مبدأ حصانة المحكم في الخصومة التحكيمية:
بين التكريس التشريعي والتفعيل العملي

The principle of the arbitrator's immunity in arbitral litigation between legal consecration and practical activation

طالبة الدكتوراه/ خديجة مريجة[1،2،3]
[1] **جامعة البليدة** 2، **(الجزائر)**
[2] **مخبر القانون والعقار، جامعة البليدة** 2
[3] **المؤلف المراسل:** ek.meridja@univ-blida2.dz

تاريخ الاستلام: 2021/02/25 تاريخ القبول للنشر: 2021/06/19 تاريخ النشر: 2021/09/28

❖❖❖❖❖❖❖

مراجعة المقال: اللغة العربية: أ. د./ محمد كنتاوي (جامعة أدرار) اللغة الإنجليزية: د./ محمد أكرم عربات (جامعة سطيف 2)

ملخّص:

تعد حصانة المحكم ضد الأخطاء التحكيمية من المواضيع المعقدة التي شغلت الفكر القانوني وحالت دون إمكانية معرفة تمتع المحكم بها أو تحمله للمسؤولية المدنية، وذلك بالنظر للإشكالات القانونية الكثيرة التي يثيرها. وقد حظي هذا الموضوع باهتمام تشريعي وفقهي بالغ، كما تباينت الآراء بشأنه بين مؤيد لفكرة الحصانة و منكر لها، وذلك بحسب النظرية المستند إليها من قبل كل اتجاه، عند تحديده للطبيعة القانونية لمهمة المحكم. ولكن رغم تباين الآراء إلا أنها جميعا اتفقت على وجوب وضع حدود لتفعيل مبدأ حصانة المحكم ضمانا لحقوق أطراف الخصومة التحكيمية.

الكلمات المفتاحية: مبدأ الحصانة؛ المحكم؛ الخصومة التحكيمية؛ المسؤولية المدنية؛ الطبيعة القانونية.

Abstract:

The arbitrator's immunity against arbitral errors is one of the complex topics that have occupied legal thought and prevented the arbitrator from knowing whether to enjoy it or to assume civil liability, given the many legal problems it raises. This issue has received great legislative and doctrinal attention, and opinions on it have varied between proponent and denier of the notion of immunity, depending on the theory on which it is based in each direction, when determining the legal nature of the function of the arbitrator. However, despite differing views, they all agreed that limits should be estabitrator to give effect to the principle of the immunity of the arbitrator in order to ensure rights of parties to an arbitral dispute.

***Key words**: immunity principle; arbitrator; arbitral litigation; civil liability; legal nature.*

مقدّمة:

يعدّ المحكم أو الهيئة التحكيمية من أهم الركائز التي يقوم عليها نظام التحكيم، كيف لا وهو الذي يترتب عن غيابه تعطيل العملية التحكيمية برمتها من ناحية، ومن ناحية أخرى لكون نجاح العملية التحكيمية مرهونًا بمدى كفاءة المحكم ودرايته بالمهمة الموكلة إليه ومقتضياتها، فبقدر دقة المحكم ومهارته تكون سلامة إجراءات التحكيم وصحة الحكم.

نظرا للمركز القانوني المهم الذي يتمتع به المحكم في نظام التحكيم بوجه عام، و الدور الكبير الذي يلعبه في الخصومة التحكيمية بوجه خاص فقد منحته العديد من الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم والتشريعات الوطنية، وحتى الأنظمة الأساسية لمؤسسات ومراكز التحكيم مجموعةً من الضمانات ليمارس مهمته التحكيمية بكل استقلالية وحياد وموضوعية وعدل.

وجدير بالذكر أن من بين أهم هذه الضمانات التي منحت للمحكم ضمانة الحماية من المساءلة المدنية في حالة ارتكابه لأخطاء خلال ممارسته لمهمته التحكيمية أو بعبارة أخرى منحه نوعًا من الحصانة، ورغم أهمية هذه الضمانة للمحكم إلى أنها عرفت العديد من الإشكالات في المجالين العملي والتشريعي بين أنظمة تؤيد فكرة الحصانة و أخرى رافضة لها، وأنظمة لم تتطرق لهذه المسألة من أساسها.

ويرجع السبب وراء تباين الآراء بشأن حصانة المحكم للطبيعة القانونية لمهمة المحكم وما شهدته هذه المسألة من إشكالات قانونية، وعرفت صراع فقهي كبير بشأنها، وذلك استنادا للمعايير المعتمدة عند قيامهم بعملية التكييف، ونتيجة لهذا الاختلاف فقد ظهرت أربعة نظريات مختلفة بين من رأى أن طبيعة مهمة المحكم قضائية، لنجد في المقابل اتجاه ينكر ذلك ويرى بأنها ذات طبيعة عقدية، و بين من جمع بين اتجاهين السابقين ورأى بأن طبيعة مهمته مختلطة، وبين من أنكر الاتجاهات السابقة واعتبر أن مهمته ذات طبيعة مستقلة، بينما ذهب اتجاه آخر ابعد من ذلك واعتبر مهمة المحكم قضاء من نوع خاص، وبناء على هذا الاختلاف الذي عرفته هذه المسألة فقد أثرت بشكل مباشر على موضوع تقرير مبدأ حصانة المحكم من عدمها خاصة في ظل غياب نص قانوني يحدد طبيعة المهمة التي يقوم بها المحكم.

وانطلاقا مما سلف ذكره و في خضم هذا التباين للآراء واختلاف وجهات نظر الأنظمة القانونية بشأن مسألة الإقرار بمبدأ حصانة المحكم من عدمها ارتأينا دراسة هذه الجزئية، وذلك لما لها أهمية كبيرة في نظام التحكيم وأثرها على أطراف الخصومة التحكيمية، بحيث أن تطبيقها قد يترتب عنه عزوف المتخاصمين عن اللجوء للتحكيم خاصة إذا ما قررت حماية للمحكم عن أخطائه المرتكبة و صاحب هذه الأخطاء إضرارًا بالخصوم التي منحته ثقتها، وفي مقابل ذلك نجد أنه إذا ما تمت مساءلة المحكم عن أخطائه فقد ينجر عن هذا الأمر عزوف المحكمين عن القيام بالمهمة التحكيمية خوفا من إمكانية إثارة مسؤوليتهم المدنية من قبل الخصوم.

وتأسيسا على ذلك وفي ظل القصور التشريعي الكبير الذي تشهده المنظومة التشريعية الجزائرية المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي بشأن مسألة تمتع المحكم بالحصانة من عدمها، ولغياب معاهدة أو

اتفاقية دولية موحدة تنظم هذا الموضوع وتزيل الغموض الذي يكتنفه، كان هو الدافع الرئيسي لدراستنا لهذا الموضوع على خلاف الواقع العملي الذي نجده مغايرا لذلك تماما.

استنادا للطرح أعلاه فالإشكالية الرئيسية للموضوع تثور حول: باعتبار أن مهمة المحكم هي قضاء من نوع خاص يجمع بين الصفة القضائية لمهمته وخصوصية نظام التحكيم:

فما مدى قابلية تطبيق مبدأ الحصانة على المحكم في حالة ارتكابه لأخطاء عند ممارسته لمهمته التحكيمية؟ وفيما يكمن الأساس القانوني الذي يتم الاستناد عليه لتفعيل هذا المبدأ في الخصومة التحكيمية؟ وهل فعل هذا المبدأ من ناحية العملية؟

للإجابة على هذه الإشكالية، اعتمدنا المنهج الوصفي و التحليلي، بحيث يظهر المنهج الوصفي من خلال وصف مختلف الجوانب المتعلقة بحصانة المحكم، وأما المنهج التحليلي فيظهر من خلال تحليلنا لمختلف النصوص القانونية الوطنية والدولية، وأيضا الاتفاقيات الدولية وأنظمة الأساسية لمراكز التحكيم.

ولذلك اعتمدنا في تقسيم خطتنا على التقسيم الثنائي، بحيث تطرقنا في المبحث الأول لمكانة مبدأ حصانة المحكم في المنظومة التشريعية الوطنية والدولية، وأما في المبحث الثاني فقد تعرفنا على مبدأ حصانة المحكم مقارنة بحصانة القاضي: بين فكرة الاستمداد والخصوصية.

المبحث الأول:
مكانة مبدأ حصانة المحكم في المنظومة التشريعية الوطنية والدولية

فتح موضوع مكانة حصانة المحكم في المنظومة التشريعية الآفاق للعديد من التساؤلات بين مدى تمتع المحكم بالحصانة أو تحمله للمسؤولية عن الأعمال التي يقوم بها بمناسبة ممارسة وظيفته(زروق، الرقابة على أعمال المحكمين في ظل التحكيم التجاري الدولي، أطروحة دكتوراه، قانون خاص، 2015، صفحة 60) (yves sorrente, 2007, pp. 13-369)، بحيث يرجع السبب وراء ذلك للجدل الواسع الذي أثارته مسألة أساس القانوني المعتمد من قبل تشريعات لإقرار هذه الحصانة أو نفيها (المطلب الثاني)، وأيضا بالنظر لربط بعض التشريعات مهمة المحكم بمهمة القاضي، وبالتالي استمداد فكرة حصانة المحكم من مبدأ حصانة القاضي (المطلب الأول)، وهو ما سنحاول توضيحه من خلال هذا المبحث.

المطلب الأول: حصانة المحكم كمبدأ مستمد من حصانة القاضي

نظرا للتشابه الكبير بين مهمة كل من القاضي والمحكم، فقد منحت للمحكم العديد من الضمانات الممنوحة للقاضي، وذلك حتى يمارس مهامه بكل استقلالية وحياد وعدل، ولعل من أهمها ضمانة الحصانة التي يرى بعضهم أنها مستمدة من فكرة الحصانة القضائية وذلك بالنظر للطبيعة القضائية لمهمة المحكم، و عليه سنقف هنا على التأصيل العام لتقرير فكرة مبدأ الحصانة (فرع الأول)، ومن ثم سنتعرف على مدى ارتباط فكرة مبدأ حصانة المحكم بحصانة القاضي (فرع الثاني).

الفرع الأول: التأصيل العام لتقرير فكرة مبدأ الحصانة

يشغل القاضي دورا حساسا في المنظومة القضائية للدولة، الأمر الذي دفع بالتشريعات الوطنية والدولية لإخضاعه لنظام قانونيّ خاص يتضمن العديد من المبادئ، وذلك حتى يؤدي مهنته بكل استقلالية وحيادية ونزاهة، وجدير بالذكر أن من أهم هذه المبادئ التي تضمنها التنظيم القانوني الخاص بمهنة القضاء مبدأ الحصانة القضائية الذي يقصد به:" تلك الصفة التي تلحق شخصا قانونا تجعله في منأى عن أيّ ملاحقة قضائية يستفيد منها بمجرد إثارته لها في شكل دفع إجرائي أمام هيئة قضائية أو محكمة تحكيمية تجعل القاضي أو المحكم يصرح بعدم اختصاصه" (العيساوي، الدفع بالحصانة القضائية والحصانة التنفيذية أمام القاضي والمحكم، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون، 2015، صفحة 19).

وجدير بالذكر أنه يرجع الهدف الرئيسي من وراء إقرار التشريعات لهذا المبدأ لتوفير نوع من طمأنينة للقضاة عند أدائهم لواجباتهم المهنية ومنحهم نوع من الحماية في مواجهة الأشخاص الذين يحاولون التشهير بهم من خلال رفع دعاوى مدنية ضدهم من جهة، ومن جهة أخرى لكون أن الحصانة تهدف إلى حماية استقلال القضاة وصيانة كرامة أعضائه، وضمان العدل والحق والحرية للمتقاضين والمجتمع و تفادي الإدعاءات الكيدية ووقاية القضاة من التعسف والتأثير على قناعاتهم (الصقري، 2011، الصفحات 8-10).

وفي هذا الإطار يمكن القول بأن أول ظهور لمبدأ الحصانة يرجع في بادئ الأمر عندما رفع محام دعوى ضد قاض طالبا الحكم له بالتعويض عن الضرر الذي لحق به جراء حرمانه من السير في الدعوى التي كان يتابعها أمام القاضي، إلا أن المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية في دعوى (Bradley.v Fischer) والتي أفادت بأن: (القضاة معفيون من المسؤولية المدنية عن الأعمال القضائية التي يقومون بها في حدود اختصاصهم)، كما ذكرت المحكمة أن: (مبدأ الحصانة متأصل الجذور في الشريعة العامة وهو مبدأ ذو أهمية قصوى للإدارة السليمة للعدالة).

وعليه فإن القاضي لا يعد مسؤولا مدنيا إلا عن أفعاله غير القضائية أو إذا كان الفعل القضائي خارج حدود إختصاصه، وفي هذا الإطار يجب التنويه بأن مواقف الدول قد اختلفت بشأن مسألة حصانة القضائية للقاضي، بحيث نجد أن الدول الأنجلوأمريكية اعترفت بمبدأ الحصانة القضائية المطلقة للقاضي من المسؤولية المدنية (بسام مصطفى عبد الرحمان، 2018، صفحة 299).

أما الدول اللاتينية والتي تتميز بالازدواجية القضائية (القضاء الإداري والقضاء العادي) لم تقر بفكرة الحصانة المطلقة للقضاة، بل أخذت بفكرة الحصانة النسبية أي أن القاضي في هذه الدول يتمتع بحصانة قضائية ولكن وفقا لحدود يترتب على تجاوزها أو الإخلال بها المسؤولية المدنية، وبالإضافة إلى هذا فهي لم تكتف فقط بالأخذ بفكرة الحصانة النسبية للقاضي بل اختلفت فيما بينها بشأن طبيعة المسؤولية المدنية المترتبة على القضاة فمنهم من اعتمد على نظام المخاصمة (السمهوري، 2014، صفحة 124، 125)، بينما البعض الآخر أخذ بنظام مراعاة الدولة بشأن المسؤولية الناجمة عن أعمال القضاة

أي إخضاعهم للقواعد العامة للمسؤولية عن الفعل الضار (بسام مصطفى عبد الرحمان، 2018، صفحة 300).

وبالرجوع لموقف المشرع الجزائري بشأن مسألة الحصانة القضائية للقاضي، فيجب أولا أن ننوه إلى أمر مهم وهو أن الجزائر تعتبر من الدول التي تعتمد في تنظيمها القضائي على الازدواجية القضائية أي بعبارة أخرى تعد من الدول التي تؤخذ بالمسؤولية المدنية.

وعليه من خلال استقراء نصوص قانون رقم 08-09 السابق الذكر و القانون العضوي رقم 04-11 المؤرخ في 06 سبتمبر 2004 المتضمن القانون الأساسي للقضاء (قانون عضوي رقم 11/04، 2004)، نجد أن المشرع الجزائري قبل صدور قانون رقم 08-09 السابق الذكر كان يؤخذ بنظام المخاصمة في ظل القانون الملغى رقم 66- 154 المتضمن قانون الإجراءات المدنية السابق الذكر، وذلك بموجب الفصل السابع منه الذي يحمل عنوان في مخاصمة القضاة، كما حدّد الحالات التي تجوز فيها المخاصمة على سبيل الحصر لا مثال بموجب المادة 214 منه، والتي نصت على أنه:" تجوز مخاصمة القضاة من غير أعضاء المجلس الأعلى في الأحوال الآتية:

1)-إذا وقع من أحدهم تدليس أو غش أو غدر أثناء سير الدعوى أو عند صدور الحكم.

2)-إذا كانت المخاصمة منصوصا عليها صراحة في نص تشريعي.

3)-في الأحوال التي يقضي فيها القانون بمسؤولية القاضي والحكم عليه بالتعويضات.

4)-إذا إمتنع القاضي عن الحكم."

غير أنه و بعد إلغاء هذا القانون وصدور قانون رقم 08-09 السابق الذكر لاحظنا أن المشرع الجزائري ألغى الفصل المتعلق بمخاصمة القضاة هذا من ناحية، ومن ناحية ثانية فإنه تجب الإشارة إلى أمر مهم وهو أنه قبل إلغاء القانون 66- 154 السابق الذكر صدر القانون العضوي رقم 04-11 السابق الذكر و الذي تضمنت أحكامه نص صريح يمنح الحق للدولة في ممارسة دعوى الرجوع على القضاة في حالة ارتكابهم لأخطاء شخصية أثناء تأديتهم لمهمتهم، وقد نصت على ذلك المادة 31 بقولها:

"لا يكون القاضي مسؤولا إلا عن خطئه الشخصي، لا يتحمل القاضي مسؤولية خطئه الشخصي المرتبط بالمهنة، إلا عن طريق دعوى الرجوع التي تمارسها الدولة ضده".

وجدير بالذكر أن نص المادة 31 أعلاه استحدث بموجب هذا القانون فبالرجوع لأحكام القانون العضوي الملغى رقم 89-21 المؤرخ في 12 ديسمبر 1989 المتضمن القانون الأساسي للقضاة (قانون عضوي رقم 21/89، 1989) نلاحظ أن المشرع الجزائري لم يكن ينص على هذا الأمر من قبل وهو ما أثار لدينا إشكال حول هدف المشرع الجزائري من وراء إصدار القانون رقم 08-09 الذي ألغى القانون 66-154 السابق الذكر هل أراد بذلك أن يتدارك التعارض الذي كان بين القانون العضوي رقم 04-11 السابق الذكر والقانون رقم 66-154 السابق الذكر أم أنه يهدف إلى أمر آخر؟

وفي الأخير تجدر الإشارة للقول أنه استنادا إلى ما سبق ذكره لاحظنا أن المشرع الجزائري على خلاف باقي التشريعات التابعة للنظام اللاتيني لم يعترف بفكرة المسؤولية المدنية ولم يؤخذ بنظام

مخاصمة القضاة، و أيضا لم يخضع القاضي للقواعد العامة في المسؤولية عن الفعل الضار، بل منح الحق في رفع دعوى الرجوع على القاضي للدولة في حالة ما ارتكب أخطاء شخصية أثناء أدائه لمهنته ليحول بذلك دون إمكانية الخصوم في ممارسة هذا الحق ضد القضاة.

ووفقا لما سبق الاشارة اليه فإن هذا الأمر يدفعنا للتساؤل حول ما إذا كان عدم أخذ المشرع بنظام المخاصمة و عدم إخضاع القاضي للقواعد العامة للمسؤولية عن الفعل الضار يدل على أنه بدأ يسير تدريجيا نحو اعتماد الاتجاه المعاصر بالنسبة لمسؤولية القضاة التي تتحملها الدولة؟ أم أنه يعترف بشكل ضمني بمبدأ الحصانة المطلقة للقاضي مخالفا بذلك التشريعات المشابهة له والتي تعترف بالمسؤولية المدنية للقاضي.

نشير في هذا الإطار إلى أن الجانب العملي أثبت لحد الآن انعدام رفع أي دعوى رجوع عن الأخطاء الشخصية التي يرتكبها القضاة أثناء قيامهم بمهمتهم من قبل الدولة الجزائرية بل أنه في غالب الأحيان يتم الاعتماد على مبدأ التصحيح الضمني للأخطاء تلقائيا، وهذا حتمًا يدل على أن القاضي يتمتع بحصانة مطلقة، وعليه في ظل هذا الغموض الذي يعرفه موضوع حصانة القاضي يستوجب على المشرع الجزائري توضيح هذا الأمر ووضع حد للتأويلات والاستدلال الضمني ومنع الاجتهاد في مورد النص.

الفرع الثاني: مدى ارتباط فكرة مبدأ حصانة المحكم بحصانة القاضي

بالنسبة لمبدأ حصانة المحكم فيرجع تبني هذا المبدأ في بادئ الأمر للقاضي (Bovill) في قضية الانجليزية بين (Tharsis sulphur and cooper co.LTD.v. Loftus)، والتي رفض فيها إرساء سابقة قضائية بشأن مسؤولية المحكم مدنيا عن إهماله إذ أقام حكمه على غياب السابقة القضائية التي تجيز مقاضاة المحكم بقوله:" لا وجود لمبدأ يفيد بأن الشخص إذا ما نصب للفصل في النزاع في دعوى بين الخصوم يكون محلا لرفع دعوى للتعويض عن الإهمال الذي وقع به... لا وجود لمثل هذه السابقة... وأنا لن أرسي هذه السابقة" (مطلوب الناصري، 2012، صفحة 147)

وقد سلك القضاء الأمريكي المنهج نفسه في قضية (Jones v. Brown) والتي تعد أول قضية تعرض على القضاء الأمريكي بشأن مسؤولية المحكمين، وقد شبهت المحكمة الأمريكية العليا في هذه القضية المحكم بالقاضي، و قضت بعدم جواز مساءلته عن الضرر الذي أصاب أحد الخصوم من جراء أفعاله الاحتيالية (بسام مصطفى عبد الرحمان، 2018، صفحة 308،309).

وانطلاقا مما سبق ذكره نلاحظ أن مبدأ الحصانة كأصل عام قد ارتبط بالقاضي ولهذا سميت بالحصانة القضائية، كما أن الاجتهاد القضائي في بعض الدول أضفى على المحكم هذه الحصانة شأنه في ذلك شأن القاضي، وهذا إن دل على شيء فإنما يدل على أن مبدأ الحصانة القضائية للقاضي هو الأصل العام الذي استمدت منه فكرة حصانة المحكم.

المطلب الثاني: الأساس القانوني لتكريس مبدأ حصانة المحكم في المنظومة التشريعية

رغم أن أصل فكرة حصانة المحكم يرجع لحصانة القاضي إلى أن مواقف التشريعات الوطنية قد تباينت بشأن مصدرها، بين من يضفي عليها الصبغة القضائية وبين من يضفي الصبغة العقدية

عليها، وذلك لغياب معيار محدد للتمييز بين الطبيعة القضائية والعقدية لعمل القاضي(الفرع الأول)، وينطبق الأمر كذلك على الاتفاقيات الدولية(الفرع الثاني)، وهو ما سنحاول ابرازه من خلال هذا المطلب مع الاشارة لموقف المشرع الجزائري بشأن ذلك.

الفرع الأول: موقف التشريعات الوطنية من مبدأ حصانة المحكم

بالنسبة لموقف التشريعات الوطنية من مبدأ حصانة المحكم فقد حاولنا استعراض مواقف بعض الدول فقط بحيث وجدنا أنها اختلفت بشأن هذا الموضوع، فالولايات المتحدة الأمريكية (على سبيل المثال) أخذت بمبدأ حصانة المحكم بشكل مطلق ومنعت ملاحقته عن أي خطأ فادح أو عادي قد يرتكبه، و هذا راجع لكون أن الهدف من الحصانة المطلقة هو حماية وظيفة المحكم وليس شخص المحكم (أحدب، 2008، صفحة 350).

وأما المشرع النمساوي فقد منح -بموجب قانون المرافعات المدنية النمساوي لسنة 1996- للمحكم حصانةً ضد الخطأ ولكنه لم يؤخذ بفكرة الحصانة المطلقة (قانون المرافعات المدنية النمساوي، 1996)، وكذلك الأمر ينطبق على كل من ألمانيا والنرويج (مطلوب الناصري، 2012، صفحة 148).

وحسب المشرع الإنجليزي (على سبيل المثال) فإن المسؤولية المدنية للمحكم تثار في حالة ما إذا ارتكب خطأ بسوء نية، وهذا ما نصت عليه المادة 29 فقرة 01 من القانون الإنجليزي للتحكيم لعام 1996 بقولها:

"لا يكون المحكم مسئولا عن أي فعل أو امتناع في أدائه، أو بمناسبة أدائه مهامه كمحكم إلا إذا ثبت أن الفعل أو الامتناع قد تم بسوء نية". (قانون التحكيم الانجليزي، 1996)

أما فرنسا وإسبانيا مثلا فقد اختلفت مواقفها بشأن هذا الموضوع مقارنة بباقي الدول فتشريعاتها تجيز ملاحقة المحكم قضائيا (أحدب، 2008، صفحة 351)، ففرنسا مثلا لا يمكن ملاحقة القاضي إلا بشروط صعبة وإذا لوحق فإن الدولة هي التي تضمن وتكون مسؤولة عن الخطأ المهني الذي إرتكبه، غير أن هذا الأمر لا ينطبق على المحكم وذلك لاعتبار الفقه الفرنسي المحكم مجرد فرد وأن ملاحقة المحكم بالمسؤولية تبقى ممكنة بشروط أسهل من تلك التي يلاحق بها القاضي مع تأمين المحاكم حماية للمحكمين.

وجدير بالذكر أن الاجتهاد الفرنسي ذهب لأبعد من ذلك معتبرا: "مجموع الانتقادات الموجهة للمحكمين تنصبّ ضمنيا على مأخذ عام أنهم حكموا بصورة غير صحيحة وفي هذا الحقل فإن تضييق سلطة المحكمين لا تنسجم ولا تتفق ولاتتلاءم مع مهمتهم الرامية إلى الفصل في النزاع المعروض عليهم، وبالتالي فإن مسؤوليتهم لا يمكن البحث عنها إلا في إطار الخطأ الجسيم المعادل للغش" كما اعتبر أيضا هذا الاجتهاد بأن إيراد الاتهامات ضد المحكمين والقول بأن عملهم كان مشبوها وأنهم ارتكبوا أخطاء مهنية دون وجود أدلة على ذلك يعد عملا يتسم بالخفة وقلة العناية (أحدب، 2008، صفحة 352).

وكذلك الأمر بالنسبة لإسبانيا مثلا بحيث تنص المادة 16 فقرة 01 من قانون التحكيم الإسباني الصادر في 1988/12/5 بشكل صريح على مسؤولية المحكمين وجواز ملاحقتهم بالعطل و الضرر الناتج عن الغش أو الخطأ الذي ارتكبوه. (قانون التحكيم الاسباني، 1988)

وأما التشريعات العربية فقد انقسمت مواقفها إلى اتجاهين مختلفين فهناك دول نصت تشريعاتها بشكل صريح على إعفاء المحكم من الحصانة، و دول لم تتضمن تشريعاتها نص صريح ينص على تمتع أو إعفاء المحكم من الحصانة.

بحيث نجد أن كل من قطر والبحرين مثلا تضمنت قوانينها بشكل صريح على نص يمنح المحكم الحصانة النسبية، فالمشرع القطري نص على ذلك بموجب المادة 11/11 من قانون التحكيم القطري رقم 2 لسنة 2017، و أما المشرع البحريني بموجب المادة 7 من قانون التحكيم البحريني رقم 9 لسنة 2015 (عبد المنعم، حصانة المحكم في التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير غير منشورة، تخصص قانون خاص، 2019، صفحة 64)، وأما بالنسبة للدول التي لم تتضمن تشريعاتها أي نص يتضمن إعفاء أو تمتع المحكم بالحصانة فنجد مثلا كل من التشريع المصري والعراقي والكويتي والجزائري.

الفرع الثاني: موقف الاتفاقيات التحكيمية وأنظمة مراكز التحكيم من مبدأ الحصانة

أما بالنسبة لموقف الاتفاقيات التحكيمية و الأنظمة الأساسية لمراكز التحكيم من مبدأ حصانة المحكم، فبالرجوع لاتفاقية واشنطن لسنة 1965 الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى نجد أن هذه الاتفاقية نصت على الحصانة بموجب القسم السادس والذي يحمل عنوان المركز القانوني والحصانات والامتيازات، بحيث نصت في المادة 19 منها على أنه:" تمكينا للمركز من أداء وظائفه يتمتع أعضاء المركز في الأراضي كل دولة متعاقدة بالحصانات والامتيازات الواردة في هذا الفصل ".

لتضيف المادة 21 من نفس الاتفاقية على أنه: "يتمتع الرئيس وأعضاء المجلس الإداري والأعضاء القائمين بأعمال التوفيق أو التحكيم أو أعضاء اللجان المعنيين بموجب الفقرة 3 من المادة 52 وموظفة السكرتارية بالآتي:

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

ب-وما لم يكونوا من الرعايا المحليين فسوف يتمتعون بنفس الحصانات ضد قيود الهجرة والتزامات تسجيل أسماء الغرباء و التزامات الخدمة القومية وتمنح نفس التسهيلات بالنسبة لقيود النقد كما يلاقوا نفس المعاملة فيما يتعلق بتسهيلات السفر وهي نفس التسهيلات التي تمنحها الدول المتعاقدة للممثلين والموظفين الرسميين والموظفين الرسميين والموظفين الذين يتمتعون بنفس المستوى لأي دولة متعاقدة أخرى".

من خلال استقراء نص المادتين أعلاه يتضح لنا أن اتفاقية واشنطن لسنة 1965 نصت بشكل صريح على مبدأ الحصانة في مجال التحكيم التجاري الدولي، و منحت للمحكمين حصانة من كل دعوى

قانونية يمكن أن ترفع ضدهم عند ممارستهم لمهامهم التحكيمية الموكلة لهم في الدول المتعاقدة، والملاحظ أيضا من خلال هذه الاتفاقية أنها أشارت إلى قابلية رفع هذه الحصانة عنهم في حالة تنازل المركز عنها فقط دون أن تتطرق للحالات التي يجوز فيها مساءلة المدنية للمحكم.

أما بالنسبة لغرفة التجارة الدولية بباريس ICC فوفقا لآخر تعديل لقواعدها المتعلقة بالتحكيم لسنة 2017 نجد أن أحكامها تتضمن نص قانوني يتحدث عن تحديد مسؤولية المحكمين في الجزء المعنون بأحكام متنوعة، و ذلك بموجب نص المادة 41 والتي نصت على أنه:" تحديد المسؤولية.

لا يسأل المحكمون، أو أي شخص معين من قبل هيئة التحكيم، أو المحكم الطارئ أو "المحكمة" وأعضاؤها، أو غرفة التجارة الدولية وموظفوها، أو اللجان الوطنية والمجموعات وموظفوها وممثلوها، تجاه أي شخص عن أي فعل أو إمتناع عن فعل متعلق بالتحكيم، إلا في الحدود التي يكون فيها تحديد المسؤولية محظورا بموجب القانون الواجب التطبيق".

من خلال استقرائنا لنص المادة أعلاه نجد أن غرفة التجارة الدولية ICC وعلى عكس ما كان معمول به قبل تعديل 2017 بحيث كانت قواعدها تنص صراحة على تمتع المحكم ومحكمة التحكيم واللجان الوطنية للغرفة بالحصانة المطلقة، وذلك بموجب المادة 34، غير أنها بعد تعديل لم تعد تؤخذ بمبدأ الحصانة المطلقة وأصبحت تمنح للمحكمين نوع من الحصانة غير أنها حصرتها في حالتين: في حالة قيامهم بفعل متعلق بالتحكيم، أو امتناعهم عن فعل متعلق بالتحكيم.

كما يلاحظ أيضا من خلال هذه المادة أن المحكم في حالة ارتكابه لأفعال أو امتناعه عن القيام بأفعال لا تتعلق بالتحكيم فإنه لا يتمتع بأي حصانة ويكون معرضا للمساءلة، غير أنه باستكمال استقراء نص المادة أعلاه نجد أن غرفة التجارة الدولية علقت تحديد مسؤولية المحكمين بشرط عدم وجود نص صريح يتضمنه القانون الواجب التطبيق يحظر أي تحديد لمسؤولية المحكم.

وأما بالنسبة لنظام تحكيم محكمة لندن للتحكيم الدولي فإننا نجد أن نظام التحكيم لهذه المحكمة نص على انتفاء مسؤولية المحكمين بموجب المادة 31 بقولها: "نفي المسؤولية.

1-لا تكون محكمة لندن للتحكيم الدولي (وتشمل هذه العبارة الرئيس، نواب الرئيس والأعضاء) ولا الكاتب أو نائب الكاتب أو أي محكم أو أي خبير عينته محكمة تحكيمية مسئولين تجاه أي طرف عن أي عمل أو اغفال يتعلق بأي تحكيم حاصل وفقا لهذا النظام باستثناء إذا أثبت الطرف المعني أن العمل أو الإغفال جاء نتيجة لتصرف خاطئ من قبل أحد الأشخاص المذكورين وذلك بعمله و إدراكه فيكون مسئولا عن هذا العمل تجاه الطرف المعني.

2-بعد أن يكون الحكم التحكيمي قد أصدر وأن تكون إمكانيات تصحيحه والإستحصال على حكم إضافي المنصوص عليها في المادة 27 قد انقضت، لا تكون محكمة لندن للتحكيم الدولي (بما فيها الرئيس، نواب الرئيس والأعضاء) الكاتب، نائب الكاتب، أي محكم أو خبير عينته أية محكمة تحكيمية، ملزمين بالإدلاء بأي تصريح لأي شخص يتعلق بأي موضوع ذي صلة بالتحكيم، ولأي طرف يطلب أو أن يسعى إلى أن يكون أي من الأشخاص المذكورين شاهدا في أية إجراءات قانونية أو غيرها تنتج عن التحكيم".

من خلال استقراء نص المادة أعلاه نلاحظ أن النظام الأساسي لمحكمة لندن للتحكيم الدولي منح كمبدأ عام للمحكمين نوعا من الحصانة اتجاه جميع الأطراف وعن أي عمل أو إغفال يتعلق بالتحكيم، غير أنه كاستثناء أجاز مساءلة المحكمين ولكن بشرط إثبات الطرف المتضرر أن العمل والإغفال كان نتيجة لتصرف خاطئ من قبل المحكم أي أن المحكم قام بالفعل وهو مدرك لذلك، بحيث لولا قيامه بهذا العمل الخاطئ لما ترتبت عليه تلك النتيجة.

ومن ناحية ثانية باستكمال استقراء الفقرة الثانية من نص هذه المادة نلاحظ أن نظام الأساسي لهذه المحكمة لم يكتف فقط بمنحهم حصانة عن أي عمل أو إغفال يتعلق بالتحكيم بل ذهب أبعد من ذلك ومنحهم نوعا من الحصانة الإدارية.

أما بالنسبة لمركز التحكيم بدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية فبالرجوع لأحكامه نجد أنه قد خصص الفصل السادس منه لموضوع الحصانة وذلك تحت عنوان الحصانات والإمتيازات، حيث نصت المادة 24 على: "تمتع رئيس مجلس الادارة وأمين المركز وأعضاء هيئة التحكيم، وأعضاء سكرتارية هذه الهيئة بالحصانات الآتية:

أ-الحصانة ضد إجراء قانوني وذلك عند ممارستهم لأعمال وظائفهم، إلا إذا قرر المركز التخلي عن هذه الحصانة بقرار من مجلس الادارة.

ب-الحصانات والمزايا المقررة لأعضاء السلك الدبلوماسي والتي تمنح لهم بمناسبة السفر، كما يعفون من أية قيود على تداول النقد إن وجدت.

و لا تطبق أحكام الفقرة (ب) على مواطني دولة المقر".

استنادا لنص المادة أعلاه نستخلص أن نظام مركز التحكيم بدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية منح المحكمين حصانة ضد إجراءات القانونية التي يمكن يتخذها الأطراف بحقهم، غير أنه بالمقابل وضع استثناء على هذه الحصانة وقيدها بحالة صدور قرار من طرف مجلس ادارة المركز بالتخلي عن الحصانة مما يرتب عليها إعفاء المحكم من الحصانة، كما أنه لم يكتف بهذا فقط بل ذهب أبعد من ذلك ومنحهم نوع من الحصانة الدبلوماسية المقررة للسلك الدبلوماسي في حالة سفرهم.

وأما بالنسبة لقواعد الاونسيترال للتحكيم لسنة 2010 فقد تطرقت في الباب الثاني الذي يحمل عنوان "تشكيل هيئة التحكيم"، وذلك بموجب المادة 16 على استبعاد المسؤولية بحيث نصت هذه المادة على: "باستثناء الخطأ المتعمد، يتنازل الأطراف، إلى أقصى مدى يسمح به القانون المطبق، عن أي إدعاء على المحكمين أو سلطة التعيين وأي شخص تعينه هيئة التحكيم بسبب أي فعل أو تقصير متعلق بالتحكيم".

من خلال استقراء نص هذه المادة نجد أن قواعد الأونسيترال للتحكيم نصت كأصل عام على استبعاد مسؤولية المحكمين في حالة ارتكابهم لفعل أو تقصير يتعلق بالتحكيم عند أدائهم للمهام الموكلة لهم، كما ألزمت الأطراف بالتنازل عن إدعاء على المحكمين وذلك وفقا لما يسمح به القانون، غير أنها وضعت قيد على موضوع استبعاد المسؤولية وربطته بشرط عدم ارتكاب المحكمين لخطأ متعمد.

وانطلاقا مما سبق ذكره استخلصنا بأن الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم والأنظمة الأساسية لمراكز التحكيم مجتمعة اعترفت بحصانة المحكم غير أنها اختلفت فيما بينها بشأن نطاق حصانة المحكم فمنها من منحته حصانة مطلقة ومنها من قيدتها بقواعد المسؤولية، بالإضافة إلى اختلافها بشأن طريقة الاعتراف بالحصانة.

بحيث رأينا أن هناك من اعترفت بها بشكل صريح من خلال تضمينها في نصوصها القانونية لمصطلح الحصانة بشكل صريح، ومنها من اعترفت بها بشكل ضمني يفهم من سياق النص القانوني وذلك دون ذكرها لمصطلح الحصانة بشكل صريح غير أنها أوردت مصطلحات أخرى مثل تحديد المسؤولية أو الإعفاء من المسؤولية كدليل على فكرة الحصانة، مما دفع بالبعض لاعتبارها نوع من الحصانة اتفاقية، غير أنه هناك بعض الاتفاقيات ذهبت أبعد من ذلك ونصت على الحصانة الدبلوماسية للمحكم مانحة له بذلك نوع آخر من الحصانة إلى جانب الحصانات الأخرى، وهو ما سنتعرف عليه أكثر في الجزء التالي من هذه الورقة البحثية.

قبل أن نتطرق للنقطة التالية من هذه الورقة البحثية لابد من معرفة الأساس القانوني لحصانة المحكم في التشريع الجزائري خاصة وأن المشرع الجزائري يعد من التشريعات التي لم تنص بشكل صريح على حصانة القاضي (سبق الإشارة لهذا الأمر بشكل مفصّل في الجزء المتعلق بالتأصيل العام لتقرير فكرة مبدأ الحصانة من هذا المبحث)، وعليه فالسؤال المطروح هنا ما موقف المشرع الجزائري من مبدأ حصانة المحكم، وهل منحه نفس الحصانة التي منحها للقاضي كما سبق أن أشرنا لذلك أم أنه منحه نوع خاص من الحصانة تتماشى مع طبيعته القانونية أم أنه ساير بعض التشريعات ولم يتطرق لهذا الموضوع من أساسه؟.

وللإجابة على هذه الأسئلة يستوجب علينا الرجوع إلى أحكام القانون رقم 09/08 المتضمن الإجراءات المدنية والإدارية السابق الذكر في شقه المتعلق بالتحكيم التجاري (المواد من 1006 إلى 1061)، والذي باستقراء نصوصه نجد أن المشرع الجزائري أغفل تنظيم موضوع حصانة المحكم ولم يتطرق له على الإطلاق.

ومن جهة أخرى فإنه لم يكتف بذلك فقط بل أغفل موضوع مسؤولية المحكم ولم يحدد الحالات التي يمكن أن تثار فيها مسؤولية المحكم واكتفى بالنص على الحالات التي يتم رد المحكم فيها وكيفية تعيينه فقط دون غيرها من المسائل الأخرى المتعلقة بالمحكم ونفس الأمر ينطبق على النصوص التشريعية المتعلقة بالقواعد العامة للمسؤولية، مسايرا بذلك معظم التشريعات العربية التي أغفلت هذا الأمر.

وجدير بالذكر أن هذا الأمر يعاب على المشرع الجزائري ويعد قصورا ويستوجب عليه تلافيه خاصة وأن معظم الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم والتي صادقت عليها الجزائر تطرقت إلى هذا الموضوع، كاتفاقية واشنطن المتضمنة تسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على سبيل المثال التي نظمت هذا الأمر كما سبق وأشرنا لذلك (مرسوم رئاسي رقم 346/95، 1995)، وأيضا حتى يوفر نوع من الحماية للمحكم ليؤدي المهمة المكلف بها على أحسن وجه هذا من ناحية.

ومن ناحية أخرى فإن هذا القصور يقودنا لطرح العديد من الإشكاليات القانونية: هل يعتبر إغفال المشرع الجزائري تنظيم مبدأ حصانة المحكم بموجب نص صريح دليل على أنه لا يعترف بحق المحكم في الحصانة و بالتالي أخذ بالرأي الذي يعتبر غياب نص صريح على الحصانة أن تشريع هذه الدولة يطبق على المحكم في حالة ارتكابه أخطاء القواعد العامة للمسؤولية عن الفعل الضار؟ أو أنه اعترف بمبدأ الحصانة تلقائيا، وذلك في ظل مصادقته على معظم الاتفاقيات التي نصت على حصانة المحكم بشكل صريح، خاصة ونحن نعلم أن المعاهدات والاتفاقيات الدولية تسمو على التشريع الوطني مما رأى أنه لا توجد أي ضرورة للنص على هذا المبدأ بموجب نص صريح؟ أم أن المشرع ذهب أبعد من ذلك وأخذ بالمفهوم الحديث للحصانة أو ما يعرف بالحصانة الاتفاقية مما يعني أن حصانة المحكم متروكة لاتفاق طرفي العقد وذلك لكون أن التحكيم من الطرق التي تلعب فيها إرادة الأطراف دورا هاما فيه مما يمنح لهم نوع من الحرية لتضمين اتفاقهم الشروط التي يرونها مناسبة لهم؟

المبحث الثاني:
مبدأ حصانة المحكم مقارنة بحصانة القاضي: بين فكرة الاستمداد والخصوصية

رغم ارتباط فكرة حصانة المحكم بمبدأ حصانة القاضي واستمداد تأصيله منها إلى أنهما يختلفان في العديد من النقاط مما يضفي نوعا من الخصوصية على حصانة المحكم مقارنة بحصانة القاضي، بحيث تظهر هذه الخصوصية في العديد من المظاهر أهمها: تعريف حصانة المحكم وأنواع حصانة المحكم وحدود إعمال حصانة المحكم، وعليه سنحاول التعرف في هذا المبحث على تحديد مدلول مبدأ حصانة المحكم (المطلب الأول)، ومن ثم نبحثُ ضوابطَ إعمال مبدأ حصانة المحكم في الخصومة التحكيمية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تحديد مدلول مبدأ حصانة المحكم

للتعرف على المقصود بمبدأ حصانة المحكم يستوجب علينا تبيان مدلول حصانة المحكم من خلال تعريف الحصانة بوجه عام، وتعريف حصانة المحكم على وجه الخصوص (الفرع الأول)، ومن ثم سننظر في أنواع حصانة المحكم (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تحديد المقصود مبدأ حصانة المحكم

حتى يسهل علينا وضع تعريف دقيق لحصانة المحكم لابد من معرفة المقصود بالحصانة بصفة عامة (أولا)، ومن ثم التعرف على المقصود بالحصانة المحكم بصفة خاصة (ثانيا).

أولا: تعريف الحصانة بوجه عام

يعود أصل كلمة الحصانة من الناحية اللغوية إلى فعل حصن، أي منع، والحصن كل موضع حصين لا يوصل إلى ما في جوفه، والجمع حصون، وتحصن إذا دخل الحصن واحتمى به (الإفريقي المصري، 1999، صفحة 208)، ومن هنا جاءت كلمة الحصانة immunity، والتي يقصد بها جعل المتمتع بها في حالة تمنع التعرض إليه، أو مقاضاته لأسباب ينظمها القانون الدولي في مجال العلاقات الدولية

بالنسبة للمبعوث الدبلوماسي ومن في حكمه وينظمها القانون الوطني فيما يتعلق بمن يتمتع بالحصانة من رعايا الدولة المعنية (كراف، 2020، صفحة 341).

أما بالنسبة لتعريفها الاصطلاحي فقد تعدد التعاريف، فقد عرفها معجم المصطلحات الاجتماعية بأنها: "إعفاء الأفراد من التزام أو مسؤولية، كإعفائهم من تطبيق القواعد العامة في المسائل القضائية أو المالية" (رحاب، 2006، صفحة 3). كما عرفت أيضا من الناحية الاصطلاحية بأنها: "هي حماية أشخاص معينين من التبعات القانونية والملاحقة القضائية، عن الأخطاء التي يرتكبونها، وتشكل بنظر القانون أفعالا جرمية وذلك أثناء قيامهم بواجبهم الوظيفي أو مهامهم الرسمية" (حنبلي، www.damascusbar.com، 2020، صفحة 1).

في حين عرفها بعض الفقه بمعناها العام بأنها: "حماية أشخاص معينين من الملاحقة القضائية عن الأفعال التي يرتكبونها في معرض قيامهم بأعمالهم الرسمية، وهي مقررة من أجل المصلحة العامة، لا من أجل مصالح الأشخاص الذين يتمتعون بها" (كراف، 2020، صفحة 341). كما عرفت أيضا بأنها: "الإمتيازات التي يتمتع بها شخص معين عند قيامه بمهمة محددة" (Najjar, 2008, p. 11).

بينما رأى جانب آخر من الفقه أن الحصانة بوجه عام تشمل معنيين؛ معنى دقيق يعرفها: "سبب مانع للعقاب يحول دون تتبع الجاني ويعبر عنها بالحصانة ضد المسؤولية"، أما في المعنى الواسع فتعرف بكونها: "إمتياز يعفى بموجبه شخص من الخضوع إلى إجراء مثل غيره لصفة توفرت فيه" (المرسني، 2013/2012، صفحة 3).

أما بالنسبة لتعريفها القانوني فقد عرفتها مجموعة الأمم المتحدة والاتفاقيات الدولية بقولها: "الحصانة تعني امتياز الإعفاء من ممارسة الولاية القضائية، أو هيمنة السلطات المحلية". في حين عرفتها إدارة المراسيم بوزارة الخارجية المصرية بأنها: "تلك الاعفاءات من بعض الأعباء المالية والنظم الإجرائية التي يخضع لها المواطن، ويقررها التشريع الوطني لتلك الفئة الأجنبية احتراما لمبدأ المعاملة بالمثل المعمول به دوليا، وتجاوبا مع أحكام القانون والعرف الدوليين تسهيلا لقيام هذه البعثات وأعضائها بمهام وظائفها" (رحاب، 2006، صفحة 4).

وانطلاقا مما سلف ذكره نلاحظ أنه اختلفت المواقف بشأن تعريف الحصانة كل حسب وجهة نظره لها، غير أن الهدف من الحصانة واحد ويتمثل في منح إمتياز الإعفاء من المتابعة القضائية لأشخاص معينين.

ومن هذا المنطلق يمكننا تعريف الحصانة بوجه عام بأنها: "إعفاء أشخاص معينين من المتابعة القضائية عن الأخطاء التي يرتكبونها خلال ممارستهم لمهامهم حماية للمصلحة العامة".

وبالإضافة إلى ما سبق قوله فلابد من الإشارة لنقطة مهمة وهي أن الحصانة بوجه عام غالبا ما تستمد إما من أحكام الدستور، أو من أحكام القانون الدولي، أو من القوانين الخاصة، كما أنها تنقسم لعدة أنواع منها الحصانة البرلمانية والحصانة الدبلوماسية والحصانة القضائية هذا فيما يخص تعريف الحصانة على وجه العموم، وأما بالنسبة لتعريف حصانة المحكم فالسؤال الذي يطرح في هذا الإطار هل

أن تعريف حصانة المحكم ينطبق عليه نفس التعريف العام للحصانة أم أن تعريفها يمتاز بنوع من الخصوصية تجعله مميز عن تعريفها العام؟ وهو ما سنحاول إبرازه في النقطة التالية من هذه الدراسة.

ثانيا: ضبط تعريف حصانة المحكم

بعدما تعرفنا على المقصود بالحصانة بصفة عامة، سنحاول التعرف على المقصود بحصانة المحكم، ولكن قبل ذلك يستوجب علينا معرفة المقصود بالمحكم، وذلك حتى يسهل علينا وضع تعريف دقيق لها.

بالرجوع لأحكام القانون رقم 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري السابق الذكر نجد أن المشرع الجزائري لم يتطرق لتعريف المحكم بل اكتفى بذكر الشروط الواجب توفرها في الهيئة التحكيمية، ونفس الأمر ينطبق على معظم التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية المنظمة للتحكيم التي أغفلت هذا الأمر، بحيث أنه من خلال استقراء نصوصها نجد أنها لم تضع تعريفا محددا للمحكم بشكل مستقل بل ربطته بتعريف التحكيم، وهو ما يدفعنا للرجوع إلى الرأي الفقهي والاجتهاد القضائي لمعرفة مواقفها بشأن المقصود بالمحكم.

وعليه، يقصد بالمحكم: "شخص يتمتع بثقة الخصوم أولوه عناية الفصل في خصومة قائمة بينهم وقد يتم تعيينه من قبل المحكمة في حالات معينة" (مطلوب الناصري، 2012، صفحة 28). بينما عرفه جانب آخر من الفقه بأنه: "المحكم قاضي بكل معنى الكلمة يخضع حتما لكل ما ينص عليه القانون من مبادئ وقواعد، فالمحكم كالقاضي يباشر مهمته بحرية تامة ولحكمه خصائص الأحكام " (تجارية و حنفي، 2009).

كما عرف أيضا بأنه: "شخص يتمتع بثقة الخصوم، أولوه عناية الفصل في خصومة بينهم، وقد يتم تعيينهم من قبل المحكمة المختصة في الحالات التي نص عليها القانون للقيام بذات المهمة المتقدمة" (حامد، 2011، صفحة 20).

بينما عرفته محكمة النقض المصرية في إحدى قراراتها المتعلقة بالنقض تجاري جلسة 1991/01/14 في الطعنيين رقم 887 و 1154 بأنه: "... شخص يتمتع بثقة الخصوم ويفصل فيما شجر بينهم بحكم يحوز حجية الشيء المحكوم به بمجرد صدوره" (عطية، د.س.ن).

بناء على ما سبق ذكره يمكننا تعريف المحكم بأنه: "شخص معين من قبل الخصوم لتولي مهمة الفصل في النزاع القائم بينهما أو الذي سيقوم بينهما من خلال إصداره حكم فاصل في النزاع".

وأما بالنسبة لتعريف حصانة المحكم فيمكن القول بأنه تعددت التعريفات التي حاولت تحديد معناها، بحيث عرفها جانب من الفقه بأنها: "تعني عدم تقرير مسؤولية المحكم إلا في حالة الخطأ الفادح الموازي للخداع أو الغش أو التواطؤ مع أحد الفرقاء" (مجباس حسن، 2020، صفحة 101).

كما عرفها الفقيه الفرنسي فوشار بأنها: "تعني انسحاب حماية القاضي للمحكم للتطابق بين مهمة القاضي ومهمة المحكم" (Fouchard, Gaillard, & Goldman, 1996, p. 606).

كما عرفت الحصانة بأنها: "منع المحكم من العزل أو الرد أو الملاحقة القضائية إلا إذا ثبت ارتكابه عملا يستوجب معه العزل أو الرد أو الملاحقة القضائية، وذلك حتى يتمكن من أداء عمله والسير فيه بالشكل المطلوب" (الشرمان، 2015، صفحة 471) (السيد الباتوني، 2013، صفحة 158).

كما عرفت حصانة المحكم أيضا بأنها: "تعني تشبيهه بالقاضي و أن مصدرها ليس العقد المبرم بينه وبين الخصوم بل هي منبثقة من طبيعة المهمة التي يقوم بها وهي مهمة شبه قضائية" (مطلوب الناصري، 2012، صفحة 115).

بينما عرفها الأستاذ ماجد مجباس بأنها: "تحديد المسؤولية المدنية للمحكم بحيث لا يجوز أن يسأل عن أخطائه التي يرتكبها في أثناء مباشرة المهمة التحكيمية، وإنما يسأل فقط عن أخطاء معينة شأنه في ذلك شأن قاضي الدولة" (مجباس حسن، 2020، صفحة 102).

كما عرفت أيضا بأنها: "إعفاء المحكم من المسؤولية المدنية أو تحديدها بخصوص الأخطاء التي يرتكبها أثناء أو بسبب ممارسته لوظيفته القضائية" (al khataibeh & zahdeh, 2013, p. 8).

كما عرفت أيضا بأنها: "عدم مساءلة المحكم مسؤولية مدنية عن الأخطاء التي يرتكبها أثناء قيامه بمهمته حتى لا تتطاول إليه مكائد الخصوم الذين يتضررون من قضائه الذي يصدره وحتى لا يتخذ من مقاضاته وسيلة للتشهير به" (عبد المنعم، حصانة المحكم في التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير غير منشورة، تخصص قانون خاص، 2019، صفحة 14).

نلاحظ من خلال التعريفات المذكورة أعلاه أن تعريف الحصانة يتمتع بنوع من الخصوصية مقارنة بالتعريف العام للحصانة، بحيث تبرز هذه الخصوصية في كون أن تعريف الحصانة بصفة عامة تهدف إلى منح امتياز لأشخاص معينين و إعفائهم من المتابعة القضائية، على عكس تعريف حصانة المحكم التي يقصد بها في بعض تعريفات الإعفاء الكلي من المتابعة القضائية للمحكم عن أخطاء التي ارتكبها أثناء ممارسته مهمته التحكيمية، في حين يقصد بها في التعريفات الأخرى إعفاء النسبي للمحكم من المتابعة القضائية مع تعرضه للمساءلة المدنية عن الأخطاء التي ارتكبها خلال ممارسته لمهامه التحكيمية.

وعلاوة على ذلك فالخصوصية تبرز أيضا في كون أن الحصانة العامة يجب أن تمنح بموجب الدستور أو قوانين خاصة أو الاتفاقيات الدولية مثل الحصانة الممنوحة لأعضاء السلك الدبلوماسي وأعضاء البرلمان والحصانة الممنوحة للقضاة، في حين نجد أن حصانة المحكم تختلف مع الحصانة العامة في هذا الشأن بحيث أنه يتم النص عليها بموجب قوانين خاصة أو الاتفاقيات الدولية، وقد لا يتم النص عليها بموجب القانون غير أنه يمكن تطبيقها من الناحية العملية بصفة آلية.

ومن جهة أخرى لاحظنا أن خصوصية تعريف حصانة المحكم ترجع لعدة أمور منها:

-كون أن بعض التعريفات السابقة الذكر قد ربطت المقصود بحصانة المحكم بطبيعة المهمة التي يقوم بها وهو ما جعل تعريفها يختلف عن معناها في الحصانة العامة، بالإضافة لاختلاف تعريفها من رأي لآخر وذلك حسب النظرية المعتمدة لتحديد الطبيعة القانونية لمهمة المحكم (القضائية، العقدية،

المختلطة، المستقلة)، فعلى سبيل المثال إذا كان الاتجاه الذي عرف حصانة المحكم قد أخذ بالنظرية شبه القضائية لمهمة المحكم فعندها نجد أنه قد ربط تعريف حصانة المحكم بحصانة القاضي.

-في حين نجد أن التعريفات الأخرى قد ربطت معنى حصانة المحكم بمجموعة من الحدود أي أنها تطرقت من خلال تعريفها للحالات التي يمكن فيها أن يتمتع المحكم بالحصانة والحالات التي يسأل فيها عن أخطائه التحكيمية.

واستنادا لما سبق ذكره فإننا نؤيد تعريف كل من الفقيه الفرنسي فوشار والأستاذ ماجد مجباس لأنهما تعريفان جامعان وشاملان لحصانة المحكم ويتوافقان مع موقفنا المتعلق بطبيعة مهمة المحكم بأنه قضاء من نوع خاص، غير أن هذا لا يمنعنا من وضع تعريفنا الخاص لمبدأ حصانة المحكم: "والذي يقصد به إعفاء المحكم من المساءلة القضائية عن أخطاء التي يمكن أن يرتكبها أثناء ممارسته لمهامه التحكيمية وفقا لضوابط محددة"، كما يمكن تعريفه أيضا بأنه: "تقرير المسؤولية المدنية للمحكم عن الأخطاء التي قد يرتكبها أثناء أدائه لمهامه التحكيمية وفقا لضوابط معينة تفرضها الطبيعة الخاصة لمهمته التحكيمية".

الفرع الثاني: أنواع حصانة المحكم

تنقسم الحصانة بصفة عامة لعدة أنواع منها: الحصانة البرلمانية والدبلوماسية والقضائية، وذلك بحسب صفة الشخص الذي تمنح له (سبق لنا أن أشرنا لذلك)، غير أنه وبصرف النظر عن اختلاف أنواعها إلا أنها تستمد أحكامها من الدستور أو القانون الدولي أو من القوانين الخاصة، (كراف، 2020، صفحة 341) ولكن بالرجوع لحصانة المحكم فإن هذا الموضوع طرح اشكالات كثيرة بشأن أي نوع من أنواع الحصانة السابقة الذكر يتمتع بها المحكم، وذلك في ظل خصوصية الطبيعة القانونية المميزة لمهمته باعتباره قضاء من نوع خاص أم أن خصوصية مهمته جعلته يتمتع بنوع خاص من الحصانة غير تلك المتعارف عليها.

وهو ما سنحاول دراسته في هذا الجزء من خلال النقاط التالية: الحصانة القانونية للمحكم والتي تشمل كل من الحصانة المطلقة والنسبية (أولا)، ومن ثم التطرق للحصانة الاتفاقية للمحكم (ثانيا)، لنشير في الأخير للحصانة الدبلوماسية للمحكم (ثالثا).

أولا: الحصانة القانونية للمحكم

تعد الحصانة القانونية نوع من أنواع الحصانة التي تستمد مصدرها من القانون دون حاجة لاتفاق الأطراف عليها، بحيث نجد أن القانون ينص عليها بموجب نص صريح أو أنها يتم التوصل إليها عن طريق الاجتهاد وهي تنقسم إلى صورتين مطلقة ونسبية (عبد المنعم، أنواع حصانة المحكم في التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، 2019، صفحة 37).

1: الحصانة المطلقة للمحكم

يقصد بالحصانة المطلقة حماية المحكم من جميع الدعاوى المدنية التي ترفع عليه من قبل الخصوم (عبد المنعم، أنواع حصانة المحكم في التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، 2019، صفحة

38) فهي تهدف لتحقيق الطمأنينة للمحكمين وإحاطتهم بقدر كاف من الحماية مما يجعلهم في مأمن من كيد العابثين الذين يحاولون تجاوز كرامتهم من خلال رفع دعاوى كيدية من أجل التشهير بهم (مجباس حسن، 2020، صفحة 112).

كما سبق أن أشرنا في الجزء المتعلق بالأساس القانوني أن هذا النوع وجد تأييدا واسعا في بعض دول العالم بينما لاقى انتقاد واسع في دول أخرى، وفي هذا الصدد نشير إلا أن الولايات المتحدة الأمريكية تعتبر من أكثر الدول التي حظي فيها هذا النوع بتأييد واسع بل أكثر من ذلك فهي تكاد تكون البلد الوحيد الذي يؤخذ بمبدأ الحصانة المطلقة للمحكمين من جميع الدعاوى المدنية المرفوعة عليهم من قبل المحتكمين.

وجدير بالذكر أنه ومنذ عام 1984 ذهب اجتهاد المحاكم في الولايات المتحدة الأمريكية إلى عدم إمكانية مساءلة المحكم مدنيا عن جميع الأفعال التي ارتكبها بصفته محكم كما فعلت محكمة تكساس العامة عام 1995، ونفس الأمر طبقته محكمة أولسون عام 1982 (مطلوب الناصري، 2012، صفحة 147)، وعلاوة على ذلك فإن اجتهاد المحاكم الأمريكية لم يكتف بمد حصانة القاضي للأشخاص الذين يتولون مهمة التحكيم أي المحكمين بل ذهب أبعد من ذلك و مد الحصانة لتشمل أيضا حصانة المراكز والمؤسسات التحكيمية (مجباس حسن، 2020، صفحة 114).

كما اعترفت أيضا العديد من الولايات الأمريكية بمبدأ الحصانة المطلقة للمحكم بشكل صريح وكرسته بموجب نصوص قانونية، وذلك حتى تحول دون إمكانية إقامة دعوى المسؤولية عليهم من قبل المحتكمين، بحيث تعتبر ولاية كاليفورنيا من بين الولايات التي أقرت بهذا المبدأ بشكل صريح، فقد نص قانونها لعام 1985 على إعفاء المحكم من كل مسؤولية عن الأخطاء التي يرتكبها وذلك لكونه يتمتع بنفس الحصانة التي يتمتع بها القاضي (مجباس حسن، 2020، صفحة 114) (Fouchard, Gaillard, & Goldman, 1996, p. 609).

وناهيك عن ذلك فقد أكدت الولايات المتحدة الأمريكية الموقف الذي اتخذته محاكمها بشأن الحصانة المطلقة للمحكم من خلال قيامها بالنص عليها بشكل صريح بموجب القسم (14) من قانون الموحد للتحكيم في الولايات المتحدة الأمريكية لعام 2000 ومنح المحكم ومنظمة التحكيم حصانة كحصانة القاضي عن أعمالها التي تقوم بها هذا من ناحية.

ومن ناحية ثانية لا يمكن مساءلتها مدنيا ولا يمكن دعوة المحكم كشاهد أو أي منظمة تحكيم أخرى حيث يجوز للمحكمة إصدار قرارها بمنع اتخاذ مثل هذه إجراءات ضدهما، غير أنه على الرغم من تمتع المحكم بالحصانة المطلقة فهذا لا يمنع من إمكانية أن ترفع عنه مثل هذه الحماية عندما يمارس أعمالا تعد كسوء تصرف مع أطراف النزاع، فمثلا يعتبر المحكم غير معفي من المسؤولية بسبب الاحتيال أو الفساد الذي وقع به، هذا فيما يخص الولايات المتحدة الأمريكية. (مطلوب الناصري، 2012، صفحة 151، 152) .

أما بالنسبة للدول الأخرى التي تعتمد نفس النظام القضائي القائم في الولايات المتحدة الأمريكية فنجد أنها اتخذت موقفا مشابها للولايات المتحدة الأمريكية، بحيث أن المحاكم الإنجليزية لم تكن بمنأى عن هذا الموقف الذي اتخذته الولايات المتحدة الأمريكية بشأن الحصانة المطلقة للمحكم وتشابهت مواقفها من هذا الأمر غير أنها اختلفت معها في بعض النقاط.

فإنجلترا مثلا كانت تقرر الحصانة فقط للمحكمين الخبراء (المحاسبون،المهندسون) الذين لا يمارسون وظيفة قضائية، وهو ما جعلها تتعرّض للعديد من الانتقادات وذلك لكون أنّ الخبراء ليسوا محكمين فكيف لنا أن نتصور منحهم حصانة فليسوا هم من يقومون بالفصل في النزاع و إصدار الحكم بل هم مجرد أشخاص يستعين برأيهم المحكم كخبرة في مجال معين فقط أو أنه يقصد به أمر آخر (مجباس حسن، 2020، صفحة 115).

وفي نفس الصدد نجد أنه على عكس القضاء الإنجليزي فقد قامت محكمة النقض في كندا بالفصل في هذا الموضوع واعتبرت أن الأشخاص الذين يقومون بالتخمين هم خبراء وليس محكمين فصلوا في النزاع ليتمتعوا بالحصانة، وذلك بقولها: "أن مهمة هؤلاء الخبراء في المحاسبة لم تكن الفصل بالنزاع، وأن مسألة حصانتهم غير مطروقة" (أحدب، 2008، صفحة 350) (مجباس حسن، 2020، صفحة 115).

وجدير بالذكر أن موقف القضاء الإنجليزي لم يبقى بهذا الجمود بل تغير مع الوقت خاصة بعد صدور قانون تحكيم الإنجليزي لسنة 1996 الذي نص على مسؤولية المحكم في حالات معينة، بموجب المادة 1/29 السابقة الذكر. (سبق الإشارة اليها في الجزء المتعلق بموقف التشريعات الوطنية من مبدأ الحصانة)

وفي هذا الإطار يرى الأستاذ أحمد عبد الكريم سلامة أن هذه المادة تقرر مبدأين: مبدأ أول هو الأصل والمتمثل في مبدأ حصانة المحكم ضد أية مسؤولية عن أعماله التي يقوم بها أثناء أو بمناسبة أدائه أعماله، ومبدأ ثاني كاستثناء وهو أن الحصانة المذكورة ليست مطلقة، بل يمكن تحريك دعوى المسؤولية اتجاه المحكم في حالة ما ارتكب أخطاء متعمدة وواضح فيها سوء النية (سلامة، 2014، صفحة 722، 723)، وهذا إن دل على شيء إنما يدل على أن المشرع الإنجليزي بدأ يعترف تدريجيا بالحصانة النسبية للمحكم و تراجع عن موقفه بخصوص الحصانة المطلقة للمحكم.

وتماشيا مع ما سبق ذكره فقد استند الداعمين لمبدأ الحصانة المطلقة للمحكم على عدة مبررات لتدعيم موقفهم بالقول:

أولا-أن المحكم التجاري يمارس لمهمة مماثلة للقاضي وعمله مشابه لعمل القاضي، فكلاهما يصدران حكم ملزم لأطراف النزاع، لذا ترتكز فكرة المقارنة بينهما على أن عملهم متشابه بل يكاد يكون نفس العمل، غير أن عمل القاضي عمل دائم، وعمل المحكم التجاري مؤقت لحين الفصل في النزاع المعروض عليه، لذا يجب على المحكم التجاري أن تكون لديه القدرة على فض النزاع بشكل مستقل دون الخوف من المسؤولية واحتمالية مقاضاته من أحد الخصوم المتنازعة المتضررة من حكم تحكيمي خاطئ (بسام مصطفى عبد الرحمان، 2018، صفحة 310).

ثانيا-عدم وجود سوابق قضائية تقضي بمساءلة المحكم عما يصدر منه من أخطاء وهذا ما عبر عنه القاضي الشهير Bovill في القضية الانجليزية التي سبق أن أشرنا لها في جزء المتعلق بتأصيل العام لمبدأ حصانة المحكم والتي رفض فيها تقرير مسؤولية المحكم مؤسسا حكمه بعدم وجود سوابق قضائية تقضي بذلك، وإلى جانب ذلك انعدام وجود نصوص تشريعية تكرس ذلك في الولايات المتحدة الأمريكية (عبد المنعم، أنواع حصانة المحكم في التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، 2019، صفحة 40).

ثالثا-صعوبة إثبات خطأ المحكم بالنظر إلى خاصية السرية التي تميز نظام التحكيم وتهيمن على خصومة التحكيم، مما يتعذر على الأشخاص الوقوف على ما يحدث وراء منصة التحكيم، بالإضافة للصلاحيات الواسعة التي يتمتع بها المحكم في التحكيم مقارنة بالقاضي مما يترتب عليه صعوبة الحصول على دليل فعلي يثبت تحيز المحكم أو أي خلل في الحكم (زروق، مسؤولية المحكم، 2014، صفحة 201).

رابعا-وجود الضمانات الكافية التي تبرر الاستغناء عن دعوى المسؤولية، ولعل أبرز هذه الضمانات الطعن ببطلان قرار التحكيم، وكذلك إمكانية رد المحكم وعزله (عبد المنعم، أنواع حصانة المحكم في التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، 2019، صفحة 41).

ورغم هذه المبررات التي استند إليها أصحابها إلى أن هذا النوع من الحصانة تعرّض للعديد من الانتقادات، وذلك لكون أن مثل هذه الحصانة لا يمكن أن تتفق مع فكرة العدالة وفكرة المسؤولية (حسني، 2008، صفحة 221)، كما أنها قد تؤدي ببعض المحكمين إلى التجبر والتسلط عندما يشعرون أنهم لا سلطان عليهم مما يشكل خطرا على نظام التحكيم برمته، مما يؤدي إلى نفور المحتكمين منه خوفا من استبداد المحكمين، كما أن تقرير حق المحكم في الحصانة يجب أن يقترن بمبدأ المسؤولية و أن يكون هذا الحق مقيدا بحدود (الشرمان، 2015، صفحة 469)، وهذا ما سنراه في نوع الثاني من هذه الحصانة.

2: الحصانة النسبية أو المشروطة للمحكم

تعد الحصانة النسبية الصورة الثانية من الحصانة القانونية ويطلق عليها أيضا إسم الحصانة المشروطة أو الحصانة المقيدة، وعلى عكس الصورة الأولى (الحصانة المطلقة) فإن تأصيل هذا النوع من الحصانة يرجع للأنظمة اللاتينية، التي تنطوي وجهة نظرهم على أساس نبذ فكرة الحصانة المطلقة للمحكم، وبالتالي تجنب مساوئ الاتجاه الأول المطبق إجمالا في الدول الأنجلو أمريكية.

يقصد بالحصانة النسبية للمحكم أن المحكم لا يعفى كليا من المساءلة عن الأخطاء التي يرتكبها عند أداء مهمته التحكيمية أو بمعنى آخر أن المحكم يعفى من المساءلة المدنية وفقا لحالات معينة.

كما يقصد بها أيضا أن الحصانة لا تشمل الأفعال الاحتيالية التي يأتيها المحكم تواطئا مع أحد الخصوم أو حالات الغش أو الخطأ الجسيم أي بعبارة أخرى أن المحكم لا يتمتع بالحماية من الأخطاء التي يرتكبها والتي يرجع سببها إلى تواطئه مع أحد الخصوم أو في حالات الغش والخطأ الجسيم، و جدير بالذكر أن هذا المفهوم الأخير للحصانة النسبية هو الاتجاه السائد لدى الاجتهاد الفرنسي الذي يرى أن المحكم يكون محل مساءلة في حالة ارتكابه حالة من الحالات السابقة الذكر (زروق، مسؤولية المحكم،

2014، صفحة 203، 212) (Fouchard, Gaillard, & Goldman, 1996, p. 607)، بينما إذا ما ارتكب أخطاء بحسن نية فبإمكانه التمسك بالحصانة (مجباس حسن، 2020، صفحة 120).

في هذا الإطار تجدر الإشارة للقول بأن الحصانة النسبية تتخذ شكلين صريحة أو ضمنية، بحيث تكون صريحة عندما ينص عليها المشرع في منظومته التشريعية (أحدب، 2008، صفحة 351)، بينما تكون ضمنية عندما يستدل عليها من استقراء نصوص القانون ومواقف القضاء لدى كل دولة.

استنادا إلى ما سبق ذكره فقد برر أصحاب اتجاه المؤيد للحصانة النسبية موقفهم بمجموعة من المبررات أهمها:

أولا- يُعدّ قول الاتجاه المؤيد للحصانة المطلقة بأن مساءلة المحكم عن أخطائه من شأنه أن يؤدي إلى إحجام الأشخاص عن العمل كمحكمين هو منطق يناقض السياسة الراهنة والمشجعة على التحكيم، بحيث أنه إذا كانت مساءلة المحكم من شأنها أن تؤدي إلى إحجام الأشخاص عن العمل كمحكمين فعلا، فإن هذا يكون عند تعرض المحكم للمساءلة عن كل خطأ يصدر منه مهما كان يسيرا (عبد المنعم، أنواع حصانة المحكم في التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، 2019، صفحة 52).

ثانيا-أن صعوبة إثبات الخطأ بالنظر إلى طابع السرية الذي يهيمن على إجراءات التحكيم حسب ما استند إليه أصحاب نظرية الحصانة المطلقة لتدعيم موقفهم سبب غير وجيه، بحيث أنه في الكثير من الأحيان تكون هناك مؤشرات تدل بما لا يدع مجالا للشك أن هناك خطأ وقع من المحكم مستندين في ذلك بالقول أنه على سبيل المثال: عدم قيام المحكم متعمدا بالإفصاح عن علاقة سابقة تربطه بأحد الخصوم دليل على وجود سوء النية، وهذا في حد ذاته يعد خطأ من جانب المحكم يستوجب المسؤولية على أساس أنه غير محايد وغير مستقل، ونفس الأمر ينطبق على عدم احترام المحكم لحقوق الدفاع وعدم تسبيب الحكم التحكيمي، فمثل هذه الأخطاء حسب هذا الاتجاه لا تتأثر بخاصية السرية التي تميز نظام التحكيم ويمكن إثباتها بسهولة (عبد المنعم، أنواع حصانة المحكم في التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، 2019، صفحة 53).

ثالثا-أنّ القول بوجود ضمانات الطعن ببطلان الحكم التحكيمي و العزل والرد مبرر غير منطقي في استبعاد مسؤولية المحكم المدنية، وذلك لكون أن الطعن ببطلان الحكم أمر والدعوى المدنية أمر آخر، فالدعوى المدنية المرفوعة على القضاة لا تعد طريق للطعن بل تكيف على أنها مجرد دعوى تعويض خاصة حتى ولو كانت تؤدي إلى إبطال الحكم.

كما دعم هذا الرأي موقفه بالقول بأنه توجد هناك بعض الحالات التي لا يكون فيها حكم أصلا حتى نقول بأنه هناك إمكانية للطعن فيه مثل: في حالة امتناع المحكم عن القيام بمهمته بعد قبولها دون وجود سبب مشروع، وعليه فإذا ما اعتبرنا أن طرق الطعن تصلح لإزالة العيب المتعلق بحكم التحكيم فإنها لا تصلح لمعالجة الضرر الناشئ عن عيب مصدر الحكم أو الممتنع عن إصداره.

أما بالنسبة لضمانتي العزل والرد حتى وإن كانت تعدّ من الضمانات الكافية لإبعاد المحكم غير الكفء إلا أنها لا تصلح إلا أثناء القيام بالمهمة التحكيمية في حين أن كل من الغش أو الخطأ الجسيم

قد يظهران بعد إصدار حكم التحكيم وبالتالي لا يمكن معالجته في هذه الحالة إلا إذا تم رفع دعوى المسؤولية المدنية، وذلك بالنظر إلى أن هذه الضمانات السابقة لا تعدو أن تكون مجرد شروط لرفع دعوى المسؤولية غير أنها لا تغني عن هذه الدعوى في حد ذاتها (حسني، 2008، صفحة 294) (عبد المنعم، أنواع حصانة المحكم في التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، 2019، صفحة 53).

رابعا-غياب أوجه الرقابة القضائية الفاعلة على عملية التحكيم يوجب تقرير مسؤولية المحكم ومضاعفة مسؤوليته عن مسؤولية القاضي الذي يخضع للرقابة، كما أن ثقة الأطراف في المحكم يهدرها إهماله أو إساءة استخدام سلطاته (حسني، 2008، صفحة 293).

وبناء على ما سبق ذكره حسب الكثير فإن هذه النظرية تكاد تكون الأقرب للواقع، لتلاؤمها مع نظام التحكيم وهي الأقرب للعدالة مقارنة بالصورة الأولى من الحصانة القانونية، غير أنها لم تسلم من النقد وذلك لكون أن هذا الاتجاه اختلف فيما بينه ولم يوضح شروط تمتع المحكم بالحصانة أو الحالات التي يجوز فيها مساءلته مدنيا باستثناء تلك الشروط المتعلقة بارتكاب أخطاء بحسن النية، بالإضافة إلى فشل أنصار هذا الاتجاه في إيجاد معيار محدد لتعداد مهام القضائية للمحكم من غيرها من المهام، وبالتالي قابلية تمتعه بالحصانة من عدمها (مجباس حسن، 2020، صفحة 124).

وكخلاصة تجدر الإشارة للقول بأن الحصانة القانونية بصورتيها المطلقة والمقيدة هي بدورها لم تسلم من النقد، لكون أنه في ظل النظام الواحد من الأنظمة التي أخذت بإحدى الصورتين السابقتين للحصانة القانونية عرفت مواقفها نوعا من اختلاف ولم تستقر على موقف واحد كما سبق أن رأينا ذلك، بحيث أن هناك دول تابعة لنفس النظام أقرت بالحصانة القانونية بشكل صريح بينما هناك دول تستشف فيها الحصانة بشكل ضمني.

وفي مقابل ذلك نجد أن هناك دول أخرى تابعة للنظامين نفسهما غير أنها خالفت الاتجاهين السابقين ولم تنص في منظومتها التشريعية على أي صورة من صور الحصانة القانونية، كما هو الحال بالنسبة للمشرع الجزائري وبعض التشريعات العربية كالمشرع الكويتي والعراقي مما يطرح عدة إشكالات قانونية للباحثين في هذا المجال حول أي صورة من صور الحصانة اعتمدت هل المطلقة أم النسبية أو بعبارة أخرى هل أن هذه الدول تؤيد فكرة الحصانة المطلقة أم أنها تؤيد فكرة مساءلة المحكم عن الأخطاء التي يرتكبها وفقا لحدود معينة؟

وأما الانتقاد الثاني الذي وجه لهذا النوع من الحصانة هو عجز أنصارها على وضع معايير محددة ومتفق عليها للأخذ بإحدى الصورتين مما من شأنه أن يساهم في إزالة الغموض الذي يواجه شراح القانون والفقهاء والباحثين في هذا الموضوع، وعليه نظرا لهذا القصور الذي شهدته الحصانة القانونية فقد ظهر جانب من الفقه يدعوا للأخذ بنوع آخر من الحصانة وهي الحصانة الاتفاقية للمحكم،وهو ما سنتعرف عليه في نقطة التالية من هذه الدراسة.

ثانيا: الحصانة الاتفاقية للمحكم

تعدّ الحصانة الاتفاقية النوع الثاني من أنواع الحصانة الممنوحة للمحكم، وهي الحصانة التي تستمد مصدرها من اتفاق الأطراف وليس نص القانون (عبد المنعم، أنواع حصانة المحكم في التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، 2019، صفحة 67)، بحيث يرجع السبب وراء ظهورها للقصور الكبير الذي عرفته المنظومة التشريعية لبعض الدول من خلال عدم تحديدها لنوع الحصانة المقررة للمحكم، كما هو الشأن بالنسبة للمشرع الجزائري وبعض التشريعات العربية مما دفع بالبعض للقول أنه لا يوجد مانع يحول دون إمكانية تمتع المحكم في هذه الدول بهذا النوع من الحصانة، هذا من ناحية.

ومن ناحية أخرى نظرا للخصائص المميزة لنظام التحكيم مقارنة بالقضاء خاصة فيما يتعلق بمبدأ سلطان إرادة الأطراف المتنازعة الذي يلعب دورا هاما في الاتفاق على العديد من الجوانب المتعلقة بالتحكيم، خاصّة وأن المنظومة التشريعية للدول تمنح للأطراف حرية واسعة في التحكيم مقارنة بالقضاء الوطني الذي تنظمه الدولة بموجب أحكام خاصة.

وفي هذا الإطار تجدر الإشارة إلى نقطة مهمة تميز الحصانة الاتفاقية عن غيرها من أنواع الأخرى، و التي تبرز من خلال أن هذه الحصانة تجمع بين نظامين مختلفين، نظام أول يتمثل في نظام الحصانة كنتيجة لقيام المحكم بالعمل القضائي، ونظام ثاني يتمثل في الاتفاق كنتيجة للرابطة العقدية بين المحكم والأطراف (عبد المنعم، أنواع حصانة المحكم في التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، 2019، صفحة 68).

وتأسيسا على ما سلف ذكره فالسؤال المطروح هنا: ما مدى إمكانية تطبيق هذا النوع من الحصانة على المحكم خاصة وأنه يجمع بين نظامين مختلفين؟ وما هي الأسس المعتمدة من قبل أنصار هذا الاتجاه لمنح المحكم مثل هذه الحصانة ؟ وكيف تباينت المواقف بشأن هذه الحصانة؟

وعليه قبل الإجابة على هذه الأسئلة يجب علينا أولا الإشارة للمقصود بالحصانة الاتفاقية وذلك حتى يتضح لنا الأساس الذي تقوم عليه هذه الحصانة، وفي هذا الصدد فقد تعددت التعريفات التي قيلت بشأن الحصانة الاتفاقية، فعرفها البعض بأنها: "الاتفاق الذي يجمع بين المحكم وأطراف التحكيم والمبرم بينهما بموجب عقد التحكيم أو باتفاق لاحق بينهم، والذي من خلاله يتم رفع المسؤولية عن المحكم أو تحديدها بمدى أو نطاق معين قبل وقوع الضر".

بينما عرفها جانب آخر بأنها:"اتفاق على إعفاء المدين –المحكم- من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذه التزامه التعاقدي كليا أو جزئيا أو بسبب تنفيذه على وجه معيب أو تأخر فيه أو ما ينشأ عن غش و خطأ جسيم صادر عنه" (السيد الباتوني، 2013، صفحة 286).

كما عرفت أيضا بأنها:"الوسيلة التي بموجبها يمكن للأطراف المتعاقدة (المحكم والمحتكمين) السعي لتجنب فشلها في تنفيذ التزاماتها التعاقدية". كما عرفت أيضا بأنها: "اتفاق يتنازل بمقتضاه الطرف المضرور أي المحتكمين قبل وقوع الضرر عن حقهم في المطالبة بالتعويض عن هذا الضرر"(علي و عبد الستار صالح، 2017، صفحة 244).

واستنادا على ما سبق ذكره من تعريفات فيمكننا تعريف الحصانة الاتفاقية بأنها: "اتفاق ينعقد بين المحتكمين والمحكم قبل وقوع الضرر من أجل إعفاء هذا الأخير من المسؤولية التي قد تنشأ نتيجة إخلاله بالتزاماته التعاقدية".

هذا فيما يخص تعريف الحصانة الاتفاقية أما بالنسبة للمبررات التي استند لها أصحاب هذا الاتجاه للإقرار هذه الحصانة للمحكم، فتتمثل في مجموعة من الحجج سيتم التطرق إليها تباعا:

المبرر الأول- ذهب هذا الاتجاه للقول بأنه إذا كان أصحاب إتجاه الحصانة القانونية يستندون في منحهم الحصانة للأساس القانوني، فإن هناك بعض التشريعات لم تنظم هذا النوع من الحصانة مما يفتح المجال للعديد من التأويلات بهذا الشأن، وبما أن التحكيم ينشأ بموجب عقد بين المحتكمين والمحكم فمن المتصور أن يتضمن مثل هذا العقد اتفاق يعفي المحكم من المسؤولية (عبد المنعم، أنواع حصانة المحكم في التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، 2019، صفحة 68)، وذلك وفقا لما هو متعارف عليه في المبادئ العامة للقانون المدني بأن العقد شريعة المتعاقدين، وما يترتب على هذا المبدأ من نتائج أهمها حرية الأطراف في تضمين عقدهم الشروط التي يرونها مناسبة لهم وتخدم مصلحتهم باستثناء ما يخالف النظام العام والآداب العامة.

المبرر الثاني- يرى أصحاب هذا الاتجاه أن شرط الإعفاء من المسؤولية هو عبارة عن حصانة اتفاقية مستندين على الأثر المترتب على كل منهما من حيث إعفاء المحكم من المسؤولية الناشئة عن إخلاله بتنفيذ التزاماته العقدية (السيد الباتوني، 2013، صفحة 286) (عبد المنعم، أنواع حصانة المحكم في التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، 2019، صفحة 69).

المبرر الثالث- القول بأن الحصانة حتى تمنح يجب أن تصدر عن قانون أو معاهدة دولية وفي غياب ذلك لا يمكن الحديث عن حصانة المحكم، وذلك لاعتبار أن الحصانة التي تصدر عن اتفاق تعاقدي أو منصوص عليها في النظام الأساسي لمركز تحكيمي لا تعد حصانة، فرد عليه هذا الاتجاه بالقول بأن الواقع العملي في مجال التحكيم أثبت مدى نجاعة التحكيم المؤسساتي مقارنة بالتحكيم الحر ودليل ذلك أن معظم الأطراف المتنازعة أصحبت تفضل اللجوء إلى هذا النوع من أنواع التحكيم لأنه يمثل ضمانة فعالة بالنسبة لها خاصة فيما يتعلق بتنفيذ أحكام التحكيم.

ليضيف هذا الاتجاه بالقول أنه بالرجوع للأنظمة الأساسية لهذه الهيئات والمراكز التحكيمية فإننا نجد أن أغلب الأنظمة الداخلية لهذه المؤسسات التحكيمية تتضمن أحكامها مواد تقضي بإعفائها أو إعفاء المحكمين التابعين لها من المسؤولية، واستنادا لذلك فإنه يمكن منح المحكم هذا نوع من الحصانة (أحدب، 2008، صفحة 351).

وجدير بالذكر بأنه رغم الحجج التي استند إليها أصحاب هذا الاتجاه إلى أنهم لم يسلموا من النقد، وقد تباينت الآراء بشأن هذا الموضوع بين اتجاهين مختلفين، اتجاه منكر لهذا النوع من الحصانة، واتجاه مؤيد لها وفقا لضوابط محددة.

بالنسبة للاتجاه الأول المنكر لفكرة الحصانة الاتفاقية فقد رد على أنصارها بالقول:

أولا-حتى لو كان أثر شرط الإعفاء من المسؤولية هو ذات الأثر المترتب على الحصانة فإن هناك اختلاف بين النظامين، حيث أن الحصانة بمفهومها القانوني مصطلح مرادف لعدم المسؤولية أي الحصانة ضد المسؤولية (شرون، 2018، صفحة 152) وذلك لأن الحصانة تغير من وصف الفعل وطبيعته أما شرط إعفاء من المسؤولية لا يغير من وصف الفعل وتكييفه ولا ينصب على المسؤولية فيعدمها بل ينصب على الأثر المترتب عليها أي إعفاء المحكم من دفع التعويض (عبد المنعم، أنواع حصانة المحكم في التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، 2019، صفحة 69).

ثانيا- أن شرط الإعفاء من المسؤولية يقتصر على الالتزامات الاتفاقية أي الأفعال التي يحددها الاتفاق ولا يشمل غيرها، على عكس الحصانة التي تنصرف إلى المهمة أي الأعمال التي تقع من المحكم أثناء وبسبب أداء مهمته مهما كان مصدرها، وأن الحصانة متعلقة بالنظام العام ولا يجوز للمحكم التنازل عليها أو الاتفاق على ما يخالفها، وتثار في أي مرحلة من مراحل الدعوى، ويمكن للمحكمة أن تحكم بها من تلقاء نفسها(عبد المنعم، أنواع حصانة المحكم في التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، 2019، صفحة 70).

ثالثا-تقرر الحصانة للوظيفة التي يقوم بها الشخص وليس للشخص في حد ذاته فهي تشكل امتياز يمنحه القانون لمن يقوم بهذه المهمة (شرون، 2018، صفحة 152)، ما دفعهم للقول بأن الحصانة لا يمكن أن تصدر إلا عن قانون أو معاهدة دولية وفي ظل غياب ذلك لا يمكن الحديث عن حصانة المحكم (أحدب، 2008، صفحة 351) واعتبارها مجرد إعفاء من المسؤولية وفقا للمبدأ الفقهي: "فاقد الشيء لا يعطيه" فكيف يمكن للمؤسسة تحكيمية لا تستطيع أن تحصن نفسها من باب أولى أن تمنح مثل هذا الحق للمحكم(عبد المنعم، أنواع حصانة المحكم في التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، 2019، صفحة 71).

أما بالنسبة للاتجاه المؤيد لأنصار الحصانة الاتفاقية فهم يرون:

المبرر الأول-يرى هذا الاتجاه أنه ليس هناك ما يمنع من إطلاق مصطلح الحصانة على شرط الإعفاء من المسؤولية لغويا حتى وإن اختلفا من الناحية القانونية، كما أن مصطلح الحصانة واسع ويؤدي إلى العديد من المعاني منها الإعفاء من عبء المسؤولية، ولما كان المحكم يقوم بمهمة قضائية فمصطلح الحصانة يأتي منسجما مع هذه المهمة بصرف النظر عن مصدره، ومع ذلك يبقى أساس هذه الحصانة الإتفاق ومن ثم فهي تخضع لما يخضع له اتفاق الأشخاص على إعفاء أحدهم من المسؤولية.

المبرر الثاني-كما يرى هذا الاتجاه أيضا أنه إذا كانت حصانة المحكم تمنح للأعمال التي يقوم بها بصفته قاضيا إلى أنه لا يوجد ما يمنع من أن يستفيد المحكم من شرط الإعفاء من المسؤولية بالنسبة لالتزاماته التي لا ترتبط بالالتزامات القضائية، ومثال ذلك: التزام المحكم بإصدار حكم التحكيم في وقت محدد، فيمكن للمحكم أن يتفق مع محتكمين على عدم مسؤوليته عن التأخر في إصدار حكم التحكيمي.

المبرر الثالث-بما أن الحصانة تنصرف إلى المهمة وليس للالتزامات المتعلقة بها، وكون أن التزامات المحكم سواء العقدية أو القضائية هي من تضفي الطبيعة الخاصة لمهمة المحكم، و عليه في ظل غياب

معيار محدد للتمييز بين التزامات محكم العقدية والقضائية، فإنه لا يوجد مانع من الأخذ بهذا النوع من هذه الحصانة ولكن وفقا للحدود المسموح بها قانونا (عبد المنعم، أنواع حصانة المحكم في التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، 2019، صفحة 74، 79).

المبرر الرابع-في ظل غياب تنظيم تام للحصانة في بعض التشريعات، فمن الأفضل للمحكم أن يؤمن على احتمالات تقرير مسؤوليته كما هو الحال في هيئة التحكيم البحري بلندن، وأن يضمن عقد التحكيم شرطا يقضي بعدم مسؤوليته، وذلك على اعتبار أن مسؤوليته تخضع للقواعد العامة للمسؤولية، ومن ثم لا يجوز الاتفاق هنا على إعفاء المحكم من الغش والتدليس والخطأ الجسيم (مجباس حسن، 2020، صفحة 124) (الوالي، 2007، صفحة 286).

وانطلاقا مما سبق نشير أنه لا يوجد ما يمنع من الأخذ بهذا النوع من الحصانة في الجزائر خاصة في ظل غياب نص تشريعي صريح ينص على تمتع المحكم بالحصانة أو تحمله للمسؤولية، فبالرجوع للقواعد العامة نجد أن المشرع الجزائري قد نص على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين بموجب المادة 106 من الأمر 75-58 المتضمن قانون المدني المعدل والمتمم بقوله: "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون". (أمر رقم 58/75، 1975)

وعليه إذا ما طبقنا هذا النص على التحكيم فإنه لا يوجد ما يمنع الأطراف من تضمين إتفاق التحكيم بشرط يعفي المحكم من المسؤولية أي منحه نوعا من الحصانة الاتفاقية بشرط أن لا يخالف النظام العام والآداب العامة الذي نصت عليه المادتين 93 من القانون 05-10 المتضمن قانون المدني المعدل والمتمم، والمادة 1006 من قانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية السابق الذكر. (قانون رقم 10/05، 2005) (قانون رقم 09/08، 2008).

ثالثا: الحصانة الدبلوماسية للمحكم

دعت العديد من الأطراف إلى ضرورة منح المحكم نوع آخر من الحصانة وهي الحصانة الدبلوماسية إلى جانب الحصانة القانونية التي غالبا ما يتم منحها للمبعوثين الدبلوماسيين والقضاة وممثلي الدولة عند تمثيلهم لها لدى دول الأجنبية.

وعليه يقصد بهذه الحصانة أنها عبارة عن رخصة لمن يتمتع بها ليكون في وضع مميز في مواجهة المواطن العادي (كراف، 2020)، ولا تعني عدم احترام المستفيد منها لأنظمة الدولة المستقبلة وقوانينها الداخلية، بل عليه احترام هذه القوانين والالتزام بأحكامها طبقا لما أقره العرف الدولي المقنن وغير المقنن، وهذا لكونها ليست حصانة ضد القانون بل هي حصانة تحول دون تطبيق الجوانب الإجرائية من هذا القانون على المستفيد منها، وعلى من يتمتع بها مهما كانت صفته أن يكون عند حسن ظن الدولة التي أوفدته أو الهيئة التي يمثلها للسهر على مصالحها وأن يجسد معنى العدل بسلوكه وعمله (كراف، 2020).

وبالرجوع لنظام التحكيم نجد أن هناك العديد من الهيئات والمراكز التحكيمية وبعض الفقهاء طالبوا بضرورة منح المحكم حصانة دبلوماسية مبررين موقفهم بالقول:

أولا- يرى هذا الاتجاه أن طبيعة عمل المحكم وكثرة تنقلاته من بلد إلى آخر، قد تعرضه في غالب الأحيان للكثير من الضغوطات والتأثيرات كمحاولة لإرغامه على الانحراف والانحياز إلى أحد الأطراف.

ثانيا-كما يرى هذا الاتجاه أن المنازعات التجارية لا يكون أطرافها أشخاص طبيعيين فقط أو شخص طبيعي مع شخص معنوي ففي بعض الأحيان تكون هذه المنازعات بين الدول، خاصة إذا تعلق الأمر بمنازعة بين دولة نامية ودولة متقدمة اقتصادها قوي مما قد تؤثر هذه الأخيرة على قرارات المحكم وذلك نظرا للمركز القوي الذي تتمتع به مقارنة بالدولة الأخرى مما يقتضي إعطاء المحكم حصانة دبلوماسية للحد من تعرضه لمثل هذه الضغوط (الشرمان، 2015، صفحة 474).

وفي هذا الصدد تجدر الإشارة للقول بأن هناك هيئات تحكيمية تضمنت أنظمتها الخاصة هذا النوع من الحصانة كما سبق وأن أشرنا لذلك، و التي من بينها محكمة الاستثمار العربية التي نص نظامها الأساسي على هذا النوع من الحصانة بموجب المادة 180 بقولها: "يتمتع أعضاء المحكمة بالحصانة الدبلوماسية، وذلك بمناسبة أداء أعمالهم...".

وكذلك الأمر ينطبق على مركز التحكيم بدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية بموجب المادة 24، وجدير بالذكر أن معظم التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية لم تنص على هذا النوع من الحصانة وهو ما دفع بهذا الاتجاه إلى المطالبة بضرورة منح المحكم هذا النوع من الحصانة بما يتناسب مع طبيعة نظام التحكيم (الشرمان، 2015، صفحة 474).

كخلاصة يمكن القول أنه اختلفت الآراء وتباينت بشأن نوع الحصانة التي يتمتع بها المحكم بحسب طبيعة النظام المعتمد في كل دولة، كما يلاحظ مما سلف ذكره أنه رغم اختلاف الأنظمة القانونية بشأن نوع الحصانة المقررة للمحكم إلى أنها اتفقت على حتمية وجود ضوابط تحد من هذه الحصانة، وهو ما سنتعرف عليه في النقطة الأخيرة من هذه الورقة البحثية.

أما بالنسبة لموقفنا من هذا الموضوع فإننا نؤيد الاتجاه الحديث الذي يدعوا إلى ضرورة وجود حصانة محددة المعالم، بحيث تراعى فيها مصلحة المحكم والمحتكمين في آن واحد، وتتماشى مع خصوصية كل من نظام التحكيم و الطبيعة القانونية لعمل المحكم باعتباره قاضي من نوع خاص، وذلك لكون أن منح المحكم حصانة مطلقة قد يؤدي إلى انحراف المحكمين عندما يرون أنه لا سلطان عليهم مما يشكل خطرا كبيرا على نظام التحكيم بأكمله وبالتالي النفور منه.

كما يجب أن لا يكون هذا الحق مقيدا بقيود تعسفية تحول دون قيام المحكم بالمهمة المكلف بها، لذلك يستوجب تنظيم اتفاقية دولية خاصة بحصانة المحكم تشترك فيها جميع الدول وأن تتضمن التشريعات الداخلية لكل دولة هذا نوع من الحصانة، وذلك من أجل وضع حد للتأويلات التي تثور بشأن هذا الموضوع.

المطلب الثاني: ضوابط إعمال مبدأ حصانة المحكم في الخصومة التحكيمية

يعدّ مبدأ حصانة المحكم من المبادئ الهامة في مجال التحكيم لما له من أثر كبير على المركز القانوني للمحكم في الخصومة التحكيمية، فمن خلاله يمكن تحديد مدى قابلية إعفاء هذا الأخير من

المساءلة المدنية في حالة ارتكابه لأخطاء تحكيمية عند توليه لمهمته، وعلى الرغم من الجدل الواسع الذي أثاره هذا الموضوع إلى أنه تم اتفاق على ضرورة وجود ضوابط تحد من إعمال هذا المبدأ بصفة مطلقة في الخصومة التحكيمية وتتماشى في نفس الوقت مع الطبيعة الخاصة لمهمته، و تشمل هذه الضوابط حالتين عند إخلال المحكم بالالتزام بالإفصاح (الفرع الأول)، وعند إخلاله بالتزاماته كقاضي من نوع خاص (الفرع الثاني).

الفرع الأول: إخلال المحكم بالتزام بالإفصاح

يعدُّ الالتزام بالإفصاح من أهم الالتزامات الملقاة على عاتق المحكم، ويقصد بهذا الالتزام أن المحكم عند توليه المهمة التحكيمية يعد ملزم بالتصريح عن أي علاقة من شأنها أن تثير شكوكا لدى أحد الخصوم بشأن حيدته واستقلاله، بحيث تبرز أهمية هذا الالتزام في كون أن المحكم باعتباره قاضي من نوع خاص يتم اختياره من قبل الخصوم واستنادا لذلك فإنه من حق المحتكمين التعرف على طبيعة العلاقات التي تجمع الشخص الذي سيتولى مهمة الفصل في النزاع القائم بينهم أو الذي سيقوم بينهم بأحد أو بعض أطراف الخصومة التحكيمية (مجباس حسن، 2020، صفحة 129).

وجدير بالذكر متى تبين للمحكم بأنه لن يستطيع ضمان حياده واستقلاله يستوجب عليه الكشف عن ذلك للمحتكمين، وإلا تترتب مسؤوليته المدنية في حالة امتناعه عن الإفصاح واستمراره في أداء مهمة التحكيم الموكلة له وقيامه بالفصل في النزاع المعروض عليه على الرغم من علمه بالمانع ففي هذه الحالة يستوجب عليه الضمان والتعويض للطرف المتضرر من المحتكمين، بالإضافة إلى قابلية تعرض حكمه للإلغاء (العيساوي ح.، 2017، صفحة 135).

ومن أشهر القضايا التي شهدت هذا نوع من الإخلال بالالتزامات من قبل المحكم، لما قام القضاء الفرنسي بتطبيق مبدأين لمحكمين دوليين في قضية شركة Arnold BV بتاريخ 1990/06/25، بحيث اتضح أن المحكم الوحيد الذي تم تعيينه كان يعمل مستشارا ماليا للشركة الخصم، وتبين أنه كان يتقاضى 125 ألف فرنك فرنسي حتى نهاية عام 1989، وبمجرد العلم في اليوم المصادف لـ 06/26 طلب من المحكم التنازل عن مهامه أو التعهد باتخاذ إجراءات الاعتراض عن طريق الاستعجال من ساعة إلى ساعة، وفي هذا الصدد قامت محكمة الاستئناف بإصدار قرار بإبطال الحكم بسبب وجود عيب في الرضا من اتفاقية التحكيم، و إضافة إلى ذلك فإنه بعد انتشار الخبر لدى الصحافة وقيام المحكم بإدلاء تصريحات عن القضية توبع أيضا بتهمة إفشاء معلومات عن الطرف الآخر (الحرباوي، 2019، صفحة 102، 103).

ونفس الأمر ينطبق على قضية شركة Raoul Duval والتي اكتشفت فيها الشركة بعد صدور حكم التحكيمي أن المحكم أدخل في خدمة الشركة المخاصمة لها و خصصت له راتبا شهريا، وفي هذه القضية اعتبرت المحكمة أن ذلك يشكل قرينة على روابط بين المحكم وهذا الطرف وأن المحكم كان يجب عليه أن يصرح عن هذه الروابط عند تسميته وألزمته بدفع تعويض للشركة على أساس الخطأ الذي ارتكبه (أحدب، 2008، صفحة 255).

الفرع الثاني: إخلال المحكم بالتزاماته كقاضي من نوع خاص

يترتب على التشابه بين مهمة القاضي والمحكم بأن قيام هذا الأخير بالإخلال بواجباته كقاضي خاص يؤدي إلى رفع الحصانة عنه كما هو الحال بالنسبة للقاضي الوطني (مجباس حسن، 2020، صفحة 130)، أي بعبارة أخرى أنه يجب على المحكم عدم القيام بأي فعل ينشأ عن تضليل أو احتيال مما يترتب عنه قيام مسؤوليته، وذلك لأن قيام المحكم بمثل هذه الأفعال يعد خيانة لمهمته كقاضي خاص، و التي تفرض عليه أن يتصرف وفقا لقواعد العدالة وأن يعامل الأطراف بمساواة وبالتالي فهو لا يستحق أن يتمتع بحماية تحت هذا الاسم (الحرباوي، 2019، صفحة 103).

وهنا تجب الإشارة أن القول بعكس ذلك يعتبر خروجا عن المألوف، فمن غير المعقول أن يمنح المحكم حصانة تفوق حصانة القاضي خاصة و أن أصل حصانة المحكم يرجع لحصانة القاضي كما أسلفنا القول، و في هذا الصدد نشير إلى أن الولايات المتحدة الأمريكية على الرغم من أنها تؤخذ بمبدأ الحصانة المطلقة للمحكم إلى أنها استثنت من هذا المبدأ حالتي الغش ونية الإضرار (أحدب، 2008، صفحة 355، 356) (مجباس حسن، 2020، صفحة 131).

بحيث يرجع السبب وراء ذلك كون أن المحكم الذي يقوم بخيانة مهمته وثقة الأطراف الذين عينوه لتولي مهمة الفصل في النزاع القائم بينهم ليس جديرا بأية حماية قانونية ومن حق الطرف المتضرر أن يطالبه بالتعويض تطبيقا لقواعد المسؤولية المدنية، فضلا عن إمكانية حرمانه من تقاضي أتعابه ومن تولي مهمة التحكيم مرة أخرى كجزاء تأديبي له.

كما لا يفوتنا أن ننوه لأمر مهم بشأن الحالات التي يرتكب فيها المحكم الأخطاء، فلا تترتب عنها مساءلته المدنية، فهناك حالات تصل إلى درجة التجريم مثل: في حالة تم تقاضي رشوة من طرف أحد المحتكمين، أو عند سرقة وثائق، أو تزويرها أو في حالة انشاء مراكز تحكيم وهمية لا وجود لها على أرض الواقع، أو في حالة تزوير محاضر من قبل محكمين بشأن وقائع حدثت بالفعل...الخ، وعليه يلاحظ من خلال هذه الأفعال السابقة أنها كلها تعتبر جرائم تعاقب عليها تشريعات الدولية، ويختص فيها القضاء الجزائي (العيساوي ح.، 2017، صفحة 137).

وفي الأخير نستخلص أنه بغض النظر عن نوع الحصانة التي يتمتع بها المحكم غير أنه توجد بعض الضوابط التي تجعله معرض للمسؤولية ورفع الحصانة في حالة إخلاله بها، وذلك باعتباره قاضي من نوع خاص، وقد اتفقت الأنظمة القانونية على هذه الضوابط بالرغم من اختلافها بشأن نوع الحصانة الممنوحة له.

الخاتمة:

يتضح من خلال دراستنا لمبدإ حصانة المحكم أن هذا المبدأ يحتل مكانة مهمة في التحكيم التجاري الدولي و يعتبر من المسائل التي أثارت العديد من إشكاليات قانونية، و ذلك نظرا لدوره في تحديد قابلية المحكم للتمتع بنفس الحصانة التي يتمتع بها القاضي استنادا لطبيعة الوظيفة القضائية التي يقوم بها، أو تحمله المسؤولية المدنية عن الأخطاء التي يرتكبها في الخصومة التحكيمية بالاستناد لوظيفته

المختلطة العقدية والقضائية، وقد انعكس هذا الأمر أيضا على مواقف التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية التي تباينت مواقفها بشأن هذا الموضوع.

وكذلك الأمر ينطبق على الصعيد العملي الذي بدوره لم يسلم من الصراع الذي عرفه هذا الموضوع وانعكس عليه الأمر، بين مراكز وهيئات تحكيمية تؤيد فكرة الحصانة وأخرى تعارض هذه الفكرة، غير أنه بالرغم من أهمية هذا الموضوع إلى أننا لاحظنا قصور تشريعي كبير بشأنه سواء تعلق الأمر بالمستوى الدولي،أو المستوى الوطني ذلك من خلال مسايرة المشرع الجزائري للتشريعات التي أغفلت تنظيم أحكامه بموجب منظومتها التشريعية الداخلية.

وبناء على ما تقدم استخلصنا من خلال هذه الورقة البحثية بعض النتائج التي سنتطرق إليها مشفوعة باقتراحاتنا قصد البحث والتعمق فيها بالدراسة لكل من يهمه الأمر.

بالنسبة **لنتائج** هذه الورقة البحثية فهي كالآتي:

- استخلصنا أن فكرة حصانة المحكم ارتبطت بمبدإ حصانة القاضي واستمدت تأصيلها منه، غير أن تطبيقه العملي لأول مرة كان بناء على سابقة قضائية ترجع للقاضي bovill، وأما بالنسبة لتكريسه التشريعي فقد تباينت مواقف التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية والأنظمة الأساسية للهيئات والمؤسسات التحكيمية بشأنه بين مؤيد لفكرة الحصانة ومنكر لها، في حين وجدنا أن هناك بعض التشريعات أخرى لم تتطرق إلى هذا الموضوع من أساسه.

- وتبين لنا أيضا أنّ المشرع الجزائري من التشريعات التي أغفلت تنظيم مبدإ حصانة المحكم ضمن منظومتها التشريعية الداخلية المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي، ونفس الأمر ينطبق على مدى تحمله للمسؤولية فهو لم ينظمها أيضا بموجب النصوص القانونية المتعلقة بالقواعد العامة للمسؤولية.

- وأخيرا استخلصنا أن حصانة المحكم بالرغم من أنها مستمدة من حصانة القاضي استنادا للوظيفة القضائية التي يقوم بها إلى أنها تتمتع بنوع من الخصوصية مقارنة بها، ويتجلى ذلك في عدة مظاهر منها:

*خصوصية معناها الذي ربطته أغلب التعريفات بطبيعة المهمة التي يقوم بها.

*وخصوصية أنواعها التي تبرز من خلال اختلاف وتباين الآراء بشأن نوع الحصانة التي يتمتع بها المحكم، وذلك بحسب طبيعة النظام المعتمد في كل دولة، فهناك أنظمة تقر بتمتع المحكم بالحصانة القانونية سواء كانت بشكل صريح أو ضمني والتي انقسمت بدورها بين أنظمة أنجلوأمريكية تؤيد فكرة الحصانة المطلقة، و أنظمة لاتينية تؤيد فكرة الحصانة النسبية أو المشروطة للمحكم، واتجاه آخر يرى بأنه يجب أن يتمتع المحكم بحصانة اتفاقية، والذي لاقى رواجا في المؤسسات والمراكز التحكيمية والدول التي تشهد منظومتها التشريعية غياب تام لتنظيم حصانة المحكم، في حين أن هناك اتجاه ذهب أبعد من ذلك ودعى بضرورة منح المحكم حصانة دبلوماسية.

*أما خصوصية ضوابط إعمال الحصانة فتظهر من خلال اتفاق أصحاب الاتجاهات السابقة في نقطة المتعلقة بهذا الأمر بالرغم من اختلافها ووضعهم لحالتين يترتب على الإخلال بهما من قبل المحكم

رفع الحصانة عنه وتحمله للمسؤولية، والمتمثلة في: حالة إخلال المحكم بالالتزام بالإفصاح، وحالة اخلال المحكم بالتزاماته كقاض من نوع خاص.

بالإضافة إلى ما تم التوصل إليه من نتائج سنقدم بعض **الاقتراحات** التي نختتم بها دراستنا لهذا الموضوع، أهمها:

1- يجب على المشرع الجزائري أن يسير على نهج بعض أنظمة التشريعية التي تعتمد نفس النظام القضائي أي بعبارة أخرى الأنظمة اللاتينية التي تؤخذ بفكرة المسؤولية المدنية وبعض الأنظمة المقارنة أي الأنجلوأمريكية و يحدد مدى تمتع المحكم بالحصانة بموجب نصوص قانونية، وذلك لوضع حد لتأويلات التي يشهدها هذا الموضوع، وحبذا لو ينص على نوع خاص من الحصانة تجمع بين حماية المحكم ومساءلته المدنية في حالة ارتكابه لأخطاء خاصة الخطأ الجسيم وسوء النية.

2- الدعوة لاستحداث اتفاقية دولية تنظم مبدأ حصانة المحكم بما يكفل حماية لحقوق المحكم والمحتكمين في نفس الوقت وتحقيقا للعدالة.

3- يجب على المشرع الجزائري سن نص قانوني خاص بالتحكيم التجاري الدولي يكون مستقلا عن قانون إجراءات المدنية والإدارية وجعله يتماشى مع التطورات الحديثة التي عرفها هذا المجال، وذلك في ظل القصور الكبير الذي يعرفه تنظيم القواعد المتعلقة بالتحكيم التجاري في قانون إجراءات المدنية والإدارية، فمن غير المعقول أن القانون منذ سنة 2008 إلى غاية 2021 لم تعدل أحكامه خاصة بعد التغييرات التي عرفتها هذه الفترة وظهور معها ما يعرف بالتحكيم الالكتروني.

4- يتعين على المشرع الجزائري إلى غاية تعديل قانون إجراءات المدنية والإدارية أو إصدار قانون مستقل للتحكيم التجاري الفصل في موضوع حصانة القاضي، وذلك حتى يتم الاستناد إليها لتحديد مدى قابلية المحكم للتمتع بالحصانة في ظل الوظيفة القضائية التي يمارسها كما هو معمول به في بعض التشريعات المقارنة.

الإحالات والمراجع:

1. ابراهيم كراف. (2003). الحصانة القانونية الموسوعة العربية. تاريخ الاسترداد 14 08، 2020، من http://arab-ency.com.
2. أحمد عبد الكريم سلامة. (2014). قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، تنظير وتطبيق مقارن (الإصدار 1). مصر: دار النهضة العربية.
3. أريج عبد المنعم. (2019). أنواع حصانة المحكم في التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، مجلة الدراسات البصرة، العراق. (31).
4. أريج عبد المنعم. (2019). حصانة المحكم في التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير غير منشورة، تخصص قانون خاص. كلية القانون، العراق: جامعة البصرة.
5. السيد البحيري. (2020). آثار خصوصية التحكيم على صلاحية المحكم (الإصدار 1). مصر: دار النهضة العربية للنشر.

6. أمر رقم 154/66. (8 يونيو، 1966). متضمن قانون إجراءات مدنية. ج ر ج ج عدد 47، صادر بتاريخ 9 يونيو 1966 (ملغى).
7. أمر رقم 58/75. (26 ،9، 1975). متضمن القانون المدني الجزائري. ج ر ج ج عدد 78، صادر بتاريخ 1975/9/30، معدل ومتمم.
8. تجارية، و عصام حنفي. (25 ،11، 2009). المركز القانوني للمحكم ومسؤوليته في القانون العماني. تاريخ الاسترداد 15 ،04، 2020، من www.scribd.com.
9. حسينة شرون. (2018). الحصانة البرلمانية. مجلة المفكر، 5(5).
10. حسين العيساوي. (2017). الحصانة القضائية للمحكم بين الإطلاق والتقييد، دراسة مقارنة. مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، 2(4).
11. حسين العيساوي. (2015). الدفع بالحصانة القضائية والحصانة التنفيذية أمام القاضي والمحكم، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون. كلية الحقوق، الجزائر: جامعة الجزائر 1.
12. حفيظة السيد حداد. (2007). الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي. لبنان: منشورات الحلبي الحقوقية.
13. خالد محمد الفاضي. (2002). موسوعة التحكيم التجاري الدولي (الإصدار 1). مصر: دار الشروق.
14. خيري عبد الفتاح السيد الباتوني. (2013). مفهوم المحكم في التحكيم التجاري الدولي. مصر: دار النهضة العربية .
15. سناء المرسني. (2013/2012). حصانة المحامي، محاضرة ختم التمرين. تونس: الهيئة الوطنية للمحامين.
16. شادية رحاب. (2006). الحصانة القضائية الجزائية للمبعوث الدبلوماسي، دراسة نظرية وتطبيقية، أطروحة دكتوراه دولة، تخصص علوم قانونية. كلية الحقوق والعلوم السياسية، باتنة: جامعة الحاج لخضر.
17. طبيشات بسام مصطفى عبد الرحمان. (2018). الحصانة القضائية للمحكم التجاري من المسؤولية المدنية بالمقارنة مع حصانة القاضي. مجلة كلية العلوم القانونية والسياسية، 7 (24).
18. عبد الحميد أحدب. (2008). موسوعة التحكيم، التحكيم الدولي، الكتاب الثاني (الإصدار 3). بيروت، لبنان: منشورات الحلبي الحقوقية.
19. عبد العزيز بن أحمد بن محمد الصقري. (2011). نطاق الحصانة القضائية من حيث الأشخاص والجرائم والإجراءات والمكان والزمان. تاريخ الاسترداد 30 ،6، 2020، من www.admincourt.gov.com.
20. عماد طالب صادق الحرباوي. (2019). دور المحكم في حل النزاعات، مذكرة ماجستير، قانون خاص. كلية الحقوق، لبنان: الجامعة الاسلامية.
21. فتحي الوالي. (2007). قانون التحكيم في النظرية والتطبيق (الإصدار 1). مصر: منشأة المعارف.
22. قانون التحكيم الاسباني. (1988).
23. قانون التحكيم الانجليزي. (1996).
24. قانون المرافعات المدنية النمساوي . (1996).
25. قانون رقم 10/05. (20 يونيو، 2005). متضمن القانون المدني. ج ر ج ج عدد 44، صادر بتاريخ 26 يونيو 2005.
26. قانون رقم 09/08. (25 ،02، 2008). متضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية. ج ر ج ج عدد 21، صادر بتاريخ 23 أفريل 2008.

27. قانون عضوي رقم 11/04. (6 سبتمبر، 2004). متضمن القانون الأساسي للقضاء. ج ر ج عدد 57، صادر بتاريخ 8 سبتمبر 2004.
28. قانون عضوي رقم 21/89. (12 ديسمبر، 1989). متضمن القانون الأساسي للقضاء. ج ر ج عدد 53، صادر بتاريخ 13 ديسمبر 1989 (ملغى).
29. كاظم كريم علي، و رؤى عبد الستار صالح. (2017). شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية في القانونين الانجليزي والعراقي.مجلة العلوم القانونية، 32 (1).
30. ماجد مجباس حسن. (2020). المركز القانوني للمحكم، دراسة مقارنة (الإصدار 1). بيروت، لبنان: منشورات الحلبي الحقوقية.
31. ماهر محمد حامد. (2011). النظام القانوني للمحكم في التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة. مصر: دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والربماجيات.
32. محمد السعيد السمهوري. (2014). مسؤولية المحكم المدنية عن أعمال التحكيم، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، الأردن: جامعة عمان العربية.
33. محمد بن منظور الإفريقي المصري. (1999). لسان العرب (الإصدار 3، المجلد 3). دار إحياء التراث العربي.
34. محمد يحي أحمد عطية. (د.س.ن). حياد المحكم ونزاهته كأساس لعدالة حكم التحكيم. تاريخ الاسترداد 18 4، 2020، من jfslt.journals.ekb.eg.
35. مرسوم تشريعي رقم 09/93. (25 4، 1993). متضمن قانون إجراءات مدنية . ج ر ج عدد 27، صادر بتاريخ 1993/04/27. (ملغى).
36. مرسوم رئاسي رقم 346/95. (30 10، 1995). متضمن المصادقة على اتفاقية واشنطن لتسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى والمنشئة للمركز الدولي cirdi. ج ر ج عدد 66، صادر بتاريخ 1995/11/15.
37. مصطفي ناطق صالح مطلوب الناصري. (2012). المحكم التجاري الدولي، دراسة مقارنة (الإصدار 1). العراق: المكتب الجامعي الحديث.
38. ناصر محمد الشرمان. (2015). المركز القانوني في التحكيم التجاري الدولي (الإصدار 1). مصر: مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع.
39. نوال زروق. (2015). الرقابة على أعمال المحكمين في ظل التحكيم التجاري الدولي، أطروحة دكتوراه، قانون خاص. كلية الحقوق والعلوم السايسية، الجزائر: جامعة محمد لمين دباغين سطيف 2.
40. نوال زروق. (18 6، 2014). مسؤولية المحكم. مجلة الآداب والعلوم الإجتماعية، 11(1).
41. وفاء فاروق محمد حسني. (2008). مسؤولية المحكم دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه. كلية الحقوق، مصر: جامعة عين الشمس.
42. *al khataibeh, o., & zahdeh, j. (2013). the civilian and judicial immunity arbitrator resbonsibilities. international affairs and global strategy. 16.*
43. *Fouchard, P., Gaillard, E., & Goldman, B. (1996). traité de l'arbitrage commercial international. paris: delta, liban, litec.*
44. *Najjar, I. (2008, 04 30). Immunity of the arbitrator. sixteen annual conference of the international comercial arbitration research . faculty of law, emirates: emirates university.*
45. *yves sorrente, j. (2007, 10 10). la respensabilité de l'arbitre, thése de doctorat en droit des affaires. droit, lyon 3: université jean moulin.*