL.M, who decides the arbitrator's Jurisdication in international commercial arbitration: the competence-competence doctrine from a transnational perspective, p50, 52. Available at: OZEL. law > 2016/03 > ozel_articales-001, access in: 14/6/2018, at: 2:37pm.

(٦٣) فقد نصت المادة ٧ من نظام المؤسسة الأمريكية للتحكيم المعدل عام ٢٠١٣ (١- يمكن للمحكم أن يبت في اختصاصه، بما في ذلك البت في أي دفاع يتعلق بوجود عقد التحكيم أو نطاقه أو صلاحيته..٢- المحكمة التحكيمية صالحة لبت في أي مسألة تتعلق بجود أو صحة العقد الذي يتضمن شرط التحكيم، ويعتبر الشرط تحكيم كشرط مستقل عن شروط العقد الأخرى...).

(64)Atty. Lutfi LLM, op. cit,p52.

(65) Michael crowell,op.cit,p2, Dennis R. Nolan, Roger I. Abrams, op.cit,p241.

(٦٦) كما في قضية Tamari v. Conrad والتي سنشير لها لاحقاً.

(67)Lundgren V. Freeman, 307 F2d 104 (9th,cir june27,1962), Available at: https://scholar.google.com/scholar-case , access in: 27/2/2018, at: 12: 18pm.

(68)Roman Mulart,op.cit,p11,Dennis R. Nolan, op.cit,p240

(69) Judicial liability and immunity, op.cit,p12

(70)Dennis R. Nolan, Roger I. Abrams, op.cit,p255.

(71)Richard J.Matteram,op.cit,p797

(٧٢) د. هدى مجدي عبد الرحمن، مصدر سابق، ص٣٨٩.

(73)Dennis R. Nolan, Roger I. Abrams, op.cit,p255.

(74)Erwin chemerinsky,op.cit,p4.

(75) Henriksen v. Bentley, 644F2d(10thcir.1981), Referred From: Sara Roitman. op,cit,p 570.

(76)Tamari v. Conrad (552 F2d 7787th Cir April 12, 1977), Available at: Https://ar.m.wikipedia.org/wiki, access in: 25/2/2018, at: 6:26pm.

(77) Richard J. Matter, op.cit,p797.

(78)Arthur W. Ro vine, Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation, Martinus Nijhoff publisher, Holland, 2007,p229.

(79)E.C.Ernst.inc, v .Manhattan construction CO of texas,551 f2d 1026 (5 th,cir.1977)

Available at: https://law.justic.com/cases/federal/appellate-court, access in: 15/4/2018, at: 3:32pm.

(80)Bar v. Tiger man (1983) 140 cal. App. 3d 979 [189 cal.rptr.834], Referred from: The arbitrator's liability, op.cit,p103

(81)Morgan Philips, INC, v.JAMS/ En dispute, L.L.C, 2006, 140 cal.App,4th 795. Referred from: Arthur W. Ro vine, op. cit,p229 The arbitrator's liability, op.cit,p103

(٨٢) أنظر في ذلك أستاذنا: د. حسين عبد القادر معروف، التزام المحكم بالإفصاح (الحياد والشفافية)، بحث منشور في مجلة الحقوق والعلوم السياسية، العدد الثالث، ٢٠١٧، ص٢٩٥.

(٨٣) د. أحمد عبد الرحمن الملحم، مصدر سابق، ص١٩٠.

(٨٤) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المسؤولية المدنية بين التقييد والإطلاق (دراسة تحليلية للأنظمة القانونية المعاصرة "اللاتينية-الإسلامية- الأنجلو أمريكية")، دار النهضة العربية، القاهرة، دون سنة نشر، ص٣٢٦.

(85)Jenny Brown, op.cit,p12.

(86)Mathew Bricker, op.cit,p207 .

(87)Jenny Brown, op.cit,p12.

(٨٨) د. طلعت يوسف خاطر، حياد المحكم واستقلاله بين النظرية والتطبيق(دراسة تأصيلية مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٥، ص٢٠٤.

(٨٩) د. عيد محمد القصاص، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، ط٢، دار النهضة العربية، ٢٠١٠، ص٨٦.

(٩٠)د. محمد مرعي صعب ، مخاصمة القضاة، ج١، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، ٢٠٠٦، ص٢٣٠.

(٩١)د. إبراهيم الملا، مسؤولية المحكم، بحث منشور في مجلة التحكيم العالمية، ملحق العدد الثامن، ٢٠١٠، ص٧٩٥.

(٩٢) محمد حسن العكلة، مسؤولية المحكم، رسالة ماجستير (غير منشورة)، كلية الحقوق، الجامعة الإسلامية في لبنان، ٢٠١٤-٢٠١٥، ص١١٧.

(٩٣) تنص المادة ٢١٢ من القانون المدني العراقي على إنه (الضرورات تتيح المحظورات ولكنها تقدر بقدرها).

(٩٤) د. علي أحمد عبد المتعال، الحصانة في ميزان المشروعية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤ ص٢١٦.

(٩٥)د. إبراهيم نجيب سعد، مصدر سابق، ص٢٩١؛ د. محمود محمد هاشم، مصدر سابق، ص ٢٥٥؛ د. حامد إبراهيم عبد الكريم الجبوري، ضمانات القاضي في الشريعة الإسلامية والقانون، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٩، ص ١٤٥.

(٩٦) د. ناصر عثمان محمد عثمان، النظام القانوني لمسؤولية المحكم، دار النهضة العربية، ٢٠٠٨، ص١٣٠.

(٩٧) د. عادل محمد خير، حصانة المحكمين مقارناً بحصانة القضاء، ط١، دار النهضة العربية، ١٩٩٦، ص١٠٨.

(٩٨)أنظر نص المادة ٥١ من قانون التحكيم الأسترالي لسنة ١٩٨٦ المعدل بموجب قانون التحكيم لسنة ٢٠١٧.

متاح على الموقع الإلكتروني :

www.legislation.act.Gov.au

تاريخ الدخول: ٢٠١٨/٤/١١، الساعة: ١١:٣٣ص.

(99)Roman Mullerat,op.cit,p18.

(١٠٠) قانون التحكيم البحريني رقم (٩) لسنة ٢٠١٥، منشور في الجريدة الرسمية العدد ٣٢١٧، ٩ يوليو ٢٠١٥.

(١٠١) قانون التحكيم القطري رقم (٢) لسنة ٢٠١٧.

(١٠٢) عبد الجبار ناجي الملا صالح، مصدر سابق، ١٤٣.

(103) Susan D. Frank, The Liability of International Arbitrators: A Comparative Analysis and Proposal for Qualified immunity, N. y .L SCH .j. INT`L& Comp .L, vol20, 2000. ,p36.

(١٠٤) فقد نصت المادة ٣/١ من القانون المدني العراقي على أنه (تسترشد المحاكم في كل ذلك بالأحكام التي أقرها القضاء والفقه في العراق، ثم في البلاد الأخرى التي تتقارب قوانينها مع القوانين العراقية).

(١٠٥) د. عباس الصراف، المسؤولية العقدية عن فعل الغير، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٥٤، ص٧٢.

(١٠٦) مشار إليه في: د. عبد الحميد الأحدب، موسوعة التحكيم، ج٢، ط٣، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٨، ص٣٥١.

(١٠٧) مشار إليه في: جمال عبد الله مكناس، محمد ناصر الخوالدة، النطاق الموضوعي لدعوى مخاصمة القضاة بين النظرية والتطبيق، بحث منشور في مجلة علوم الشريعة والقانون، العدد١، ٢٠١٥، ص٢١٠.

(108)Cass 2e civ. 29 June 1960, D1960.262, RTD civ . د. عبدة جميل غصوب، نظام المحكم في التحكيم التجاري الدولي، بحث مشار إليها في: منشور في مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق، جامعة بيروت، العدد السادس، كانون الثاني، ٢٠٠١، ص٢٣٩.

(١٠٩) د. سميحة القليوبي، مسؤولية المحكم، بحث منشور في مجلة التحكيم العالمية، العدد الثامن، ٢٠١٠، ص ٧١١.

(١١٠) د. شحاته غريب شلقامي، مصدر سابق، ص١٣٧.

(111)The Arbitrator's liability, op.cit,p20

(112)Jenny Brown, op.cit,p229.

(113)Mathew Rassmusen, Overextending immunity: Arbitral Institutional Liability in the United States, England and France, Fordham International Law Journal, Vol 26, 2002. ,p1861.

(١١٤) نوار زروق، مسؤولية المحكم، بحث منشور في مجلة العلوم الاجتماعية، العدد ١٨، سنة ٢٠١٤، ص٣.

(١١٥)د. فتحي والي، قانون التحكيم، مصدر سابق، ص، ٢٨٧؛ د. سميحة القليوبي، مصدر سابق، ص٧١١.

(١١٦) Bompard C. Carcassone, 13 june 1990، مشار إليها في: د. عبدة جميل غصوب، مصدر سابق، ص ٢٤.

(١١٧) د. عيد محمد القصاص، مصدر سابق، ص ٨٦.

(١١٨) نوار زروق، مصدر سابق، ص٣.

(١١٩) أنظر المواد ١٤٨٩، ١٤٩٠، ١٥٠١، ١٥٠٢، ١٥٠٦ من قانون التحكيم الفرنسي.

(120)Ramon mullerat,op,cit,p17.

(١٢١) د. هدى مجدي عبد الرحمن، مصدر سابق، ص ٣٩٤.

(١٢٢) د. خيري عبد الفتاح السيد البتانوني، مفهوم المحكم في التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٣، ص٢٣٩.

(١٢٣) د. هدى مجدي عبد الرحمن، مصدر سابق، ص٣٩٤.

(124)Jean de la Hosseraye, Arbitration in France, CMS Guide to Arbitration, vol1,p344.

S Farhangpur International Arbitration Agreements theories,p79. Available at:

shodhganga.inflibnet.ac. in > 12 _chapter3. Access in: 9/8/2018, at: 10:3pm.

(125)James H. Carter, The international Arbitration Review, Derbyshire, Britain,7 the edition, 2016, p211.

(126)Mathew Rassmusen,op.cit,p1862.

(127)The Arbitrator's liability, op,cit,p32.

(١٢٨) د. أحمد عبد الرحمن الملحم، مصدر سابق، ص٢٩٣.

(١٢٩) نوار زروق، مصدر سابق، ص٧.

(١٣٠) مشار إليه في: د. ناصر عثمان محمد عثمان، مصدر سابق، ص١٧٥؛ Mathew Rassmusen,op.cit,p186.

(131)Angers, December 10, 2002, cited by Ch. JARROSSON. Note under Cass. 1re civ, December 6, 2005.

مشار اليها في: د. عبد الحميد الأحدب، مصدر سابق، ص ٣٥٦؛ حسن العكلة، مصدر سابق، ص٧٠.

The arbitrator's liability,op.cit,p28.

(١٣٢) مشار إليه في: د. عبد الفتاح السيد البتانوني، مصدر سابق، ص٢٣٨، نوار زروق، مصدر سابق، ص٧؛

Ibrahim Najjar,op.cit,p13.

(١٣٣) د. حسن علي الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني، ج٣، ط١، دار وائل للنشر، الأردن، ٢٠٠٦، ص٤٨.

(١٣٤) وهو ذات الأمر الذي واجهه الفقه والقضاء بالنسبة للشخص المهني، والذي لا يسأل في نطاق الخطأ المهني إلا إذا كان هذا الخطأ من الجسامة أو كان مقترن بالغش أو التدليس، وبالنظر إلى صعوبة أو استحالة إيجاد معيار محدد للتمييز بين ما يعد خطأ فني أو مهني وبين ما يعد خطأ عادي لا صلة له بالمهنة، ذهب جانب منهم إلى القول بأن الشخص المهني يسأل عن كل خطأ يصدر منه وبصرف النظر عن كون هذا الخطأ مهني أم خطأ عادي (يسأل كأي شخص عادي)، في حين ذهب جانب آخر منهم إلى تقسيم الأخطاء التي تصدر من الشخص المهني إلى خطأ جسيم وخطأ يسير لتحديد مسؤوليته، أنظر في ذلك: فريحة كمال، المسؤولية المدنية للطبيب، رسالة ماجستير (منشورة)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، ٢٠١٢، ص ١٨٩.

(١٣٥)أنظر نص المادة ٢/١٤٩٢ من قانون التحكيم الفرنسي.

(١٣٦) ومن الأمثلة أيضاً على التشريعات التي جاءت خالية من الإشارة إلى حصانة المحكم قانون التحكيم الإمارتي، ومع ذلك فإن الاجتهاد القضائي كان له موقف مغاير لذلك فقد جاء في قرار لمحكمة تمييز دبي في ٨ أكتوبر ٢٠١٥ (إن المحكم لا يكون مسؤولاً عن أي خطأ غير مقصود على أساس السلطة الممنوحة له بموجب القوانين السائدة والتي بموجبها تترك سلطة الحكم لتقدير المحكم، بمعنى إن المحكم يتمتع بحماية القانون في ممارسة مهامه ما لم يرتكب

خطأ جوهري، ويعرف الخطأ الجوهري بأنه عدم الامتثال للمبادئ القانونية التي لا لبس فيها أو تجاهل الحقائق الواضحة)،

Medan Group LLC.DOUG Jones, Case No. 284/2015, Refereed from: ICC Dispute Resolution Bulletin, Issue 4, 2017, p11, available at: djarbitraje.com>pdf>40617-BULLETIN, access in: 6/3/2018. وأيضاً جاء في قرار آخر لمحكمة تمييز دبي في ديسمبر٢٠١٧ عندما أدعى المدعي إن المحكمَين الثاني والثالث قد ارتكبوا بصفتهم محكميّن أخطاء مادية بما في ذلك تغيير شروط اتفاقيات البيع والشراء والبيانات المتعلقة في مجال الوحدات وتجاهل وثائق دائرة الأراضي ذات الصلة، رفضت المحكمة الابتدائية الدعوى وأيدت محكمة الاستئناف هذا الحكم، لذا قام المدعي بالطعن في الحكم أمام محكمة النقض، فرفضت محكمة النقض الطعن بالحكم وأكدت المحكمة إن خطأ المحكم ينبغي أن يكون خطأ جسيم أو خطأً مقترناً بالخداع أو الاحتيال أو التواطؤ مع الخصم أو الامتناع عن الحكم دون عذر مشروع أما مجرد الخطأ اليسير أو الإهمال فهذا ليس كافياً لقيام مسؤولية المحكم،

Dubai Court of Cassation, Case484/2017, Available at: https://www.Whitecase.com/publication/alert/civil-libility-, access in: 9/8/2018, at: 9:53 am.

(١٣٧)حاجم فلاح ركان الشمري، ، مخاصمة القضاة، رسالة ماجستير (غير منشورة)، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٨٩، ص٣٨؛ ماجد مجباس، المركز القانوني للمحكم، رسالة ماجستير (غير منشورة)، كلية القانون، جامعة البصرة، ٢٠١٣، ص٧٦.

(١٣٨) د. محمود سلامة المحامي، موسوعة التحكيم والمحكم، ط١، المكتب الثقافي، مصر، ٢٠٠٨، ص١١١.

(١٣٩) د. محمد أبو العنيّن، اختصاص هيئة التحكيم وسلطات وواجبات المحكم، بحث منشور في: مجلة التحكيم العربي، العدد٨، السنة ٢٠٠٥، ص١١، مشار إليه في: د. علي اسماعيل دياب غازي، مصدر سابق، ص٤١٠.

(140) Susan D.frank,op.cit,p46.

(١٤١)أنظر نص المادة ٢٨٦ من قانون المرافعات العراقي.

(١٤٢) أنظر في المبادئ العامة لقانون التحكيم الإنكليزي لسنة ١٩٩٦.

(١٤٣) د. ناصر عثمان محمد عثمان، مصدر سابق، ص ١٧٤.

(١٤٤) ماجد مجباس حسن، مصدر سابق، ص٧٧.

(١٤٥) حاجم فلاح راكان الشمري، مصدر سابق، ص٣٨؛ أرشد طه حطاب، المسؤولية المدنية للمحكم في التحكيم التجاري الدولي، رسالة ماجستير، كلية القانون، الجامعة المستنصرية، ٢٠١٤، ص١٢٣.

(١٤٦) د. أنور سلطان، النظرية العامة للالتزام، ج١، دار المعارف بمصر، ١٩٦٢.، ص٣٨٦؛ د. علي نجيدة، النظرية العامة للالتزام، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام دار النهضة العربية، ٢٠٠٤، ص٢٤٢.

(١٤٧) د. حسين عبد القادر معروف، مصدر سابق، ص٢٩٤.

(١٤٨)إذ تنص المادة ١٦٨ من القانون المدني العراقي على أنه (إذا أستحال على الملتزم بالعقد أن ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه)، وأيضاً المادة ٢١١ والتي جاء فيها(إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه...كان غير ملزم بالضمان...).

(١٤٩)د. حسن علي الذنون، مصدر سابق، ص٤٧.

(١٥٠) د. حمزة أحمد حداد، التحكيم في القوانين العربية، ج١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٧، ص٢٤٨.

(١٥١) فقد جاء في قرار لمحكمة استئناف كالفورنيا عندما أنسحب المحكم عن أداء المهمة التحكيمية (إن المحكم لم ينسحب من المهمة التحكيمية دون عذر، وإنما رد نفسه لقيام الشك في قدرته على أن يكون منصفاً نزيهاً، ومن ثم فإن قرار المحكم بالانسحاب كان جزءاً لا يتجزأ من وظيفته شبه القضائية ومن ثم تشمله الحصانة المطلقة).

Morgan Philips, INC v. Jams, cal. App. 2nd (2010). Refereed from: The arbitrator's liability, op.cit,p104.

(١٥٢)أنظر في ذلك أستاذنا: د. حسين عبد القادر معروف، مصدر سابق، ص٢٩٤.

(١٥٣) أنظر نص المادة ٣/٢٨٦ من قانون المرافعات العراقي.

(١٥٤) د. فاروق الكيلاني، استقلال القضاء، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٧، ص ١٥٦؛ آدم وهيب النداوي، المرافعات المدنية، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، دون سنة نشر، ص٥٣؛ حاجم فلاح ركان الشمري، مصدر سابق، ص٨٧.

(١٥٥) معجم المعاني، متاح على الموقع الإلكتروني:

www. Al maany.Com/ar/dict/ar-ar

(١٥٦) د. نورا فرغلي عبد الرحمن محمد السناري، مسؤولية الموظف ومدى مسؤولية الدولة عن أخطاءه وأفعاله، دراسة مقارنة، دون مدينة وسنة نشر، ص٢١١.

(١٥٧) حاجم فلاح ركان الشمري، مصدر سابق، ص٨٩.

(١٥٨) د. محمد الزحيلي، مصدر سابق، ص٤٦٨.

(١٥٩) أحمد محمد عبد الصادق، المرجع العام في التحكيم المصري والعربي والدولي، ط٧، دار القانون للإصدارات القانونية، ٢٠١٤، ص٢٢٩.

(١٦٠) د. خيري عبد الفتاح السيد البتانوني، مصدر سابق، ص٢٨٦.

(١٦١) د. كاظم كريم علي، د. رؤى عبد الستار صالح، شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية في القانونيين الإنكليزي والعراقي، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، العدد الأول، ٢٠١٧، ص٢٤٤.

(١٦٢) د. حسن علي الذنون، مصدر سابق، ص٢٢٥.

(١٦٣)عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج١، مصادر الالتزام، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ص٢١؛ د. علي نجيدة، مصدر سابق، ص٢٤٩.

(١٦٤) معجم المعاني، متاح على الموقع الإلكتروني:

https://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar

(١٦٥) Susan D. Frank, op.cit,p48 ؛ د. خيري عبد الفتاح السيد البتانوني، مصدر سابق، ص٢٨٦؛ د. شحاته غريب شلقامي، مصدر سابق؛ ١٥٢؛ د. ناصر عثمان محمد عثمان، ص١٣٦.

(١٦٦) أنظر في ذلك أستاذنا د. وليد خالد عطية، علي حسين منهل، تفسير شروط الإعفاء من المسؤولية العقدية دراسة في القانون الإنكليزي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠١٦، ص٢٤.

(١٦٧) ولهذا السبب أختلف الفقه بشأن التكييف القانوني للحصانة، فمنهم من يرى أن الحصانة هي سبب من أسباب الإباحة ومنهم من يرى أن الحصانة هي مانع من موانع المسؤولية ومنهم من يعتبر الحصانة نظام خاص مستقل وهو الرأي الأقرب للواقع، أنظر في عرض هذه الآراء وتقيمها: د. ضياء عبد الله الجبار الأسدي، علي سعد عمران، المسؤولية الجزائية لعضو المجلس النيابي، منشورات زين الحقوقية، لبنان، ٢٠١٣، ص١٣١ وما بعدها.

(١٦٨) د. حسينة شرون، الحصانة البرلمانية، بحث منشور في مجلة الفكر، تصدر عن كلية الحقوق بجامعة محمد حيضر، الجزائر، العدد الخامس، ص١٥٢.

(١٦٩) د. ضياء عبد الله الجبار الأسدي، علي سعد عمران، مصدر سابق، ص١٤٤.

(١٧٠) د. سعدي البرزنجي، شرط الاعفاء من المسؤولية العقدية في القانونيين العراقي والفرنسي، ط١، مطبعة مديرية جامعة صلاح الدين، أربيل، ٢٠٠٣، ص١٤٦.

(١٧١) د. حسن علي الذنون، مصدر سابق، ص٢٢٥.

(١٧٢) د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج٢، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٩٠، ص١٢٠.

(١٧٣) وسيم حسام الدين الأحمد، الحصانات القانونية، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠١٠ ، ص ٨.

(١٧٤) د. حسينة شرون، مصدر سابق، ص١٥٢.

(١٧٥) د. عبد الحميد الأحدب، مصدر سابق، ص٣٥١.

(١٧٦) جيرار كورنو، معجم المصطلحات القانونية، ط٢، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ٢٠٠٩، ص٦٨٥.

(١٧٧) د. محمد سعد خليفة، مبادئ التحكيم (اتفاق التحكيم-عقد التحكيم)، دار النهضة العربية، ١٩٩٨، ص١٠٣؛ د. شحاتة غريب شلقامي، مصدر سابق، ص٥١، د. خيري عبد الفتاح السيد البتانوني، مصدر سابق، ١٤١؛ د. أحمد عبد الرحمن الملحم، مصدر سابق، ص١٩٢.

(١٧٨) د. جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية، ط٢، العاتك لصناعة الكتاب ، القاهرة، دون سنة نشر.، ص١٠؛ د. علي نجيدة، مصدر سابق، ص١٠.

(١٧٩) محمد نظمي محمد صعبانة، مصدر سابق، ص ١٣٧

(١٨٠) د. حسن عبد الباسط جمعي، شرط التخفيف والاعفاء من ضمان العيوب الخفية، دون مدينة نشر،١٩٩٣، ص٣٢.

(١٨١) القانون المدني الفرنسي المعدل بموجب المرسوم رقم ١٣١ لسنة ٢٠١٦، (ترجمة: د. محمد حسن قاسم، قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠١٨).

(١٨٢) وهذا ما أقرته محكمة النقض أيضاً بقولها " فقط الغش والخطأ الجسيم للطرف الذي يتمسك لإعفائه من التزامه بشرط عدم المسؤولية المدرج في العقد والمقبول من الطرف الآخر، يستطيعان أن يعطلا تطبيق الشرط المذكور"، نقلاً عن: د. سعدي البرزنجي، مصدر سابق، ص٧٧.

(183) Paris March 31,15,2015 (DELUBAC), Rep. gen. n 14/05436, Refereed from:

The arbitrator's libility,p35.

(184) The arbitrator's liability, op. cit,p35, jean de la Hosseraye, op.cit,p345

(١٨٥) د. عبدة جميل غصوب، مصدر سابق، ص٢٥٧.

(١٨٦) أنظر في ذلك استاذنا: د. حسين عبد القادر، مصدر سابق، ص٢٧٨ وما بعدها.

(١٨٧) أحمد سليم فريز نصرة، الشرط المعدل للمسؤولية العقدية في القانون المدني المصري، رسالة ماجستير (منشورة)، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، ٢٠٠٦، ، ص١٢٤.

(١٨٨) د. كاظم كريم علي، د. رؤى عبد الستار صالح، مصدر سابق، ص٢٥٠.

(١٨٩) مشار إليه في مؤلف استاذنا: د. وليد خالد عطية، علي حسين منهل، مصدر سابق، ص١٢.

(١٩٠) محمود محمد علي صبرة، صياغة العقود بالعربية والإنجليزية وأثر ذلك في كسب الدعوى، دار الكتب المصرية، ٢٠٠٥، ص٣٤٧.

(١٩١) د. ظافر حبيب جبارة، النظام القانوني لشرط الإعفاء من المسؤولية العقدية في القانون الإنكليزي، بحث منشور في مجلة القانون المقارن، العدد٥٥، ٢٠٠٨، ص٩٥.

(١٩٢) د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ص١٩.

(١٩٣)علي هادي علوان، شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد،١٩٩٠، ص٢٠.

(١٩٤) د. كاظم كريم علي، د. رؤى عبد الستار صالح، مصدر سابق، ص ٢٥٧؛ وأنظر كذلك نص المادة ١٣١ من القانون المدني العراقي.

(١٩٥) د. حسن علي الذنون، مصدر سابق، ص٢٥٩.

(١٩٦) علي هادي علوان، مصدر سابق، ص١٥١.

(١٩٧)أحمد سليم فريز نصرة، مصدر سابق، ص١٢٤.

(١٩٨) حيث تنص المادة ١٤٠ من القانون المدني العراقي على أنه (إذا كان العقد باطلاً وتوافرت فيه أركان عقد آخر فإن العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذي توافرت أركانه إذا تبين أن المتعاقدين كانت نيتهما تنصرف إلى أبرام هذا العقد)

(١٩٩)أنظر نص المادة ٢/١٣١ من القانون المدني العراقي.

(٢٠٠) د. أحمد مفلح خوالدة، شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١١، ص٢٠٦.

(٢٠١)أ نظر نص المادة ١٣٢ من القانون المدني العراقي.

(٢٠٢)أ حمد مفلح خوالدة، مصدر سابق، ص١٨٠.

(٢٠٣) د. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج٣، دار أحياء التراث العربي، بيروت، ١٩٩٧، ص ١٠٦.

(٢٠٤) حيث تنص المادة ١ من القانون المدني المصري على أنه (١- فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد، فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية...)

(٢٠٥) فقد نصت المادة ١١٨٤ من القانون المدني الفرنسي على أنه (عندما لا يطال سبب البطلان إلا شرطاً أو عدة شروط في العقد فلا يؤدي ذلك إلى بطلان العقد كله إلا إذا كان هذا الشرط أو هذه الشروط قد شكلت العنصر الدافع لتعهد الأطراف أو أحدهم).

(٢٠٦) د. ظافر حبيب جبارة، مصدر سابق، ص١٠١.
(٢٠٧) وأنظر كذلك نص المادة ١١٠٢ من القانون المدني الفرنسي والتي جاء فيها (....لا تسمح الحرية التعاقدية بمخالفة القواعد المتعلقة بالنظام العام) ، ويقابل ذلك نص المادة ٢/١٣١ من القانون المدني العراقي سالفة الذكر.
(٢٠٨) وللمزيد من تعاريف فكرة النظام العام أنظر: د. أنور سلطان، مصدر سابق، ص٢٣٠.
(٢٠٩)علي هادي علوان، مصدر سابق، ص١٤٦
(٢١٠) د. عاشور مبروك، النظام الإجرائي لخصومة التحكيم، ط٢، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، ١٩٩٨، ص٨٨.
(٢١١) يقابل ذلك المادة ١١ من قانون التحكيم المصري.
(٢١٢) د. عاشور مبروك، المصدر السابق، ص ٨٩، وأنظر كذلك في تفاصيل هذا الموضوع: د. محمود مختار أحمد بريري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤، ص٥٤، أسعد فاضل منديل، النظام القانوني للتحكيم في قانون المرافعات المدنية العراقي، رسالة ماجستير(غير منشورة)، كلية الحقوق، جامعة النهرين، ٢٠٠٢، ص٤٦.
(٢١٣)أنظر في ذلك نص المادة ١/١٧ من قانون الأونستيرال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي المعدل في٢٠١٠، والذي أجاز لهيئة التحكيم اختيار الإجراءات التي تراها مناسبة، بشرط أن لا يخل ذلك بمبدأ المساواة وحق الدفاع وتهيئة الفرص الكاملة لكل طرف في مرحلة مناسبة من الإجراءات لعرض دعواه.
(٢١٤) د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مصدر سابق، ص٣٠١؛ أحمد محمد عبد الصادق، مصدر سابق، ص، ١٠٢؛ د. أحمد أبو الوفا، عقد التحكيم واجراءاته، ط٢، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٤، ص٢٥٩ وما بعدها؛ د. عباس العبودي، مصدر سابق، ص٥٢ وما بعدها؛ د. ناريمان عبد القادر، أتفاق التحكيم (وفقاً لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وتعديلاته)، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٦، ص١٤١.
(٢١٥)حيث تنص المادة ١٩ من دستور جمهورية العراق على أنه (رابعاً : حق الدفاع مقدس ومكفول في جميع مراحل التحقيق والمحاكمة، سادساً : لكل فرد الحق في أن يعامل معاملة عادلة في الإجراءات القضائية والإدارية).
(٢١٦) د. عاشور مبروك، مصدر سابق، ص٤٨.

(٢١٧)عرض هذا الاتجاه بشأن نص المادة ٢٥ من قانون التحكيم المصري والتي تقابلها المادة ٢٥٦ من قانون المرافعات العراقي، مشار إليه في: د. ياسر عبد السلام منصور، دراسة نقدية لقانون التحكيم المصري، دار النهضة العربية، ٢٠٠١، ص٧٤.

(٢١٨) أنظر نص المادة ٢٧٣ من قانون المرافعات العراقي.

(٢١٩) إذ تنص المادة ١٥١٢ من قانون التحكيم الفرنسي على أنه (مهما كانت الإجراءات المختارة، تضمن الهيئة التحكيمية المساواة بين الأطراف وتحترم مبدأ الوجاهية). ويقابل ذلك نص المادة ١/٣٣ من قانون التحكيم الإنكليزي والتي جاء فيها (يجب على المحكمة التحكيمية أن تكون: أ- عادلة ومحايدة تجاه الأطراف وأن تعطي لكل منهما الإمكانية المشروعة بتقديم حججها وأن تمكنها من الرد على الحجج المثارة من قبل خصمها).

(٢٢٠)قرار رقم ٦٠٥ مدنية أولى ١٩٨٠ في ١٩٨١/٣/١٢ مشار إليه في: حاجم فلاح راكان الشمري، مصدر سابق، ص٣٩.

(٢٢١) حكم استئناف باريس، ١٩٩٧/٩/٩، مشار اليه في: د. فتحي والي، كتابات في القضاء المدني...، مصدر سابق، ص ٧٤٢.

(٢٢٢)إذ تنص المادة ١٩ من قانون التنظيم القضائي العراقي (جلسات المحاكم علنية إلا إذا قررت المحكمة جعلها سرية محافظة على النظام العام أو مراعاة للآداب أو لحرمة الأسرة ويتلى منطوق الحكم علناً)، فهذا يدل على عدم تعلقها بالنظام العام وإنما بمصلحة الخصوم، أنظر في ذلك: د. عباس العبودي، مصدر سابق، ص٦٠.

(٢٢٣) د. عاشور مبروك، مصدر سابق، ص٩٧.

(٢٢٤)علي هادي علوان، مصدر سابق، ص١٥٤، أحمد مفلح خوالدة مصدر سابق، ص١٥٤.

(٢٢٥)علي هادي علوان، مصدر سابق، ص١٢٠.

(٢٢٦)عبد الجبار ناجي الملا صالح، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، ط١، مطبعة اليرموك، بغداد، ١٩٧٤، ص٦٠.

(٢٢٧) د. وليد خالد عطية، علي حسين منهل، مصدر سابق، ص٢٤.

(٢٢٨) محمود محمد علي صبرة، مصدر سابق، ص٣٥٣.

(٢٢٩) د. محمد سعد خليفة، مصدر سابق، ص١٠٥؛ د، شحاته غريب شلقامي، مصدر سابق، ص٥٢.

(٢٣٠) محمد حسن العكله، مصدر سابق، ص١١٥.

(٢٣١) محمد نظمي محمد صعبانه، مصدر سابق، ص١٥٢.

(٢٣٢) مشار اليه في: محمد نظمي محمد صعبانة، مصدر سابق، ص١٥٣.
(٢٣٣) د. محمود جمال الدين زكي، اتفاقات المسؤولية، مصدر سابق، ص٥٧.
(٢٣٤) فتحي والي، المبسوط في قانون القضاء المدني، مصدر سابق، ص٤٠١.
(٢٣٥) د. مصطفى الجمال، د. عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، ج١، ط١، دون مدينة نشر، ١٩٩٨، ص٦٠٢؛ د. فتحي والي، مصدر سابق، ص٢٨٤.
(٢٣٦)د. محمد سعد خليفة، مصدر سابق، ص١٢٢وما بعدها.
(٢٣٧) محمد نظمي محمد صعبانة، مصدر سابق، ص٢٠٢؛ د. علي اسماعيل دياب غازي، مصدر سابق، ص٤٢٥.
(٢٣٨) د. عادل محمد خير، مصدر سابق، ص١٠١.
(٢٣٩) د. عبد المجيد الحكيم وآخرون، مصدر سابق، ص٢٥١.
(٢٤٠) أرشد طه حطاب العبودي، مصدر سابق، ص ١٠٩.
(٢٤١) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني،ج١، مصدر سابق، ص٨٥١.
(٢٤٢)عباس الصراف، مصدر سابق، ص١٢١.
(٢٤٣) د. شحاته غريب شلقامي، مصدر سابق، ص٦١؛ د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية...، مصدر سابق، ص٢٨٠.
(٢٤٤) جبار جمعة اللامي، التحكيم التجاري في القانون العراقي والاتفاقيات الدولية، مطبعة السماء، بغداد، ٢٠١٥، ص٧٦.
(٢٤٥) حيث تنص المادة ٤٢ من قواعد غرفة التجارة الدولية على إنه (تلتزم المحكمة وهيئة التحكيم بمراعاة روح القواعد في كل ما لم تنص عليه صراحة، وسوف تبذلان قصاري جهدهما لضمان صدور حكم تحكيم قابل للتنفيذ قانوناً) وأكدت ذلك أيضاً بموجب نص المادة ١ في الملحق الأول والتي جاء فيها (تختص محكمة التحكيم الدولية التابعة لغرفة التجارة الدولية بضمان تطبيق قواعد غرفة التجارة الدولية...).
(٢٤٦) د. محمد نور شحاته، الرقابة على أعمال المحكمين، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨، ص١٧٨، ١٧٩؛ وأنظر كذلك: د. عبد الحميد الأحدب، مصدر سابق، ص٢٠٨.
(٢٤٧) د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مصدر سابق، ص٢٨١.
(٢٤٨)عباس الصراف، مصدر سابق، ص١٨٣، ص٢١٠.
(٢٤٩) ولا يؤثر على قيام المسؤولية العقدية عن فعل الغير إذا كان نظام المؤسسة يسمح للمحتكمين اختيار محكميهم حتى وأن كانوا من غير العاملين في المؤسسة، طالما إن المحكم المختار سيعمل بموجب نظام المؤسسة، إضافة الى ذلك فأن ليس للمحتكمين فرض أو أجبار

المؤسسة على قبول المحكم طالما أن الأمر يتعلق بتنفيذ التزاماتها العقدية، والذي تكون المؤسسة مسؤولة عن عدم تنفيذه. (أنظر في ذلك د. محمد حنون جعفر، مسؤولية المقاول العقدية عن فعل الغير، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، دون سنة نشر، ص١٥٥).وأيضاً لا يغير من تطبيق قواعد هذه المسؤولية كون نشاط الغير يختلف عن نشاط المدين الأصلي ويتميز عنه، بحيث إن نشاط الغير ينظم إلى نشاط المدين ولكن لا يندمج فيه، نقلاً عن: عباس الصراف، مصدر سابق، ص١٢٢.

(٢٥٠)أنظر نص المادة ٢٥٩ من القانون المدني العراقي، والمادة ٢١٧ من القانون المدني المصري.

(٢٥١) يمثل هذا الاتجاه جانب من القضاء الفرنسي، أنظر في ذلك: د. محمود جمال الدين، اتفاقات المسؤولية، مصدر سابق،ص٧٢.

(٣٥٢)علي هادي علوان، مصدر سابق، ص١٢٠، أحمد مفلح خوالدة، مصدر سابق، ص١٦٦.

(٢٥٣) د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، مصدر سابق، ص١١٦.

(٢٥٤) إذ تنص المادة ١١٩١ من القانون المدني الفرنسي على أنه (إذا كان أحد شروط العقد يحتمل معنيين يغلب المعنى الذي يرتب أثراً على ذلك الذي لا يرتب أي أثر).

(٢٥٥) د. عبد الحكم فوده، تفسير العقد، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٢، ص ٢٨٥.

(٢٥٦) د. علي نجيدة، مصدر سابق، ص٢١٩.

(257)SNF V. CCI, court of Appel of Paris,22 jan2009. Available at: www.lalive.ch/date/pup/blications Access in: 22/5/2018, at: 8:53am.

(٢٥٨) د. هدى مجدي عبد الرحمن، مصدر سابق، ص ٤٠٣.

(٢٥٩) د. فتحي والي، كتابات في القضاء المدني والتحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٥، ص ٧٣٩.

(٢٦٠) د. عبد الرحمن الملحم، مصدر سابق، ص ١٩٤.

(٢٦١) د. عبد المجيد الحكيم وآخرون، مصدر سابق، ص٤٤؛ د. علي نجيدة، مصدر سابق، ص٣٤.

(٢٦٢)العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ص٢٥. وأنظر كذلك نص المادة ٢٩ من القانون المدني العراقي والتي جاء فيها (لا تطبق أحكام المواد السابقة أذا وجد نص على خلافها في قانون خاص أو معاهدة دولية نافذة في العراق).

(٢٦٣)أنظر نص المادة ١٠ من اتفاقية عمان العربية، وأنظر كذلك اتفاقية مزايا وحصانات مجلس التعاون لدول مجلس التعاون الخليجي، متاحة على الموقع الإلكتروني: https://www.gulfpolicies.com تاريخ الدخول:٢٠١٨/٣/٢٧، الساعة:١١:٧ص.

قائمة المصادر

- مصادر اللغة العربية

أولاً: الكتب القانونية:

١. د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المسؤولية المدنية بين التقييد والإطلاق (دراسة تحليلية للأنظمة القانونية المعاصرة "اللاتينية-الإسلامية- الأنجلو أمريكية")، دار النهضة العربية، القاهرة، دون سنة نشر.

٢. د. ابو العلا النمر، المركز القانوني للمحكم في خصومة التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦,

٣. د. أحمد أبو الوفا، عقد التحكيم وإجراءاته، ط٢، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٤,

٤. أحمد محمد عبد الصادق، المرجع العام في التحكيم المصري والعربي والدولي، ط٧، دار القانون للإصدارات القانونية، ٢٠١٤,

٥. د. أحمد مفلح خوالدة، شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١١.

٦. د. آدم وهيب النداوي، المرافعات المدنية، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، دون سنة نشر.

٧. د. أنور سلطان، النظرية العامة للالتزام، ج١، دار المعارف بمصر، ١٩٦٢,

٨. أنور علي أحمد الطشي، مبدأ الاختصاص بالاختصاص في مجال التحكيم، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩,

٩. د. جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية، ط٢، العاتك لصناعة الكتاب ، القاهرة، دون سنة نشر.

١٠. جيرار كورنو، معجم المصطلحات القانونية، ط٢، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ٢٠٠٩,

١١. د. حامد إبراهيم عبد الكريم الجبوري، ضمانات القاضي في الشريعة الإسلامية والقانون، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٩,

١٢. د. حسن عبد الباسط جمعي، شرط التخفيف والاعفاء من ضمان العيوب الخفية، دون مدينة نشر،١٩٩٣.

١٣. د. حسن علي الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني، ج٣، ط١، دار وائل للنشر، الأردن، ,٢٠٠٦

١٤. د. حمزة أحمد حداد، التحكيم في القوانين العربية، ج١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ,٢٠٠٧

١٥. د. خيري عبد الفتاح السيد البتانوني، مفهوم المحكم في التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ,٢٠١٣

١٦. د. رمزي طه الشاعر، المسؤولية عن أعمال السلطة القضائية، مطبعة جامعة عين شمس، القاهرة،,١٩٨٠

١٧. د. سحر عبد الستار إمام، المركز القانوني للمحكم، دار النهضة العربية، القاهرة، ,٢٠٠٦

١٨. د. سعدي البرزنجي، شرط الاعفاء من المسؤولية العقدية في القانونيين العراقي والفرنسي، ط١، مطبعة مديرية جامعة صلاح الدين، أربيل، ,٢٠٠٣

١٩.د. شحاتة غريب شلقامي، عقد المحكم، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ,٢٠١٥

٢٠. د. ضياء عبد الله الجبار الأسدي، علي سعد عمران، المسؤولية الجزائية لعضو المجلس النيابي، منشورات زين الحقوقية، لبنان، ,٢٠١٣

٢٠. د. طلعت يوسف خاطر، حياد المحكم واستقلاله بين النظرية والتطبيق(دراسة تأصيلية مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٥.

٢١. د. عادل محمد خير، حصانة المحكمين مقارناً بحصانة القضاء، ط١، دار النهضة العربية، ١٩٩٦.

٢٢. د. عاشور مبروك، النظام الإجرائي لخصومة التحكيم، ط٢، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، ,١٩٩٨

٢٣. د. عباس العبودي، شرح أحكام قانون المرافعات المدنية، ط١، دار السنهوري، بغداد،,٢٠١٦

٢٤. عبد الجبار ناجي الملا صالح، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، ط١، مطبعة اليرموك، بغداد، ١٩٧٤,

٢٥. د. عبد الحميد الأحدب، موسوعة التحكيم، ج٢، ط٣، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٨,

٢٦. د. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج٣، دار أحياء التراث العربي، بيروت، ١٩٩٧,

٢٧. عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج١، مصادر الالتزام، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة.

٢٨. د. عزمي عبد الفتاح، قانون التحكيم الكويتي، ط١، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٩٠,

٢٩. د. علي أحمد عبد المتعال، الحصانة في ميزان المشروعية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤.

٣٠. علي أسماعيل دياب غازي، موسوعة المحكم في التحكيم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١٥,

٣١. د. علي نجيدة، النظرية العامة للالتزام، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤,

٣٢. د. عمرو محمد الماريا، مشكلات المسؤولية المدنية في نطاق التحكيم الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٧,

٣٣. د. عيد محمد القصاص، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، ط٢، دار النهضة العربية، ٢٠١٠,

٣٤. د. غالب علي الداوودي، د. حسين محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص، ج١، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، دون سنة نشر.

٣٥. د. فاروق الكيلاني، استقلال القضاء، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٧,

٣٦. د. فتحي والي، المبسوط في قانون القضاء المدني، ج١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٧,

٣٧. د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، ط١، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٧,

٣٨. د. فتحي والي، كتابات في القضاء المدني والتحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٥,

٣٩. لزهر بن سعد، كرم محمد زيدان النجار، التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١٠,

٤٠. د. محمد الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، ج١، ط٣، دار الفكر، دمشق، ٢٠٠٦,

٤١. د. محمد سعد خليفة، مبادئ التحكيم (اتفاق التحكيم-عقد التحكيم)، دار النهضة العربية، ١٩٩٨,

٤٢. د. محمد مرعي صعب، مخاصمة القضاة، ج١، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، ٢٠٠٦,

٤٣. محمد نظمي محمد صعبانه، مسؤولية المحكم، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨,

٤٤. د. محمد نور شحاته، الرقابة على أعمال المحكمين، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨ .

٤٥. د. محمد نور شحاته، النشأة الاتفاقية للسلطة القضائية للمحكمين، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣.

٤٦. د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج٢، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٩٠ .

٤٧. د. محمود سلامة المحامي، موسوعة التحكيم والمحكم، ط١، المكتب الثقافي، مصر، ٢٠٠٨ .

٤٨. محمود محمد علي صبرة، صياغة العقود بالعربية والإنجليزية وأثر ذلك في كسب الدعوى، دار الكتب المصرية، ٢٠٠٥ .

٤٩. د. محمود محمد هاشم، القضاء المدني، ج١، دون مدينة وسنة نشر.

٥٠. د. محمود مختار أحمد بريري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤ .

٥١. د. مصطفى الجمال، د. عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، ج١، ط١، دون مدينة نشر.

٥٢. د. ناريمان عبد القادر، أتفاق التحكيم (وفقاً لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وتعديلاته)، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٦,

٥٣. د. ناصر عثمان محمد عثمان، النظام القانوني لمسؤولية المحكم، دار النهضة العربية، ٢٠٠٨ .

٥٤. د. ناصر محمد الشرمان، المركز القانوني للمحكم في التحكيم التجاري الدولي، ط١، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر، ٢٠١٥ .

٥٥. د. نورا فرغلي عبد الرحمن محمد السناري، مسؤولية الموظف ومدى مسؤولية الدولة عن أخطاءه وأفعاله، دراسة مقارنة، دون مدينة وسنة نشر.

٥٦. د. هدى مجدي عبد الرحمن، دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطته، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧ .

٥٧. د. وجدي راغب فهمي، نظرية العمل القضائي في قانون المرافعات، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٤ .

٥٨. وسيم حسام الدين الأحمد، الحصانات القانونية، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠١٠.

٥٩. د. وليد خالد عطية، علي حسين منهل، تفسير شروط الإعفاء من المسؤولية العقدية دراسة في القانون الإنكليزي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠١٦.

٦٠. د. ياسر عبد السلام منصور، دراسة نقدية لقانون التحكيم المصري، دار النهضة العربية، ٢٠٠١.

ثانياً: الرسائل والأطاريح الجامعية

١. أحمد سليم فريز نصرة، الشرط المعدل للمسؤولية العقدية في القانون المدني المصري، رسالة ماجستير (منشورة)، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، ٢٠٠٦ .

٢. أرشد طه حطاب، المسؤولية المدنية للمحكم في التحكيم التجاري الدولي، رسالة ماجستير، كلية القانون، الجامعة المستنصرية، ٢٠١٤.

٣. أسعد فاضل منديل، النظام القانوني للتحكيم في قانون المرافعات المدنية العراقي، رسالة ماجستير(غير منشورة)، كلية الحقوق، جامعة النهرين، ٢٠٠٢ .

٤. حاجم فلاح ركان الشمري، مخاصمة القضاة، رسالة ماجستير (غير منشورة)، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٨٩ .

٥. د. عباس الصراف، المسؤولية العقدية عن فعل الغير، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٥٤ .

٦. علي هادي علوان، شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد،١٩٩٠ .

٧. فريحة كمال، المسؤولية المدنية للطبيب، رسالة ماجستير (منشورة) ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، ٢٠١٢.

٨ماجد مجباس، المركز القانوني للمحكم، رسالة ماجستير (غير منشورة)، كلية القانون، جامعة البصرة، ٢٠١٣.

٩. محمد حسن العكلة، مسؤولية المحكم، رسالة ماجستير (غير منشورة)، كلية الحقوق، الجامعة الإسلامية في لبنان، ٢٠١٤-٢٠١٥.

ثالثاً: الأبحاث

١. د. إبراهيم الملا، مسؤولية المحكم، بحث منشور في مجلة التحكيم العالمية، ملحق العدد الثامن، ,٢٠١٠

٢. جمال عبد الله مكناس، محمد ناصر الخوالدة، النطاق الموضوعي لدعوى مخاصمة القضاة بين النظرية والتطبيق، بحث منشور في مجلة علوم الشريعة والقانون، العدد١، ٢٠١٥ .

٣. د. حسينة شرون، الحصانة البرلمانية، بحث منشور في مجلة الفكر، تصدر عن كلية الحقوق بجامعة محمد حيضر، الجزائر، العدد الخامس.

٤. د. سميحة القليوبي، مسؤولية المحكم، بحث منشور في مجلة التحكيم العالمية، العدد الثامن، ٢٠١٠ .

٥. د. ظافر حبيب جبارة، النظام القانوني لشرط الإعفاء من المسؤولية العقدية في القانون الإنكليزي، بحث منشور في مجلة القانون المقارن، العدد٥٥، ٢٠٠٨ .

٦. د. عبدة جميل غصوب، نظام المحكم في التحكيم التجاري الدولي، بحث منشور في مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق، جامعة بيروت، العدد السادس، كانون الثاني، ٢٠٠١.

٧. د. كاظم كريم علي، د. رؤى عبد الستار صالح، شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية في القانونيين الإنكليزي والعراقي، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، العدد الأول، ٢٠١٧.

٨. نوار زروق، مسؤولية المحكم، بحث منشور في مجلة العلوم الاجتماعية، العدد ١٨، سنة ٢٠١٤.

-المصادر باللغة الإنكليزية

1- Arthur W. Ro vine, Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation, Martinus Nijhoff publisher, Holland, 2007.

2- Atty. Lutfi LL.M, who decides the arbitrator's Jurisdication in international commercial arbitration: the competence-competence doctrine from a transnational perspective. Available at: OZEL. law > 2016/03 > ozel_articales-001, access in: 14/6/2018, at: 2:37pm.

3- Dennis R. Nolan, Roger I. Abrams, arbitral immunity, Journal of Dispute Resolution, vol1, 2009.

4- Erwin Chemerinsky, Absolute immunity General principles and Recent development, TORO law review, vol.24.

5- James H. Carter, The international Arbitration Review, Derbyshire, Britain,7 the edition, 2016.

6- Jean de la Hosseraye, Arbitration in France, CMS Guide to Arbitration, vol1.

7- Jinny brown, The Expansion of Arbitral Immunity Is Absolute Immunity a Foregone Conclusion?, Journal of Dispute Resolution,vol1,2009.

8- Judicial liability and immunity, Report of the supreme court of OHIO, November 2006, p13. Available at: www.supremecourt.ohio.gov, access in: 13/2/2018.

9- Mathew Bricker, The Arbitral Judgment Rule: using the Business Judgment Rule to Redefine Arbitral immunity, Texas law review, vol92:197, 2013.

10- Mathew Rassmusen, Overextending immunity: Arbitral Institutional Liability in the United States, England and France, Fordham International Law Journal, vol 26, 2002.

11- Michael Crowell, Basic of judicial immunity, UNC school of government, University of north Caroline, 2008.

12- PRATHIMA R. APPAJI, Arbitral immunity: justification and scope in arbitration institution, Indiana journal of arbitration law, vol1, Issue1.

13- Ramon Mullerat, The liability of arbitrators A survey of current practice, Chicago, Commission on Arbitration International Bar 21 September Associatio, 2006.

14- Richard J. Matter, Has the expansion of arbitral immunity reached its limits after united state.v.city of Hayward? OHIO State journal on dispute resolution, vol.12:3, 1997.

15- Robert m. Carroll, Quasi-Judicial immunity, Journal of Dispute Resolution, vol1, 1991.

16- Robert S. Irving, court- judicial immunity-prospective relief and Attorney's fees Allowed, university of Arkansas at little law review, vol8:1,1985.

17- SARA ROITMAN, Has the doctrine of Arbitral of arbitral immunity been extended too far for arbitration sponsoring firms?, Boston college law Review, vol.51;557.

18- S Farhangpur International Arbitration Agreements theories. Available at: shodhganga.inflibnet.ac. in > 12 _chapter3. Access in: 9/8/2018, at: 10:3pm.

19- Susan D. Frank, The Liability of International Arbitrators: A Comparative Analysis and Proposal for Qualified immunity, N. y .L SCH .j. INT`L& Comp .L, vol20, 2000.

20- Timothy M. stengel Absolute judicial immunity makes absolutely no sense: an argument for an exception to judicial immunity, temple law review, vol84, 2012.

21- The Arbitrator's Liability, Report from the club des jurists, Ad Hoc committee, june2017, Available at: www.leclubdesjuristes.com, access in: 29/1/2018.

22- Thomas J. Noto, Pulliam v. Allen, delineating the immunity of judges from prospective relief, catholic university law review ,vol34 ,1985.

- المواقع الإلكترونية:

https://Whitecase.com/publication/alert/civil-libility-arbitrator

تاريخ الدخول: ٢٠١٨/٨/٩، الساعة: ٩:٣٥ص.

https://AR.M.Wikipedia.Org/Wiki

تاريخ الدخول: ٢٠١٨/٢/٢٥، الساعة ٦:٢٦م.

:www.lalive.ch/date/pup/blication

تاريخ الدخول: ٢٠١٨/٥/٢٢، الساعة: ٨:٥٣ص.

https://m.openjurist.org/765/F2d/517/Holloway-V-Walker

تاريخ الدخول:٢٠١٨/٢/٢٤، الساعة:١٢:٣٠م.

https://Superme.justic.com/case/Fedral/US/74/523

تاريخ الدخول: ٢٠١٨/٢/٢٣، الساعة: ٨:٢١ص. https://www.afica.com تاريخ الدخول: ٢٠١٨/٩/٢٧، الساعة: ٥:٥٣م.

https://law.justic.com/cases/federal/appellate-court

تاريخ الدخول:٢٠١٨/٤/١٥، الساعة:٣:٣٢م.