الحيدة شرط لاختيار المحكم

*سالم خلف أبو قاعود**

ملخص

تتناول هذه الدراسة موضوع حيدة المحكم شرطاً لاختياره ضمن أعضاء الهيئة التحكيمية، سواء من حيث مفهوم تلك الحيدة، وأهمية شرط الحيدة سواء قبل قبول المحكم لمهمته أو بعد قبولها، بالنسبة لكل من المحكم الرئيس وأعضاء هيئة التحكيم.كل ذلك من خلال آراء فقهاء القانون وأحكام المحاكم وهيئات التحكيم في كل من الأردن ومصر وبعض الدول الأجنبية، ولذلك قسمت الدراسة إلى ثلاثة مباحث، وتنتهي بخاتمة تبين أهم النتائج والتوصيات التي توصلت إليها.

الكلمات الدالة: المحكم، الحيدة، الهيئة التحكيمية، القانون الأردني، القانون المصري.

المقدمـــة

أولاً: تحديد مشكلة البحث.

المحكم شخص طبيعي يتولى مهمة الفصل في النزاع للتحكيم، وإصدار القرار التحكيمي، ومهمته التحكيمية ذات طبيعة خاصة مغايرة عن مهمة القضاء، ولابد أن تتوافر فيه شروط شخصية وموضوعية من أجل تحقيق غاية التقاضي، وهى تطبيق العدالة، بغية اقتراب الحقيقة القانونية التي تتمثل في الحكم التحكيمي، من الحقيقة الواقعية للخصوم. ومن أهم الشروط الشخصية التي يجب أن تتوافر فيه:الحيدة، وتلك الحيدة تستلزم البحث داخل ضمير المحكم، من خلال مظاهر خارجية ملموسة.

ثانيًا: تحديد فرضيات البحث

تدور فرضيات البحث حول ماهية حيدة المحكم، ومدى أهمية شرط حيدة المحكم قبل قبول المهمة وبعدها؟ ومدى أهمية هذا الشرط بالنسبة لمحكم الرئيس وأعضاء الهيئة؟

ثالثا: أهمية البحث

الأنظمة الداخلية لمراكز أو هيئات التحكيم والتشريعات الوطنية تحدد إجراءات وقتية لتفادى مخالفة ضمانات الحيدة الواجب توافرها في المحكمين، سواء وقت اختيارهم، أو فيما بعد اختيارهم، منها ردهم، وتبديلهم، لإخلالهم بواجباتهم الوظيفية، حيث يجوز للمتضررين من تصرفات المحكمين اللجوء إلى قضاء الدولة. في حالة ثبوت المسؤولية القانونية لهؤلاء، الأمر الذي يتطلب توقيع الجزاءات من جهتين:أولاهما، مراكز التحكيم التي يتبعونها لها، أو التي صدر أو يصدر عن طريقها حكم التحكيم، وثانيهما قضاء الدولة التي ينتمى إليها المدعى، أو قضاء الدولة التي يحمل المحكم المدعى عليه رعويتها، أو قضاء الدولة التي يوجد بها مركز التحكيم المختص بالفصل في النزاع بين الأطراف (المادة (8) من قانون التحكيم الأردني رقم (31) لسنة 2001).

رابعًا: منهجية البحث

يتبع هذا البحث المنهج الوصفي Descriptive Method الذي يهدف إلى جمع الحقائق والبيانات عن ظاهرة أو موقف معين، مع محاولة تفسير هذه الحقائق تفسيرًا كافيًا، بالإضافة إلى المنهج التحليلي Method Analysis بمناسبة عرض موضوع" حيدة المحكم بين المقتضيات الموضوعية والشخصية، كما اعتمد البحث على المنهج المقارن Method المشرعين وشروح الفقه وأحكام المحكمين ومواقف قضاء الدولة ذات الصلة بموضوع البحث في بعض الدول العربية والأجنبية.

خطة البحث

سوف يتم تقسيم البحث إلى ثلاثة مباحث على الوجه التالى: المبحث الأول: مفهوم حيدة المحكم كشرط لاختياره، أما المبحث الثاني فيعرض: أهمية شرط حيدة المحكم قبل قبول المهمة وبعدها، بينما يتناول المبحث الثالث: أهمية شرط حيدة المحكم الرئيس وأعضاء هيئة التحكيم.

* هيئة مكافحة الفساد، الأردن. تاريخ استلام البحث 2015/2/12، وتاريخ قبوله 2015/10/1.

© 2015 عمادة البحث العلمي/ الجامعة الأردنية. جميع الحقوق محفوظة.

المبحث الأول

مفهوم حيدة المحكم كشرط لاختياره

الحيدة حالة نفسية قوامها مجموعة المفاهيم والقناعات التي تستقر في ضمير القاضي أو المحكم، وتشكل فكرته عما هو حق أو عدل، دون ميل أو هوى (القصاص، 1998م)، ومضمونها عدم الميل إلى جانب أحد الخصمين، وهو مطلوب في المحكم على ضوء المهمة التي يتولاها (الكردي، 2003)، وعرفتها محكمة استئناف القاهرة بأنها:"ميل نفسي أو ذهني للمحكم لصالح أو ضد أحد أطراف النزاع؛ بحيث يرجح معه عدم استطاعته الحكم بغير ميل أو هوى لأحد أطراف النزاع أو ضده، بيد أنه يجب أن تكون العداوة أو المودة شخصية ومن القوة بحيث يستنتج منها قيام خطر عدم الحيدة عن إصدار الحكم" (ح استئناف القاهرة، 2004).

وعلى اعتبار أن التحكيم قضاء، فإنه لا يجوز أن يعين محكمًا من كانت له مصلحة في النزاع يخشى معها عدم حياده (غسان، 2004)، فالمحكم مثله مثل القاضي، يلتزم بالحياد التام بين أطراف الخصومة التحكيمية منذ بداية الخصومة وأثناء سيرها حتى نهايتها بإصدار قراره فيها، ويتمثل حياد المحكم في عدم الانضمام أو الانحياز إلى أحد طرفي الخصومة أو يوجهه إلى كسب الدعوى حتى ولو كان صاحب حق، وقد عبرت نماذج بعض العقود عن ذلك بعبارات متباينة: منها ضرورة انتفاء المصالح الاقتصادية في شؤون البترول، وضرورة عدم وجود صلة بأطراف النزاع (زغلول، 1984).

وهنا لابد أن نشير إلى أن البعض يفرق بين مبدأ حياد المحكم، ومبدأ حيدة المحكم، حيث يرى أن المبدأ الأول يعنى: ألا تكون له عند مباشرته وظيفته مصلحة ذاتية، قد يميل إليها، وتؤثر في تقديره على نحو أو على آخر، على حساب التطبيق الموضوعي المتجرد فرادة القانون، وسند هذا الاتجاه أن الحياد يعنى تجرد القاضي من أية ضغوط داخلية تمليها عليه مشاعره الخاصة (ضغوط معنوية)، أو مصالح مادية ذاتية (ضغوط مادية) تحيد به عن التطبيق القانوني الصريح (القطاونة، 2011)، ودون محاباة لأحد الطرفين على حساب الآخر (دويدار، 2009).

بينما مبدأ حيدة المحكم يشتمل على معنى أعمق وأشمل، ويمتد إلى روح القضاء وهى النزاهة، وفارق التمييز بينهما أن مبدأ الحياد يرتبط بآلية الوظيفة القضائية، بينما حيدة القاضي تتعلق بأخلاقيات الوظيفة القضائية التي تقوم على فكرة التجرد من الأهوال والميول، وعدم التحيز إلى أحد الخصوم على حساب الخصم الآخر رغبًا أو رهبًا، والتشبث بأهداب الموضوعية في الحكم والاستقامة في السلوك (النمر، د.ن).

ويرى الباحث أن فارق التمييز بين حياد المحكم، وحيدة المحكم ليس بكبير، إذ أن جوهر الأمرين كليهما هو عدم الميل إلى أحد الخصوم، وكل ما هناك أن مظاهر مخالفة مبدأ الحياد قابلة للإثبات، ولها نصوص قانونية تنظمها، بينما مظاهر مخالفة الأخلاقيات يصعب إثباتها، وغالبًا ما لا يجد القاضي نصوصاً تجرمها، فهناك ما يعرف بإحالة القضاة إلى لجنة الصلاحية لمجرد الشبهة (سلامة، 2006).

وعلى كلٍ فإن التزام المحكم بالحياد نظمته المادة (11) من قواعد اليونستيرال للتحكيم بصيغتها المنقحة في عام 2010 على أنه: "عند مفاتحة شخص ما بشأن احتمال تعيينه محكمًا، يفصح ذلك الشخص عن أى ظروف يحتمل أن تثير شكوكًا لها ما يبررها بشأن حياده واستقلاله، ويفصح المحكم منذ وقت تعيينه وطوال إجراءات التحكيم للأطراف ولسائر المحكمين دون إبطاء عن أي ظروف من هذا القبيل، ما لم يكن قد أعلمهم بها من قبل"، وكذلك المادة (2/14) من اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري لعام 1987 التي تنص على أن:"يؤدي المحكمون قبل مباشرة مهامهم اليمين التالية أمام رئيس المركز أو من ينيبه) أقسم بالله العظيم أن أحكم بالعدل وأن أراعي القانون الواجب التطبيق وأؤدي مهمتي بأمانة ونزاهة وتجرد)".

وهى نفس الأحكام الواردة بالتشريعات الوطنية، ومنها على سبيل المثال المادة (15/ج) من قانون التحكيم الأردني التي تنص على أن:" يكون قبول المحكم القيام بمهمته كتابة، ويجب عليه ان يفصح عند قبوله عن أي ظروف من شأنها إثارة شكوك حول حيدته واستقلاله"، وهو نفس الحكم الوارد بالمادة (3/16) من قانون التحكيم المصري التي تنص على أن: " يكون قبول المحكم القيام بمهمته كتابة، ويجب أن يفصح عند قبوله عن أية ظروف من شأنها إثارة شكوك حول استقلاله أو حيدته".

ويستخلص من تلك الأحكام التشريعية، أن: تشكيل هيئة التحكيم من محكمين تشير الدلائل على عدم حيدهم أو ارتباطهم بعلاقات مع الأطراف تؤثر في استقلالهم، ينطوي على مخالفة للقانون، تجيز ردهم، والطعن على الحكم الذي أصدره بالبطلان (القصاص، 1998).

كما أن لوائح مراكز وهيئات التحكيم الأجنبية والإقليمية، تحرص على إظهار أن المحكمين المدرجين بقوائمها يتمتعون بالحيدة والاستقلال والنزاهة، منها على سبيل المثال: المادة (1/7) من لائحة تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس لعام 1998 التي تقرر أنه: "يجب أن يكون المحكم ويظل مستقلاً عن الأطراف في القضية"، بينما تقرر الفقرة الثانية من نفس

المادة" على المحكم قبل تعيينه وتثبيته أن يوقع على إعلان استقلاليته".

وصفوة القول أن حياد المحكم هو جوهر عملية التحكيم، وهو ما يثير بعض الأسئلة ذات الصلة:

التساؤل الأول: ما هى المدة الزمنية التي يتعين على المحكم خلالها الابتعاد عن كل ما يخالف مبدأ الحياد؟ وعلة هذا التساؤل أن اتفاق التحكيم يبرم عادة وقت إبرام العقد التجاري، أى قبل نشوب النزاع، حيث يأتى شرط إحالة النزاع إلى التحكيم، متضمنًا مركز تحكيم معين، وهذا الأخير هو الذي يختار المحكمين.

يرى الباحث أن حياد المحكم، مطلوب بمجرد تكليفه بمهمة التحكيم، ويقتصر هذا الالتزام فقط، على النزاع الذي ينظره، ويستمر إلى حين صيرورة حكم التحكيم، أو بمعنى آخر إلى حين وقت انقطاع صلة المحكم بالحكم التحكيمي، وهذا ما بينته محكمة استئناف باريس حينما قضت بأن على المحكم أن يدرك أنه قاض، وليس وكيلاً عمن اختاره، وأنه بمجرد توقيع عقد التحكيم، وتوقيع مستند قبول المهمة، ينفصل عمن اختاره، كما يتعين عليه العلم بأن تعيينه ليس تصرفاً فردياً، وإنما يكون بناء على إرادة الأطراف المتنازعة (Cass, Civ.14 nov, 1990).

ومن المعلوم أن هيئة التحكيم تنقطع صلتها بحكم التحكيم، ليس من وقت إصداره فقط، بل من وقت تصحيح الأخطاء المادية والحسابية التي قد تشوبه، بينما لا صلة لها به في حالة رفع أحد الخصوم دعوى بطلان أمام قضاء الدولة.

وبعض الأنظمة مثل نظام التحكيم التجاري لهيئة التحكيم الأمريكية (AAA) حددت مدة الطعن استنادًا إلى مخالفة شرط الحياد برد المحكمين المختارين من قبل اللجنة الوطنية وعلى رئيس الهيئة التحكيمية بإثني عشر عامًا، بينما لا تشترط الحياد في المحكمين المختارين من الخصوم (قرار محكمة التمييز الأردنية، 2006)، وقضاء الدولة عندما يبحث بطلان حكم التحكيم لا يتعرض لسلطة المحكمين التقديرية، طالما لم تمس النظام العام، وفى هذا الشأن قررت محكمة التمييز الأردنية بأنه:" جرى الإجماع في الاجتهاد والفقه على أن دعوى بطلان حكم التحكيم ليس طعنًا بالاستئناف، فلا تتسع الدعوى لإعادة النظر في موضوع النزاع، وتعيب قضاء الحكم فيه، كما أنه ليس لقاضى دعوى البطلان مراجعة حكم التحكيم لتقدير ملاءمته أو مراقبة حسن تقدير المحكمين وصواب أو خطأ اجتهادهم في فهم الواقع وتكييفه أو تفسير القانون وتطبيقه ذلك لأن الرقابة المنصوص عليها في المادة (49) من قانون التحكيم الأردني لها صيغة شكلية؛ بحيث لا تنفذ إلى أصل النزاع، ولا تسلط المحكمة رقابة على كيفية تأويل هيئة التحكيم للقانون، وكيفية تطبيقه؛ إلا أن ذلك مشروط بأن لا يكون هناك خرق لقواعد النظام العام" (المادة (132) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني رقم (24) لسنة 1988).

التساؤل الثاني: ما مظاهر مخالفة مبدأ الحياد؟، وعلى هذا التساؤل أن تلك المظاهر رغم التدخل التشريعي بشأن تحديدها إلا أن تلك الحالات وردت على سبيل الحصر، بينما تقدير ما إذا كان المظهر المطعون عليه مخالف لمبدأ الحياد من عدمه، يختلف من شخص لآخر حسب خبرته الشخصية (القصاص، 1998).

يرى الباحث أن مجرد الطعن على أي مظهر من مظاهر مخالفة مبدأ الحياد، لا يعنى صحة الادعاء، والبينة على المدعى، وموقف قانون التحكيم، تجاه تلك الإشكالية غير واضح، حيث جاء نص كل من المادة (1/12) من قواعد اليونسترال للتحكيم بصيغتها المنقحة في عام 2010، والمادة (1/18) من قانون التحكيم المصري والمادة (17/أ) من قانون التحكيم الأردني كالتالى: "لا يجوز رد المحكم إلا إذا قامت ظروف تثير شكوكاً حول حيدته واستقلاله".

ويستخلص مما سبق أن موقف المشرع، حول مخالفة مبدأ حياد المحكم، يفيد أنه تخلى عن تحديدها للفقه الذي اجتهد في استخلاص بعض المظاهر المادية منها على سبيل المثال: القرابة أو العمل كمستشار لأحد الخصوم أو علمه بظروف النزاع وأسبابه ومعطياته قبل وقوعه، مما يخرجه عن الواجب العام للقاضي في أن لا يحكم في النزاع بعلمه الشخصي (النمر، د.ن)، وإظهار المحكم للحماس لسماع أحد الأطراف، أو شهوده، أو استنكاره لإطالة أحد الخصوم لأمد النزاع، أو رفضه اعتراضات أحد الخصوم دون مبرر، أو استبعاد بعض المستندات التي يقدمها أحد الخصوم، أو تقديم دليل في الدعوى أو التدخل لإثبات واقعة لصالح طرف معين (سلامة، 2006)، بينما الحياد في حد ذاته مسألة نفسية كامنة داخل النفس البشرية.

وحلاً لتلك الإشكالية يرى البعض أنه في حالة تعيين محكم منفرد، أو محكم ثالث، فإنه يجب قدر الإمكان، أن يكون هذا المحكم، من جنسية غير جنسية الطرفين، ذاك لأنه من الناحية النفسية، بل والسياسية، تكون فرصة حياد المحكم وتجرده أكبر لو كان من دولة غير تلك الدولة التي تنتمي إليها الأطراف أو أحدها (Christna, 2010)، ولصعوبة وضع معيار محدد لمظاهر مخالفة المحكم لمبدأ الحياد، نهضت بعض التشريعات، إلى إلزام المحكم نفسه بالإفصاح دون تراخٍ عن كل ما يشوب حياده منها الفقرة الأخيرة من المادة (11) من قواعد اليونسترال المنقحة في عام 2010 – سالفة الذكر – التي تقرر

الآتي: "ويفصح المحكم منذ وقت تعيينه وطوال إجراءات التحكيم للأطراف ولسائر المحكمين دون إبطاء عن أي ظروف من هذا القبيل، مالم يكن قد أعلمهم بها من قبل".

وهذا الإلزام التشريعي غير منضبط، ويتعارض مع حقيقة الحياد باعتباره توجهاً نفسياً يصعب تحديده والجزم به (الجمل، 1997)، ولكن سير المحاكمة وتصرفات المحكمين قد تنبئ عنه؛ ذلك لأنه لا يترك للمحكم فرصة مراجعة تصرفاته المعلنة بالنسبة للخصوم، أو حتى مراجعة ما يدور في خلجات نفسه، فعلي سبيل المثال– أن مجرد الإيماءة أو البشاشة أثناء فترة إجراء التحكيم، قد تنطوي على مخالفة للمبدأ محل الحديث.

وهنا يثار التساؤل هل تجرد المحكم من شرط الحيدة، يجرده من وظيفة التحكيم؟، وعلة هذا التساؤل أن الشرط في اللغة هو إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه (لسان العرب، د.ن)، وهو مالا يتم الشيء إلا به ولا يكون داخلاً في حقيقته، وجمعه شروط وشرائط (المعجم الوجيز، 2000).وتفيد النصوص التشريعية واللائحية أن مجرد مخالفة المحكم عقب إبرام عقد الموافقة للشروط الشخصية الواجب توافرها فيه، لا تجرده من صفة المحكم، وإنما يعاقب عن هذا التصرف طالما كان تصرفه مصحوبًا بإرادة واعية وقوام الرضا سواء في مستند قبول المهمة أو مخالفة شروط الحيدة هو الإرادة، وقد يتضمن هذا الرضا فضلاً عن إرادة إبرام عقد قبول المهمة، تحديد مضمون العملية القانونية موضوع العقد، ويتحقق ذلك إذا حدد الطرفان الآثار التي يريدان ترتيبها على تعاقدهما من حقوق والتزامات، ومع ذلك فإن مثل تلك الاشتراطات ليست ضرورية، لأن العقد ينعقد ولو اكتفى الأطراف بإظهار موافقتهم على إبرام العقد، وتم تحديد مضمونه بإرادة شخص آخر، أو بإرادة المشرع (شنب، 1999).

والأصل المعتبر في إبرام عقد قبول المهمة هو إرادة المحكم، بحيث يتعاقد هذا الشخص بنفسه، ومع ذلك يجوز إتمام التعاقد بطريق النيابة (وذلك عندما يصدر عن مركز التحكيم موافقة بإدراج النزاع ضمن جدول لجانه التحكيمية)، ومن باب أولى يجوز التفاوض بطريق النيابة، وقوامها اتجاه إرادة شخص إلى إبرام عقد لا لحسابه الخاص بل لحساب الغير (السنهوري، 1981).

وعناصر الرضاء هما الإيجاب والقبول وكل من هذين العنصرين لا يكفى وحده لإنشاء عقد قبول المهمة، بل لا بد أن يتلاقيا، ويترتب على ذلك نتيجتان: الأولى: أنه إذا لم يقترن القبول بالإيجاب، فإننا لا نكون بصدد عقد، ولو كان هناك إيجاب قائم لم يسقط (زهو، 2005)، الثانية: أن من وجه إليه الإيجاب مخير بين قبوله ورفضه (شنب، 1999).

ويقصد بالإيجاب وكما عرفته محكمة النقض المصرية:" العرض الذي يعبر به الشخص الصادر منه على وجه جازم عن إرادته في إبرام عقد معين، بحيث إذا اقترن به قبول مطابق له انعقد العقد" (نقض مدني م 1969)أما القبول فيقصد به في اللغة: الرضا بالشيء وميل النفس إليه (المعجم الوجيز، 2000)، وفى الاصطلاح يعنى الموافقة على إنشاء العقد بناء على الإيجاب، والغالب أن صدور القبول يتأخر عن صدور الإيجاب، ولذلك يعرف القبول بالإرادة الثانية في حين يطلق على الإيجاب الإرادة الأولى (شنب، 1999).

وسواء كانت الإرادة متعلقة بالإيجاب أو بالقبول، فلا بد من التعبير عنها صراحة أو ضمنًا، وهذا مما تقرره غالبية التشريعات، ومنها على سبيل المثال: قانون التحكيم الأردني، حيث تنص المادة (15/ج) منه والمادة (16) من قانون التحكيم المصري على أن:« يكون قبول المحكم القيام بمهمته كتابة، ويجب عليه أن يفصح عند قبوله عن أي ظروف من شأنها إثارة شكوك حول حيدته واستقلاله »، كما يتعين أن تكون إرادة المحكم خالية من العيوب كالغلط والإكراه والتدليس والاستغلال (يحيى، 1990)، وإلا جاز له الدفع بعدم صحة توقيعه على مستند قبول المهمة، ومن ثم تخفيض كل من حجم مسئولية مخالفته شروط الحيدة، والعقاب المقرر لتلك المخالفة، وخصوصًا ما يتعلق برده وتجريده من مهنة التحكيم.

المبحث الثاني

أهمية شرط حيدة المحكم قبل قبول المهمة وبعدها

أن معايير حيدة المحكم قبل قبول مهمة التحكيم، مغايرة لمثيلتها بعد قبول المهمة وطوال مرحلة إجراء التحكيم، ويتضح ذلك في نقطتين:

النقطة الأولي: أهمية شرط حيدة المحكم قبل قبول مهمة التحكيم.

شرط حيدة المحكم مطلوب توافره قبل قبول المحكم لمهمته؛ وذلك على أساس أنه صورة من صور تطبيقات العدل؛ ولذلك يتعين على المحكم عليه قبل قبول مهمة التحكيم، الإطلاع على ملف كامل بالقضية المكلف بها، مع الالتزام بالإفصاح عن الظروف التي تؤثر في حيدته؛ وبيان ذلك كالتالي:

1. التزام المحكم بالإطلاع على ملف الدعوى.

يتعين على المحكم عليه قبل قبول مهمة التحكيم، الإطلاع على ملف كامل بالقضية المكلف بها، وعلى أطراف النزاع، ويجب أن تكون هناك فترة زمنية بين تسليمه الملف وتوقيعه على مستند القبول، وبناء عليه فإن توقيع المحكم على مستند القبول دون إطلاع، يعتبر تصرفاً خاطئاً يستلزم محاسبته، وفقًا

لأحكام القانون، وخصوصًا قاعدة كل من أخطا يلتزم بالتعويض، على أساس أن هذا التصرف ينطوي على إهمال بين لا يقتصر على مجرد توقيع العقاب، بل يعتبر قرينة على رعونة المحكم، ونيته على الإضرار بأحد الخصوم، وتلك النتيجة تثير مشكلة تحديد هوية الخصم المكلف بالإثبات، وكذلك إثبات المسئولية العقدية.

ومن المتفق عليه أن المحكمين من ذوي الخبرة، تكون لهم آراء قد تحول دون وجهة نظر محايدة في القضايا المنظورة أمام هيئات التحكيم، ومهمة الكشف عن ذلك يتحملها مركز التحكيم الذي عين هذا المحكم (Merit Ins, 1983) مثال يكون المحكم قد أعرب علنا في المقالات والمقابلات أو الخطابات عن رأيه في النزاع المثار بين الخصوم، كما لو أفصح عن رأيه نحو السياسات الخاصة بحكومات الدول المتقدمة أو الدول النامية (Ronnie, 2005)

وهنا يرى البعض أن التحكيم في مجال الاستثمار (ICSID) يختلف عن التحكيم التجاري الدولي.لأن التحكيم الأول يميل إلى أن يكون أكثر انفتاحا على الجمهور من التحكيم التجاري ويحتمل أن تكون له أبعاد سياسية واقتصادية للدولة المدعى عليها (James، 2013)، ولذلك يثار التساؤل عن مدى إعمال شرط استقلال المحكم أو نزاهته في هذا التحكيم؟ الأصل في هيئة التحكيم أنها محايدة ويجب على كل أعضائها الكشف عما يثير الشكوك حول حيدتهم، ومع ذلك فقد عمدت رابطة المحامين الأمريكية في الجزء الأول من المبادئ التوجيهية IBA بعملية التحكيم الاستثماري، فيما يتعلق بمؤهلات المحكمين، وواجب الإفصاح، وعملية صنع القرار وتلك المبادئ يطبقها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار وغرفة التجارة الدولية (ICC) وغرفة تجارة ستوكهولم (SCC).

2. التزام المحكم بالإفصاح عما يشوب حيدته.

يقصد بهذا التزام مبادرة المحكم بإحاطة الأطراف بصلته السابقة أو الحالية بموضوع النزاع أو بأطرافه أو بممثليهم أو ذويهم وبكل ما من شأنه أن يثير الشك حول حديته، وهذا الالتزام يعتبر بمثابة اختيار لضمير المحكم، ويعد من الالتزامات الجوهرية بنص القانون، ويقع عليه عبء الإفصاح بمجرد علمه باختياره لمهمة التحكيم، حتى ولو لم يطلب منه الخصوم ذلك (العوا، 2007).

وبسبب أهميته يتعين ان يتم الإفصاح كتابة، وغالباً ما يكون لدى مراكز التحكيم نموذج خاص بإفصاح المحكم عما يشوب حيدته، بينما الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية لا تشترط أن يتم الإفصاح كتابة، وبناء عليه يجوز التعبير عن ذلك صراحة أو ضمنًا (غستان، 2000).

والنوع الأول يتحقق بأى لفظ يفيد وجود علاقة مسبقة سواء تم مباشرة عن طريق الهاتف وغيره من وسائل الاتصال الحديثة أم غير مباشر عن طريق شخص ثالث، أما التعبير الضمني فيتحقق في حالة ما إذا كان المظهر الخارجي الذي ظهرت به الإرادة لا يدل بذاته على المعنى المقصود، ولكن ظروف الحال تنبئ عن أن الإرادة قصدت هذا المعنى، مثال ذلك: عدم اعتراض الخصم على تصريح المحكم قبل قبول المهمة، كما أن هذا التعبير بكافة الوسائل، ومنها: الكلام (الألفاظ)، وهذا الكلام له ثلاث صيغ أولاها: صيغة الماضي، وثانيتها: صيغة الحاضر، وثالثتها: صيغة المستقبل (المعجم الوجيز، 2000).

وعلى كلٍ يرى البعض أن هذا الالتزام يمتد إلى كافة علاقات المحكم السابقة والحالية بأطراف النزاع أو ممثليهم ومساعديهم وأقاربهم ووكلائهم، وأيا كانت طبيعة تلك العلاقات سواء كانت مهنية أم مالية أم اجتماعية (عبد الرحمن، د.ن، البيطار، 2005).

وهذا التوسع في رأى الباحث غير مطلوب لأنه لا يحدد مدة انتهاء ولاء المحكم بالخصوم، عكس ما تنادى به التشريعات الأجنبية مثل نظام جمعية التحكيم الأمريكية (AAA) التي حددت تلك المدة بأثنى عشر عامًا (م (34) من كود أخلاقيات 2004 الأمريكية AAA)، ذلك لأن تلك المدة تكفى لكى ينسى المحكم وجود علاقة بينه وبين هؤلاء، وعلة ذلك أن المحكم نفسه غير مكلف بتدوين علاقاته المسبقة في أجندة خاصة أو أرشيف شخصي، لأن الله لا يكلف نفسًا إلا وسعها. ويكفى أن يكون تقدير أثر تلك العلاقة من اطلاقات قاضى النزاع، وهذا التقدير حتمًا يختلف من حالة لأخرى (Nathalie, 2011; Ronnie, 2005).

ويرى البعض الآخر أن نطاق إفصاح المحكم يقتصر على الأمور التي لا يعرفها أطراف النزاع، حيث يلتزم المحكم بالكشف عنها (يوسف، 2006) بينما لا يكون ملتزمًا بالإفصاح عن العلاقات التي تربطه بأحد الخصوم، طالما كانت معلومة على وجه اليقين لخصم الآخر (والي، 2014)، ومع ذلك يظل هذا المحكم ملتزمًا بالإفصاح حتى لا يؤثر ذلك في أتعابه المالية (Susan A, 2000).

وفى كل الأحوال يجب على المحكم الإفصاح طواعية عن وجود علاقة مع أحد الأطراف، سواء كانت مالية أو مهنية أو اجتماعية (Ronnie, 2005).

وهنا يثار التساؤل عن مدى التزام المحكم بالإفصاح عما يؤثر في حديته، في مواجهة الخصم الذي اختاره أو الذي يمثله؟ وعلة ذلك أن المشرع في كل من الأردن ومصر لم يتطرق إلى تلك النقطة، وأتى بنص مبهم عام هو المادة

(15/ج) من قانون التحكيم الأردني، والمادة (3/16) من قانون التحكيم المصري ونصهما كالتالي:" يكون قبول المحكم القيام بمهمته كتابة، ويجب عليه أن يفصح عند قبوله عن أي ظروف من شأنها إثارة شكوك حول حيدته واستقلاله".

يرى الباحث أن تطبيق هذا الشرط في القانون المقارن يقصر الالتزام على المحكم الذي له علاقة بأحد الخصوم، وذلك بالنسبة للخصم الذي لا يعلم بهذه العلاقة، وهذا يعنى أن نطاق الالتزام لا يمتد إلى كل من:

– الخصم الذي اختار المحكم لتمثيله في هيئة التحكيم.

– الخصم الذي يكون على يقين بوجود علاقة بين المحكم وخصمه، سواء كانت علاقة قانونية أو اجتماعية أو مالية أو عقائدية.

ولذلك يثار التساؤل التالي هل يعتد بالموافقة الضمنية على قبول المحكم المشوب بعيب يثير الشك حول حيدته، وعلة هذا التساؤل أن المشرع المصري لم يطلب من الأطراف المعارضين التعبير الصريح أو الضمني على قبول هذا المحكم؟

فمن المعلوم أن القبول نوعان صريح ويعبر عنه بالكلام أو بالإشارة بالنسبة للأخرس، وجوهر الأخير سكوت من وجه إليه الإيجاب وعدم تعبيره عن إرادته، السكوت خلاف النطق وقيل: سكت أى تعمد السكوت (لسان العرب، د.ن)، والسكوت عند العلماء وسيلة للقبول في أنواع معينة من العقود.ولا يصلح للتعبير عن الرضا في عقود أخرى، والقاعدة المستقرة أنه لا ينسب لساكت قول (م (67) أحكام عدلية، السنهوري، 1981)، ومن ثم لا يعد سكوت الخصم تنازلاً عن حقه في الطعن، وتلك الحالة لم يعالجها المشرع في كل من الأردن ومصر، ولذلك يطالب بعض العلماء – ونؤيده فيما ذهب إليه– أن على المشرع تنظيم كيفية الاعتراض على ترشيح المحكم قبل توقيعه على مستند قبول المهمة، وتحديد المدة التي يجب إبداء هذه الاعتراضات خلالها، والأثر المترتب على تقديم مثل هذه الاعتراضات (الأهواني، 2010، والى، 2014)

النقطة الثانية: أهمية شرط حيدة المحكم بعد قبول مهمة التحكيم.

استمرار التزام المحكم بشرط الحدية مطلوب إلى ما بعد توقيعه على مستند قبول المهمة، وإلى حين إصدار حكم التحكيم وتصحيحه إذا صدر مشوبًا بعيب مادى أو حسابي، وبناء عليه فإن مسئولية المحكم في تلك المرحلة مغايرة لمرحلة ما قبل قبول المهمة، ففى الأولى لا مسئولية قانونية على المحكم طالما لم يوقع على مستند القبول، بينما في المرحلة الثانية، يسأل عقديًا وتقصيريًا، عن مخالفة شرط الحيدة وعن الإخلال بواجب الإفصاح عما يشوب حيدته، ومن أهم النتائج التي تترتب على ذلك ما يلي:

1. تحديد درجة الخطأ المنسوب للمحكم.

فقه القانون التقليدي كان يكتفي لقيام المسئولية التقصيرية بوقوع خطأ ما أيا كانت قوته أو وصفه وحتى ولو كان يسيرا جدا، وبالنسبة لقيام المسئولية العقدية، كان يشترط أن يكون الخطأ علي درجة من الأهمية، بحيث يكتفى على الأقل بوقوع خطأ يسير في المسئولية العقدية؛ بينما لا مسئولية على المدين عن الخطأ اليسير جدا. أما الفقه الحديث فقد هجر هذا العنصر من عناصر التفرقة، حيث يرى أن المدين يلتزم عادة ببذل عناية الرجل المعتاد، وهذه العناية يبذلها في شؤونه الخاصة، وعلي ذلك يخضع تقدير الخطأ دائما لقاعدة واحدة بدون حاجة إلي التفرقة بين خطأ بسبب مخالفة التزام ناتج عن العقد وخطأ ناتج عن مخالفة التزام يأمر به القانون (BRUN، 1931)

وهنا يرى الباحث أن ما يأمر به القانون يكون واجب الإتباع، وخصوصًا إذا كان ما يقرره قاعدة قانونية آمرة، وليست مكملة، إذ أن القواعد الآمرة تتعلق بالنظام العام، ويتعين على القاضي والمحكم أن يحكم بها من تلقاء نفسه ولو لم يطلب الخصوم ذلك.

2. إعذار المحكم المخالف.

يشترط فقه القانون التقليدي في المسئولية العقدية قيام الدائن بإعذار المدين–أى مطالبته كتابة أو شفاهة بتنفيذ الالتزام الواقع على عاتقه–، فإذا لم يقم بذلك قامت مسئوليته والتزم بالتعويض، في حين أن الدائن في المسئولية التقصيرية ليس بحاجة لوضع مدينة في حالة أعذار وإنما تقوم مسئولية الأخير بمجرد إتيان الفعل المخالف للقانون، بينما الاتجاه الحديث لا يشترط إعذار المدين في كل من المسئولية العقدية أو التقصيرية (حسين، 2004).

حتى بالنسبة لتقادم الدعوى المترتبة على المسئوليتين أو جواز الاتفاق على التصالح بين الأطراف في النوعين، لا يصلحان للتمييز بينهما، فقد يتدخل المشرع ويقرر مدة واحدة لتقادم الدعويين.

3. تحديد هوية الخصم المكلف بالإثبات.

أن مجرد توافر قرينة عدم حيدة المحكم تنقل عبء إثبات عكسها إلى المحكم نفسه، وفى هذا الشأن القاضي عليه أن يسأل أولاً المدعى عن أدلته، قبل استجواب المدعى عليه، فإذا امتنع عن ذلك لم يقم باستجواب المدعى عليه، وإذا امتنع الأخير عن إقامة الدليل تعين على القاضي استمهاله (م (1/76) أصول المحاكمات المدنية الأردني، وتقابلها المادة (102) من قانون المرافعات المصري)

وفى كثير من الحالات يتم ترشيح محكمين يعملون في شركات محاماة تعمل في العديد من البلدان، ويصعب على الأطراف التمكن من إثبات وجود شكوك حول حيدته ونزاهته واستقلاله (Ronnie, 2005).

والأصل أن العبء في المسئولية العقدية يتحمله المدين أى المحكم، وفي المسئولية التقصيرية يتحمله الدائن أى الخصم المتضرر، بينما يرى البعض (PLANIOL, 1973) أنه ليس بالضرورة أن يكون المكلف بعبء الإثبات في المسئولية العقدية هو دائما المدين، كما أنه ليس بشرط أن يقع عبء الإثبات في التقصيرية على عاتق الدائن. بل قد توجد حالات– في إطار العلاقة العقدية– يكون فيها على الدائن إثبات تقصير المدين بالالتزام في التنفيذ، وأهمها حالات الالتزام العقدي بالامتناع عن عمل (مثال ذلك التزام المحكم بعدم مخالفة شرط الحيدة)، فإن الدائن بالالتزام هو الذي عليه إثبات الفعل الذي تمت به مخالفة الالتزام، وليس المدين فلا يعقل أن يكلف المدين بالتزام سلبي وهو الامتناع أن يقيم الدليل على الواقعة المادية أو الفعل الإيجابي الذي أتاه بالمخالفة للالتزام، وإنما المنطق يقودنا إلي أن الدائن هو المطلوب منه التدليل على هذه الواقعة أو ذلك الفعل ليثبت تقصير المدين وبناءً عليه يرى هذا الاتجاه أن عبء الإثبات لم يعد هو العنصر الذي يفرق بين النوعين من المسئولية. فلا يوجد في المسئولية العقدية خطأ وبالتالي لا يمكن الحديث عن خطأ ثابت أو مفترض، فالخطأ يندمج في عدم تنفيذ الالتزام، وهو ما يجب إثباته باستمرار من جانب الدائن، الذي يصل إليه من خلال إجراء مقارنة بين ما هو متفق عليه أو منصوص عليه وبين ما تم أو لم يتم من تنفيذ ليثبت بعد ذلك، ما إذا كان هناك تخلف للتنفيذ أو وجود تنفيذ جزئي أو معيب أو متأخر للالتزامات المفروضة، وهذا ما يؤدي إلي أن عبء الإثبات لا يصلح لأن يكون معيارا للتفرقة بين نوعي المسئولية؛ حيث يميز فقه النظام المقارن في هذا الصد بين ما إذا كان عدم تنفيذ الالتزام الإيجابي (القيام بعمل أو إعطاء شيء) كليًا أم جزئيًا، أو كان عدم تنفيذ الالتزام سلبي (الامتناع عن عمل) (SEGURK, 1954)

الحالة الأولي: عدم تنفيذ الالتزام الإيجابي كليًا.

فبالنسبة للأعباء الملقاة على شخص لصالح أخر، سواء بنص القانون (مسئولية تقصيرية) أو طبقا لاتفاق (مسئولية عقدية) فإن الدائن يكفيه إثبات وجود التزامه للحصول علي التعويض عن عدم التنفيذ الكلي لهذه الأعباء.

ويقع عبء الإثبات في هذه الحالة على المدين إذ يتعين عليه أن يثبت أداءه لما عليه من التزامات. أو يثبت أن هناك سببا أجنبيًا (قوة قاهرة) منعه من تنفيذها وليس له دخل فيه ولم يكن في إمكانه دفعه بالوسائل المتاحة لديه ولم يمكنه التحكم في الظروف الخارجية التي أعاقت الأداء. فإذا أثبت ذلك أعفي من المسئولية ويعتبر هذا نتيجة مباشرة لتطبيق نصوص النظام المدني في هذا الصدد (م (215) مدنىم، م (1351) ف).

مثال ذلك عقد (اتفاق قبول المهمة) المبرم بين المحكم ومركز التحكيم أو الخصم في دعوى تحكيمية، فهذا الأخير كل ما عليه هو تقديم ما يثبت الاتفاق، ويثبت أيضًا عدم تنفيذ المحكم لما تم الاتفاق عليه أو لما اشترطه القانون، والمحكم إذا أراد التخلص من المسؤولية الملقاة على عاتقه عليه أن يثبت تنفيذه للالتزام وأدنى صور ذلك إثبات سبق الإفصاح أو عذر مقبول كما لو قدم دليل على أنه كان يعتقد علم الخصم الآخر بوجود علاقة قانونية أو عقدية أو اجتماعية مسبقة بينه وبين الخصم الآخر.

الحالة الثانية: عدم التنفيذ الإيجابي جزئياً (تنفيذ معيب).

هنا تبدو الالتزامات وكأنها نفذت ولكن في حقيقة الأمر لا يوجد إلا تنفيذ جزئي أو أن الالتزام قد نفذ ولكن بطريقة معيبة وليس علي الوجه أو بالطريقة المتفق أو المنصوص عليها. ويستطيع الدائن (الخصم المتضرر) أن يثبت ذلك بالتدليل علي أن العمل أو الإفصاح الذي تم لم ينفذ بالكيفية المتفق عليها في العقد. فهنا يقع عبء الإثبات على عاتق الخصم المتضرر وليس المحكم (Cass – Civ, 1948-1947).

الحالة الثالثة: عدم التنفيذ السلبي (الامتناع عن عمل).

فهذا الالتزام له طبيعة خاصة؛ ففيه لا يكفي الدائن (الخصم المتضرر) إثبات وجود الالتزام وإنما عليه إثبات الفعل المضاد للالتزام أي إثبات الواقعة الإيجابية التي خالف بها المحكم (المدين) التزامه بالامتناع. مثال ذلك:لجوء المحكم إلى إقامة علاقة مع أحد الخصوم بعد توقيع مستند قبول المهمة.

وتعليقًا على ما سبق يرى الباحث أن مهمة قاضى الموضوع أو المحكم بشأن إثبات مدى التزام المحكم المخالف لقواعد القانون تختلف من حالة لأخرى، وتستلزم منه من أجل الوصول إلى الحقيقة البحث عن بواطن الأمور الخفية، والاعتماد على مختلف وسائل الإثبات، وهى الاستجواب والكتابة بنوعيها الرسمية والعرفية وشهادة الشهود (البينة) واليمين والخبرة والقرائن بنوعيها القانونية والقضائية.

المبحث الثالث

أهمية شرط حيدة المحكم الرئيس وبقية أعضاء هيئة التحكيم

تنص المادة (2/8) من قواعد اليونسترال للتحكيم بصيغتها المنقحة في عام 2010 على أن:" تعين سلطة التعيين المحكم الوحيد بأسرع ما يمكن، وتتبع بشأن ذلك طريقة القائمة التالية"،

ويتم تعيين هذا المحكم الوحيد عن طريق إرسال قائمة من ثلاثة إلى الخصوم، حيث تنص المادة (2/8/أ) من ذات القواعد على أنه:" ترسل سلطة التعيين إلى كل واحد من الأطراف ثلاثة أسماء على الأقل"، كما تنص المادة (1/9) من ذات القواعد على أنه:" إذا أريد تعيين ثلاثة محكمين، فيعين كل طرف محكمًا واحدًا، ثم يختار المحكمان المعينان على هذا النحو المحكم الثالث الذي يتولى رئاسة هيئة التحكيم"، بينما تنص (3/9) على أنه:" إذا انقضى 30 يومًا على تعيين المحكم الثاني دون أن يتفق المحكمان على اختيار المحكم الرئيس، تولت سلطة التعيين تعيين المحكم الرئيس بالطريقة نفسها المتبعة في المادة8".

ونفس الأحكام تقررها المادة (18) من اتفاقية عمان للتحكيم؛ حيث تنص على أنه:

"1. إذا لم يعين طالب التحكيم المحكم الذي يختاره في طلبه يتولى المكتب تعيين المحكم من القائمة خلال مدة أسبوع من تاريخ وصول الطلب.

2. إذا لم يعين المطلوب التحكيم ضده محكمه خلال الثلاثين يوماً المنصوص عليها في المادة السابقة تولى المكتب تعيينه من القائمة.

3. يدعو رئيس المركز الطرفين إلى الاتفاق على محكم ثالث من القائمة يكون رئيساً لهيئة التحكيم وذلك بعد أن يتم تعيين المحكمين على أن يتم ذلك خلال ثلاثين يوماً من تاريخ الدعوة وفي حالة عدم إتفاقهما يتولى المكتب تعيين المحكم الثالث من القائمة".

وفى نفس السياق تنص المادة (16) من قانون التحكيم الأردني، والمادة (17) من قانون التحكيم المصري على انه:"

أ- لطرفي التحكيم الاتفاق على اختيار المحكمين وعلى كيفية وتاريخ اختيارهم فإذا لم يتفقا على ذلك تتبع الإجراءات التالية:

- إذا كانت هيئة التحكيم تتكون من محكم واحد تتولى المحكمة المختصة تعيينه بناء على طلب أحد الطرفين.

- وإذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من ثلاثة محكمين يعين كل طرف محكما ويتفق المحكمان المعينان على تعيين المحكم الثالث، فإذا لم يعين احد الطرفين محكمه خلال الخمسة عشر يوما التالية لتسلمه طلباً بذلك من الطرف الآخر، أو إذا لم يتفق المحكمان المعينان على اختيار المحكم الثالث خلال الخمسة عشر يوما التالية لتاريخ تعيين آخرهما تتولى المحكمة المختصة تعيينه بناء على طلب أي من الطرفين، وتكون رئاسة هيئة التحكيم للمحكم الذي اختاره المحكمان المعينان أو الذي عينته المحكمة".

ويستخلص من تلك النصوص أن أهمية شرط حيدة المحكم الرئيس، تختلف عن بقية أعضاء هيئة التحكيم، وبيان ذلك في نقطتين على الوجه التالي:

النقطة الأولى:أهمية شرط حيدة المحكم الرئيس.

القاعدة أن المحكم الرئيس هو صاحب الكلمة الفصل في الدعوى التحكيمية، ومسؤولية الحيدة تختلف في حالة اتفاق الأطراف على تعيين محكم وحيد أو تعيين ثلاثة محكمين أو أكثر، ففى حالة الاتفاق على تعيين محكم واحد لتشكيل هيئة التحكيم، يصبح هذا المحكم ملتزمًا بالإفصاح عن كل شائبة تنال من حيدته، ونفس الحال إذا تم تشكيل هيئة التحكيم من ثلاثة محكمين، لأن الرئيس في هذا الفرض لا يختاره الخصوم، بل يختاره الاثنان الذين اختارهم الأطراف.

وفى هذا الشأن قضي في قضية تحكيم أثيرت بين شركة من دولة روسيا البيضاء ضد شركة دولة بولندا، عام 2010 أمام مركز تحكيم بإستوكهولم، بمركز تحكيم بشأن نزاع حول تأخير تنفيذ عقد تسليم بعض المعدات إلى المدعي، تدخل طرف ثالث في الدعوى بشأن اتفاق بشأن تأجير شراء المعدات، حيث زعمت الشركة المدعية أن المحكم سبق وأن تفاوض على تسليم معدات مماثلة معه، وقد رد المحكم المدعى عليه بأن شركته كانت تشارك في عملية تقديم العطاءات، ولكنها لم تقدم أي عرض بشأن أعمال التعويض، وهذا التصرف لا ينال من حيدته، لكن المحكم رفض هذا الدفع (Parties, 2010).

النقطة الثانية: أهمية شرط حيدة المحكمين أعضاء هيئة التحكيم.

بالنسبة لبقية المحكمين من غير المحكم الوحيد أو المحكم الرئيس، فإن شرط الإفصاح يكون له معنى آخر.

والاتجاه الغالب بغالبية التشريعات لا يميز بشأن واجب الإفصاح عن شوائب الحيدة بين المحكم الرئيس وبقية المحكمين الآخرين الذين تم اختيارهم بمحض إرادة الخصوم، سواء كان عضوًا في هيئة تحكيم أو كان محكمًا وحيدًا أو رئيسًا.

وهذا المبدأ أكدت عليه قواعد الشرف المهني للمحكمين الدوليين (Rules of Ethics for International Arbitratos) الصادرة عام 1987 (والي، 2014)، وهو نفس الحكم المقرر بقانون التحكيم في الأردن ومصر، دون تفرقة بين التحكيم الوطني والتحكيم الدولي. عكس ذلك موقف جمعية التحكيم الأمريكية (AAA) بشأن التحكيم الداخلي؛ حيث لا يلزم المحكم الذي يختاره الخصم بالإفصاح عن أية علاقة بينه وبين الخصم الآخر، ومن ثم لا يجوز للخصم الذي اختاره المطالبة برده

على دراية بحقيقة الأمور، التي تشوب واجب الحيدة، ولذلك لا مناص من الاشتراط. ويستخلص مما سبق أن المحكم الوحيد والمحكم الرئيس عليه التزام بالإفصاح عن كل ما يشوب واجب الحيدة، بينما المحكمون المختارون عن طريق الخصوم، في التحكيم الوطني غير ملزمين تجاه من اختاروهم بمثل هذا الإفصاح، وهذه المفارقة في رأى الباحث تحتاج إلى إعادة نظر لأن من يختاره الخصم قد لا يكون سبق توافر العلم اليقيني لدى الخصم بعدم وجود شوائب تنال من حيدة المحكمين جميعهم دون تمييز، ومنذ تاريخ هذا العلم تبدأ مدة سقوط المطالبة بتقديم الاعتراض لإدارة مركز التحكيم، أو رفع دعوى الرد في حالة عدم استقلاله.

ففي قضية تحكيم أثيرت بمركز تحكيم استوكهولم بالسويد، ذكر المدعى أن المحكم المعين من قبل المدعي عليه يتبع مكتب محاماة، يعمل لصالح الطرف الآخر، ودفع المحكم بأن هذا العمل لا يؤثر على حيدته، وقد قبلت المحكمة هذا الدفع على أساس أن المحكم المطعون ضده لم يكن له دور مؤثر مسبق (Arbitration, 2010)، بينما في قضية شركة (ICT) للحاويات المحدودة عام2002 ضد شركة تأمين، قضى المحكم ليلتين مع المحامي ممثل شركة التأمين (Natalia, 2012).

النتائج

1. إن الحيدة حالة نفسية قوامها مجموعة المفاهيم والقناعات التي تستقر في ضمير القاضي أو المحكم، وتشكل فكرته عما هو حق أو عدل، دون ميل أو هوى، ومضمونها عدم الميل إلى جانب أحد الخصمين، وهو مطلوب في المحكم على ضوء المهمة التي يتولاها.

2. إن موقف المشرع في كل من الأردن مصر، حول مخالفة مبدأ حياد المحكم، يفيد أنه تخلى عن تحديدها للفقه الذي اجتهد في استخلاص بعض المظاهر المادية منها على سبيل المثال: القرابة أو العمل كمستشار لأحد الخصوم أو علمه بظروف النزاع وأسبابه ومعطياته قبل وقوعه، مما يخرجه عن الواجب العام للقاضي في أن لا يحكم في النزاع بعلمه الشخصي

3. إن مجرد مخالفة المحكم عقب إبرام عقد الموافقة للشروط الشخصية الواجب توافرها فيه، لا تجرده من صفة المحكم، وإنما يعاقب عن هذا التصرف طالما كان تصرفه مصحوبًا بإرادة واعية وقوام الرضا سواء في مستند قبول المهمة أو مخالفة شروط الحيدة هو الإرادة، وقد يتضمن هذا الرضا فضلاً عن إرادة إبرام عقد قبول المهمة، تحديد مضمون العملية القانونية موضوع العقد، ويتحقق ذلك إذا حدد الطرفان الآثار التي يريدان ترتيبها على تعاقدهما من حقوق والتزامات، ومع ذلك فإن مثل تلك الاشتراطات ليست ضرورية، لأن العقد ينعقد ولو اكتفى الأطراف بإظهار موافقتهم على إبرام العقد، وتم تحديد مضمونه بإرادة شخص آخر، أو بإرادة المشرع.

4. إن معايير حيدة المحكم قبل قبول مهمة التحكيم، مغايرة لمثيلتها بعد قبول المهمة وطوال مرحلة إجراء التحكيم، ويتضح ذلك في نقطتين: الأولي: أهمية شرط حيدة المحكم قبل قبول مهمة التحكيم. الثانية:أهمية شرط حيدة المحكم بعد قبول مهمة التحكيم.

5. إن أهمية شرط حيدة المحكم الرئيس، تختلف عن بقية أعضاء هيئة التحكيم، فالقاعدة أن المحكم الرئيس هو صاحب الكلمة الفصل في الدعوى التحكيمية، ومسؤولية الحيدة تختلف في حالة اتفاق الأطراف على تعيين محكم وحيد أو تعيين ثلاثة محكمين أو أكثر، ففي حالة الاتفاق على تعيين محكم واحد لتشكيل هيئة التحكيم، يصبح هذا المحكم ملتزمًا بالإفصاح عن كل شائبة تنال من حيدته، ونفس الحال إذا تم تشكيل هيئة التحكيم من ثلاثة محكمين، لأن الرئيس في هذا الفرض لا يختاره الخصوم، بل يختاره الاثنان اللذان اختارتهما الأطراف، أما بالنسبة لبقية المحكمين من غير المحكم الوحيد أو المحكم الرئيس، فإن شرط الإفصاح يكون له معنى آخر.

التوصيات

وفى ضوء ما سبق يوصى الباحث بما يلى:

1. ضرورة مراعاة أن حياد المحكم، مطلوب بمجرد تكليفه بمهمة التحكيم، ويقتصر هذا الالتزام فقط، على النزاع الذي ينظره، ويستمر إلى حين صيرورة حكم التحكيم، أو بمعنى آخر إلى حين وقت انقطاع صلة المحكم بالحكم التحكيمي.

2. أن فارق التمييز بين حياد المحكم، وحيدة المحكم ليس بكبير، إذ أن جوهر الأمر هو عدم الميل إلى أحد الخصوم، وكل ما هناك أن مظاهر مخالفة مبدأ الحياد قابلة للإثبات، ولها نصوص قانونية تنظمها، بينما مظاهر مخالفة الأخلاقيات يصعب إثباتها، وغالبًا لا يجد القاضي نصوص تجرمها، فهناك ما يعرف بإحالة القضاة إلى لجنة الصلاحية لمجرد الشبهة

3. ضرورة تحديد مدة التزام المحكم بالحيدة بأنه يمتد إلى كافة علاقات المحكم السابقة والحالية بأطراف النزاع أو ممثليهم ومساعديهم وأقاربهم ووكلائهم، وأيا كانت طبيعة تلك العلاقات سواء كانت مهنية أم مالية أم اجتماعية، يتعين عدم التوسع فيها، ويكفى المدة التي بينها نظام جمعية التحكيم الأمريكية (AAA) بأنها اثنا عشر عاماً، ذلك لأن تلك المدة تكفى لكي ينسى المحكم سبق وجود علاقة بينه وبين هؤلاء، وعلة ذلك أن

المحكم نفسه غير مكلف بتدوين علاقاته المسبقة في أجندة خاصة أو أرشيف شخصي، لأن الله لا يكلف نفسًا إلا وسعها. ويكفى أن يكون تقدير أثر تلك العلاقة من اطلاقات قاضى النزاع، وهذا التقدير حتمًا يختلف من حالة لأخرى.

4. من أجل الوصول إلى الحقيقة، يتعين على القاضي أو المحكم بمناسبة، إثبات مدى التزام المحكم المخالف لقواعد يستلزم البحث عن بواطن الأمور الخفية، والاعتماد على مختلف وسائل الإثبات، وهى الاستجواب والكتابة بنوعيها الرسمية والعرفية وشهادة الشهود (البينة) واليمين والخبرة والقرائن بنوعيها القانونية والقضائية.

المصادر والمراجع

الكتب

السنهوري، ع. (1981) الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام، مصادر الالتزام . العقد . الطبعة الثالثة، قام بتنقيحها كل من: عبد الباسط جميعي، مصطفي محمد الفقى، القاهرة، دار النهضة العربية، ص215–281.

العوا، م. (2007م) دراسات في قانون التحكيم المصري والمقارن، القاهرة، المركز العربي للتحكيم، ص63.

الكردي، ج. (2003) القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم، القاهر، دار النهضة العربية، ص46.

النمر، أ. (د.ن)، المركز القانوني للمحكم في خصومة التحكيم، كلية الحقوق جامعة عين شمس، ص105، 106.

حسين، م. (2004) المسئولية التقصيرية (دراسة فقهية قضائية في العلاقة التبادلية بين نوعي المسئولية)، القاهرة، دار النهضة العربية، ص2423.

دويدار (2009) ضمانات التقاضي في خصومة التحكيم، دراسة مقارنة في التشريعات لدولية وأنظمة مراكز التحكيم والتشريعات الوطنية والعربية، منشورات الحلبي الحقوقية، ص85.

زغلول، أ. (1984) أصول وقواعد المرافعات، القاهرة، دار النهضة العربية، ص 143

زهو، أ. (1425هـ/2005م) (ن)، نظرية العقد والوقت في الفقه الإسلامي، القاهرة، ص 38.

سلامة، أ. (2006) التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية (المدنية والتجارية والإدارية والجمركية والضريبية) دراسة مقارنة، القاهرة، دار النهضة العربية، ص401.

شحاتة، م، د.ن، استقلال القضاء من وجهة النظر الدولية والعربية والاسلامية، القاهرة، دار النهضة العربية، ص150.

غستان، ج. (1420هـ/2000م) المطول في القانون المدنى (تكوين العقد)، بيروت، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ترجمة منصور القاضي، ومراجعة د. فيصل كلثوم، ص385.

والي، ف. (2014) التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية علما وعملا، الإسكندرية، منشأة المعارف، ص318.

يحيى، ي. (1990) أصول الإثبات في القانونين المصري والسوداني، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ص 130.

يوسف، س. (2006) المركز القانوني للمحكم، القاهرة، دار النهضة العربية، ص106.

الرسائل والأبحاث

الأهواني، ح. (2010) النظام القانوني لرد المحكم في ضوء حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر في 6 نوفمبر 1999 بعدم دستورية المادة (1/19) من قانون التحكيم المصري، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق جامعة عين شمس، العدد الأول، السنة الثالثة والأربعون، ص 219.

البيطار، أ. (2005) الأحكام المنظمة لهيئة التحكيم، رسالة ماجستير، معهد البحوث والدراسات العربية، جامعة الدول العربية، ص26.

الجمل، ي. (1997) اختيار المحكمين، بحث مقدم لمؤتمر الكويت الدولي للتحكيم التجاري، ص 18.

عبد الرحمن، هـ. دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطته، القاهرة، دار النهضة العربية، ص161.

على، غ. (1425هـ/2004م) الاستثمارات الأجنبية ودور التحكيم في تسوية المنازعات التي تثور بصددها، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ص385.

مصعب محمد القطاونة (2011) استقلال وحياد المحكم في التحكيم التجاري الدولي (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، الأردن، جامعة مؤتة، ص84.

المجموعات والدوريات

القصاص، ع. (1998) نطاق رد المحكم في قانون التحكيم الجديد، بحث مقدم إلى اللجنة العلمية لترقية الأساتذة والأساتذة المساعدين في تخصص القانون التجاري وقانون المرافعات بالجامعات المصرية، ص 15.

النمر، أ. (2001) النظام القانوني لرد المحكم، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس كلية الحقوق، العدد الأول، السنة الثالثة والأربعون، ص224.

مجلة الأحكام العدلية.

المعجم الوجيز، مجمع اللغة العربية بالقاهرة، طبعة 1421هـ، 2000م.

لسان العرب، لأبي الفضل محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي، المتوفى سنة 711هـ، دار صادر ببيروت، لبنان.

أحكام

حكم نقض مدني مصري في19 يونيو سنة 1969، مجموعة أحكام النقض، السنة 20، رقم 159، ص1017.

حكم استئناف القاهرة، الدائرة91 تجاري، بتاريخ 2004/3/30، في القضية رقم 78 لسنة 120ق.

قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم 2006/201 (هية خماسية)، بتاريخ 2006/8/21 (منشورات مركز العدالة الأردني).

Abtseshko Natalia, Independence and Impartiality, Vegas Lex, May 2012, p2.

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

Atone Susan A. and Jen C., Won, Arbtirafor Impariality In the Context of atripartite Tribunal, SIDLEY, U.S.C, 2000, p8.

Crawford James ACSC, Challenges to Arbitrators in Icsid Arbitrations, whewell

de faute contractuelle en droit Francais. the. BORDEZUX.1954. P.53.

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

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

Merit Ins. Co. V. Leatherby Ins. Co., 714 F.2d 673, 679 (7th Cir. 1983) "The expert adjudicator is more likely than a judge or juror not only to be precommitted to a particular substantive position but to know or have heard of the parties…".

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

Planiol. Traitie elementaire de dorit Civil. l l N ' 873 et S. ((52-SEGUR (L.) la notion

Prpfesspr of International Law, University of Cambridge, 11October 2013, p16.

Rapports BRUN et domanines des responsabilite Contra Ctuelle et responsabilite. 1931 Note p.2.

كود أخلاقيات 2004 الأمريكية

The Code of Ethics For Arbitrators In Commercial Disputes. Supra Note 12, At Canon X.

المبادىء التوجيهية التي وضعتها نقابة المحامين الأمريكية (IBA).

أحكام محكمة النقض الفرنسة التالية:

Cass – Civ 27-7-1948. D. 1948- 555.

Cass – Civ.38-10-1947. D. 1947. 513.

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

Neutrality as a Condition for the Selection of the Arbitrator

Salim Khalaf Abu Ga'oud*

ABSTRACT

The theme of this research is rotating about ' Impartiality the Arbitrator between Substantive Requirements and Profile of Selected Currency (Study in Jordanian law compared to Egyptian law) that flourished in the current era of arbitration as a logical consequence of the growing exchanges and transactions at the international level, becoming an essential addition besides The State of Justice.

Keywords: Neutrality, Jordanian Law, Egyptian Law.

*Anti-Corruption Commission, Jordan. Received on 12/2/2015 and Accepted for Publication on 1/10/2015.