

جامعة دمشق

كلية الحقوق

الطَّبيعَةُ القانونيَّةُ لعملِ المُحَكِّمِ
بحثٌ علميٌّ قانونيٌّ مقدَّمٌ لنيلِ درجةِ الماجستير في القانونِ
الخاص

إعداد الطالبة

سهام نصر

إشراف الدكتور

نبيل المقداد

كلمة شكر

أتوجه بالشكر إلى الأساتذة الأفاضل في قسم القانون الخاص في كلية الحقوق، الذين يحاولون بمجهودهم وخبرتهم أن يسهموا في هدايتنا إلى الطريق العلمي الصحيح.

وأخصّ بالشكر الدكتور نبيل المقداد الذي خصّني بإشرافه على البحث.

كما أتوجه بالاحترام والتقدير إلى عمادة الكلية وجميع العاملين فيها.

ولا أنسى كلّ من ساعدني وقدم لي العون، في هذا البحث.

المقدمة

وجد التحكيم منذ القدم، وهو يسبق الوجود التاريخي للقضاء كما هو معروف لدينا بالوقت الحاضر، وعلى الرغم من أن القضاء هو الوسيلة الأساسية لحل المنازعات التي تنشأ بين الأفراد، إلا أن تطور النظم الاقتصادية والتجارية ودخول العالم في عصر السرعة، بالإضافة لما يعانيه القضاء من البطء في الفصل في القضايا المعروضة عليه، بحيث لا يتم الفصل فيها إلا بعد سنوات طويلة، كل ذلك فرض إيجاد حلول سريعة لفض المنازعات، فكان أن وجدت وسائل بديلة لتسويتها مثل التوفيق أو المصالحة الودية والصلح والتحكيم الذي يعتبر أهمها، فهو يتميز بالبساطة والسهولة، والسرعة في الحسم، والاقتصاد في النفقات، و السرية في الخصومة، والتي تعتبر في كثير من الأحيان هدفاً رئيساً لكل الأطراف. إضافة إلى بساطة إجراءاته وحرية المتاحة إلى هيئة التحكيم لحسم الخلاف، وتلافي الحقد بين المتخاصمين، لأنه في أغلب الأحيان يأتي القرار التحكيمي أقرب ما يكون للتراضي، طالما أنه تم من محكمين حائزين على ثقة المتنازعين، فيؤدي القرار إلى إنهاء الخصومة، وبالتالي اطمئنان النفوس والرضى وإعادة العلاقات الطيبة بين المتنازعين والمتخاصمين. وعلاوة على ذلك التخلص من الشكليات القضائية التي تعددت فيها درجات التقاضي حيث تمر الدعوى بمراحل متعددة أمام المحاكم الابتدائية ثم الاستئنافية ثم النقض لتأتي بعدها إشكالات التنفيذ. وبالتالي فإن اختصار السرعة الزمنية لحل النزاعات بين الأطراف المتخاصمة، والسعي وراء الاقتصاد في الكلفة المالية، بالإضافة إلى حرية اختيار المحكمين في القضية التحكيمية مما يساعد على فهم هذه القضية وإصدار حكم منهى للنزاع فيها، دون الحاجة إلى الاستعانة بخبرة خارجية في بعض الأحيان، والأهم من كل ذلك دون

الحاجة إلى اللجوء مرة أخرى الى القضاء لإنهاء النزاع ذاته، بعد صدور قرار منهى للنزاع من قبل الهيئة التحكيمية التي فصلت في القضية المعروضة عليها. كل ذلك جعل المتنازعين يلجؤون إلى التحكيم كأسلوب لحل النزاعات الناجمة عن أي عملية تعاقدية بينهم، سواء أكانت الخلافات ناجمة عن تنفيذ عقود معينة أو عن تفسير مثل هذه العقود.

والتحكيم هو شكل لاتفاق بين أطراف متنازعة تختار فيما بينها شخصاً أو عدة أشخاص تفوضهم وبشكل صريح لحلّ نزاع في عقد قانوني نجم خلال تنفيذه خلاف، واستحال وجود حل ودي بينهم لإنهاء هذا الخلاف.

و يجب أن تتوفر في عملية التحكيم رغبة الأطراف المتنازعة في حل الخلافات بطريقة التحكيم، وتترجم هذه الرغبة في عقد اتفاقية التحكيم والتي من خلالها تلزم الأطراف المتنازعة بقبول نتائج التحكيم. وقد يدرج اللجوء إلى التحكيم من خلال العقد الأساسي كبند من بنود هذا العقد، أو عن طريق عقد لاحق يبين ويوضح كيفية اختيار المحكمين لكلّ طرف في حال حصول نزاع بينهما، أو من خلال عقد لاحق للعقد الرئيسي. ويتم من خلال ذلك إبراز وتوضيح مكان التحكيم والتزام الأطراف المتعاقدة على قبول نتائج التحكيم لحل هذا النزاع مهما كانت النتائج.

ولقد خص المشرع السوري موضوع التحكيم بقانون خاص ومستقل، بعد أن كانت القواعد التي تتعلق بالتحكيم محتواة في قانون أصول المحاكمات المدنية السوري، وذلك بهدف مواكبة التطور المتسارع الذي شهده، ولا زال، عالم اليوم، فصدر قانون التحكيم السوري رقم 4 للعام 2008، وقد جاء هذا القانون متأثراً بشكل كبير

بقانون التحكيم المصري لعام 1994، وعكست نصوص هذا القانون في معظمها نظرة التشجيع والثقة والاستحسان التي أولاها المشرع للتحكيم.

ومن خلال هذا البحث سأبحث في النصوص التي أفردتها المشرع للمحكم بوصفه عضواً في هيئة التحكيم أو بوصفه الهيئة التحكيمية بحد ذاتها. فالمحكم هو المعني بتحقيق هدف التحكيم، لذلك سأبحث بدايةً في التعاريف التي تناولته، من حيث الاستخدام اللغوي لمصطلح المحكم، ومن حيث ما اعتاد الفقه عليه من المعاني المقصودة لهذا اللفظ. والبحث في مفهوم المحكم من خلال نوعيه بناءً على الدور والمهمة التي يقوم بها، والتي هي التحكيم، حيث يقسمه الفقه إلى نوعين هما المحكم بالصلح والمحكم بالقضاء، وقد جرت تسمية التحكيم أيضاً بالتحكيم بالصلح أو التحكيم بالقضاء، كإشارة إلى نوعه فيما يتعلق بدور المحكم الأساسي في التحكيم. وستعمد الباحثة - لإيضاح هذين النوعين - إلى التمييز بين مفهوم كل منهما، وإيضاح الفروقات الهامة بينهما.

ولقد اعتمدت الباحثة تقسيم البحث إلى فصلين، خصص الأول منهما للبحث في المركز القانوني للمحكم، أما الفصل الثاني فقد خصص للبحث في عمل المحكم.

وفي الفصل الأول خصصت المبحث الأول منه لتعريف المحكم والشروط الواجب توافرها فيه، لذلك سأعرض بعد التعريف بالمحكم ومفهومه، للشروط الواجب توافرها فيه، وأبين اقتراحي من خلال ما رأيت أن القانون قد قصر عن ذكره، ولم يضمه في نصوص مواده القانونية، إنما ترك هذه المهمة ليقوم بها الفقه القانوني والقضاء.

وفي المبحث الثاني سأبحث في الآلية التي يتم فيها تعيين المحكم، حيث نص قانون التحكيم السوري على طريقتين يتم اتباعهما لتعيين المحكم، وأولى هاتين الطريقتين هي

تعيينه باتفاق الأطراف المتنازعة، ويتم اللجوء إلى الطريقة الثانية والتي هي التعيين من قبل المحكمة، في حال فشلت الطريقة الأولى في تعيين المحكم الذي سيكون بالقيام بمهمة التحكيم، ومن ثم البحث في طريقة قبول هذه المهمة، والقواعد الواجب التقيد بها لإتمام قبولها.

إلا أن هناك عدداً من الأسباب التي تحول دون الاستمرار بهذه المهمة بعد قبولها، وعادة ما يسمى الفقه هذه الأسباب بعوارض استمرار مهمة التحكيم، وهذا ما سأبحثه في المطلب الثاني من المبحث المشار إليه، فأعرض لأسباب رد المحكم واعتزاله أو تنحيه وعزله واستبداله.

وسأبحث في الفصل الثاني من هذا البحث في وظيفة المحكم، والتي ينبغي أن تبحث في ضوء مبادئ القانون، مع الأخذ بعين الاعتبار الطبيعة القانونية الخاصة لوظيفته وتعتيدها، وما يترتب عليها من حالات تكون سبباً لمساءلة المحكم.

لذلك ومن أجل البحث في الطبيعة الخاصة بعمل المحكم فقد خصصت المبحث الأول في الفصل المشار إليه لتمييز التحكيم بوصفه العمل الأساسي الذي يقوم به المحكم، مما يشته به من مؤسسات فقهية أخرى، قد تلتقي معه في نقاط محددة وتختلف عنه في أخرى، فأبحث في نقاط الالتقاء والاختلاف بين التحكيم وكل من التوفيق أو الحل الودي والخبرة والصلح والوكالة، لننتقل بعد ذلك إلى البحث في طبيعة عمل المحكم والتي كانت محل خلاف وجدل فقهي ولا تزال إلى الوقت الراهن.

لذلك سأبحث في الآراء القانونية والجدالات الفقهية التي تناولت كل صفة حاول الفقه إسنادها إلى التحكيم، لإكمال الفراغ القانوني المتعلق بالوصف الذي يمكن إضافته على الطبيعة القانونية للتحكيم، لذلك سأتناول في البحث كلاً من الطبيعة

التعاقدية والطبيعة القضائية والطبيعة المختلطة والطبيعة المستقلة أو الخاصة التي تناولت عمل المحكم من حيث الطبيعة القانونية.

وبعد ذلك سأعرض للحالات التي تتوافر فيها مسؤولية المحكم، سواء أتم عمله، أو أنه لم يكمل المهمة التي بدأها وقبلها كتابة عند تعيينه، وإن كان لا يمكن للخصوم اعتبار المحكمين مسؤولين ومؤاخذتهم عن أدنى خطأ وأقل غلط يرتكبونه في تنفيذهم لمهمتهم. لذلك فإن مسؤولية المحكم ترد بالنسبة لكل حالة وظروفها ومدى سوء النية فيها، والخطأ ونسبة العمد فيه. فسأبحث في الأساس الذي تقوم عليه هذه المسؤولية ومداه والأسباب التي تتركز عليها، وأنواعها.

أهمية البحث

أسعى من خلال هذا البحث إلى تسليط الضوء على طبيعة عمل المحكم والبحث في الآراء الفقهية التي تناولت هذه الطبيعة، ومظاهر المهمة التحكيمية التي يقوم بها، والآثار المترتبة عليها، وبالتالي أنواع المسؤولية المترتبة على مخالفة الالتزامات التي تفرضها مهمة المحكم، بالإضافة إلى الوقوف على المركز القانوني للمحكم من حيث التعريف به والشروط المطلوب توافرها فيه وآلية تعيينه وعوارض استمراره في مهمته التحكيمية.

إشكالية البحث

تتمحور إشكالية هذا البحث حول تحديد الوصف الأقرب للطبيعة القانونية للمحكم

منهجية البحث

لقد اعتمدت في هذا البحث المنهج التحليلي الذي يقوم على تحليل النصوص القانونية وبيان الآراء الفقهية حولها، والمنهج الوصفي الذي يعتمد جمع المعلومات ذات الصلة بموضوع البحث من الكتب والأبحاث العلمية وتقديمها بما يخدم موضوع البحث، وذلك وفق خطة البحث التالية:

خطة البحث

الفصل الأول: المركز القانوني للمحكم

المبحث الأول: تعريف المحكم والشروط الواجب توافرها فيه

المطلب الأول: تعريف المحكم

أولاً: المحكم لغة واصطلاحاً

ثانياً: المحكم بالقضاء والمحكم بالصلح

المطلب الثاني: الشروط الواجب توافرها في المحكم

أولاً: الشروط التي وردت في القانون السوري

ثانياً: الحالات التي سكت عنها القانون السوري

المبحث الثاني: تعيين المحكم وعوارض استمرار مهمته

المطلب الأول: آلية تعيين المحكم

أولاً: تعيين المحكم باتفاق الأطراف

ثانياً: تعيين المحكم من قبل المحكمة

ثالثاً: إتمام آلية التعيين بقبول المهمة

المطلب الثاني: عوارض استمرار المحكم في مهمته

أولاً: رد المحكم

ثانياً: اعتزال المحكم أو تنحيه

ثالثاً: عزل المحكم واستبداله

الفصل الثاني: عمل المحكم

المبحث الأول: طبيعة العمل التحكيمي

المطلب الأول: تمييز عمل المحكم عما يشته به من مؤسسات أخرى

أولاً: التحكيم والتوفيق أو الحل الودي

ثانياً: التحكيم والخبرة

ثالثاً: التحكيم والصلح

رابعاً: التحكيم والوكالة

المطلب الثاني: تحديد طبيعة عمل المحكم

أولاً: الطبيعة التعاقدية

ثانياً: الطبيعة القضائية

ثالثاً: الطبيعة المختلطة

رابعاً: الطبيعة المستقلة

المبحث الثاني: مسؤولية المحكم عن الأعمال التحكيمية

المطلب الأول: قيام مسؤولية المحكم

أولاً: تقرير مسؤولية المحكم

ثانياً: نفي تقرير مسؤولية المحكم

المطلب الثاني: طبيعة مسؤولية المحكم

أولاً: مسؤولية المحكم المدنية

ثانياً: مسؤولية المحكم الجزائية

الخاتمة

الفصل الأول

المركز القانوني للمحكم

عرفت الحضارات القديمة التحكيم، فكان القانون السومري يقر نظاماً للتحكيم يسبق القضاء، كذلك فإن الهنود القدماء قد أقرّوا التحكيم، ووضعوا له قواعد تتشابه مع القواعد الموجودة في عصرنا الحاضر، وكذلك الأمر في الحضارة اليونانية القديمة التي عرفت التحكيم من خلال تشريعات (صولون)، ثم جاء الإسلام والشرعة الإسلامية التي حضت على حلّ النزاعات عن طريق التحكيم¹.

وتتكون مؤسسة التحكيم من أشخاص، يتم اختيارهم من قبل الخصوم لثقتهم بهم أو لوجود صفات معينة تميزهم عن غيرهم، وبالتالي تمكنهم من فض النزاعات التي تعرض عليهم بطريقة تحفظ الود بين الخصوم في تلك المنازعات.

و "لا يوجد التحكيم دون وجود منازعة قائمة أو محتملة، وإذا لم تكن هنالك منازعة يختلف فيها الأطراف فإن التحكيم يكون معيباً. بيد أنه لا يهم كثيراً أن تكون البواعث التي بنى عليها طالبو التحكيم طلبهم، جدية أم غير جدية. ويكفي أن يكون الأطراف غير متفقين على الوقائع حتى ولو كانت مؤكدة، أو على الحقوق حتى ولو كانت لا ريب فيها"².

¹ - عبد الفتاح الفتيح - نظرة عامة حول مركز التحكيم في اتحاد المحامين العرب - الوضع الحالي والتطور المستقبلي - مجلة المحامون - تصدرها نقابة المحامين في الجمهورية العربية السورية - العددان 3-4 لعام 2003 - ص 221

² - عبد الهادي عباس - التحكيم الداخلي في القانون السوري والمقارن - دار الأنصار - دمشق - الطبعة الأولى 1995 - ص 104

وقد تعددت التعاريف التي تناولت الوصف القانوني للتحكيم، فهو "العهددة لشخص أو أكثر بحسم نزاع بين طرفين قائم أو من المحتمل قيامه في أثناء تنفيذ عقد يرتبطان به"³.

أو "هو توافق إرادتي عاقلين على حل نزاع معين، أو نزاع محتمل، بخصوص تنفيذ عقد معين بواسطة محكم، بغير طرق السلطة القضائية الرسمية، وهو عقد ملزم للجانبين لأنه يتم بين طرفين عاقلين لكل منهما حقوق والتزامات تجاه الآخر، ولا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين"⁴.

وقد عرّفه قانون التحكيم السوري رقم 4 للعام 2008 في مادته الأولى بأنه أسلوب اتفاقي قانوني لحل النزاع بدلاً من القضاء سواء أكانت الجهة التي ستتولى إجراءات التحكيم بمقتضى اتفاق الطرفين منظمة أم مركزاً دائماً للتحكيم أم لم تكن كذلك. ويمكن أن أعرفه بأنه تراضي وتلاقي إرادتي طرفي المنازعة على اتخاذ التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات المترتبة على علاقة قانونية معينة قائمة بينهما، وهذه العلاقة قد تكون علاقة مدنية، أو تجارية، أو إدارية.

واتخاذ التحكيم كوسيلة لحل المنازعات، يعني حلها دون مراجعة المحاكم، من قبل أشخاص ليس لهم صفة القضاة، وهؤلاء الأشخاص هم المحكمون.

ويقصد المشرع من خلال ذلك إتاحة الفرصة لأطراف النزاع في اللجوء لحل منازعاتهم، إلى أسلوب غير معقد، وبعيد عن إجراءات القضاء وروتين المحاكم، من

³ - مصباح نوري المهاني - التحكيم في العقود المدنية والإدارية - دمشق - مؤسسة النوري - الطبعة

الأولى 2007 - ص 7

⁴ - مصباح نوري المهاني - المرجع السابق - ص 8

خلال الاتفاق على تشكيل هيئات تحكيمية، تكون لهم الحرية باختيار أعضائها وفقاً لشروط معينة، لتتولى هذه الهيئات مهمة الفصل في تلك المنازعات.

ولما كانت هذه الهيئات بمثابة جهة قضائية اختارها الأطراف للفصل في نزاع قائم بينهم، فإنها تتولى الإجراءات التحكيمية، ويعود تأليفها إلى الطرفين المتنازعين، وبما يرتضيانه من شروط. أو من قبل المحكمة المختصة، في حال لم يتم التوصل إلى تشكيلها باتفاق الطرفين المتنازعين.

وقد يكون التحكيم فردياً، فيشكل المحكم بمفرده الهيئة التحكيمية، أو قد يكون عضواً فيها، وهو الشخص الذي يختاره المتنازعون في خصومة قائمة بينهم أو ستقوم، ليحكم في هذه الخصومة، وبالتالي فهو يقوم بمهمته بناء على اتفاق التحكيم الذي يخوله القيام بالإجراءات التحكيمية.

ولذلك سأتناول في هذا الفصل أنواع المحكم ، والشروط الواجب توافرها فيه، والآلية التي يتم فيها تعيينه لمهمة التحكيم، والأسباب والحالات التي تحول دون إنجاز هذه المهمة، وبالتالي إنهاء مهمته.

وذلك من خلال التقسيم التالي:

المبحث الأول: تعريف المحكم والشروط الواجب توافرها فيه

المبحث الثاني: تعيين المحكم وعوارض استمرار مهمته

المبحث الأول

تعريف المحكم والشروط الواجب توافرها فيه

لا يمكن تجنب النزاعات بين الناس، فوجودها حتمي، إلا أن الطريقة التي يتم فيها تسوية هذه النزاعات تشير إلى الشكل والتطور الحضاري الذي وصلت إليه المجتمعات البشرية، ويساهم في ذلك اختيار طرفي النزاع للقاضي الذي سيفصل في هذا النزاع، ويكون ذلك بواسطة التحكيم.

"ولقد وصف يوم التحكيم في إنكلترا القديمة -يوم الحب- بسبب الهدوء والسكينة التي كانت تعقب انتهاء المساجلات الكلامية بين الطرفين"⁵.

لذلك سأعرض في هذا المبحث لمفهوم المحكم الذي يقوم بعملية التحكيم، والتي يشكل المحكم الركن الأساسي فيها، و للتعريف التي تناولته وحددت مفهومه، و لأنواعه.

بالإضافة إلى الشروط التي يجب توافرها في المحكم ليكون قادراً على القيام بمهمته كما حددها له القانون، وكما يأمل منه أطراف النزاع الذين اختاروه. وذلك طبعاً في حال قبوله للمهمة الموكولة إليه.

وقد اكتفى القانون السوري بذكر بعض الشروط الهامة الواجب توافرها فيه، إلا أنه لم يكن موفقاً في التوسع فيها، وكان بذلك قاصراً عن ذكر بعضها الآخر، ليتولى الفقه القانوني والقضاء استكمال ذلك النقص

وسيكون ذلك من خلال التقسيم التالي:

⁵ - يعقوب يوسف صرخون- أحكام المحكمين وتنفيذها وفقاً لاتفاقية نيويورك 1958 - دراسة مقارنة

في التحكيم التجاري- الكويت - الطبعة الثانية- 1996- ص 11

المطلب الأول: تعريف المحكم

أولاً: المحكم لغةً واصطلاحاً

ثانياً: المحكم بالقضاء والمحكم بالصلح

المطلب الثاني: الشروط الواجب توافرها في المحكم

أولاً: الشروط التي وردت في القانون السوري

ثانياً: الحالات التي سكت عنها القانون السوري

المطلب الأول

تعريف المحكم

أولاً: المحكم لغةً واصطلاحاً

سأعرّف المحكم بدايةً كما عرفته اللغة العربية، ومن ثم أعرض للاجتهادات الفقهية التي تناولت مفهومه في تعريف المحكم اصطلاحاً.

1- المحكم لغةً

في لسان العرب، تعني كلمة "القضاء: الحُكم، والجمع أقضية، والقضية مثله، والجمع قضايا، واستقضى فلاناً أي جعل قاضياً بين الناس، ويقال قضى يقضي قضاء فهو قاض، إذا حَكَمَ وفَصَلَ. والحكم: شبه القضاء وليس مرادفاً له، والحاكم هو القاضي، والحُكم: هو العلم والفقه والقضاء بالعدل. والعرب تقول: حكمت أو أحكمت وحكمت، بمعنى منعت ورددت. ومن هذا قيل للحاكم بين الناس: حاكم لأنه يمنع الظالم عن الظلم. وقال الأزهري: الحُكم : القضاء بالعدل"⁶.

فالحُكْمُ أو المحكم، هو الحاكم، ويقال: "حكّمت الرجل أي فوضت الحكم إليه"⁷.
و هو "التفويض ومصدره حَكَمَ - بتشديد الكاف مع الفتح- ويقال حكّمت فلاناً في مالي تحكيمياً، أي فوّضت إليه الحكم فيه، واستحكم فلان في مال فلان إذا جاز فيه حكمه، وحكّموه فيما بينهم أي: أمروه أن يحكم في الأمر، أي جعلوه حكماً فيما بينهم، وحكمت بين القوم أي فصلت بينهم، والمحكّم - بتشديد الكاف مع الفتح - هو الشخص الذي يسند إليه الحكم في الشيء، كما يطلق الحُكْم على من

⁶ - عبد الهادي عباس - المرجع السابق - ص 57

⁷ - مصباح نوري المهايبي - المرجع السابق - ص 68

يُختار للفصل بين المتنازعين، أما التحكيم Arbitration في اللغة الإنكليزية، فهو العملية التي يقوم فيها شخص بمحاولة مساعدة شخص أو مجموعة في الوصول إلى اتفاق. والتحكيم Arbitrage في اللغة الفرنسية، هو تسوية الخلاف بقرار يصدر من شخص أو أكثر اتفق الأطراف على تنصيبه بينهم⁸.

2 - المحكم اصطلاحاً

يقول فيلسوف اليونان أرسطوطاليس: "إن أطراف النزاع يفضلون التحكيم على القضاء ذلك أن المحكم يرى العدالة، بينما لا يعتد القاضي إلا بالتشريع"⁹. فالمحكم هو ذلك الشخص الذي اختاره المتنازعون، بناءً على اتفاق بينهم، يعرف ب- اتفاق التحكيم- ليفصل في منازعة قائمة أو من المحتمل قيامها.

ولا بد أن يتمتع ذلك الشخص بثقة الخصوم، ولذلك أولوه مهمة الفصل في الخصومة القائمة بينهم، فهو بمثابة القاضي الذي وقع الاختيار عليه ليكون بديلاً عن القاضي الرسمي المعين من قبل الدولة، ويتولى فصل النزاع في الخصومة المعينة التي تم اختياره لتسويتها. وبذلك تتحقق الحكمة التي أرادها المشرع عندما أقر نظام التحكيم وجعله مقيداً ببعض القيود التي تضمن سلامة تطبيقه.

ومن حيث دور هذا المحكم في فض النزاعات والخلافات المطروحة عليه، فهو إما أن يكون محكماً بالقضاء أو محكماً بالصلح، وهو ما سأبينه من خلال الآتي:

⁸ - غسان سليم عرنوس- كتاب التحكيم - السنة الرابعة - التعليم المفتوح - جامعة البعث - كلية الحقوق- للعام الدراسي 2011-2012 ص 5-6 النسخة الإلكترونية على الموقع التالي www.olc-olc.edu.sy تاريخ الرجوع 2014/11/15

⁹ - يعقوب يوسف صرخون- المرجع السابق - ص 20

ثانياً: المحكم بالقضاء والمحكم بالصلح

يمكن تصنيف التحكيم إلى أنواع عديدة، مثل التحكيم الاختياري، والتحكيم الإلزامي، والتحكيم المؤسسي، والتحكيم الحر، والتحكيم الداخلي، والتحكيم الدولي، والتحكيم بالقضاء، والتحكيم بالصلح.

إلا أنني سأبحث في مفهوم التحكيم بالقضاء والتحكيم بالصلح فقط، لأن هذين النوعين دون الأنواع الأخرى من التحكيم هي التي تؤسس بناءً على المهمة التي يقوم بها المحكم محور البحث، والتي تم تحديدها في اتفاق التحكيم.

ولم أقصد من خلال ذلك تسليط الضوء على التحكيم كمصطلح ونظام قانوني، إنما الغاية هي البحث في شخصية المحكم، بصفته مكلف بأداء مهمة معينة محددة في اتفاق محدد، ويرسم له القانون الطريق الواجب عليه اتباعه في أدائه لهذه المهمة. ومن خلال الآتي سأوضح الوصف القانوني لكل من المحكم بالقضاء والمحكم بالصلح، والنقاط التي تميز كل منهما عن الآخر، وكذلك نقاط الاختلاف بينهما.

1 - المحكم بالقضاء

لقد أسلفت الإشارة إلى تعريف التحكيم، والذي هو اتفاق طرفي النزاع على حل نزاع قائم بينهما، أو محتمل قيامه، من قبل محكم أو أكثر.

فالمحكم الذي تم الاتفاق على أنه سيتولى مهمة التحكيم، واشترط عليه أن يتقيد بالأصول والمواعيد المتبعة أمام المحاكم، وأن يلتزم قواعد القانون في إصداره الحكم، حيث من الممكن أن يحكم لأحد الطرفين بكل مطالبه، أو بعضها، وأن يجرد الطرف الآخر من كل مطالبه أو بعضها، فذاك هو المحكم بالقضاء.

وقد يعنى المحكم بموجب اتفاق التحكيم، من التقيد بالمواعيد مثلاً، إلا أنه يبقى رغم ذلك، ملتزماً باتباع قواعد القانون التي تتبعها القضاة أمام المحاكم، سواء فيما يتعلق بالإجراءات التحكيمية، أو فيما يتعلق بالأصول المتبعة في إصدار الحكم.

والتحكيم بالقضاء هو الأصل، حيث يلتزم المحكم الذي يقوم بفض النزاع، بأحكام القانون التي تحكم موضوع النزاع، ويقوم بتطبيق قواعد أصول المحاكمات والمواعيد المتبعة أمام المحاكم في جميع الأعمال التي يقوم بها، سواء في إجراءات التحكيم أو التحقيق أو الحكم، ولا يجوز له أن يخالف تلك القواعد والأصول.

و يطلق الفقهاء على المحكم بالقضاء لفظ -المحكم بالقانون- .

و"هو يلتزم بإنزال حكم القانون على المسائل القانونية المعروضة عليه، والأصل في التحكيم أن يكون بالقانون. وترتيباً على ذلك أنه إذا لم يتفق الأطراف على تفويض هيئة التحكيم سلطة الفصل في المنازعة وفقاً لمبادئ العدالة والإنصاف فإن هيئة التحكيم تلتزم بالفصل في المنازعة وفقاً للقانون"¹⁰.

و"يكون على المحكم في هذا النوع من التحكيم بعد أن يتعرف على وقائع النزاع، أن يبحث عن حكمها، في مصادر القانون الواجب التطبيق، الواحد منها تلو الآخر على الترتيب الذي وضعه المشرع، والذي ينتهي بقواعد العدالة في نهاية المطاف إن لم

¹⁰ - حفيظة السيد حداد- الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي - منشورات الحلبي

يجد حكماً في المصادر المتقدمة عليها، فليس له أن يلجأ إلى هذه القواعد إلا إذا لم يجد حلاً في مصادر القانون المتقدمة عليها في الترتيب"¹¹.

2 - المحكم بالصلح

جاء في الفقرة الرابعة من المادة 38¹² من قانون التحكيم السوري: "إذا اتفق طرفا التحكيم صراحة على تفويض هيئة التحكيم بالصلح، جاز لها أن تفصل النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام القانون".

وبالتالي إذا اتفق طرفا عقد التحكيم على حل نزاع قائم بينهما أو من المحتمل قيامه، عند تنفيذ عقد معين على اختيار محكم أو أكثر، وتم الاتفاق على إعفاء المحكمين

¹¹ - مصطفى محمد الجمال وعكاشة محمد عبد العال - التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية - قانون التحكيم التجاري المصري رقم 27 لسنة 1994 في ضوء القانون المقارن وقانون التجارة الدولية - مع الإشارة إلى قوانين التحكيم العربية - منشورات الحلبي الحقوقية - الطبعة الأولى - 1998 - ص 110

¹² - جاء في المادة 38 من قانون التحكيم السوري ما يلي: 1. تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي اتفق عليها الطرفان وإذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين، ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك. 2. إذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية الواجبة التطبيق على موضوع النزاع طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه الأكثر اتصالاً بالنزاع. 3- على هيئة التحكيم أن تراعي عند الفصل في النزاع شروط العقد موضوع النزاع والأعراف الجارية بشأنه. 4. إذا اتفق طرفا التحكيم صراحة على تفويض هيئة التحكيم بالصلح جاز لها أن تفصل النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام القانون. 5. يجوز لهيئة التحكيم أن تصدر أحكاماً وقتية أو في جزء من الطلبات، وذلك قبل إصدار الحكم النهائي. 6. يحق لأي من طرفي التحكيم مراجعة قاضي الأمور المستعجلة سواء قبل البدء في إجراءات التحكيم أو أثناء سيرها، لاتخاذ إجراء تحفظي وفقاً للأحكام المنصوص عليها في قانون أصول المحاكمات.

المختارين من التقيد بقواعد القانون والأصول المتبعة أمام المحاكم، بالإضافة إلى الاتفاق على إصدار حكمهم بالصلح، فنحن أمام تحكيم بالصلح.

إنما يشترط عندها مراعاة قواعد التحكيم وأصوله، وعدم مخالفة النظام العام، واحترام أسس المرافعات والدفاع، ولا يشترط التقيد بقواعد الإثبات المقررة في القانون التي ليست من النظام العام.

ويعتمد المحكم في هذه الحالة على مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، لإصدار حكمه، حتى لو تعارضت مع أحكام القانون النافذ، ما لم تكن هذه الأحكام من النظام العام.

وإذا أغفل أطراف النزاع في اتفاقهم نوع التحكيم المتفق عليه، فإن وجود عبارة - المحكم معفى من التقيد بقواعد الأصول والقانون - تشير إلى أن التحكيم المقصود هو التحكيم بالصلح.

3 - الفرق بين المحكم بالقضاء والمحكم بالصلح

لا بد من مراعاة الدقة عند التمييز بين الاتفاق على التحكيم بالصلح والاتفاق على التحكيم بالقضاء، خاصة إذا لم يكن النص واضحاً وشاب الغموض إرادة الخصوم. فلا يصح اعتبار المحكم أنه مفوضاً بالصلح إلا إذا اتجهت إرادة الخصوم إلى ذلك، وكان ذلك واضحاً وضوحاً تاماً وصريحاً.

فإذا كان هدف الطرفين تفويض المحكم بأن يفصل النزاع وفقاً لما يراه محققاً للعدالة، وبطريقة تحفظ مصالح كل منهما، حتى لو كان في ذلك مخالفة لأحكام القانون النافذة والتي تحكم موضوع النزاع، ففي هذه الحالة يسمى التحكيم بالتحكيم بالصلح، وفيها يعتمد المحكم بالصلح الأساس الذي تقوم عليه فكرة الصلح في حل

النزاع، حيث يتنازل كل من الطرفين عن جانب من ادعاءاته، وصولاً إلى حل يرضى به الطرفان. و يستند المحكم فيه لمبادئ العدالة والإنصاف.

ولكن على الرغم من عدم التزام المحكم بالصلح بالنصوص التشريعية والقواعد القانونية، إلا أنه يبقى رغم ذلك ملتزماً بالمبادئ الأساسية التي تتعلق بحقوق الدفاع والمساواة بين أطراف الخصومة، إذ يجب عليه أن يعامل طرفي التحكيم على قدم المساواة، وأن يهيئ لكل منهما فرصاً متكافئة وكافية لعرض قضيته والدفاع عن حقوقه. وقد جاء في اجتهاد محكمة النقض السورية أنه "إذا اتفق الطرفان في صك التحكيم على أن القرار الذي سيصدره المحكمون مبرماً لا يقبل أي طريق من طرق الطعن فإن ذلك يعني ضمناً أنهما اتفقا على الصلح- والمحكمون المفوضون بالصلح لهم الحق بعدم التقيد بأصول المحاكمات المنصوص عليها في قانون أصول المحاكمات المدنية- و لهم الحق باختيار الأسلوب الذي يجدونه مناسباً للقاء الطرفين وتلقي دفعوئهما والذي يقودون بموجبه الأدلة للوصول إلى النتيجة التي يقتنعون بها"¹³.

وذهبت محكمة النقض في اجتهاد آخر لها إلى أن " إعفاء المحكمين من التقيد بقواعد الأصول لا يعني أنهم مفوضون بالصلح "¹⁴. فلقد أعفى القانون المحكم بالصلح، من

¹³-نقض سوري - قرار 47 أساس مخاصمة 986 تاريخ 2007/2/21 - مشار إليه في عبد القادر جارالله الألوسي - مجموعة أحكام النقض في قضايا التحكيم وفق القانونين القديم والجديد- المكتبة القانونية- المجموعة القضائية المدنية 8 - الطبعة الأولى 2013 - ص 242

¹⁴ - نقض سوري - قرار 280 أساس مخاصمة 310 تاريخ 2004/4/26 - مشار إليه في عبد القادر جارالله الألوسي - المرجع السابق - ص 240

التقيد بقواعد القانون، وألزمه فقط بأصول التحكيم، دون الالتزام بأصول المحاكمات، بحيث يحسم النزاع بين طرفيه مهتدياً بقواعد العدالة، وبما يجده مناسباً لحل النزاع المعروض عليه. وفي هذا النوع من التحكيم، يتنازل كل من طرفي النزاع عن جزء من ادعاءاته، للوصول إلى حل يقبل به طرفا الخصومة.

ويبقى المحكم طبعاً مقيداً بعدم مخالفة النظام العام والآداب العامة. فعندما يتعلق الأمر بقاعدة آمرة من القواعد التي شرعت لحماية المصلحة العامة، فلا يملك أطراف النزاع الاتفاق على مخالفتها، وبالتالي لا يستطيع المحكم مخالفتها، لأن سلطته في عدم الالتزام بالقواعد القانونية والنصوص التشريعية، تحددها إرادة أطراف النزاع من خلال ما ضمنته في اتفاق التحكيم.

وبالتالي يكون المحكم في هذا النوع من التحكيم، "مخولاً من الطرفين في أن يشرع بنفسه حلاً فردياً للنزاع المطروح عليه، قد لا يطابق الحلول التي توصل إليها أحكام القانون العامة، ومن البديهي أن تخويل المحكم مثل هذه السلطة الخاصة يفترض في الطرفين درجة عالية من الثقة في إحساسه بالعدالة وفي حسن تقديره وخبرته"¹⁵.

إلا أن التحكيم بالصلح يعد أشد خطورة من التحكيم بالقضاء، ذلك أنه يزول ويعد كأنه لم يكن في حال وفاة المحكم بالصلح، أو في حال امتناعه عن القيام بالمهمة الموكلة إليه، وذلك استناداً لما جاء في اجتهاد محكمة النقض السورية "التحكيم

¹⁵ - مصطفى محمد الجمال وعكاشة محمد عبد العال - المرجع السابق - ص 111

بالصلح يزول حتماً بالوفاة أو بالامتناع عن العمل أو التنحي عنه ويسقط ويعتبر كأن لم يكن وبزواله تزول حتماً الالتزامات الناشئة عنه" ¹⁶.

وذهبت في اجتهاد آخر إلى أن "التحكيم بالصلح يزول حتماً بالوفاة أو بالامتناع عن العمل أو التنحي عنه ويسقط التحكيم ويعتبر كأن لم يكن بسبب فقد لركن جوهرى وبزواله ينهار هذا التحكيم" وأكدت في ذات الاجتهاد على أن تفسير عقد التحكيم والوقوف على إرادة الطرفين لاستظهار فيما إذا كان التحكيم بالصلح أو بالقضاء يعود للمحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع" ¹⁷.

وبالطبع إن زوال التحكيم لا يعني بالضرورة زوال الحق موضوع التحكيم، وذلك لأنه يمكن لأطراف التحكيم إعادة طرح النزاع على الحق موضوع التحكيم، أمام جهات القضاء العادي المختصة فهو صاحب الولاية العامة، كما يمكن إعادة النظر فيه من خلال الاتفاق مجدداً على تسويته عن طريق التحكيم.

فإذا زال التحكيم بسبب امتناع المحكم المعين ليقوم بمهمة التحكيم بالصلح، يمكن لأي من أطراف التحكيم أن يلجأ إلى القضاء ليطلب تسمية محكم بدلاً عنه وبمجرد حضور الطرف الآخر لجلسات التحكيم يعتبر موافقة من قبله على إعادة طرح النزاع

¹⁶ - نقض سوري - قرار 64 أساس مدنية أولى 94 تاريخ 2011/2/7 - مشار إليه في عبد القادر جارالله الألوسي - المرجع السابق - ص 49

¹⁷ - نقض سوري - قرار 87 أساس مدنية أولى 150 تاريخ 2011/2/21 - مشار إليه في عبد القادر جارالله الألوسي - المرجع السابق - ص 248

على هيئة التحكيم الجديدة، وبالمقابل فهو دليلٌ على اتفاق إرادة الطرفين بعدم التمسك بشخص المحكم الذي لم يكمل مهمته. وهو ما أكدته اجتهادات محكمة النقض في قولها " اعتذار المحكم المفوض بالصلح عن المهمة ولجوء أحد الأطراف إلى القضاء لتسمية محكم بدلاً عنه وحضور الطرف الآخر وموافقته على طلب التسمية يشكل دليلاً على اتفاق إرادة الطرفين إلى عدم التمسك بشخص المحكم المعتذر"¹⁸.

وجاء في اجتهاد آخر " في حال الاتفاق على حل النزاع عن طريق محكمين معينين بأشخاصهم فإن اعتذار هؤلاء أو عدم قيامهم بالمهمة يعيد الاختصاص للقضاء صاحب الولاية العامة طبقاً للقواعد العامة"¹⁹.

ونعتقد أن هذه الاجتهادات جاءت بعد تخطيط محكمة النقض في اجتهاداتها في تواريخ سابقة، وكانت فيه تخالف ما انتهت إليه في الاجتهادات المذكورة سلفاً، فكانت قد أقرت أن " اعتذار المحكم الخاص الذي سماه الطرفان وفوضا إليه الصلح لا يعطي المحكمة حقاً بتسمية سواه، وهذا ما عليه الاجتهاد، وعليه فإن التحكيم بالصلح يزول حتماً بامتناع المحكم عن العمل أو التنحي عنه ويسقط ويعتبر كأن لم يكن، ولا تملك

¹⁸ - نقض سوري - قرار 39 أساس مخاصمة 491 تاريخ 2011/2/28 - مشار إليه في عبد القادر جاراالله الألوسي - المرجع السابق - ص250

¹⁹ - نقض سوري - قرار 507 أساس مخاصمة 801 تاريخ 2012/5/28 - مشار إليه في عبد القادر جاراالله الألوسي - المرجع السابق - ص258

المحكمة تعيين بديل له سواء كان هذا الامتناع قبل البدء في المهمة أم بعده أو قبل إتمامها"²⁰.

ويمكننا اعتماد المعيار الرئيس التالي الذي اعتمدته محكمة النقض في اجتهاديين لها تمييز المحكم بالصلح عن المحكم بالقضاء، وفيهما قالت " طالما أن المحكمين مفوضون بالصلح فإن هذا يعطيهم الحق بالحكم وفق قواعد العدالة"²¹.
و" من غير الجائز استئناف قرارات المحكمين عندما يكون المحكمون مفوضين بالصلح"²².

وبصورة عامة يبقى المحكم بالقضاء ملتزماً باتباع القواعد القانونية والنصوص التشريعية، ويصدر حكمه وفق مقتضى هذه القواعد والنصوص، في حين يعفى منها المحكم بالصلح ويصدر حكمه وفق مقتضى قواعد العدالة والإنصاف ومبادئ القانون الطبيعي، إلا أنه يبقى ملتزماً بعدم مخالفة النظام العام.

²⁰ -القضية 312 - أساس عام 2002 - قرار 159 لعام 2002 تاريخ 2002/3/10 - محكمة النقض السورية - الغرفة المدنية الأولى - مجلة المحامون - العددان 9-10 لعام 2003 - ص 881

²¹ - نقض سوري - قرار 99 أساس مخاصمة 1487 تاريخ 2011/6/27 - مشار إليه في عبد القادر جاراالله الألوسي - المرجع السابق - ص 276

²² - القضية 448 لعام 2010 - قرار 164 لعام 2010 تاريخ 2010/3/7 محكمة النقض السورية - غرفة المخاصمة ورد القضية. مجلة المحامون - العددان 11-12 لعام 2011 - ص 1597

فالمحكّمون بالقضاء ملزمون بأن يحكموا وفق القواعد والإجراءات المنصوص عليها في القانون. أما المحكمون المفوضون بالصلح، فهم من يوكل إليهم الأطراف الحكم دون مراعاة قواعد المهل والأشكال المتبعة في المحاكم.

المطلب الثاني

الشروط الواجب توافرها في المحكم

المحكم هو المعني بتحقيق هدف التحكيم، المتمثل بالسرعة في فض المنازعات، والاقتصاد في المصروفات، والسرية، بالإضافة إلى ما يتميز به التحكيم من بساطة إجراءاته، والحرية المتاحة إلى هيئة التحكيم لحسم الخلاف، وتلافي الحقد بين المتخاصمين، وإعادة العلاقات الطيبة بينهم.

فما هي الصفات التي يجب أن تكون متوفرة في شخص المحكم، والتي لا بد من مراعاتها عند اختياره ليقوم بمهمة التحكيم؟

في هذا المطلب سأتناول الصفات التي فرض القانون وجودها في شخص المحكم، وفي الصفات التي لم يذكرها القانون، وقد تولى الفقه القانوني والقضاء بعد ذلك استكمالها.

أولاً: الشروط التي وردت في القانون السوري

لقد اشترط القانون السوري في المحكم، كما يستفاد من المادة 13²³ من قانون التحكيم السوري رقم 4 لعام 2008، توافر الأهلية الكاملة في الشخص الذي سيتم اختياره كمحكم، فإن من لا تتوافر لديه الأهلية الكاملة لا يستطيع التصرف لنفسه، وبالتالي لا يمكن له أن يتصرف في شؤون غيره، ويصدر حكماً يعد تصرفاً في حقوق هذا الغير وفي التزاماته.

كما أن فقدان الأهلية أو نقصانها من شأنه أن يعيب التفكير والمحاكمة والفهم، وهو ما سيؤثر سلباً على إصدار الأحكام، لذلك يفترض توافر الأهلية في الشخص الذي تم اختياره كمحكم من قبل أطراف النزاع وأعطوه ثقتهم للفصل في النزاع القائم بينهم.

فلقد منع قانون التحكيم القاصروالمحجور عليه والمحروم من حقوقه المدنية أن يكون محكماً، والقاصر هو من لم يبلغ سن الرشد، وسن الرشد كما حددها المادة 46²⁴ من القانون المدني السوري، هي ثماني عشرة سنة ميلادية كاملة، وكل شخص بلغ سن

²³ - جاء في المادة 13 من قانون التحكيم السوري ما يلي: " 1 - لا يجوز أن يكون المحكم قاصراً أو محجوراً عليه أو مجرداً من حقوقه المدنية بسبب الحكم عليه بجناية أو جنحة شائنة ما لم يكن قد رد إليه اعتباره. 2 - لا يشترط في المحكم أن يكون من جنس أو جنسية معينة إلا إذا اتفق طرفا التحكيم على غير ذلك " .

²⁴ - جاء في المادة 46 من القانون المدني السوري ما يلي: 1 . كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية، ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية. 2 . وسن الرشد هي ثماني عشرة سنة ميلادية كاملة.

الرشد متمتعاً بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية، وبالتالي يصح اختياره محكماً، وكل من لم يبلغ سن الرشد، أو بلغها وكان سفيهاً أو ذا غفلة، فهو بمقتضى المادة 48²⁵ من القانون المدني السوري ناقص الأهلية، وبالتالي لا يصح أن يكون محكماً، وهذا الشرط من النظام العام الذي لا تجوز مخالفته. أما المحجور عليه فهو إما أن يكون مجنوناً أو معتوهاً أو سفيهاً أو مغفلاً، والمجنون والمعتوه بحسب المادة 200²⁶ من قانون الأحوال الشخصية السوري محجوران لذاتهما، أي سواء صدر قرار بحجرهما أم لم يصدر، لا يجوز اختيار أحدهما كمحكم، فإن مجرد الإصابة بالمجنون أو العته كاف لمنع هذا الاختيار، وإذا اختير أحدهما كان التحكيم باطلاً. أما السفیه والمغفل فيحجران بقرار قضائي صادر عن القاضي الشرعي، وبصدور هذا القرار لا يجوز تعيين من صدر بحقه كمحكم، وإذا تم تعيينه رغم صدور هذا القرار بالحجر، فإن التحكيم يكون باطلاً. وهذا الأمر من متعلقات النظام العام، التي لا يجوز مخالفتها أو الاتفاق على مخالفتها.

²⁵ - جاء في المادة 48 من القانون المدني السوري ما يلي: كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد، وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيهاً، أو ذا غفلة، يكون ناقص الأهلية، وفقاً لما يقرره القانون.

²⁶ - جاء في المادة 200 من قانون الأحوال الشخصية السوري ما يلي: 1 - المجنون والمعتوه محجوران لذاتهما ويقام على كل منهما قيم بوثيقة. 2 - السفیه والمغفل يحجران قضاء وتصرفاتهما قبل القضاء نافذة ويقام على كل منهما قيم بقرار الحجر نفسه أو بوثيقة على حدة. 3 - السفیه هو الذي يذر أمواله ويضعها في غير مواضعها بإنفاقه ما يعد من مثله تذبذباً. 4 - المغفل هو الذي تغلب عليه الغفلة في أخذه وعطائه ولا يعرف أن يختلط في معاملته لبلايته.

وقد منعت المادة 13 من قانون التحكيم السوري أيضاً، من كان مجرداً من حقوقه المدنية بسبب الحكم عليه بجناية أو جنحة شائنة، ما لم يكن قد رد إليه اعتباره، من تعيينه كمحكم. ويقصد بذلك، أن من كان مجرد مدنياً ومنع عليه ممارسة حقوقه المدنية، لا يصح تعيينه كمحكم، تحت طائلة بطلان التحكيم.

والتجريد المدني هي عقوبة جنائية سياسية، كما نصت عليها المادة 38²⁷ من قانون العقوبات السوري، وهذه العقوبة تستلزم بحسب المادة 49²⁸ من القانون ذاته، العزل والإقصاء عن جميع الخدمات العامة، ولما كان التحكيم خدمة عامة، فإذا عين المحكوم عليه بعقوبة التجريد المدني محكماً كان التحكيم باطلاً.

أما المنع من ممارسة الحقوق المدنية، فهي عقوبة جنائية إضافية للعقوبة الجنائية العادية، تسري خلال تنفيذ المحكوم عليه عقوبته الأصلية، وقد نصت عليها المادة 50²⁹ من

²⁷ - جاء في المادة 38 من قانون العقوبات السوري ما يلي: إن العقوبات الجنائية السياسية هي 1 - الاعتقال المؤبد - 2 - الاعتقال المؤقت - 3 - الإقامة الجبرية - 4 - التجريد المدني.

²⁸ - جاء في المادة 49 من قانون العقوبات السوري في الفقرتين الأولى والثانية أن التجريد المدني يوجب حكماً ما يلي: 1 - العزل والإقصاء عن جميع الوظائف والخدمات العامة والحرمان من كل معاش تجرّيه الدولة - 2 - العزل والإقصاء عن جميع الوظائف والخدمات في إدارة الطائفة أو النقابة التي ينتمي إليها المحكوم عليه والحرمان من كل معاش أو مرتب تجرّيه هذه الطائفة أو النقابة.

²⁹ - جاء في المادة 50 من قانون العقوبات السوري في فقرتها الأولى ما يلي: كل محكوم عليه بالأشغال الشاقة أو بالاعتقال يكون في خلال تنفيذ عقوبته في حالة الحجر وتنقل ممارسة حقوقه على أملكه، ما خلا الحقوق الملازمة للشخص، إلى وصي وفقاً لأحكام قانون الأحوال الشخصية المتعلقة بتعيين الأوصياء على المحجور عليهم، وكل عمل أو إدارة أو تصرف يقوم به المحكوم عليه يعتبر باطلاً بطلاناً مطلقاً مع الاحتفاظ بحقوق الغير من ذوي النية الحسنة، ولا يمكن أن يسلم إلى المحكوم عليه أي مبلغ من دخله ما خلا المبالغ التي يجيزها القانون وأنظمة السجون.

القانون ذاته، ومؤدى هذه المادة حرمان المحكوم عليه بالأشغال الشاقة أو الاعتقال، من ممارسة حقوقه، فمن باب أولى حرمانه من ممارسة حقوق الغير، وإذا عين محكماً كان التحكيم باطلاً.

على أنه تجدر ملاحظة "أن الحظر يتعلق فقط بالمحكوم عليه في جنائية أو جنحة شائنة، ولا يكفي أن يكون الشخص متهماً لم يحكم عليه بعد، كما أن المحذور تعيينه محكماً هو المحروم من حقوقه المدنية وليس المحروم من مباشرة حقوقه السياسية، لأن حرمان الشخص من مباشرة حقوقه السياسية لدوافع سياسية لا ينتقص من إدراكه ولا ينال من كمال أهليته المدنية، ولا ينزل به منزلة ناقص الأهلية. ومن الناحية الواقعية فإن سبق الحكم على شخص في جريمة مخلة بالشرف، يخل بالثقة الواجبة فيه ويؤدي إلى العزوف عن اختياره محكماً، إذ يتعين أن تتوافر لديه مقومات الشخصية التي يفرض بها احترامه على طرفي النزاع وينزل حكمه أمام الجهات المختصة منزلة الاحترام"³⁰.

وقد "انتقد البعض منع المحروم من حقوقه المدنية، من التحكيم، لأن مهمة التحكيم لا صلة لها بحالته المدنية، كما إن اختيار المحكم مناطه ثقة الأطراف فيه، وفي خبرته، وليس الاحتفال به وتكريمه"³¹.

لكن إذا كان المحكوم عليه بالأشغال الشاقة أو الاعتقال مثلاً، يحرم من ممارسة حقوقه المدنية، فمن باب أولى حرمانه من ممارسة حقوق الغير.

³⁰ - أحمد السيد صاوي- التحكيم طبقاً للقانون رقم 27 لسنة 1994 وأنظمة التحكيم الدولية -

مصر - 2002 - ص 88-89

³¹ - مصطفى محمد الجمال وعكاشة محمد عبد العال - المرجع السابق - ص 606

وبين قانون التحكيم السوري أنه من الممكن اختيار أي شخص كامل الأهلية كمحكم، ويمكن أن يكون هذا المحكم رجلاً أو امرأة، وقد يكون المحكم المختار متخصصاً في موضوع النزاع وبالتالي يتم اختياره لخبرته في مجال معين يدور النزاع حوله، كما يمكن أن يكون غير متخصص ولا يحمل أي خبرة في الموضوع المكلف بتسوية النزاع المتعلق به.

وأكثر من ذلك، يجوز أن يكون جاهلاً لغة أطراف النزاع، فيستند في الحكم الذي سيصدره على الأوراق المقدمة إليه والتي تكون مترجمة.

وإذا كان موضوع النزاع يمس بشكل مباشر ديانة أطراف النزاع، فمن الممكن أن يكون المحكم على غير ديانتهم، بشرط ألا يتصل موضوع النزاع بالنظام العام لأنه في هذه الحال لا يمكن التحكيم فيه.

وليس هناك ما يمنع أن يكون المحكم أمياً أو أصم أو أبكماً وحتى أعمى، طالما أن جميع هذه الصفات لم يمنعها قانون التحكيم السوري في الشخص الذي سيتم اختياره كمحكم.

ويجوز أن يكون المحكم أجنبياً، طالما أن ليس هناك في النص القانوني ما يمنع ذلك، في حين "تتطلب بعض الأنظمة أن يكون المحكم وطنياً، باعتبار أن التحكيم نوع من القضاء، ينبغي ألا يتولاه الأجانب"³².

وأرى أنه، وإن سمح القانون بتعيين شخص ما كمحكم حتى لو كانت جنسيته تختلف عن جنسية الخصوم، إلا أنه قد يكون من الأفضل أن يكون المحكم وطنياً، وذلك في الوقت الذي أصبح فيه التحكيم موازياً بأهميته للقضاء، فهو الطريق الذي يسلكه

³² - مصطفى محمد الجمال وعكاشة محمد عبد العال - المرجع السابق - ص 612

الخصوم للابتعاد عن أعباء التقاضي وإجراءاته الروتينية، إلا أن ذلك لا يمنع من اعتبار التحكيم قضاءً في نزاع معين يصدر فيه المحكم حكمه بناء على السلطة التي منحه إياها القانون الوطني، ويستند لإنجاز مهمته إلى القواعد والأصول التي تتبع أغلبها في المحاكم الوطنية.

مما سبق يتبين لنا أن المادة 13 من قانون التحكيم قد قصّرت عن ذكر بعض الصفات المهمة، التي لا بد من توافرها في المحكم الذي تم اختياره، لتقليل إمكانية الطعن بالحكم الصادر عنه، ولتعزيز ثقة الخصوم بالتحكيم كطريقة لحل النزاعات، والتخفيف من الدعاوى المعروضة على القضاء، وتحقيق هدف المتنازعين الأساسي، وهو السرعة في حل المنازعات القائمة بينهم بالسرعة التي لم تعتد المحاكم عليها. كما أن هناك بعض الصفات التي تثير اللبس وخلاف وجدل الفقه، وقد تولى الفقه القانوني والقضاء استكمال هذه الصفات، وسنبحث فيها من خلال ما يلي:

ثانياً: الحالات التي سكت عنها القانون السوري

سأبحث من خلال الآتي في هذه الحالات.

1 - الشخص الطبيعي والشخص الاعتباري

يثور التساؤل حول إمكانية أن يتولى المهمة التحكيمية شخصاً معنوياً؟

حيث أنه لا خلاف أن الأصل هو أن يتولى هذه المهمة الشخص الطبيعي، وهو من بحثنا في الصفات التي فرض القانون توافرها فيه، ولا خلاف أيضاً أنه من الممكن أن يتولى مثل هذه المهمة شخصاً معنوياً، إنما يكون ذلك من خلال ممثلين له، إلا أن الجدل يدور حول إمكانية الاتفاق على أن يتولى الشخص المعنوي ذاته مهمة الفصل في النزاع، وهو من يقوم بإصدار الحكم، وبالتالي يكون هو محل الاعتبار في الحكم الصادر.

ففي حين يرى البعض أنه "لا يوجد مانع من أن يكون الشخص المعنوي محكماً، بمعنى أن يتولى مهمة التحكيم من خلال ممثليه، بحيث ينسب إليه في النهاية حكم التحكيم ويكون هو المسؤول عنه، وفي تقديرهم أن اختيار الشخص المعنوي محكماً على هذا النحو من شأنه أن يحفظ للقائمين بمهمة التحكيم استقلالهم عن الخصوم. في حين يرى البعض الآخر من الفقه عدم جواز أن يكون الشخص المعنوي محكماً، بمعنى أن ينسب حكم التحكيم إليه، فيكون محل الاعتبار في إصدار الحكم هو هذا الشخص لا الشخص الطبيعي الذي قام بتحقيق الخصومة وإعداد الحكم فيها، فإذا اتفق الطرفان على أن يكون الشخص المعنوي محكماً بهذا المعنى، كان الاتفاق باطلاً،

وهم يستندون في ذلك إلى عنصر الثقة التي ينبغي أن تتوافر بين المحكم والمحكّمين، مما لا تتوافر إلا في الشخص الطبيعي وحده³³.

بينما يرى البعض الآخر من الفقه أنه "لا يمكن أن يكون المحكم إلا شخصاً طبيعياً، ويستوي بعد ذلك أن يحدد بالاسم في عقد التحكيم أو يتفق عليه الطرفان مستقبلاً عند قيام النزاع أو تعيينه المحكمة عند اختلافهما، ولا يمكن أن يكون بأي حال من الأحوال، شخصية معنوية كشركة أو جمعية أو هيئة عامة أو مؤسسة عامة"³⁴.

إلّا أن ما يمكن استنتاجه من النصوص القانونية في قانون التحكيم السوري، وقوانين التحكيم الأخرى، أن المحكم الذي خصه المشرع، هو الشخص الطبيعي فقط دون الشخص الاعتباري، سواء من حيث الصفات الواجب توافرها في شخص المحكم، أو من حيث رد المحكم، أو من حيث سماع الشهود، وسماع الخصوم، فهذه كلها لا بد أن يقوم بها شخص طبيعي.

وإذا افترضنا أنه قد تم اختيار شخص اعتباري ليقوم بمهمة التحكيم، فهذا يعني أن هذا الشخص الاعتباري لا يستطيع إلا أن ينظم عملية التحكيم، أما العملية ذاتها، فليس بإمكانه توليها، وبالتالي فإنه إذا تم الاتفاق على أن يتولى التحكيم مركز قانوني معين، فهذا يفيد فقط أن يتم تسمية المحكّمين من قائمة المحكّمين التي يعتمدها المركز، وأن يقتصر دوره بالإضافة إلى ذلك على الإشراف على العملية التحكيمية وتنظيمها، حسب الآلية التي يعتمدها كمركز تحكيمي.

³³ - مصطفى محمد الجمال وعكاشة محمد عبد العال - المرجع السابق - ص 605

³⁴ - يعقوب يوسف صرخون - المرجع السابق - ص 15

وأرى بأن المحتكمين بغنى عن الدخول في متاهة كون المحكم مركزاً أو جهة معينة، فإذا كان الهدف الأساس الذي يسعى إليه طرفي النزاع، عند التنازل عن الضمانات التي توفرها المؤسسة القضائية، وطرح نزاعهم على شخص لا يتمتع بالصفة القضائية الرسمية، هو السرعة في فض هذا النزاع من خلال شخص يكون محل ثقتهم، وتتوافر فيه الصفات التي يسعون إلى ضرورة توافرها فيه، فلن يكون بإمكانهم مراقبة تحقق ذلك إذا ما تولى هذه المهمة شخص اعتباري.

وإذا كان مؤيدو فكرة إمكانية أن يكون المحكم شخصاً اعتبارياً، يعودون للقول بأنه بإمكان الشخص الاعتباري القيام بمهمة التحكيم من خلال الشخص الطبيعي الذي يمثله، فذلك عودٌ على بدء، أن من يقوم بممارسة مهمة التحكيم لا بد وأن يكون شخصاً طبيعياً.

وحبذا لو أن القانون حسم هذه المسألة صراحةً، كما فعلت بعض التشريعات العربية، ومثالها القانون اللبناني³⁵.

2 - الإعاقة البدنية

لم تتضمن نصوص قانون التحكيم السوري أو غيره ما يمنع أن يتولى مهمة التحكيم من كان يعاني من إعاقة بدنية معينة.

إلا أن بعض الإعاقات قد تحول دون إمكانية المحكم من إدراك ما يدور حوله أثناء التحكيم، مثل فقدان السمع أو فقدان البصر، فلا يستطيع من فقد السمع أن يدرك

³⁵ - جاء في المادة 768 من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبنانية مايلي: لا تولى مهمة المحكم لغير

شخص طبيعي وإذا عين شخصاً معنوياً فتقتصر مهمته على تنظيم التحكيم

مايقوله الخصوم، أو مايشهد به الشهود مثلاً، ولا يستطيع من فقد بصره أن يعاين بنفسه بعض الأوراق الهامة المنتجة في الدعوى التحكيمية، أو البضاعة المتنازع عليها على سبيل المثال، كما أن هناك بعض الأمراض التي تقعد المحكم فراشه، فتمنعه من الانتقال إلى مكان التحكيم مثلاً.

ولكن ما دامت أطراف النزاع على علم بالإعاقة البدنية التي يعاني منها من اختاروه محكماً، وقبلوا رغم ذلك بأن يكون محكماً. فلا مانع أن يتولى التحكيم مثل هذا الشخص طالما اتفق عليه أطراف النزاع.

وإن كان من الأفضل لهم أخذ هذه الأمور بعين الاعتبار عند اختيارهم المحكم، حتى لا تكون تلك الإعاقة البدنية عقبة تؤثر على الإجراءات التحكيمية وتتسبب في إبطال حكم المحكم، أو على الأقل تتسبب في تأخير صدوره.

3 - المؤهل العلمي

لا يشترط النص القانوني أن يكتب المحكم حكمه الصادر عنه بخط يده، مما يتيح لشخص آخر كتابته، وهذا الشخص قد يكون الكاتب الذي يتولى كتابة محاضر التحكيم، لذلك ليس هناك مايفرض أن يكون المحكم شخصاً يجيد القراءة والكتابة. وبعد ذلك يمكن للمحكم التوقيع على محضر التحكيم بإمضائه أو وضع خاتمه أو بصمته.

كما أنه إذا كانت الهيئة التحكيمية ليست فردية، فإنه يمكن أن يتفق الأطراف على تعيين محكم مرجح لا يجيد القراءة والكتابة أيضاً، وهذا يكلف شخصاً آخر بكتابة الحكم الصادر عن الهيئة.

"لكن البعض يشترط في المحكم أن يكون على الأقل ملماً بالقراءة والكتابة، لأن وظيفة التحكيم تستلزم في القائم بها أن يكون قادراً على الاطلاع على مستندات الخصوم وأوراقهم، وعلى كتابة الحكم وتوقيعه، وذكر أسبابه، والاطلاع على القوانين والأنظمة وغير ذلك من الأمور التي تستدعي إلمام المحكم بالقراءة والكتابة، وإذا لم تكن الأنظمة قد نصت على هذا الشرط، فذلك لأنه شرط بديهي واجب التحقق، دون النص عليه"³⁶.

"فكيف يتسنى لمن لا يحسن الكتابة والقراءة التأكد من صحة ما وضع توقيعه عليه وإنه مطابق لما أملاه على الكاتب. كما أنه لا يتصور رجلاً أمياً يتولى التحكيم والقيام بإجراءاته دون أن يقع خطأ منه يؤدي إلى بطلان حكمه، وفي ذلك مخاطرة من قبل أطراف النزاع إذا لم يكن أحد المحكمين على علم بالقواعد الشرعية والقانونية، بالقدر اللازم، للقيام بإجراءات التحكيم والفصل في النزاع دون ارتكاب أخطاء تؤدي إلى بطلان التحكيم. وإن أكثر المنازعات تثير إشكالات قانونية أو شرعية وتحتاج إلى فهم النصوص وإدراك أحكامها، وعلى المحكم أن يعرف الإجراءات التي تبطل حكمه ليتجنبها مما لا تبطل حكمه، وعليه في نهاية المطاف أن يكتب حكمه بعبارات واضحة تتفق مع المصطلحات القانونية، فكيف لشخص أمي أو عديم الخبرة في هذه الأمور أن يكون حكمه سليماً"³⁷.

³⁶ - مصطفى محمد الجمال وعكاشة محمد عبد العال - المرجع السابق - ص 613-614

³⁷ - أنس كيلاي - عادة أنس كيلاي - هاني القرشي - الكامل في التحكيم - في السعودية وسورية -

نظرياً وعملياً - 2007 - ص 154-155

4 - معرفة القانون والأصول

" لم يشترط القانون صراحة أن يكون المحكم على معرفة بقواعد القانون والأصول، مما حدا بال بعض إلى القول بصحة تحكيم من لم تتوافر فيه هذه المعرفة، ولكن قانون التحكيم يقضي بأن يتقيد المحكمون بالأصول، والمواعيد المتبعة أمام المحاكم، وبأن يصدر الحكم من المحكمين على مقتضى قواعد القانون، وهذان الشرطان من النظام العام الذي لا تجوز مخالفته ولا الاتفاق على خلافه، مما يستفاد منه، أن المشرع اشترط ضمناً في المحكم، أن يكون على معرفة بقواعد الأصول والقانون، ليتقيد بها عند قيامه بإجراءات التحكيم، وعند إصداره حكمه. أما في التحكيم بالصلح فإن المحكمين المفوضين بالصلح معفون من التقيد بأصول المرافعات وقواعد القانون. مما يمكن القول معه بصحة تحكيم غير الملم بقواعد الأصول والقانون مبدئياً، لأنه معنى من التقيد بها، إلا أن هذا الإعفاء ليس مطلقاً لأن المحكم ملزم بالتقيد بأصول التحكيم سواء في إجراءات التحكيم أو في إصدار حكمه. الأمر الذي يقتضيه معرفة هذه الأصول للالتزام بها، وذلك يجعل المعرفة بالأصول التحكيمية شرطاً واجب التوافر في المحكم"³⁸.

وأرى أنه ليس من الحكمة تعيين محكم ليس لديه الدراية الكافية بالقواعد القانونية، وأصول المرافعات أمام المحاكم، والمواعيد المتبعة أمامها، وإلا فإن ذلك قد يكون سبباً في إبطال الحكم، كما لو استبعد حكم التحكيم تطبيق القانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع النزاع، أو إذا كانت إجراءات التحكيم باطلة بطلاناً أثر في

³⁸ - مصباح نوري المهائني - المرجع السابق - ص 80

الحكم، وعندها فإن الخصم ذي المصلحة سيطعن بالحكم الصادر عن المحكم، ويطلب إبطاله.

كما أنه حتى لو كان المحكم مفوضاً بالصلح، فقد أعفى القانون المحكم بالصلح من التقيد بقواعد القانون، ومن الالتزام بأصول المرافعات، ولكنه ألزمه بالتقيد بأصول التحكيم، وعدم مخالفة القواعد الآمرة، ومراعاة أصول الدفاع والمساواة بين الخصوم. فكيف لشخص لا يملك المعرفة بالقانون والأصول، أن يتولى التحكيم، سواء كان التحكيم بالقضاء أو بالصلح، خاصة أن كثيراً من الحالات التي تثير المنازعات تحتاج إلى فهم القانون وإدراك أحكامه والعلم بقواعده.

وحبذا لو أن القانون ذكر مثلاً ضرورة أن يكون المحكم رجل قانون، كالحامي أو القاضي أو خبيراً بالشؤون القانونية، ففي ظروف تعقيد الإجراءات وأهميتها، واحتمال أن يؤدي الخلل فيها إلى إبطال الحكم، يقتضي الأمر أن يكون أحد أعضاء الهيئة على الأقل رجل قانون، أي من ذوي الدراية والمعرفة القانونية. وبذلك يوفر على المتخصصين الماطلة في إجراءات التحكيم، ليحقق التحكيم الغاية المنشودة منه، وهي السرعة في فصل النزاعات، والتي بالتأكيد تتحقق إذا ما كان المحكم رجل قانون.

5 - المهنة والحرفة

" لم يشترط القانون السوري أن يكون المحكم صاحب حرفة أو مهنة معينة، ولئن أطلق القانون حرية اختيار المحكم بالنسبة للمهنة، لإتاحة الفرصة أمام أطراف النزاع، لاختيار المحكم ممن له خبرة ودراية في موضوع التحكيم، إلا أن مجرد الخبرة دون معرفة إجراءات التحكيم قد يعرض حكم المحكم للبطلان، بسبب مخالفتها، ثم إنه لا يمنع المحكم، إذا اقتضت طبيعة النزاع من الاستعانة بصاحب المهنة والحرفة عن طريق

الخبرة، وبذلك يكون أطراف النزاع قد حصلوا على ميزة المحكم وميزة الخبير في آن واحد، لأن المحكم إذا كان خبيراً في أمر ما لا يجوز له أن يحكم بموجب خبرته الشخصية في النزاع، فلا بد له من الاستعانة بخبير شأنه شأن القاضي، إلا في الأمور العامة التي لا تحتاج إلى خبرة، لأن المحكم الذي يحكم بموجب خبرته سوف يدافع عن صحة خبرته في حكمه، وهذا من طبائع البشر"³⁹.

"و إذا كانت بعض الأنظمة قد اشترطت أن يكون المحكم من ذوي الخبرة في مجال المنازعة المعروضة على التحكيم، لكن أغلبها قد سكتت عن هذا الشرط، ومن ثم فالأمر فيها متروك لتقدير طرفي التحكيم نفسيهما عند الاتفاق على التحكيم، وقد يكون من الأوفق أن يختار الطرفان محكماً من ذوي الخبرة في مجال النزاع، أو من ذوي الخبرة القانونية، على نحو يغني عن الاستعانة بالخبراء، ويؤدي إلى سرعة الفصل في النزاع، أما أن يكون المحكم جاهلاً بقواعد القانون التي تحكم النزاع ومنعدم الخبرة بشأنه، فهو أمر يبدو غير مقبول"⁴⁰.

وأرى أنه قد يكون المحكم خبيراً بالشؤون القانونية، إلا أنه يحترف عملاً أو مهنة لا تمت للقانون بصلة، وبالتالي فإن تلك المهنة لن تؤثر سلباً أو إيجاباً على المهمة التحكيمية التي يقوم بها، طالما أنه يقوم بمهمته بشكل مؤقت، ليعود بعد انتهائه منها إلى مهنته أو حرفته.

كما أن الخبرة الفنية وحدها لا تكفي إنما لا بد من الخبرة القانونية أيضاً لدراسة القضايا وتحقيقها والقدرة على فهم مواطن النزاع فيها ومراعاة الأحكام والمبادئ

³⁹ - أنس كيلاي - عادة أنس كيلاي - هاني القرشي - المرجع السابق - ص 155-156

⁴⁰ - مصطفى محمد الجمال وعكاشة محمد عبد العال - المرجع السابق - ص 613

القانونية، كمبدأ احترام حقوق الدفاع والمساواة بين المتنازعين وتكييف الوقائع وتسبب الأحكام عند وجوب ذلك.

فعندما يكون المحكم مفوضاً بالحكم بالصلح مثلاً، وبالتالي سيصدر حكمه على مقتضى قواعد العدالة، فإن الخبرة القانونية للمحكم تصبح أمراً ضرورياً، ما يتطلب معه أن يكون المحكم بالصلح على دراية وإحاطة وإلمام بالأحكام والقواعد التي تحقق تلك العدالة.

وبالطبع ليس ثمة شك في أن وجود الخبرتين معاً الفنية والقانونية يعد من أبرز ما يشجع على اللجوء إلى التحكيم ويبرز أهم مزاياه ويبعث الطمأنينة في نفوس المتخاصمين.

6 - الخبرة في ممارسة التحكيم

" إن خبرة المحكم ليست شرطاً في تعيينه، وإنما هي مسألة يحرص الأطراف على توافرها في شخص المحكم الذي سيتولى الفصل في نزاعهم، فهذه الخبرة فضلاً عن غيرها من الشروط، هي التي تطمئن أطراف النزاع إلى حسن فطنة المحكم، وتقديره لما يثيره النزاع من مشكلات والإلمام بجوانبه المختلفة، والإحاطة بالأعراف التجارية السائدة، وعدم الوقوع في أخطاء قد تؤدي إلى بطلان الحكم، والقدرة على إدارة خصومة التحكيم، والتغلب على ما قد يعترض سيرها من عقبات، فالتمرس على التحكيم أمر مفروغ منه، ومفترض أساسي في اختيار المحكمين، وهو ما تحرص عليه هيئات التحكيم ومؤسساته عند انتقاء قوائم محكميها. بيد أنه تجدر ملاحظة أن الخبرة ليست مرادفاً للتخصص، فالتخصص وإن وفر للمحكم القدرة على حسن

الفصل فيما يعرض عليه من منازعات تدخل في إطار تخصصه، إلا أن ترجمة ذلك عملاً لا يتأتى إلا بالممارسة"⁴¹.

وأرى أن خبرة المحكم في ممارسة التحكيم تدعم استقلاله وتغنيه عن اللجوء إلى طلب الخبرة من أصحابها، والحصول على أحكام عادلة وسريعة. وإذا ما استعان بخبير فإن المحكم سيظهر بوصفه الخبير القادر على مناقشة الخبراء في أدق التفاصيل والجوانب الفنية في المنازعة، وهو ما يحفز أولئك الخبراء على تحري الدقة والموضوعية والصدق في تقريرهم، وذلك لإيمانهم بأنهم يقدمون خبرتهم أمام من هو خبير بكل الجوانب الفنية المتعلقة بالمسألة موضوع النزاع.

إضافةً إلى ذلك فقد استقر القضاء في سورية على أن "المحكم غير ملزم بالاستعانة بخبرة إذا أمكنه تحديد حقوق كل من طرفي التحكيم بحسابات يجريها بنفسه"⁴².

7 - الحياد والاستقلال

يجب عدم الخلط بين هذين المفهومين، "فاستقلال المحكم يعني بالمعنى الواسع عدم تبعيته لأي من طرفي النزاع، حتى لا يتوجه في عمله بتوجيهات أي منهما، أما الحياد فيعني عدم الميل أو الحكم بالهوى لصالح أيهما. وعليه فإنه لا يكفي في هذا الصدد استقلال المحكم عن اختاره، وإنما يتعين أيضاً استقلاله عن الطرف الآخر في النزاع

⁴¹ - أحمد السيد صاوي - المرجع السابق - ص 93

⁴² - نقض سوري - قرار 115 أساس مخصصة 267 تاريخ 2006/4/2 - مشار إليه في عبد القادر جارا الله الألوسي - المرجع السابق - ص 46

الذي لم يختره، وعدم وجود أي صلة سابقة أو حالية بأي منهما، من شأنها أن تؤثر على استقلاله أو حياده، وكذا عدم وجود صلة بينه وبين أقارب أيهما أو ممثلي الطرفين، وعدم سبق اتصاله بموضوع النزاع المطروح على التحكيم، كما إذا سبق له أن قدم استشارة أو فتوى متعلقة به، وعدم وجود مصلحة له مالية أو أدبية تتعلق بالنزاع المطروح على التحكيم، لأن من شأن أي صلة من هذا النوع إثارة الشكوك حول استقلال المحكم وحياده، الأمر الذي يعصف بالثقة في حكم التحكيم ويفقده مصداقيته، كأداة ميسرة ناجحة لحسم المنازعات التجارية خاصة الدولية منها. على أنه تجدر ملاحظة أنه، وإن سهل إقامة الدليل المادي على عدم استقلال المحكم وتقدير ذلك موضوعياً، فإنه من الصعب بمكان إقامة الدليل على عدم حياد المحكم، لأنها مسألة نفسية أخلاقية. على أن صعوبة إقامة الدليل على عدم حياده لا تعني استحالة، لأنه يمكن من خلال مسلك المحكم، إقامة الدليل على انحيازه لصالح طرف دون آخر، كأن يفسح له مجال الدفاع بينما يقاطع الآخر ويعترض دفاعه، أو يبدي تحمساً لسماع شهود أحد الأطراف دون الآخر، أو يظهر اقتناعه بشهادتهم بينما يقاطع شهود الطرف الآخر وييدي استنكاره لأقوالهم⁴³.

"فالحياد يتعلق بصلة المحكم بالنزاع المعروض عليه، والاستقلال يتعلق بصلة المحكم بالخصوم ومدى تأثيرهم عليه، ولا يصلح المحكم للتحكيم إذا كان غير محايد، ولا يجوز اختيار شخص محكماً إذا كان طرفاً في النزاع، لأنه لا يجوز أن يكون الإنسان خصماً وحكماً في الوقت ذاته، و حتى يحكم المحكم بالعدل وبغير ميل لأطراف النزاع، يجب أن لا يكون له صلة قرابة أو عداوة مع أحد الخصوم، فإذا كان أحد أطراف النزاع

⁴³ - أحمد السيد صاوي- المرجع السابق - ص 95-96

زوجاً أو ابناً للمحكم، فلا يتصور أن يحكم بدون ميل، وكذلك الحال إذا كانت له شراكة مع أحد أطراف النزاع أو كان خصماً له"⁴⁴.

وقد ألزم قانون التحكيم المصري المحكم بالإفصاح عن أية ظروف من شأنها إثارة الشكوك حول حياده واستقلاله.⁴⁵ وأكد قانون التحكيم السوري على ذلك، حيث نص على ضرورة ذلك أيضاً في مواده⁴⁶.

كما جاء في قانون التحكيم المعمول به في البحرين ما يؤكد على حيادية المحكم أيضاً⁴⁷.

⁴⁴ - أنس كيلاي- غادة أنس كيلاي- هاني القرشي- المرجع السابق - ص 158

⁴⁵ - جاء في المادة 16 من قانون التحكيم المصري في فقرتها رقم 3 ما يلي: يكون قبول المحكم القيام بمهمته كتابة ، ويجب عليه أن يفصح عند قبوله عن أية ظروف من شأنها إثارة شكوك استقلاله أو حيادته.

⁴⁶ - جاء في المادة 17 من قانون التحكيم السوري في فقرتها الأولى ما يلي: يكون قبول المحكم لمهمته كتابة بتوقيعه على اتفاق التحكيم أو بتوقيعه على وثيقة مستقلة تثبت قبوله أو على محضر جلسة التحكيم، ويجب عليه أن يفصح لطرفي التحكيم وللمحكمين الآخرين عن أية ظروف من شأنها أن تثير شكوكاً حول استقلاله أو حيادته سواء أكانت هذه الظروف قائمة عند قبوله لمهمته أم استحدثت أثناء إجراءات التحكيم، ويكون لطرفي التحكيم في هذه الحالة الخيار لقبول استمراره بمهمة التحكيم أو مطالبة بالتنحي عنه.

⁴⁷ - جاء في المادة 32 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985 المعمول به في البحرين ما يلي: على الشخص حين يفتح بقصد احتمال تعيينه محكماً أن يصرح بكل الظروف التي من شأنها أن تثير شكوكاً لها ما يبررها حول حيادته واستقلاله منذ تعيينه وطوال إجراءات التحكيم أن يقضي بلا إبطاء إلى طرفي النزاع بوجود أي ظرف من هذا القبيل إلا إذا كان قد سبق له أن أحاطهما علماً بما.

و"يجب أن يكون المحكم حيادياً بين أطراف النزاع رغم ما يتمتع به من سلطة في الإثبات، فليس له أن يوحى للشاهد بالمعلومات التي يريد أن يسمعها منه، وليس له أن يعتمد إلى تدوين إفادة الشاهد بالشكل الذي يستفيد منها خصم دون آخر، بخلاف ما قصده الشاهد، وإلا يكون قد خرج عن حياده. وليس له أن يتدخل في شؤون الخبراء، ويقنعهم بأن الأدلة ليس لصالح فلان أو أنها ضد فلان، حتى يؤثر بشكل أو بآخر على نتيجة الخبرة، رغم أنه يملك إعادة الخبرة أكثر من مرة، حتى تحصل لديه القناعة الكافية في النتيجة، وكذلك ليس له أن يستغل السلطة التي خولها له القانون فيعيد الخبرة مراراً رغم قناعته بنتيجتها لمجرد الأمل أن تأتي لمصلحة الخصم الآخر"⁴⁸.

"كما إن من واجبات المحكم الأساسية أن يعمل بنزاهة وشرف وأمانة لا يعترئها الشك، وهذا يستلزم منه تسبيب حكمه للدلالة على الكيفية التي توصل فيها إلى الحكم، فإن تعليل المحكم للحكم الذي يصدره هو الدليل الذي يكشف ميوله من عدمه إلى أطراف النزاع. كما أن الحكم الذي يصدر عن المحكم بدون تعليل هو مدعاة للشبهة في حكم المحكم، وإلا لكان قد علل حكمه. إلا أنه لا يشترط أن يكون تعليل المحكم لحكمه كتعليل القاضي لحكمه، وإنما يكفي منه بيان الأسس التي بنى عليها حكمه من حيث الواقع، ومن حيث القانون، وأن يبين الدليل الذي بنى عليه حكمه"⁴⁹.

⁴⁸ - أنس كيلاي - عادة أنس كيلاي - هاني القرشي - المرجع السابق - ص 197

⁴⁹ - أنس كيلاي - عادة أنس كيلاي - هاني القرشي - المرجع السابق - ص 184

وقد "وضعت نقابة المحامين الدوليين⁵⁰ ما يسمى (قواعد سلوك المحكمين الدوليين) حيث وضعت ثلاث قوائم: القائمة الحمراء وتتضمن الصعوبات والعقبات التي تقف أمام المحكم في مواصلة السير في التحكيم حتى ولو تم الإفصاح عنها، كأن يكون قد أعطى رأيه سابقاً في النزاع المعروض عليه، والقائمة البرتقالية والتي هي الحالات الأقل خطورة على مبدأ الحياد والاستقلالية بحيث يجب على المحكم الإفصاح عنها، فبعد الإفصاح وعدم الاعتراض من قبل الأطراف، لا تشكل عائقاً أمام المحكم في مواصلة السير في التحكيم، كإفصاح المحكم بأن ابنه يعمل لدى أحد الأطراف، والقائمة الخضراء وهي التي تتضمن مسائل لا يستوجب الإفصاح عنها وإن تم ذلك فيكون من باب الاحتياط كأن يكون المحكم وأحد الأطراف يقيمان في ذات الحي، وهي لا تشكل عائقاً أمام المحكم في مواصلة السير في التحكيم"⁵¹.

ونرى أنه إذا كان المحكم على صلة معينة من أي نوع بأحد طرفي التحكيم، أو بالاثنتين معاً، أو كان بطريقة ما يعلم بوجود النزاع، أو كان على اطلاع على تفاصيل هذا النزاع، وتم اختياره من قبل أحد أطراف التحكيم، وكان الطرف الآخر يعلم بذلك عند اختيار المحكم، فلا أثر لذلك في حياد المحكم أو استقلاله، طالما أن الطرف الآخر على بينة من الأمر، وأظهر موافقته على المحكم الذي تم اختياره.

⁵⁰ - نقابة المحامين الدوليين هي هيئة متمتعة بالصفة الدولية تقدم بعض المساعدة والمشورة التقنية في

سبيل تسهيل صياغة المعاهدات والمشاركة في الترتيبات لوضع معاهدات ناجحة بين مختلف الأطراف.

⁵¹ - عبد الحنان العيسى - شرح قانون التحكيم السوري رقم 4 لعام 2008 - شركة المركز الحقوقي

للمحاماة والاستشارات القانونية - حلب - الطبعة الأولى 2011 - ص 45-46

ويمكن القول بأن الاستقلال يعني عدم وجود أية رابطة تبعية أو مصلحة بين المحكم وأحد الأطراف، كأن تكون هناك مصالح مادية من شراكة تجارية أو غيرها، أو أن تربطه به علاقة استثمارية مثلاً. أما الحيادة فهي حالة نفسية تدل على الميل والهوى. وحياد المحكم يعني أن يقوم المحكم بمهمته في الخصومة التحكيمية بكل تجرد ونزاهة، فلا يميل ولا يتحيز لأي من الأطراف أو ضده، وهذا الحياد وعدم الانحياز هو الذي يؤدي إلى حكم عادل لا يطعن بصحته، وهو الذي يعزز ثقة المتخاصمين في عدالة الحكم التحكيمي الصادر.

8- الإفلاس

لم يذكر قانون التحكيم السوري ما إذا كان يصح تعيين أو تسمية من شهر إفلاسه كمحكم، وذلك كما فعل مثلاً قانون التحكيم المصري في مادته 16⁵² والتي استبعدت من شهر إفلاسه من تسميته محكماً بشكل صريح، أو كما فعل مثلاً قانون المرافعات الكويتي في مادته 174⁵³، أو قانون التحكيم الأردني في مادته 15⁵⁴ و

⁵² - جاء في المادة 16 من قانون التحكيم المصري في فقرتها الأولى ما يلي: -1 لا يجوز أن يكون المحكم قاصراً أو محجوراً عليه أو محروماً من حقوقه المدنية بسبب الحكم عليه في جناية أو جنحة مخلة بالشرف أو بسبب شهر إفلاسه ما لم يرد إليه اعتباره .

⁵³ - جاء في المادة 174 من قانون المرافعات الكويتي الصادر بالقانون رقم 38 لسنة 1980 ما يلي: لا يجوز أن يكون المحكم قاصراً أو محجوراً عليه أو محروماً من حقوقه المدنية بسبب عقوبة جنائية أو مفلساً لم يرد إليه اعتباره.

⁵⁴ - جاء في المادة 15 من قانون التحكيم الأردني لسنة 2001 ما يلي: لا يجوز أن يكون المحكم قاصراً أو محجوراً عليه أو محروماً من حقوقه المدنية بسبب الحكم عليه بجناية أو بجنحة مخلة بالشرف أو بسبب شهر إفلاسه ولو رد إليه اعتباره.

الذي استبعد فيها تعيين المفلس كمحكم حتى إذا رد إليه اعتباره. إلا أنه و بموجب المادة 453⁵⁵ من قانون التجارة السوري الجديد والتي يستفاد منها سقوط حقوق المفلس بشهر إفلاسه، فإنه لا يجوز له أن يقوم بمهمة عامة كمهمة التحكيم ، ولا يجوز تعيينه كمحكم وإلا كان التحكيم باطلاً بحكم القانون.

9 - عدم قيام سبب لرد المحكم

يشترط في تعيين المحكم أن لا يقوم به سبب من أسباب رده، فإذا قام به أي من هذه الأسباب جاز للخصم ذي العلاقة طلب رده، ولا يجوز رد المحكم إلا للأسباب التي يرد بها القاضي كما جاء في المادة 18⁵⁶ من قانون التحكيم السوري، أما هذه الأسباب فقد حددتها المادة 176 من قانون أصول المحاكمات المدنية السوري رقم (1) للعام 2016، وهي : إذا كان للمحكم أو لزوجته مصلحة مباشرة أو غير مباشرة في الدعوى - إذا كان خطيباً لأحد الخصوم - إذا وجد بينه وبين أحد المتداعين عداوة - إذا كان أحد المتداعين قد اختاره حكماً في قضية سابقة - إذا كان أحد الخصوم خادماً له أو اعتاد المؤاكلة مع أحد الخصوم أو مساكنته أو قبول هدية منه.

⁵⁵ - جاء في المادة 453 من قانون التجارة السوري الجديد رقم 33 لعام 2007 ما يلي: تسقط حقوق المفلس السياسية بشهر إفلاسه ولا يجوز له أن يكون ناعياً أو منتخباً في المجالس السياسية أو المختصة بالمهن ولا أن يقوم بوظيفة أو بمهمة عامة.

⁵⁶ - جاء في المادة 18 من قانون التحكيم السوري في الفقرة الأولى ما يلي: لا يجوز رد المحكم إلا للأسباب التي يرد بها القاضي أو إذا فقد أحد شروط صلاحيته المنصوص عليها في هذا القانون.

ولكن إذا كانت هذه الأسباب معلومة بالنسبة لأطراف النزاع، فلا يكون هناك سبب يجيز الرد، وسيرد توضيح هذه الأسباب عند البحث في عوارض استمرار مهمة التحكيم لاحقاً.

10 - عدم توافر مصلحة خاصة للمحكم

"يشترط في المحكم أن لا تكون له مصلحة في النزاع، بأن لا يكون له في القضية جزر مغنم أو دفع مغرم، لأن المحكم يعتبر قاضياً، وليس لشخص أن يكون قاضياً لنفسه، ومثال ذلك الكفيل، حيث يعتبر ذا مصلحة في النزاع من كان كفيلاً لأحد الخصمين، إذ يتعهد الكفيل للدائن بأن يفي بالتزام مدينه إذا لم يف به المدين نفسه، سواء كان المدين مليئاً أو غير مليئ، ويبرأ الكفيل ببراءة المدين، مما يجعل الكفيل قائماً مقام الخصم، ولا يجوز للخصم أن يكون محكماً، وبالتالي لا يجوز لكفيله أن يكون كذلك، وإذا عين الكفيل محكماً كان للخصم ذي العلاقة طلب رده لأن له مصلحة غير مباشرة في الدعوى. والمتضامن، حيث يعتبر ذا مصلحة في النزاع من كان متضامناً مع أحد الخصمين سواء كان دائناً أو مدينناً، أو كان التضامن قانونياً كالتعويض عن العمل غير المشروع أو الحراسة، أو اتفاقياً صريحاً أو ضمناً مدينياً أو تجارياً، لأن التضامن بين الدائنين يجيز للمدين بأن يوفي الدين لأي منهم، كما أن تضامنهم يجيز لهم مطالبة المدين بالوفاء مجتمعين أو منفردين، ولأن التضامن بين المدينين من شأنه إبراء ذمة الباقيين عند وفاء أحدهم بالدين، ويجوز للدائن مطالبة المدينين بالدين مجتمعين ومنفردين، وفي ذلك كله يكون المتضامن مع أحد الخصوم

في مركز الخصم نفسه في النزاع، فتنشأ له مصلحة في الانحياز له لكونه يقضي كما لو كان يقضي لنفسه"⁵⁷.

وفي مثل هذه الأحوال إذا عين المتضامن محكماً مع الخصم، يستطيع الخصم الآخر طلب رده، لوجود مصلحة غير مباشرة له في الدعوى.

"و لا يجوز لدائن أحد الخصمين أن يعين محكماً في قضية يكون مدينه أحد أطرافها، لأن أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه، ولكل دائن ولو لم يكن حقه مستحق الأداء أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين، مما يجعل الدائن في مركز المدين الخصم وتتوافر له المصلحة في الحكم لمدينه والانحياز له، وإذا عين الدائن محكماً كان للخصم ذي العلاقة طلب رده لأن له مصلحة غير مباشرة في الدعوى"⁵⁸.

"ولا يجوز للمهندس الذي أشرف على عمل كان صممه أو قام بتهيئته للتنفيذ، أن يكون حكماً في الخصومة بين رب العمل والمقاول الذي نفذ هذا العمل، لأن المفروض أصلاً أن المهندس قد أشرف على المقاول"⁵⁹.

⁵⁷ - مصباح نوري المهيايني - المرجع السابق - ص 74-76

⁵⁸ - مصباح نوري المهيايني - المرجع السابق - ص 77

⁵⁹ - عبد الهادي عباس - المرجع السابق - ص 245 - عبد الهادي عباس و جهاد هواش - التحكيم -

(التحكيم الاختياري - التحكيم الإلزامي - التحكيم في المنازعات الدولية - التحكيم في التجارة

الدولية) - الطبعة الاولى - 1982 - ص 155

"إلا أنه لا يعيب المحكم توافر مصلحة أدبية له في حسم النزاع القائم بين الخصوم، وإنما يعيب اختياره رغبة في حسمه على وجه معين لمصلحة خصم ما، سواء لتحقيق مصلحة مادية أو لتحقيق مصلحة أدبية"⁶⁰.

وقد استقر الاجتهاد القضائي في سورية على ذلك، حيث يشترط في المحكم أن لا تكون له مصلحة في النزاع. وتبعاً لذلك "لا يجوز اختيار شخص محكماً إذا كان طرفاً في النزاع وله مصلحة فيه على أي وجه، وهي قاعدة من النظام العام"⁶¹.

وأشير أيضاً إلى أن الاجتهاد القضائي مستقر على أنه "ليس للوصي مباشرة الصلح أو التحكيم دون إذن المحكمة"⁶².

ولا بد من وكالة خاصة في كل عمل ليس من أعمال الإدارة وبوجه خاص في البيع والصلح والإقرار والتحكيم.⁶³

وسأبحث هنا فيما إذا كان يمكن تعيين القاضي كمحكم، وما هي الشروط التي يجب التقيدها بها في حال تم اختياره ليقوم بمهمة التحكيم.

⁶⁰ - عبد الهادي عباس - المرجع السابق - ص 246

⁶¹ - نقض مدني سوري رقم 2141 أساس 1821 تاريخ 14 / 11 / 1983 - مجلة المحامون - 1984 - ص 208 - مشار إليه في مصباح نوري المهائني - المرجع السابق - ص 74 - و ص 68 - و ص 76 - و ص 109

⁶² - نقض شرعي سوري - قرار رقم 2136 تاريخ 1957/8/29 - مشار إليه في مصباح نوري المهائني - المرجع السابق - ص 19

⁶³ - نقض سوري قرار 213 أساس مخاصمة 566 تاريخ 2012/3/18 - مشار إليه في عبد القادر جارا الله الألوسي - المرجع السابق - ص 181

فقد نصت المادة 80 من قانون مجلس القضاء الأعلى رقم 18 تاريخ 1971/11/15 على أنه "لا يجوز للقاضي بغير موافقة مجلس القضاء الأعلى أن يكون محكماً ولو بغير أجر ولو كان النزاع غير مطروح أمام القضاء، إلا إذا كان أحد أطراف النزاع من أقاربه أو أصهاره لغاية الدرجة الرابعة. فإذا كانت الدولة أو إحدى الهيئات العامة طرفاً في النزاع المراد فضه بطريق التحكيم، تولى مجلس القضاء الأعلى اختيار المحكم الخاص بالحكومة أو الهيئة العامة، كما يتولى مجلس القضاء وحده تحديد التعويض الذي يستحقه".

"إن الغاية من وراء هذا النص هو عدم انزلاق القضاء للسعي وراء قضايا التحكيم، حماية لسمعتهم، ولعدم إهمال دعاواهم بإضافة أعباء جديدة عليهم، بينما هم يشكون أعباء كثرة الدعاوى المعروضة عليهم"⁶⁴.

"وقد هدف المشرع من عدم إطلاق حرية تعيين القضاة محكمين، ظناً منه بالمساس بمهمة القضاء، وحرصاً منه على ترفع القضاة عن البحث للحصول على منافع عن طريق التحكيم، وطالما أن فض النزاع بين الناس هو أصلاً من صميم وظيفة المؤسسة القضائية، وإن إجازة الخصوم في اعتمادها كمؤسسة اختيارية من قبلهم قد يمس بالثقة العامة بهذه المؤسسة، ولهذا أولى المشرع إجازتهم بالتحكيم اهتماماً محدداً، وضيق عليهم في قبول مهمة التحكيم الاستثنائية بما يكفل رقابة مجلس القضاء الأعلى الذي هو الهيئة العليا لهذه المؤسسة، ولم يخرج من نطاق هذه الرقابة إلا حالة تلك الظروف الخاصة المحددة بنص المادة المشار إليها، حرصاً على العلاقات العائلية وفض مشكلاتهم مع بعضهم ومع الغير بأسهل وأيسر السبل، هذا وإن مخالفة النص المتقدم

⁶⁴ - أنس كيلاي - غادة أنس كيلاي - هاني القرشي - المرجع السابق - ص 156

في قانون السلطة القضائية تعتبر من متعلقات النظام العام التي يترتب عليها البطلان لمساسها بالنظام القضائي⁶⁵.

لكن هل يشمل هذا النص فئة معينة من القضاة؟

وما هو الحال إذا تقاعد القاضي، أو أحيل على الاستيداع؟

إن نص المادة 80 المشار إليه، "يشمل جميع القضاة حتى قضاة النيابة العامة، لأنهم تابعون إلى مجلس القضاء الأعلى، وحتى القضاة المكلفين بأعمال غير قضائية كمعاون الوزير والمفتشين القضائيين، لأن توزيع العمل لا يغير من طبيعة كونه قاض، وهو بالتالي خاضع للتنقل من عمل إلى آخر. لكن هذا النص لا يطال من تقاعد من القضاة أو من كان محالاً على الاستيداع، لأنه مفصول من حيث الواقع عن السلطة القضائية خلال فترة إحالته على الاستيداع. ولا فرق بين ما إذا كان التحكيم بأجر أو بدون أجر، ففي الحالتين لا بد من موافقة مجلس القضاء الأعلى، وسواء أكان النزاع مطروحاً أمام القضاء أم غير مطروح⁶⁶.

وبالتالي ليس ما يمنع القضاة من قبول المهمة التحكيمية، إلا أنه ليس للقاضي قبول هذه المهمة إلا بعد موافقة مجلس القضاء الأعلى.

لكن ما الذي يترتب على قبول القاضي لمثل هذه المهمة أو مباشرته لها، دون الحصول على موافقة مجلس القضاء الأعلى؟

⁶⁵ - عبد الهادي عباس - المرجع السابق - ص 244

⁶⁶ - أنس كيلاي - عادة أنس كيلاي - هاني القرشي - المرجع السابق - ص 157

لقد استقر القضاء في سورية على أن "اشتراك القاضي في التحكيم دون الحصول على إذن مسبق من المرجع المختص لا يشكل سبباً موجباً لإبطال حكم المحكمين لأن ذلك يعتبر من الأمور الإدارية التي تتعلق بعلاقة القاضي مع إدارته"⁶⁷. وذلك يعني أن قبول القاضي لهذه المهمة ومباشرته لها دون الحصول على موافقة مجلس القضاء الأعلى، ليس له أي تأثير على التحكيم أو على الحكم الصادر من قبله في القضية التحكيمية.

إلا أنه في الحالة التي اشترط فيها المشرع حصول القاضي على الموافقة، إنما كان ذلك شرطاً جوهرياً، بحيث يترتب على عدم الحصول على موافقة مجلس القضاء الأعلى انعدام صلاحية القاضي للنظر في القضية المعروضة عليه. وبالتالي يكون فاقد الصلاحية للقيام بهذا العمل، وإذا أقدم على هذا العمل كان عمله معدوماً، وانعدمت جميع الآثار المترتبة بما في ذلك الحكم الصادر عنه.

و تتساءل الباحثة هنا، ماذا بشأن الموظف في الدولة، ومحامي إدارة قضايا الدولة، هل يجوز تعيين أي منهما كمحكم؟

يرى الفقه في سورية أنه "ليس هناك ما يحول دون تعيين الموظف في الدولة محكماً، وكثيراً ما تلجأ الإدارة في سورية إلى تعيين كبار موظفيها محكمين عنها في نزاعات

⁶⁷ - نقض سوري قرار 571 أساس مخاصمة 482 لعام 2004 - مشار إليه في عبد القادر جاراالله

الألوسي - المرجع السابق - ص 67- مشار إليه أيضاً في - أحمد حداد - دراسات في قانون التحكيم

السوري والمقارن - الطبعة الأولى - 2015 - ص 174

العقود الإدارية، كما أنه ليس هنالك ما يمنع أن يكون محامي إدارة قضايا الدولة محكماً عن الدولة"⁶⁸.

ولكن هل يجوز أن يكون محامي إدارة قضايا الدولة محكماً ضد الدولة؟ " إن هذه القضية لم تثر أمام القضاء في سورية رغم أنه حصل في بعض القضايا تعيين أحد محامي قضايا الدولة محكماً عن المتعهد في نزاع بين الدولة وأحد المتعهدين، ولم يجر الاعتراض ليتخذ القضاء موقفاً"⁶⁹.

و هل يمكن تعيين محامي أحد الخصوم كمحكم؟ جاء في المادة 16⁷⁰ من قانون تنظيم مهنة المحاماة السوري للعام 2010، أنه ليس للخبير والمحكم في قضية ما أن يكون محامياً فيها، إلا أن النص لم يمنع المحامي من أن يكون محكماً في القضية ذاتها، وهذا يعزز ثقة الخصوم بالمحكم الذي تم اختياره لدرايته ومعرفته القانونية، وبالتالي تقليل إمكانية الطعن بالحكم الصادر لمخالفته ما نص عليه القانون، ويحقق في الوقت ذاته هدف التحكيم، المتمثل بحل النزاع المطروح على التحكيم بعيداً عن الماطلة في المحاكم، وتراتبية الإجراءات فيها. و قبل أن أنهي البحث في الشروط الواجب توافرها في المحكم، أتساءل عن الجزاء المترتب على فقدان هذه الشروط:

⁶⁸ - عبد الهادي عباس - المرجع السابق - ص 243

⁶⁹ - عبد الهادي عباس - المرجع السابق - ص 243

⁷⁰ - جاء في المادة 16 من قانون تنظيم مهنة المحاماة في سورية ما يلي: لا يجوز لمن كان محكماً أو خبيراً في قضية أن يقبل الوكالة فيها بنفسه أو بواسطة شريكه، أو أي محامٍ آخر يعمل لحسابه، تحت طائلة الشطب من الجدول حكماً.

حيث " لا يمكن أن يوجد التحكيم إلا إذا كان المحكم المعين مؤهلاً للقيام بالمهمة الموكولة إليه، وعلى ذلك إذا كان المحكمون أو أي واحد منهم لا تتوفر فيه الشروط المطلوبة، فإن العمل الذي يتضمن تسميته محكماً يكون باطلاً. وإن بطلان العمل هذا يؤدي إلى بطلان كل الأعمال التي كانت نتيجة عمل التعيين، وعلى الأخص بطلان الحكم. ومن المتفق عليه أن البطلان الناجم عن عدم أهلية المحكم هو بطلان مطلق. ويستتبع هذا أن قبول أحد الأطراف لتحكيم من لا تتوفر فيه الشروط المطلوبة للتحكيم، لا يمنعه فيما بعد من طلب البطلان. كذلك الأمر، فإن الطرف الذي علم بحالة عدم أهلية محكم منتخب من قبل خصمه، ورضي ضمناً به بمثوله أمامه، وترك التحكيم يجري دون احتجاج أو تحفظ، فإنه يقبل منه الاعتراض فيما بعد على نفاذ الحكم، عندما يكون قصر المحكم هو السبب في عدم أهليته ليكون محكماً، وبطلان الحكم ناجم عن حالة القصر هذه. مع ذلك فإن هذا البطلان لا يمكن أن يعارضه الطرف الذي رضي به ونفذ بملء اختياره ورضاه قرار المحكم، لأن هذا الرضى بالحكم والتنازل عن الطعن فيه بالوسائل المقبولة وفي المواعيد المقررة، يصحح الإجراءات ويمنع بعدئذ التمسك ببطلان الحكم الصادر"⁷¹.

⁷¹ - عبد الهادي عباس - المرجع السابق - ص 248-249

المبحث الثاني

تعيين المحكم وعوارض استمرار مهمته

يثير اختيار المحكمين العديد من التساؤلات، فيما يتعلق بالعدد وطرق الاختيار والشروط التي تحكم هذا الاختيار، وهو ما سأبينه من خلال هذا المبحث، ولذلك سأبحث في الآلية التي يتم فيها تعيين المحكم لهذه المهمة، سواء تم تعيينه باتفاق الأطراف، أو كانت المحكمة هي التي عينته. وهذا يعني قبوله للمهمة المعروضة عليه، وبالتالي التزامه بتحقيقها والاستمرار بها حتى صدور الحكم.

إلا أنه قد تتوافر أسباب معينة يترتب عليها عدم مواصلة المحكم لعمله، وقد تتعلق هذه الأسباب في استقلاليته وحيدته، وبالتالي تضعف الثقة فيه، وهذا يعني أن المهمة التي قبلها قد يتوقف عن الاستمرار فيها، لذلك كان لا بد من البحث في هذه الأسباب والتي أطلق عليها الفقهاء القانونيون "عوارض استمرار مهمة التحكيم"، وهي حالات تنحي المحكم ورده وعزله.

سأبحث في كل ذلك في هذا المبحث من خلال التقسيم التالي:

المطلب الأول: آلية تعيين المحكم

أولاً: تعيين المحكم باتفاق الأطراف

ثانياً: تعيين المحكم من قبل المحكمة

ثالثاً: إتمام آلية التعيين بقبول المهمة

المطلب الثاني: عوارض استمرار المحكم في مهمته

أولاً: رد المحكم

ثانياً: اعتزال المحكم أو تنحيه

ثالثاً: عزل المحكم واستبداله

المطلب الأول

آلية تعيين المحكم

إن تشكيل هيئة التحكيم محكوم بمبدأين أساسيين أولهما: أن تكون إرادة أطراف النزاع هي المرجع الأول في اختيار هيئة التحكيم، فإن اتفقوا على اختيار المحكم أو طريقة اختياره، فيجب الالتزام بما اتفقوا عليه، وإن الثقة في حسن تقدير المحكم وعدالته هي الباعث للاتفاق على اختياره. وثانيهما: وجوب مراعاة المساواة بين طرفي النزاع في مجال اختيار المحكمين، فلا يجوز أن يكون لأحدهما أفضلية على الآخر، أي إنه لا يجوز أن يوكل إلى أحدهم اختيار جميع المحكمين. وهذه القاعدة من النظام العام، لا يجوز النزول عنها، ويترتب على مخالفتها البطلان⁷².

ومن خلال المادتين (12) و (14)⁷³ من قانون التحكيم السوري، يتبين أن تعيين هيئة التحكيم، إما أن يكون اتفاقاً بين طرفي النزاع وهو الأساس، فإذا اتفق الطرفان

⁷² - أنس كيلاي- عادة أنس كيلاي- هاني القرشي- المرجع السابق - ص 147-148

⁷³ - جاء في المادة (12) من قانون التحكيم السوري ما يلي: 1 - تشكل هيئة التحكيم باتفاق طرفي التحكيم من محكم واحد أو أكثر فإذا لم يتفقا كان عدد المحكمين ثلاثة. 2 - إذا تعدد المحكمون وجب أن يكون عددهم وترّاً وإلا كان التحكيم باطلاً.

⁷⁴ - جاء في المادة (14) من قانون التحكيم السوري ما يلي: 1 - إذا وقع النزاع ولم يتفق الطرفان على اختيار المحكمين يتبع ما يلي: أ - إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من محكم واحد تولت المحكمة المعرفة في المادة (3) من هذا القانون اختياره بناءً على طلب أحد الطرفين. ب - إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من ثلاثة محكمين اختار كل طرف محكماً عنه ثم يتفق المحكمان على اختيار المحكم الثالث. ج - إذا لم يعين أحد الطرفين محكمه خلال مدة 30 يوماً التالية لتسلمه طلباً بذلك من الطرف الآخر، أو إذا لم يتفق المحكمان المعينان على اختيار المحكم الثالث خلال مدة 30 يوماً التالية لتاريخ تعيين آخرهما، =

على تشكيل هيئة التحكيم من محكم واحد، شكلت حسب الاتفاق، أما إذا لم يحدد الاتفاق عدد المحكمين، كان عددهم ثلاثة، وفي جميع الحالات يفترض أن يكون عددهم وتراً تحت طائلة البطلان. أو أن يكون تعيين هيئة التحكيم قضائياً في حال لم يتم التعيين الاتفاقي، وعند ذلك تتولى المحكمة التي حددها قانون التحكيم السوري وعرفها في المادة 3 منه هذا التعيين، وسأبحث في طريقي تعيين المحكمين خلال الآتي:

تولت المحكمة المعرفة في المادة (3) من هذا القانون اختياره بناءً على طلب أحد الطرفين بقرار تتخذه في غرفة المذاكرة. ويكون للمحكم الذي اختاره المحكمان المعينان أو الذي اختارته المحكمة رئاسة هيئة التحكيم، وتسري هذه الأحكام في حالة تشكيل هيئة التحكيم من أكثر من ثلاثة محكمين. 2 - يجب أن يكون عدد المحكمين الذين تعينهم المحكمة مساوياً للعدد المتفق عليه بين الطرفين. 3 - تراعي المحكمة عند تعيين المحكم الشروط التي يتطلبها هذا القانون وتلك التي اتفق عليها الطرفان وتصدر قرارها بالتعيين على وجه السرعة في غرفة المذاكرة بعد دعوة الطرفين. 4 - يكون للمحكمة أيضاً حق اتخاذ أي إجراء كان يجب على الطرفين أو على الغير اتخاذه بشأن اختيار المحكمين، ولكنه لم يتخذ بسبب عدم اتفاق الطرفين أو تخلف الغير عن اتخاذه. 5 - لا يقبل القرار الصادر وفقاً لأحكام هذه المادة الطعن بأي طريق من طرق الطعن، ويقبل القرار الصادر برد طلب التعيين الطعن أمام النقض خلال مدة 30 يوماً التالية لتبليغ القرار، وتبت المحكمة بالطعن خلال مدة 30 يوماً من تاريخ وصول الملف إليها.

أولاً: تعيين المحكم باتفاق الأطراف

"إن اتفاق أطراف النزاع على أن يكون المحكم واحداً لا يشير أي إشكال، فيمكن إدراج اسم المحكم الذي تم الاتفاق عليه، ضمن اتفاق التحكيم المبرم بين الطرفين، ويمكن أن يتم باتفاق مستقل من قبل أطراف النزاع، كما يمكن أن يتفق أطراف النزاع على تكليف شخص ثالث للقيام بدور تسمية المحكم، وفي كل الأحوال لا بد من اتفاق أطراف النزاع على تعيين المحكم أو على الطريقة التي يتم بموجبها تسميته. ولا يشترط تسمية المحكم بالاسم، وإنما يكفي تعيينه بالصفة، وفي هذه الحالة يصبح صاحب الصفة محكماً مختاراً من قبل أطراف النزاع. كما في حال الاتفاق على تعيين رئيس محكمة الاستئناف المدنية الأولى في مدينة حلب، فيكون في هذه الحالة كل من يشغل هذه الوظيفة عند اللجوء إلى التحكيم محكماً مختاراً من قبل أطراف النزاع، وإن كانت هذه الطريقة في تسمية المحكم فيها شيء من المخاطرة، لاحتمال أن يكون الشخص الذي يتولى هذا المنصب من الأشخاص الذين لا يرتاح إليهم أطراف النزاع لسبب أو لآخر عند حصول النزاع، فيكونوا قد فرطوا بحقهم في اختيار المحكم الذي يركنون إليه في حل النزاع ويطمئنون إلى عدالته"⁷⁵.

أما إذا كان اتفاق أطراف النزاع على أن يكون عدد المحكمين أكثر من محكم واحد، كما لو كان الاتفاق أن يكون عددهم ثلاثة مثلاً، فمن طبيعة الأمر أن يسمى كل طرف محكمه، ويتفق المحكمان المختاران على تسمية المحكم الثالث، ويكون المحكم الثالث هو رئيس هيئة التحكيم. و الاتفاق على أن يكون عدد المحكمين أكثر من

⁷⁵ - أنس كيلاي - هاني القرشي - غادة كيلاي - المرجع السابق - ص 162-163

واحد مشروط دائماً بأن يكون وتراً. تحت طائلة بطلان التحكيم كما بينت ذلك المادة (12) من قانون التحكيم السوري السالفة الذكر.

وما يُستنتج من هذه المادة، أن هذا القانون ترك للمتعاقدین حرية اختيار عدد المحكمين الذين سيفصلون في النزاع، إنما هو اشترط فقط أن يكون العدد وتراً، والهدف من وراء ذلك الشرط هو تحقيق الأغلبية عند اتخاذ قرار معين متعلق بالنزاع، أو عند إصدار الحكم مثلاً، وهذه الأغلبية لا مجال لتحقيقها إذا كان عدد المحكمين شفعاً.

ويعد هذا الشرط من النظام العام، ليس للمتعاقدین مخالفته، وليس للمحكمة أيضاً مخالفته، وإلا كان التحكيم باطلاً بطلاناً مطلقاً.

أما في الحالات التي لا يحدد فيها اتفاق الأطراف عدد المحكمين، فإنه يكون ثلاثة، وأرى بأن تشكيل الهيئة من ثلاثة محكمين فيه ضمان أكثر لتحسين الحكم التحكيمي، ليكون ناتجاً عن تفاعل الآراء، وإخضاع كل الوقائع والأدلة والمستندات المقدمة للمناقشة والبحث، لتتمكن الهيئة التحكيمية في النهاية من اتخاذ القرار العادل.

و"طالما أنه يجوز للمتعاقدین الاتفاق على حل الخلاف بينهما عن طريق التحكيم ولهم الحق بتسمية المحكم أو المحكمين، وطالما أن تسمية المحكمين هي من حق الأطراف فإنه يحق لهؤلاء الأطراف أن يفوضوا غيرهم بتسمية المحكمين أو أن يفوض

أحد الأطراف أو أكثر غيره من الأطراف الأخرى القيام بهذه المهمة وليس في هذا مخالفة للنظام العام طالما أن الحق يعود له أصلاً⁷⁶.

⁷⁶ - نقض سوري - قرار 81 أساس مدنية أولى 75 تاريخ 2004/2/9 - مشار إليه في عبد القادر جارا لله الألوسي - المرجع السابق - ص 184

ثانياً: تعيين المحكم من قبل المحكمة

لقد نصت المادة (14) من قانون التحكيم السوري على ما يجب على طرفي التحكيم اتباعه إذا اتفقا على أن تكون الهيئة مؤلفة من محكم واحد، ولم يستطيعا بعد نشوء النزاع تسمية المحكم، حيث تقوم محكمة الاستئناف بتعيينه وفق طلب يقدم من أحد الأطراف، وقد استقر الاجتهاد على أن "محكمة الاستئناف هي المحكمة المختصة ولائياً بتسمية المحكمين سواء أبرم اتفاق التحكيم قبل أو بعد نفاذ قانون التحكيم السوري رقم 4 لعام 2008"⁷⁷، وبالتالي فإن محكمة الاستئناف هي التي ستتولى تعيين هذا المحكم حتى في الحالات التي أبرم فيها اتفاق التحكيم قبل نفاذ قانون التحكيم السوري الجديد رقم 4 للعام 2008.

و إذا كان الطرفان قد اتفقا في اتفاق التحكيم على أن تكون الهيئة مشكلة من ثلاثة محكمين، عند ذلك يقوم كل طرف باختيار محكمه و ثم يقوم الحكمان باختيار المحكم الثالث الذي يكون رئيساً للهيئة، فإذا مضى ثلاثون يوماً على تسلم أحد الطرفين طلباً من الطرف الآخر، سمى به محكمه، ويطلب منه القيام بالفعل نفسه، وتختلف رغم ذلك عن تسمية محكمه، أو إذا اختار كل طرف محكمه، و مضى ثلاثون يوماً على اختيار المحكم الأخير، ولم يتمكن الحكمان المعينان من اختيار المحكم الثالث، عندها تقوم محكمة الاستئناف في غرفة المذاكرة بتسميته وفق طلب يقدمه أحد الطرفين. وفي الحالتين يكون المحكم المسمى عن المحكمين المعينين أو الذي اختارته المحكمة رئيساً لهيئة التحكيم.

⁷⁷ - نقض سوري - أساس /76/ قرار /1/ تاريخ 2009/1/25 - مشار إليه في مؤلف عبد الحنان

العيسى - شرح قانون التحكيم السوري - ص 39

ولا يجوز أن تطبق غير هذه الإجراءات حتى في حال تم الاتفاق على تشكيل هيئة التحكيم من أكثر من ثلاثة محكمين، باعتبار ذلك من متعلقات النظام العام. وقد أكدت المادة (14) سالفه الذكر أنه على محكمة الاستئناف عند تعيين المحكمين التقيد بالعدد المتفق عليه من قبل الأطراف في اتفاق التحكيم، فإذا اتفقوا على محكم واحد عليها أن تعين محكماً واحداً، وإذا اتفقوا على ثلاثة محكمين، وجب عليها أيضاً الالتزام بالعدد المتفق عليه.

ويجب عليها كذلك، مراعاة الشروط الواجب توافرها في المحكم والتي نصت عليها المادة (13)، وعليها - وبناءً على الطلب المقدم إليها من قبل أحد الطرفين - أن تصدر قرارها بالتعيين على وجه السرعة بعد دعوة الطرفين وفي غرفة المذاكرة. فإذا أصدرت قرارها بتعيين المحكم فإن "القرار الصادر بشأن تسمية هذا المحكم يصدر مبرماً غير خاضع لأي طريق من طرق الطعن"⁷⁸. أما إذا قررت رد طلب التعيين يكون قرارها قابلاً للطعن خلال مدة 30 يوماً تلي تبليغ القرار للطرف الذي لم يسم محكمه، أو للطرفين في حال تم تسمية المحكمين لكن لم يستطيعا تسمية المحكم الثالث، وتبت محكمة النقض في الطعن خلال مدة ثلاثين يوماً من تاريخ وصول الملف إليها.

ولا بد من الإشارة إلى أنه "إذا كانت مهمة تعيين المحكم مسندة للغير، فلا يصح استبعاد هذا الغير وتكليف المحكمة بالمهمة، إلا إذا كان هناك إجراء كان يجب على الطرفين أو الغير اتخاذه، لكنه لم يتخذ بسبب عدم اتفاق الطرفين أو تخلف الغير عن

⁷⁸ - نقض سوري - قرار 109 أساس مدنية أولى 235 تاريخ 2006/2/28 - مشار إليه في عبد

القادر جارا الله الألوسي - المرجع السابق - ص 193

اتخاذ، ويعتبر من الغير كل شخص أو جهة أو مؤسسة أو مركز توجه اتفاق الطرفين إلى تكليفه بتسمية المحكم⁷⁹

كما أنه "إذا كان العقد المنظم بين الطرفين قد نص على أن الاتفاق على التحكيم مع التفويض بالصلح ليس محصوراً بالمحكم المسمى في العقد وإنما يستمر الاتفاق على التحكيم في حال الاعتذار أو الوفاة أو الغياب فإن قيام المحكمة بتسمية المحكمين بعد اعتذار المحكم المسمى من الطرفين صحيحاً في القانون"⁸⁰.

⁷⁹ - أحمد حداد - المرجع السابق - ص164

⁸⁰ - نقض سوري - قرار 581 أساس مخاصمة 1105 تاريخ 2012/7/30 - مشار إليه في عبد

القادر جارا لله الألوسي - المرجع السابق - ص234

ثالثاً: إتمام آلية التعيين بقبول المهمة

"المحكم من حيث المبدأ هو مجرد شخص خاص يتمتع بوظائف ذات صفة اختيارية ووقائية، وطالما أن المحكم ليس طرفاً في التحكيم، فإنه من الضروري، لكي يمكن اعتبار التحكيم قضاءً حقيقياً، أن يقبل المحكم القيام بالمهمة الموكولة إليه، لإصدار القرار الذي توقع المحكمون أن يصدر عنه. ويستتبع هذا أن يتطلب تشكيل الهيئة التحكيمية بالضرورة وجهين: بدئياً تعيين المحكمين، وبالتالي قبولهم للوظيفة التي تم اختيارهم لها"⁸¹.

حيث "لا يكفي الاتفاق على تعيين المحكمين أو صدور قرار عن المحكمة المختصة بتعيينهم، بل لا بد من موافقتهم على قبول هذه المهمة لأنهم لا يجبرون عليها. والقانون لا يتطلب شكلاً معيناً لقبول المحكم مهمته، فقد يتم بتوقيعه على اتفاق التحكيم بما يفيد قبوله بالمهمة، أو يمكن أن يتم بموجب رسالة أو خطاب إلى أطراف النزاع يعلن فيه موافقته، إلا أنه يجب في جميع الأحوال أن تتم موافقته خطياً. وفي سورية لا يشترط قبول المحكم إذا تم تعيينه من قبل المحكمة لأنه يفترض أنه قابل بالمهمة ما لم يقدم اعتذاره عن القيام بها"⁸². وهو ما نصت عليه المادة 17⁸³ من قانون التحكيم السوري.

⁸¹ - عبد الهادي عباس - المرجع السابق - ص 253

⁸² - أنس كيلاي - عادة أنس كيلاي - هاني القرشي - المرجع السابق - ص 168

⁸³ - جاء في المادة 17 من قانون التحكيم السوري في فقرتها الأولى مايلي: يكون قبول المحكم لمهمته كتابياً بتوقيعه على اتفاق التحكيم أو بتوقيعه على وثيقة مستقلة تثبت قبوله أو على محضر جلسة التحكيم، ويجب عليه أن يفصح لطرفي التحكيم وللمحكمين الآخرين عن أية ظروف من شأنها أن تثير شكوكاً حول استقلاله أو حيده، سواء كانت هذه الظروف قائمة عند قبوله لمهمته أو استجذت أثناء =

"ويبدو أن الكتابة في هذا المقام هي مجرد وسيلة للإثبات، وليست شرطاً لصحة التحكيم أو صحة إجراءاته، والقصد منها مجرد تفادي كل نزاع قد ينشأ في المستقبل بصدد حصول القبول أو عدم حصوله، وعلى هذا النحو فإذا كانت البيئة أو القرائن لا تكفي لإثبات قبول المحكم، فإن شروعه في القيام بالمهمة أو قيامه بها بالفعل قاطع في الدلالة على قبوله لها، كما لو دعا الخصوم مثلاً إلى الحضور أمامه في تاريخ معين لتقديم طلباتهم ودفاعهم ومستنداتهم، ثم إنه يجوز دائماً إثبات قبول المحكم للتحكيم بالإقرار أو اليمين الحاسمة"⁸⁴.

وبالتأكيد فإن للمحكمين الذين تم اختيارهم، حرية عدم قبول المهمة التي أوكلت إليهم، حتى لو تم اختيارهم كمحكمين بالصلح، لذلك فإن الهيئة التحكيمية لا تعتبر مشكلة إلا من لحظة قبول من تم اختيارهم لتولي مهمة التحكيم، ولا تعتبر أنها مشكلة وفق القانون دون ذلك القبول.

ويتم إثبات هذا القبول بالكتابة، إلا إذا كان تعيين المحكم من قبل المحكمة، فإنه لا حاجة لإعلان المحكم قبوله للمهمة كتابةً.

وقد جرت العادة أن يثبت المحكمين قبولهم لمهمة التحكيم في أول جلسة من الجلسات التحكيمية. وفي محضر هذه الجلسة يوقع كل من المحكمين وأطراف النزاع، وحيث يذكر المحكمون أنهم قد عينوا من قبل الخصوم الحاضرين للجلسة، وأنهم قبلوا مباشرة المهمة الموكولة إليهم.

إجراءات التحكيم ويكون لطرفي التحكيم في هذه الحالة الخيار لقبول استمراره بمهمة التحكيم أو مطالبة بالتنحي عنه.

⁸⁴ - مصطفى محمد الجمال وعكاشة محمد عبد العال - المرجع السابق - ص 593-594

ويمكن استخلاص قبول المحكمين الضمني من كل عمل يقومون به، مثل تعيين موعد أول جلسة مثلاً.

"وإذا باشر المحكم المعين المهمة ولم يبلغ عن قبوله لها، فيعتبر ذلك قبولاً لا يترتب على عدم الموافقة المسبقة عنه أي بطلان، بحجة خلل الإجراءات أو مخالفة القانون، لأن مباشرة التحكيم وشروعه فيه وتبليغه الخصوم، قرينة على القبول إلا إذا أثبت أن عمله لم يكن سوى للنظر في إمكانية قبول المهمة أو اعتزالها"⁸⁵.

"ويلاحظ أن قبول المحكم للمهمة يتوقف على عوامل متعددة، من بينها - في حال تعدد المحكمين - أشخاص المحكمين الآخرين، ومن ثم فإن قبول المحكم قبل معرفة المحكمين الآخرين يكون قبولاً مبدئياً لا يمنع من الاعتذار عند معرفتهم، لكن من البديهي أن هذا الاعتذار لا ينبغي أن يتأخر إلى ما بعد طرح النزاع على هيئة التحكيم"⁸⁶.

"أما في حالة رفض أحد المحكمين، فإنه ينبغي التمييز بين ما إذا كان المحكم معيناً في مشاركة تحكيم، أي أنه مختار لثقة الأطراف بشخصه، وعندئذ يكون رفضه للمهمة إنهاءً للتحكيم، على الأقل إذا لم يكن الخصوم قد حددوا في هذه المشاركة، القواعد الواجبة التطبيق عند تحقق مثل هذه الفرضية من عدم القبول وتعيين المحكم البديل. وعلى العكس من هذا عندما يكون رفض المحكم المعين تنفيذاً لشرط تحكيمي لم يجر فيه اختياره بناءً على صفة محددة، وثقة بشخصه، فعندئذ يكمل الشرط التحكيمي مفاعيله، ويكفي الأطراف توافق موقفهم مع القواعد العقدية والنصوص القانونية. وإن

⁸⁵ - عبد الهادي عباس وجهاد هوش - المرجع السابق - ص 177

⁸⁶ - مصطفى محمد الجمال وعكاشة محمد عبد العال - المرجع السابق - ص 595

قبول المحكم للوظائف المسندة إليه يولد بالنسبة له وبالنسبة للخصوم حقوقاً والتزامات متبادلة. فقبوله للمهمة الموكولة إليه نتيجة ثقة الخصوم، يرتب عليه القيام بها بكل اهتمام وعناية. وعلى ذلك ينبغي عليه اتخاذ كل الإجراءات الضرورية ليتمكن من الحكم بناءً على دراية ومعرفة تامة بالقضية ومناط النزاع فيها وأن يصدر حكمه بكل حياد وإنصاف وبما يرضي ويقنع الأطراف بعدالته"⁸⁷.

و قد أكدت محكمة النقض على أن اعتذار المحكم المعين بشخصه عن أداء المهمة أو عدم قيامه بها يعيد الاختصاص بنظر النزاع إلى القضاء العادي صاحب الولاية العامة"⁸⁸.

⁸⁷ -عبد الهادي عباس - المرجع السابق - ص269-270

⁸⁸ - نقض سوري- قرار 514 أساس مدنية أولى 559 تاريخ 2011/5/22- مشار إليه في عبد القادر جارالله الألوسي -المرجع السابق - ص224

المطلب الثاني

عوارض استمرار المحكم في مهمته

"إن الوظائف التي تسند للمحكم هي وظائف حرة، بمعنى أن للمحكم دائماً الحق بأن يمتنع عن المهمة التي تقدم إليه، دون تعليل منه لأسباب رفضه، وهذا الرفض يمكن أن يكون صريحاً أو ضمناً. ورفض المحكم قبول المهمة التي تقدم إليه يضع نهاية للتحكيم إذا لم يكن هنالك شرط مخالف. وإن الاتفاق على التحكيم يمكن النص فيه على أنه في حال رفض أحد المحكمين، يصار إلى تعيين بديل عنه إما من قبل الأطراف، أو من قبل المحكم أو المحكمين الباقيين، أو أن يكتفى بالمحكمين الباقيين ليفصلوا في النزاع، وكل ذلك شريطة الإبقاء على التورية. وإذا كانت الاتفاقية تسمح بتسمية بديل عن المحكم الذي يمتنع عن تنفيذ المهمة الموكولة إليه، وإذا لم يكن رفض المحكم مثبت خطأً، فإنه يحسن التأكد من هذا الرفض قبل اللجوء لتعيين البديل، وذلك في صك يتضمن إما تصريحاً من المحكم في هذا الصدد، وإما تنويعاً بغياب المحكم عن الاجتماع الذي دعي لحضوره"⁸⁹.

إلا أن محكمة النقض السورية أكدت في قرار لها أنه "إذا وافق المحكم المرجح المنية فعلى المحكمة سؤال المحكمين الآخرين ليصار إلى تسمية محكم مرجح بدلاً عنه وفي

⁸⁹ -عبد الهادي عباس - المرجع السابق - ص 299-300

حال الخلاف يصار إلى التسمية من قبل المحكمة طالما لم يثبت أن المحكم قد اختير بشخصه⁹⁰.

ويرد هنا التساؤل ماذا بشأن القرارات التي يصدرها المحكم قبل الموت؟
"وفي هذا يرى الفقه في فرنسا أن المسائل التي يحسمها المحكمون قبل موت أحدهم، تكون مسائل مقضية، بما لا يجوز رفضها، وذلك إذا كانت مختلف نقاط الموضوع قابلة لأن يتم حلها جزئياً. ولكن الأمر يختلف في الحالة التي لا يمكن فيها التجزئة. أما بالنسبة للمسائل المحسومة نهائياً من قبل المحكمين أو من قبل أحد أفراد هيئة التحكيم، فإن الحل فيها يختلف تبعاً للرأي المعتمد والمتعلق بالفترة التي يقبلها ويوافق عليها الخصوم، وللشروط المطلوبة لهذه الموافقة. ويعود للمحكمين الجدد فقط وليس إلى المحاكم القول عما هي النقاط المحسومة من قبل المحكمين الأولين، وللخصوم وحدهم أن يطعنوا فيما يقررونه في هذا الصدد، إذا وجدوا فيها إهمالاً أو إغفالاً لادعاءاتهم أو إذا كان الحكم يستند على نقاط سبق الفصل فيها. ولكي يثبت المحكمون في حكمهم النهائي وجود نقاط محسومة سابقاً، يكفي أن يصرح المحكمون أنهم امتنعوا عن الفصل في النقاط التي يذكرونها، لأنه ثبت لديهم أن هذه النقاط كانت قد حسمت من قبل الهيئة التحكيمية قبل وفاة المحكم المتوفى"⁹¹.

"ولم ينص القانون على انقضاء وظائف المحكمين نتيجة وفاة أو طارئ قصر، ولكن هذا تحصيل حاصل، حيث أن القانون يلزم المحكمين بالعمل مجتمعين تحت طائلة

⁹⁰-نقض سوري - قرار 152 أساس مدنية أولى 186 تاريخ 2011/3/7 - مشار إليه في عبد القادر

جارالله الألوسي - المرجع السابق - ص211

⁹¹-عبد الهادي عباس - المرجع السابق - ص 299

البطلان، وموت المحكم الثالث أو المرجح يضع نهاية للتحكيم حتى ولو كان لمحكمي الطرفين بموجب صك التحكيم سلطة تسميته، وذلك لأنه إذا لم يكن هنالك شرط خاص يميز لمحكمي الطرفين معاودة انتخاب محكم مرجح في مثل هذه الحالة، فإن محكمي الطرفين يكونان قد استنفدا سلطتهما في التعيين الأول"⁹².

ويتبين من الرجوع إلى أحكام قانون التحكيم السوري أن عوارض استمرار مهمة التحكيم هي حالات الرد والتنحي أو الاعتزال والعزل والاستبدال، والتي سأفرد لبحثها هذا المطلب:

⁹² -عبد الهادي عباس -المرجع السابق - ص298

أولاً: رد المحكم

نصت المادة 18 من قانون التحكيم السوري على ما يلي: "1 - لا يجوز رد المحكم إلا للأسباب التي يرد بها القاضي أو إذا فقد أحد شروط صلاحيته المنصوص عليها في هذا القانون. 2 - لا يجوز لأي من طرفي التحكيم طلب رد المحكم الذي عينه أو اشترك في تعيينه إلا لسبب تبينه بعد أن تم هذا التعيين."

عاجلت هذه المادة أسباب رد المحكم وعدم مواصلته عمله، عند كشف أسباب لم يفصح عنها تتعلق في استقلاليته وحياديته، وتضعف الثقة فيه، فقد نصت الفقرة الأولى منها، على أنه لا يجوز رد المحكم إلا للأسباب التي يرد بها القاضي، وهي الأسباب التي نصت عليها المادة 176⁹³ من قانون أصول المحاكمات المدنية السوري رقم (1) للعام 2016، وقد نصت القوانين العربية على مواد مشابهة تجيز رد المحكم، كما في قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني في مادته 770⁹⁴.

⁹³ - جاء في المادة 176 من قانون أصول المحاكمات المدنية السوري ما يلي: : يجوز رد القضاة للأسباب التالية: 1- إذا كان للقاضي أو لزوجيه مصلحة مباشرة أو غير مباشرة في الدعوى ولو بعد انحلال عقد الزواج. 2- إذا كان خطيباً لأحد الخصوم. 3- إذا وجد بينه وبين أحد المتداعين عداوة. 4- إذا كان أحد المتداعين قد اختاره حكماً في قضية سابقة. 5- إذا كان أحد الخصوم خادماً له أو اعتاد المؤكلة مع أحد الخصوم أو مساكنته أو قبول هدية منه.

⁹⁴ - جاء في المادة 770 من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني ما يلي: لا يجوز عزل المحكمين إلا بتراضي الخصوم جميعاً. ولا يجوز ردهم عن الحكم إلا لأسباب تحدث أو تظهر بعد تعيينهم. ويطلب الرد للأسباب ذاتها التي يرد بها القاضي. يقدم طلب الرد إلى الغرفة الابتدائية الكائن في منطقتها مركز التحكيم المتفق عليه وإلا فيل إلى الغرفة الابتدائية في بيروت وذلك في خلال خمسة أيام من تاريخ علم طالب الرد بتعيين المحكم أو تاريخ ظهور سبب الرد بعد ذلك.

وسأبحث في أسباب رد المحكم كل سبب على حدة:

السبب الأول: إذا كان للمحكم أو لزوجته مصلحة مباشرة أو غير مباشرة في الدعوى ولو بعد انحلال عقد الزواج.

لا يشترط في هذه الحالة أن يكون المحكم أو زوجته طرفاً في الدعوى، بل يكفي أن يكون لهما أو لأحدهما مصلحة فيها، ولا يشترط أن تكون الزوجية لا تزال قائمة، بل يكفي أن تكون الزوجية كانت قائمة بتاريخ سابق على رفع الدعوى.

و "طبيعي أن المصلحة المقصودة هي المصلحة المادية، كأن يكون للمحكم أو لزوجته حصة في مال متنازع عليه أو أن يتعرض لغنم أو غرم نتيجة التحكيم، وقد ساوى المشرع بين المحكم وزوجه حتى بعد زوال عقد الزواج، فاعتبر أن مصلحة الزوج قد تتأثر إلى حد بعيد من مصلحة زوجه، أما المصلحة المعنوية أي الرغبة والنية في إنهاء النزاع بين المتعاقدين، فيرى بعضهم أنها كالمصلحة المادية أيضاً في طلب الرد، لأن هذه المصلحة المعنوية قد تتغلب في ترجيح واحتمال التمييز لمصلحة أحد المحكمين، هذا وقد تكون المصلحة المعنوية صداقة شديدة تؤثر في موقف المحكم من المتنازعين"⁹⁵.

إلا أن " وجود صداقة بين المحكم وزوجة أحد أطراف التحكيم، ليس من أسباب الرد المحددة بالمادة 176"⁹⁶.

⁹⁵ -عبد الهادي عباس - المرجع السابق - ص305 و عبد الهادي عباس و جهاد هواش - المرجع

السابق - ص181

⁹⁶ - نقض سوري - قرار 597 أساس مخاصمة 671 تاريخ 2010/12/27 - مشار إليه في عبد

القادر جاراالله الألوسي - المرجع السابق - ص 319

السبب الثاني: إذا كان المحكم خطيباً لأحد الخصوم.

ذلك "لأن رابطة الخطوبة وما ينشأ عنها من علاقة ودية، قد تورث شبهة تشوب الحياد المطلوب، ولهذا أجاز الرد في حال وجودها"⁹⁷.

"وإن كانت الخطبة ليست زواجاً ولكنه مشروع زواج، حيث يكون الخطيبان أكثر مدهنتاً ورياءً لبعضهما، كما أن العواطف الجياشة تكون في أوجها، ولا يصح معها النزاهة والحياد في الحكم"⁹⁸.

وأرى أنه ليس من الحكمة أن ينظر المحكم في الدعوى حتى لو بعد فسخ الخطوبة، لأن فسخها قد يترك أثراً سيئاً في نفس المحكم، مما يؤثر على تجرده وحياده.

السبب الثالث: إذا وجد بين المحكم وبين أحد المتداعين عداوة.

"وهذا السبب يستند إلى الخوف من خروج المحكم عن تجرده، بسبب العداوة الموجودة بينه وبين أحد الخصوم، ويعود للجهة التي تنظر في طلب الرد أمر تقدير مدى العداوة الموجبة للرد"⁹⁹. "ويجب أن تكون العداوة الشديدة واضحة وقائمة ولا يمكن

⁹⁷ -عبد الهادي عباس - المرجع السابق- ص 306 و عبد الهادي عباس وجهاد هواش - المرجع

السابق - ص 182

⁹⁸ - محمد واصل - شرح قانون أصول المحاكمات - الكتاب الأول - الجزء الأول - جامعة دمشق -

2006-2007 - ص 123

⁹⁹ -عبد الهادي عباس - المرجع السابق - ص 308 و عبد الهادي عباس و جهاد هواش - المرجع

السابق - ص 184

استنباطها من مجرد موقف أو إجراء قانوني اتخذه المحكم المطلوب رده كعدم قبوله لمعذرة وكيل طالب الرد"¹⁰⁰.

السبب الرابع: إذا كان أحد المتداعين قد اختار المحكم حكماً في قضية سابقة. "وهذا السبب الذي يرد بالنسبة للقاضي يستند إلى تعليل إن اختياره محكماً في قضية أخرى يقربه من صفة الوكيل، ولكنه وإن كان من غير المنطقي اعتبار المحكم كالقاضي، فإن نص القانون وقد جاء هكذا لا بد من إعماله، وكأنه بذلك يحول بين اختيار شخص محكماً أكثر من مرة"¹⁰¹.

وذلك لأنه يقيم الشبهة بعدم حياد المحكم بالنسبة للشخص الذي سبق أن قام بتعيينه، حيث يمكن للمحكم أن يحاييه على حساب الخصم الآخر.

السبب الخامس: إذا كان أحد الخصوم خادماً له أو اعتاد المؤكلة مع أحد الخصوم أو مساكنته أو قبول هدية منه.

وأرى بأن ذلك سيكون سبباً لمحاباة هذا الخصم وبالتالي خروج المحكم عن تجرده وحياده في الدعوى المنظورة أمامه.

ولقد جاء في الفقرة الأولى من المادة 18 ما يلي: "لا يجوز رد المحكم إلا للأسباب التي يرد بها القاضي أو إذا فقد أحد شروط صلاحيته المنصوص عليها في هذا القانون"

¹⁰⁰ - نقض سوري - قرار 499 أساس مخاصمة 1742 تاريخ 2006/12/27 - مشار إليه في

عبد القادر جارا لله الألو سي - المرجع السابق - ص 317

¹⁰¹ - عبد الهادي عباس - المرجع السابق - ص 308 و عبد الهادي عباس و جهاد هواش - المرجع

السابق - ص 183-184

وعلى ذلك فإن المحكم يرد لأسباب معينة إضافة لأسباب رد القاضي، وهي فقدان المحكم لأحد شروط صلاحيته المنصوص عليها في قانون التحكيم.

وهي " إما شروط قانونية (أن لا يكون قاصراً أو محجوراً عليه أو مجرداً من حقوقه المدنية ما لم يكن رد إليه اعتباره) أو شروط اتفاقية تم تضمينها اتفاق التحكيم ومنها على سبيل المثال (أن يكون المحكم رجلاً وسوري الجنسية وقاضياً)"¹⁰².

و"قد اشترط المشرع لصحة طلب الرد أن تكون الأسباب الداعية حدثت أو ظهرت بعد تنظيم الصك، بمعنى أنه إذا كان أطراف النزاع قد اتفقوا على أسماء المحكمين ضمن شرط التحكيم، أو مشاركة، أو اتفاق بعدئذ، وسواء قبل أو بعد نشوء النزاع، لكن قبل تنظيم صك التحكيم، أما بعد تنظيمه وهم على علم بأسباب الرد، فإن الحق به يسقط، لأن تنظيم الصك يعتبر موافقة ضمنية على جميع المحكمين، وتنازلاً عن حقهم في رد أي واحد منهم. وقد تجدد أمور لم تكن موجودة من قبل، أي وقت الاتفاق على التحكيم وتعتبر سبباً من أسباب الرد، كما لو تزوج المحكم إحدى أقارب الخصوم"¹⁰³.

وقد اجتهدت محكمة النقض الفرنسية فيما يتعلق برد المحكم، "فحكمت برد محكم تبين أنه على ود شديد مع أحد الخصوم، وكذلك رد من كتب استشارة في موضوع النزاع قبل عرضه عليه، أو الذي في خصومة وعداء مع أحد الخصوم، أو الذي أصبح مديناً له. وحكمت بعدم جواز رد المحكم الذي أكل مع خصم على نفقة الغير، أو

¹⁰² - عبد الحنان العيسى - المرجع السابق - ص 45

¹⁰³ - عبد الهادي عباس - المرجع السابق - ص 309

أكل على نفقة الخصمين معاً وبدعوة منهما، أو الذي عمل محكماً في قضية مشابهاً¹⁰⁴.

ونصت المادة 19¹⁰⁵ من قانون التحكيم السوري على ما يجب اتباعه من إجراءات تتعلق بتقديم طلب الرد وما يترتب عليه، فعلى من يطلب الرد أن يتقدم بطلب الرد مكتوباً، ويضمنه أسباب الرد، ويكون الطلب موقعاً منه، إلى محكمة الاستئناف المختصة، وعليه تقديم الطلب خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ علمه بأسباب الرد. بعد ذلك تقوم محكمة الاستئناف بتبليغ المحكم المطلوب رده، صورة عن طلب الرد وتستمع إلى جوابه في غرفة المذاكرة وتفصل بطلب الرد. و"القرار الصادر عن محكمة الاستئناف بشأن طلب رد المحكمين يصدر مبرماً"¹⁰⁶.

¹⁰⁴ - عبد الهادي عباس - المرجع السابق - ص 247

¹⁰⁵ - جاء في المادة 19 من قانون التحكيم السوري ما يلي: 1 - يقدم طلب الرد كتابة إلى المحكمة المعرفة في المادة (3) من هذا القانون مرفقاً به الأوراق المؤيدة له خلال (15) يوم من تاريخ علم طالب الرد بالأسباب المبررة للرد. 2 - تنظر المحكمة المذكورة بطلب الرد في غرفة المذاكرة وتفصل به بقرار مبرم بعد سماع المحكم المطلوب رده. 3 - يترتب على تقديم الرد وقف إجراءات التحكيم وتعليق مدته إلى حين صدور القرار برفض طلب الرد أو إلى حين قبول المحكم البديل مهمته التحكيمية. 4 - لا يقبل طلب الرد ممن سبق له تقديم طلب برد المحكم نفسه في ذات التحكيم وللسبب ذاته. 5 - إذا حكم برد المحكم ترتب على ذلك اعتبار ما يكون قد تم من إجراءات بما في ذلك حكم التحكيم كأن لم يكن من تاريخ قيام سبب الرد".

¹⁰⁶ - نقض سوري - قرار 560 أساس مخاصمة 2033 تاريخ 2010/10/25 - مشار إليه في عبد

القادر جارالله الألوسي - المرجع السابق - ص 384

ومتى تقدم أحد طرفي التحكيم بطلب الرد، تعلق مهلة التحكيم، والجلسات التحكيمية، وكل عمل يتعلق بمهمة الهيئة التحكيمية.

إلا أنه إذا أفصح أحد طرفي التحكيم عن نيته بالرد، دون أن يتقدم إلى المحكمة المختصة بطلب الرد ودون أن يتبع الإجراءات التي ذكرناها سابقاً، فإن ذلك لا يجبر المحكمين توقيف إجراءات التحكيم.

و إذا قبلت المحكمة طلب الرد، فإن رد المحكم يضع نهاية للتحكيم، في حال كان الاتفاق على تعيين محكم معين لشخصه أو لصفات معينة تتوافر فيه دون غيره، أما إذا لم يكن الأمر كذلك، فإنه يتم تعيين المحكم البديل بالطرق المعتادة، وهو ما سأبحث فيه لاحقاً.

وبذلك فإن رد المحكم يختلف عن رد القاضي، حيث أن القاضي المحكوم برده يمتنع فقط عن الحكم في القضية التي رد فيها، أما في حالة رد المحكم فقد ينتهي الأمر أحياناً إلى نهاية التحكيم.

ويبدو من الاجتهاد الفرنسي، ولا يوجد ما يخالفه في القضاء السوري، "إن رفض طلب الرد يمكن أن يرتب الحق بالتعويض عن الضرر لمصلحة المحكم، إذا تبين أن طلب الرد غير مبرر، وأساء إلى سمعة المحكم أو شرفه"¹⁰⁷.

إلا أن الأمر يختلف في القانون المصري فالمادة 19¹⁰⁸ من قانون التحكيم المصري منحت المحكم بعد تقديم طلب الرد فرصة التنحي التلقائي استجابة للطلب، فإذا لم

¹⁰⁷ - عبد الهادي عباس - المرجع السابق - ص 315

¹⁰⁸ - جاء في المادة 19 من قانون التحكيم المصري ما يلي: 1 - يقدم طلب الرد كتابة إلى هيئة التحكيم مبينا فيه أسباب الرد خلال عشر يوما من تاريخ علم طالب الرد بتشكيل هذه الهيئة أو =

يُنتج أحيل الطلب الى المحكمة المختصة، كما أنه لا يترتب على تقديم طلب الرد وقف إجراءات التحكيم، لكن إذا قبل طلب الرد اعتبر ماتم من إجراءات بما في ذلك حكم المحكمين كأنه لم يكن.

ولم يلحظ قانون التحكيم السوري مثل هذه الحالة، إلا أنه ليس هناك ما يمنع المحكم إذا استشعر الحرج أن يطلب تنحيه تلقائياً عن متابعة التحكيم في الدعوى المرفوعة أمامه.

بالظروف المبصرة للرد فإذا لم ينتج المحكم المطلوب رده فصلت هيئة التحكيم في الطلب. 2 - لا يقبل الرد من سبق له تقديم طلب برد المحكم نفسه في ذات التحكيم. 3 - لطالب الرد أن يطعن في الحكم برفض طلبه خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلانه له أمام المحكمة المشار إليها في المادة (9) من هذا القانون ، ويكون حكمها غير قابل للطعن بأي طريقة. 4 - لا يترتب على تقديم طلب الرد أو على الطعن في حكم التحكيم الصادر برفضه وقف إجراءات التحكيم وإذا حكم برد المحكم سواء من هيئة التحكيم أو من المحكمة عند النظر الطعن ، ترتب على ذلك اعتبار ما يكون قد تم من إجراءات التحكيم ، بما في ذلك حكم المحكمين ، كأن لم يكن.

ثانياً: اعتزال المحكم أو تنحيه

قد لا يستطيع المحكم الاستمرار بتنفيذ المهمة الموكولة إليه، لسبب شخصي أو أي سبب آخر طارئ، ويطلق على هذه الحالة مصطلح تنحي المحكم، أو اعتزاله، أو اعتذاره عن متابعة مهمته.

ولا شك في أنه من حق المحكم الذي قبل المهمة بإرادته، أن يعتذر عن إكمالها أو الاستمرار بتنفيذها، لوجود أسباب معينة طارئة، وهو من يقدر هذه الأسباب، وأرى أنه ليس لأحد أن يناقشه بماهية هذه الأسباب. فكما أنه يملك الحق بقبول المهمة ويملك الحق برفضها، فإنه يملك الحق أيضاً بالاعتزال أو التنحي.

"فالتنحي هو عمل إرادي يخضع لمحض قناعة المحكم، كأن يخضع لظروف تبرر له فعل التنحي، أو أن يحس الحرج من الاستمرار".¹⁰⁹

ولا بد من الإشارة إلى أن "ابتعاد المحكم المسمى من الطرفين عن مهمة التحكيم غير جائز إذا كان قد قبل المهمة، ويترتب على المحكم القابل للمهمة مباشرتها وإنجازها في موعدها فإذا تنحى عن ذلك في أي وقت دون مبرر، كان ملزماً بالتعويض على الطرفين عن الضرر اللاحق بهما أو بأحدهما جراء ذلك، بدعوى ترفع عليه من المتضرر، لأن من شأن تنحي المحكم المسمى انقضاء التحكيم، وعدم جواز تعيين البديل إذا كان التحكيم بالصلح، باعتبار التسمية والتحكيم بالصلح شرطاً من الشروط الخاصة. أما إذا كان التحكيم بالقضاء أو بالصلح دون تسمية محكمين، فإن ذلك ليس من شأنه انقضاء التحكيم، بل يجوز تعيين البديل من المحكمة عند عدم

¹⁰⁹ - أحمد حداد - المرجع السابق - ص 183

اتفاق الطرفين على تسمية البديل. شريطة مراعاة كيفية تسميته المتفق عليها إذا كان هناك ثمة اتفاق على طريقة اختيار البديل¹¹⁰.

وإذا كان المبدأ هو عدم جواز تنحي المحكم بعد قبوله مهمة التحكيم، إلا أنه وكما يتبين لنا من المادة 20¹¹¹ من قانون التحكيم السوري، أن ثمة حالات يجب فيها على المحكم أن يتنحى، وإلا كان عرضة للعزل، وذلك عندما يصبح مثلاً غير قادر على الاستمرار في هذه المهمة بحكم القانون، كما في حال صدور حكم بجرمانه من حقوقه المدنية، أو بحكم الواقع كما لو أوكل إليه عمل لا يستطيع معه التوفيق بينه وبين التحكيم، أو في حال انقطع عن الاستمرار في أداء مهمته بعد قبولها لأكثر من ثلاثين يوماً، وهنا إما أن يتفق الخصوم على عزله، أو أن يعزل في حال عدم الاتفاق على عزله، بقرار قضائي مبرم بناءً على طلب من أحد الخصوم.

¹¹⁰ - مصباح نوري المهاني - المرجع السابق - ص 105-106

¹¹¹ - جاء في المادة 20 من قانون التحكيم السوري ما يلي: 1 - لا يجوز عزل المحكم أو المحكمين إلا باتفاق الخصوم جميعاً. 2 - إذا أصبح المحكم غير قادر بحكم القانون أو بحكم الواقع على أداء مهمته أو تخلف أو انقطع عن القيام بها بعد قبولها أكثر من 30 يوم، وجب عليه التنحي وإلا كان عرضة للعزل، وفي هذه الحالة يتم العزل - إذا لم يتفق الطرفان على عزله - بقرار مبرم من المحكمة المعرفة في المادة (3) من هذا القانون، تتخذ في غرفة المذاكرة بناءً على طلب أحد الطرفين. 3 - إذا انتهت مهمة المحكم بالحكم برده أو عزله أو تنحيه أو بأي سبب آخر وجب تعيين بديل له طبقاً للإجراءات التي اتبعت في اختيار المحكم الذي انتهت مهمته. 4 - يترتب على تقديم طلب العزل تعليق إجراءات التحكيم ومدته إلى حين صدور القرار برفض طلب العزل أو إلى حين قبول المحكم البديل مهمة التحكيم.

"وقد ورد في الفقه الفرنسي أن من الأسباب المبررة للاعتزال بطلان مشاركة التحكيم، وحصول مانع مشروع مثل حالة تقدم السن، وسوء صحة المحكمين، والعداوة الرئيسية والوظائف العامة التي أنيطت بهم أو الأعمال الشخصية التي تستغرق طاقتهم ولا تتيح لهم إنجاز مهمتهم"¹¹².

كما إن "تنحي المحكم لا يخضع لشكل خاص، ويمكن أن يكون صريحاً أو ضمناً، فهو قد يكون صريحاً على سبيل المثال، عندما يعلن المحكم تنازله رسمياً عن وظائفه التي كان قد قبلها سابقاً، وقد يكون ضمناً يمكن استخلاصه من موقف المحكم برفضه المشاركة في بعض أعمال التحقيق، لأن القانون يفرض على المحكمين مجتمعين القيام بهذه المهمة، إلا إذا كانوا قد فوضوا بقرار منهم بعضهم بهذه المهمة. لكن رفض أحد المحكمين توقيع القرار المتفق عليه بينه وبين زملائه في هيئة التحكيم، أو المتفق عليه من الأكثرية، لا يؤثر في صحته، طالما أن الباقيين اللذين يشكلان الأغلبية وقعا الحكم ووضحا استنكاف المحكم الآخر عن توقيعه. ومثل هذا الامتناع عن التوقيع لا يوقف أعمال التحكيم، ولا يؤثر في اعتبار المشاركة باطلة أو لا محل لها. كذلك الأمر فإنه لا يمكن استنتاج اعتزال المحكمين من مجرد تأخرهم في إصدار قرارهم، مهما طال الأمر، طالما أن ذلك يتم ضمن المهلة المتفق عليها ولم تستنفذ قبل إصدار القرار"¹¹³.

"و لا توجد مع تنحي المحكم عن متابعة عمله، وسيلة ملزمة لإجباره عليه قسراً، وعلى هذا يلاحظ وكأن شرط عدم حق المحكم بالتنحي هو شرط لا يوجد له مؤيد

¹¹² -عبد الهادي عباس - المرجع السابق - ص302

¹¹³ -عبد الهادي عباس - المرجع السابق - ص301-302

عملي، وإنما هو مجرد تهديد يباح معه لطرفي الخصومة المطالبة بتضمينات عن ضرر أو
خسارة قد تحصل نتيجة هذا التنحي، أما إذا لم يحصل ضرر ما، وإذا لم يثبت المتضرر
حصول الضرر والادعاء به فلا وجه لمساءلة المحكم المتنحي" ¹¹⁴.

¹¹⁴ -عبد الهادي عباس - المرجع السابق - ص 303 و عبد الهادي عباس وجهاد هواش - المرجع

السابق - ص 178

ثالثاً: عزل المحكم واستبداله

"من الضمانات الهامة التي تقررها معظم التشريعات لأطراف خصومة التحكيم في مواجهة المحكم إمكانية اتفاقهم على عزله، ولم يحدد المشرع أسباباً لعزل المحكم، وإنما ترك الأمر لمشئفة أطراف خصومة التحكيم، فقد يتراءى لهم عدم كفاءته، أو قلة خبرته، أو ضعف أمانته، إلى غير ذلك من الأسباب التي يرى فيها الخصوم عدم الاطمئنان إلى عمله. ولا يشترط أن يفصح الخصوم عن سبب عزلهم للمحكم، وإنما يتعين أن يتم العزل باتفاقهم جميعاً، فلا يجوز عزل المحكم من جانب أحد الخصوم منفرداً. وباتفاق الأطراف على عزل المحكم، يمتنع عليه اتخاذ أي إجراء أو إصدار أي حكم في النزاع، وإلا اعتبر عمله باطلاً. أما ما سبق أن تم من إجراءات أو قرارات فأمره متروك لاتفاق الخصوم، فقد يتراءى لهم الاعتداد بما تم، وقد يرون اعتبار كل ما تم من إجراءات كأن لم يكن. على أنه تجدر ملاحظة أن اتفاق الأطراف على عزل المحكم، لا يؤثر بحال من الأحوال على اتفاق التحكيم، أي أن عزل المحكم باتفاق الأطراف ليس سبباً لتحللهم من الالتزام بالتحكيم، بل يتعين عليهم تعيين بديل له طبقاً للإجراءات التي اتبعت في اختيار المحكم الذي انتهت مهمته"¹¹⁵.

فإذا كان المحكم يستمد سلطته في أداء مهمة التحكيم من إرادة الخصوم التي التقت على تعيينه، فمن الطبيعي أن من يستطيع تعيينه، يستطيع عزله، إنما يشترط اتفاق الخصوم جميعاً لعزله، وأكثر من ذلك، يمكن للخصوم عزل المحكم المعين من قبل المحكمة، بشرط اتفاقهم جميعاً على عزله، كما بينت أحكام قانون التحكيم السوري، و إذا أصبح المحكم عرضة للعزل، كأن أصبح غير قادر بحكم القانون أو بحكم الواقع

¹¹⁵ - أحمد السيد صاوي- المرجع السابق - ص 102

على أداء مهمته أو تخلف أو انقطع عن القيام بها بعد قبولها لأكثر من ثلاثين يوماً، ولم ينتج المحكم تلقائياً، ولم يتم الاتفاق على عزله، عند ذلك يمكن أن يتقدم أحد الخصوم بطلب إلى المحكمة لعزل هذا المحكم، وفي هذه الحالة يتم العزل بقرار مبرم من المحكمة، تتخذه في غرفة المذاكرة، و إذا انتهت مهمة المحكم بعزله، يعين بديلاً عنه بذات الإجراءات التي اتبعت في تعيين المحكم الذي انتهت مهمته. وبمجرد تقديم طلب العزل من قبل أحد الخصوم تعلق كافة إجراءات التحكيم، وتبقى معلقة إلى حين صدور قرار من المحكمة ترفض فيه طلب العزل، أو إلى حين قبول المحكم البديل لمهمة التحكيم.

و إذا كان المحكم معيناً بالصلح، فإن عزله برضاء الطرفين يعتبر فسخاً لعقد التحكيم بالصلح، لأن شخص المحكم في هذه الحالة يعتبر ركناً من أركان عقد التحكيم.

لكن "إذا تضمن صك التحكيم بنداً على جواز تسمية محكم بديل عن المحكم المفوض بالصلح في حال عدم قيامه بالمهمة وبذات الصلاحيات فإن ذلك يعني جواز ترك المحكم المسمى التحكيم وتسمية محكم بديل عنه"¹¹⁶.

وإذا ما تم عزل المحكم باتفاق الخصوم جميعاً، فإنه لا يخضع لأي شكل خاص، فقد يكون صريحاً أو ضمناً، وقد يكون مكتوباً أو شفهيّاً.
إلا أن هناك آراء تجد عدم إمكانية أن يكون العزل ضمناً، فيرى البعض أنه:

¹¹⁶ - نقض سوري - قرار 49 أساس مخاصمة 1478 تاريخ 2012/2/12 - مشار إليه في عبد

القادر جارالله الألوسي - المرجع السابق - ص 226

"إذا بدا لأول وهلة أن اتفاق الطرفين على عزل المحكم يمكن أن يتحقق ضمناً كما لو تصالح الطرفان على موضوع التحكيم، أو التجأ بشأنه إلى القضاء، أو انصرفا عن إجراءات التحكيم، لكن الأمر يتعلق في هذه الفروض بانتهاء لاتفاق التحكيم ذاته أكثر منه بعزل للمحكم، لذلك فالعزل بالمعنى الدقيق لا يتصور أن يكون ضمناً، والعزل يمكن أن يتحقق لسبب أو لآخر، لكن الغالب أن يرجع سببه إلى عدم إنجاز المحكم لمهمته"¹¹⁷.

"وإذا يعتبر الاتفاق بين المختكمين والمحكم على قيام الأخير بالمهمة، بمثابة عقد لا يجوز فسخه إلا لاعتبارات جدية، فإن هؤلاء يلزمون بالتعويض قبله إذا قاموا بعزله، خاصة إذا كان التحكيم بمقابل"¹¹⁸. ذلك طبعاً في حال عزله دون مبرر.

أو "إذا ما كان العزل مبنياً على أسباب غير صحيحة من شأنها المساس بالمحكم"¹¹⁹. وبطبيعة الحال "يجوز للطرفين التنازل عن الحكم أو عدم الاعتداد به، أما إذا صدر حكم عن المحكم المعزول ولو قبل تبلغه، فإن الحكم يعتبر باطلاً، وبداهة أن عزل المحكم بعد إصدار الحكم لا قيمة له في موضوع الحكم الذي يستطيع الخصوم أن يتفقوا على عدم تنفيذه"¹²⁰.

¹¹⁷ - مصطفى محمد الجمال وعكاشة محمد عبد العال - المرجع السابق-ص763

¹¹⁸ -عبد الهادي عباس - المرجع السابق - ص 304

¹¹⁹ - مصطفى محمد الجمال وعكاشة محمد عبد العال - المرجع السابق-ص763

¹²⁰ -عبد الهادي عباس و جهاد هواش - المرجع السابق - ص179

الفصل الثاني

عمل المحكم

يرى البعض في أن المحكم وكياً عمّن اختاره من طرفي النزاع أو كلاهما، لأنه يتلقى ممن يختاره وكالة حقيقية، وأن مهمته هي أن يحكم بموجب هذه الوكالة، ويراه البعض الآخر خبيراً في الأحكام القانونية والشرعية، وبالتالي فإنه يملك القدرة على حل النزاع موضوع التحكيم، ويرى آخرون أنه يسعى إلى تحقيق الصلح بين أطراف النزاع وإنهاء النزاع بحل توفيقى أو ودي بين المتنازعين.

ومع ذلك فلا يمكن اعتبار المحكم وكياً أو خبيراً، وكذلك فإن مهمته هي الفصل في النزاع وليس السعي لتحقيق الصلح، وتنتهي مهمته بحكم له قوة الأحكام القضائية بعد أن يكسب صيغة التنفيذ، ويمكن اعتبار ما يقوم به المحكم شبيه بعمل القاضي إلا أن له طابع خاص ولكنه يخضع إلى حد ما للقواعد المطبقة على عمل القضاة.

وهناك نقاشات فقهية عديدة تدور حول طبيعة عمل المحكم، فيرى بعض الفقهاء أن التحكيم ذو طبيعة عقدية تنشأ باتفاق إرادة الخصوم على اللجوء إلى التحكيم عند إبرام اتفاق التحكيم، في حين يرى آخرون أن التحكيم ذو طبيعة قضائية، حيث إن المحكم بمجرد تسميته، يصبح كالقاضي من حيث الصلاحيات، والحصانة، والرقابة، ودور محكمة الاستئناف في العملية التحكيمية، التي تبدأ اتفاقاً وتنتهي قضاءً. ويتجه رأي آخر إلى عد التحكيم ذا طبيعة مختلطة، تجمع بين هذه وتلك، ومن ناحية أخرى، يعده آخرون ذا طبيعة خاصة تجمع بين كل ما ذكرت وتختص بصفات أخرى تميزه.

في ضوء هذا التعدد في الآراء تجاه طبيعة عمل المحكم، كان لابد أن أعرض لهذه الطبيعة، وللأسس والمعايير التي اعتمدها كل رأي، لأبين بعد ذلك وبالاستناد إلى هذه الطبيعة الحالات التي تتوافر فيها مسؤوليته. فليس هناك ما يمنع الخصوم من مطالبة المحكم بالتعويض عن الضرر الذي لحق بهم أمام القضاء المختص، في حال تنحيه أو استقالته أو اعتذاره عن متابعة المهمة دون مبرر بعد أن يكون قد قبلها كتابةً، أو في حال تسببه بضرر للخصوم أيّاً كان نوعه. وما هي طبيعة هذه المسؤولية وأسبابها والآراء المختلفة التي تناولتها. لأبحث بعد ذلك بأنواعها والسمات الخاصة بكل نوع.

وسيكون ذلك من خلال مبحثين وفق التقسيم التالي:

المبحث الأول: طبيعة العمل التحكيمي

المبحث الثاني: مسؤولية المحكم عن الأعمال التحكيمية

المبحث الأول

طبيعة العمل التحكيمي

يثير موضوع طبيعة العمل التحكيمي عدداً من التساؤلات، كالتساؤل عن طبيعة مهمة المحكم، واستظهار الآراء الفقهية التي تبنت إظهار هذه الطبيعة، والأسس والمعايير التي اعتمدها هذه الآراء واستندت إليها. مما يستدعي البحث في كل هذه التساؤلات من خلال المطلب الثاني في هذا المبحث، بعد التطرق إلى تمييز التحكيم عما يشته به من المؤسسات القانونية الأخرى في المطلب الأول. وفق التقسيم التالي:

المطلب الأول: تمييز عمل المحكم عما يشته به من مؤسسات أخرى

أولاً: التحكيم والتوفيق أو الحل الودي

ثانياً: التحكيم والخبرة

ثالثاً: التحكيم والصلح

رابعاً: التحكيم والوكالة

المطلب الثاني: تحديد طبيعة عمل المحكم

أولاً: الطبيعة التعاقدية

ثانياً: الطبيعة القضائية

ثالثاً: الطبيعة المختلطة

رابعاً: الطبيعة المستقلة

المطلب الأول

تمييز عمل المحكم عما يشته به من مؤسسات أخرى

أحاول من خلال هذا المطلب تمييز التحكيم كمصطلح ونظام قضائي خاص عن المفاهيم القانونية الأخرى، التي لا يخلو الأمر من الخلط بينها وبين التحكيم. وسيكون ذلك على الشكل الآتي:

أولاً: التحكيم والتوفيق أو الحل الودي

تعد فكرة التوفيق أو الحل الودي من الوسائل أو الحلول البديلة التي يمكن اعتمادها لحل النزاعات القائمة بين الأطراف، وذلك عند التقاء إرادة طرفي النزاع لحل النزاعات القائمة باستخدام هذه الوسيلة، بهدف الابتعاد عن سلوك طريق القضاء العادي، أو حتى سلوك طريق التحكيم، والتوفيق بين الأطراف المتنازعة بأقل تكلفة ممكنة و بقدر كبير من السرية، وبما يحفظ العلاقات الودية بين الأطراف المتنازعة.

و"يتولى في التوفيق أو الحل الودي للنزاع، شخص أو أكثر في أغلب الأحيان أو أحد أصحاب الخير، التوسط بين أطراف النزاع، بقصد التوفيق بينهم فيما اختلفوا بشأنه، وذلك بتقديم حلول أو اقتراحات تنال رضا وقبول الأطراف. والتوفيق ليس من الضروري أن يتم باتفاق الأطراف، فقد يتم بالاستناد إلى رغبة أحدهم، أو حتى دون تكليف من أحد منهم، أو أن يتم طوعية من الشخص الذي يرغب في السعي للتوفيق بين أطراف النزاع، وبمبادرة منه. والتوفيق لا يرتقي إلى درجة التحكيم، لأنه مجرد توصيات وحلول للنزاع غير ملزمة. وكثير من المتعاقدين يضمنون عقودهم شرط الحل الودي قبل إحالة النزاع إلى القضاء، وهذا الشرط لا يعتبر شرطاً للتحكيم"¹²¹.

وبالتالي يتولى في التوفيق شخص محايد، البحث عن حلول مشتركة بين أطراف النزاع للوصول إلى تذليل للعقبات وحل النزاع القائم.

ويفترض في الموفق أن يكون شخصاً نزيهاً يتمتع بالحياد والاستقلال، ومهمته البحث عن صيغة توافقية ترضى بها أطراف النزاع

¹²¹ - أنس كيلاني - عادة أنس كيلاني - هاني القرشي - المرجع السابق - ص 43-44

حيث يتم تبادل أفكار أطراف النزاع، ليتمكن الموفق من تحديد نقاط النزاع الجوهرية ومن ثم البحث عن الحلول المناسبة لهذه النزاعات، ليتم التوصل إلى المصالحة وتوقيعها، أو إعلان فشل تلك المحاولة، ليقرر بعدها أطراف النزاع سبباً أخرى لحل نزاعاتهم. وبالتالي فإن الصفة المشتركة بين كل من التحكيم والتوفيق هو وجود طرف ثالث يعهد إليه بفض النزاع، إلا أن المحكم يفصل هذا النزاع بحكم ملزم له قوة الأحكام القضائية، في حين أن الوسيط أو الموفق يفصل هذا النزاع بحكم ودي ليس له تلك القوة، وقد يقبل طريقي النزاع به وقد يرفضاه.

كما أن الهدف واحد في كلا العملين وهو الوصول إلى حل للنزاع. "وتتم إجراءات التوفيق من خلال مساع ودية تبعد بها عن فكرة الخصومة، الأمر الذي يحافظ على العلاقة الودية بين الطرفين، وبحيث يكون لكل منهما الحرية في قبول أو رفض مقترحات الموفق، غير أن الذي يساعد على النظر إلى تلك المقترحات بعين الاعتبار، هو اقتناع الطرفين بحياد ذلك الموفق ومصادقته، لذلك فقد يبدو مهماً أن يكون الموفق متخصصاً في المجال الذي يوفق فيه وعلى دراية تامة به، فإنه من الأفضل عند اختيار الموفق أن يكون ذا خبرة فنية وعملية في مواجهة مشاكل موضوع النزاع"¹²².

¹²² - ماهر محمد حامد- النظام القانوني للمحكم في التحكيم التجاري الدولي - دراسة مقارنة طبقاً لتشريعات التحكيم بدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية و تشريع التحكيم المصري مع الإشارة إلى اتفاقيات التحكيم الدولية ونظم مراكز التحكيم العربية - دار الكتب القانونية - مصر - 2011 -

ثانياً: التحكيم والخبرة

" يختلف المعنى القانوني للخبرة عنه في التحكيم، فالخبرة تتمثل في مجرد إبداء الرأي والمشورة من متخصص لمن يطلبها دون التزام من هذا الأخير باتباعها، أما التحكيم فهو فصل في النزاع من المحكم يلتزم به المحكّمون إليه، والخبرة قد تطلب من المتنازعين أنفسهم خارج ساحة القضاء أو من أحدهما أثناء نظر النزاع أمامه بقصد تقديمها إليه تدعيماً لادعاءاته، وهي في جميع الأحوال ليست أكثر من دليل من أدلة الإثبات، التي تتوقف حجيتها على تقدير من يتولى الفصل في الدعوى قاضياً كان أو محكماً. وفي حالة طلب الخبرة من المتنازعين معاً، قد تشبه الخبرة بالتحكيم، نظراً لوجود الاتفاق في كل منهما، خاصة وأن المحكم كثيراً ما يختار من أهل الخبرة في موضوع النزاع. والعبرة في هذا الشأن ليست بالألفاظ التي يصف بها المتنازعان من يرتضيانه للقيام بالتحكيم أو لتقديم الخبرة، وإنما بحقيقة المهمة التي يعهدان له بها، وما إذا كانت فصلاً في النزاع ملزماً لهما أو مجرد تقديم رأي استشاري غير ملزم، ومن ثم فقد يخلع الطرفان عليه وصف الخبير ويكون الأمر في الحقيقة متعلقاً بالتحكيم، أو يخلعان عليه وصف المحكم ويكون الأمر متعلق بمجرد خبرة"¹²³.

فإذا كان التحكيم فصل في النزاع بحكم ملزم لأطراف النزاع، فالخبرة هي مشورة غير ملزمة، إنما قابلة للقبول أو الرفض، أي للجدل والنقاش فيها، وإن خبرة ثانية قد تلغيها إذ ما تبين وجود خطأ فيها.

¹²³ - مصطفى محمد الجمال وعكاشة محمد عبد العال - المرجع السابق - ص 28-29

ويطلق مصطلح الخبير على من كان عالماً بعلم ما وعلى مختلف الأصعدة، سواء في الزراعة أو الصناعة أو التجارة أو القانون أو أي علم آخر، ومتى تطلب الخبرة من الخبير، فإنه بدوره يسعى إلى توضيح الجوانب والأمور الغامضة في المسألة التي تعرض عليه ويطلب منه رأيه فيها، ويكون رأيه استشارياً ليس له أي قوة إلزامية.

و "الفارق بين كل من التحكيم والخبرة يتعلق بمدى وطبيعة السلطات المعطاة لكل منهما في نص القانون. ويقع الفارق على الأقل في طبيعة الخلاف الموكول أمر النظر فيه لتفحص محكم أو خبير، أكثر مما يقع في الآثار المرتبطة بالرأي السديد من قبل هؤلاء الأشخاص. فالتحكيم لا يمارس أبداً إلا بقصد الحصول على حكم في نزاع. أما الخبرة فهي على العكس من ذلك ليس لها من قيمة سوى مجرد رأي للاستئناس، وهي لا تقيد لا الأطراف ولا المحاكم، والمحكم قد يستعين بالخبرة، ولكن الخبرة ليس لها أن تحكم. وهكذا فإنه يكون هنالك تحكيم، فيما لو أن الأطراف قرروا قبول رأي الأشخاص الذين يستشيرونهم لحسم النزاع الذي كان موضع خلافهم. وإذا اتفق الخصوم على الالتزام برأي الخبير فإنه لا يصح للمحكمة الامتناع عن التصديق على هذا الاتفاق"¹²⁴.

"وييدي الخبير رأيه في الوقائع دون القانون، بعكس المحكم الذي ييدي رأيه في الوقائع والقانون معاً، ولا يشترط تعيين الخبير بالاسم أما المحكم (المصالح) يشترط أن يعين بالاسم في وثيقة التحكيم، ولا تقتضي الخبرة وجود شرط أو مشاركة، وتقتضي

¹²⁴ - عبد الهادي عباس - المرجع السابق - ص32

ممارستها وجود نزاع بعكس التحكيم الذي قد يكون بصدد نزاع قائم فعلاً أو مجرد نزاع محتمل¹²⁵.

ولا بد أن نشير إلى أن القانون يتطلب ضرورة كتابة اتفاق التحكيم، من أجل اعتباره صحيحاً ومرتباً لآثاره القانونية، في حين أنه لا يفرض ذلك في حالة طلب الخبرة.

"وقد بينت المحكمة الدستورية العليا في مصر أن التحكيم قوامه اتفاق خاص يستمد المحكمون سلطاتهم منه، ولا يتولونها بإسناد من الدولة، فقالت: التحكيم يختلف عن أعمال الخبرة، ذلك أن قوامها ليس قراراً ملزماً، بل إن مناطها آراء يجوز طرحها أو تجزئتها والتعديل فيها، ومن ثم يؤول التحكيم إلى وسيلة فنية لها طبيعة إضافية، غايتها الفصل في نزاع محدد، مبناه علاقة محل اهتمام من أطرافها، وقوامها اتفاق خاص يستمد المحكمون سلطاتهم منه، ولا يتولونها بالتالي بإسناد من الدولة"¹²⁶.

¹²⁵ - ماهر محمد حامد- المرجع السابق - ص38

¹²⁶ - طعن رقم 13 تاريخ 1994/12/17 - مجموعة المكتب الفني رقم 6- مصر - ص 408 -

مشار إليه في كتاب ماهر محمد حامد- المرجع السابق - ص39

ثالثاً: التحكيم والصلح

عرفت المادة 517 من القانون المدني السوري عقد الصلح بأنه عقد يحسم به الطرفان نزاعاً قائماً أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً، وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التقابل عن جزء من ادعائه.

واشترطت المادة 520 من القانون ذاته أن الصلح لا يثبت إلا بالكتابة أو بمحضر رسمي.

وتعتبر الكتابة ضرورية فقط لإثبات الصلح، وغير ضرورية لانعقاد عقد الصلح، ومحل هذا العقد هو الحق المتنازع فيه، ونزول كل طرف من أطراف النزاع عن جزء مما يدعيه للوصول إلى الصلح، وبالطبع فإنه يشترط في هذا المحل أن يكون ممكناً ومعيناً أو قابلاً للتعيين ومشروعاً.

" فالصلح هو عقد يرفع أو يقطع النزاع، أي ينهي المنازعة بين الخصوم برضاهم، فهو في هذا المعنى يتماثل مع التحكيم، إلا أنه في حال الصلح يتنازل كل من المتصالحين أو يتنازل أحدهما للآخر عن بعض حقه، ولولا هذا التنازل لما حصل الصلح، ولكان كل من الخصمين حصل على حقه كاملاً، لذلك لا يعتبر التحكيم صلحاً بين أطراف النزاع، كما أن حكم المحكم يقبل الطعن وفق الطرق المقررة للأحكام، أما الصلح فلا يقبل الطعن فيه، وفق الطرق المقررة للأحكام، وإنما يتم عن طريق دعوى مبتدئة في الأساس"¹²⁷.

إن "التحكيم والصلح آليتان تهدفان إلى حسم النزاع بين الأطراف بعيداً عن اللجوء إلى قضاء الدولة، ولا يتفق التحكيم والصلح من هذه الزاوية فقط بل إن كل من

¹²⁷ - أنس كيلاي - عادة أنس كيلاي - هاني القرشي - المرجع السابق - ص 44

التحكيم كنظام قضائي خاص والصلح كآلية لفض النزاع يجد كل منهما مصدره في اتفاق الأطراف على الفصل في المنازعة القائمة بينهما¹²⁸.

وإذا كان وجه الشبه بين التحكيم والصلح يكمن في وجود العقد بين المتنازعين في كلتا الحالتين، وأن الهدف من كلاهما هو فض النزاع، إلا أن موضوع الصلح هو إيجاد حل مباشر للنزاع، من خلال تنازل كل من طرفيه عن بعض أو كل ما يدعيه قبل الآخر، في حين أن موضوع التحكيم هو الاتفاق على من يتولى الفصل في النزاع.

ويمكن القول بخطورة التحكيم مقارنةً مع الصلح، ذلك أن الصلح هو عقد يحسم به نزاع قائم أو نزاع يتوقع حدوثه، وفيه يتنازل كل طرف عن جزء مما يدعيه للوصول إلى الصلح بين الطرفين المتنازعين، وبالتالي يعي كل طرف بأنه سيتنازل عن هذا الجزء قبل اللجوء إلى الصلح، في حين أنه لا يعرف ذلك إذا ما لجأ إلى التحكيم، لأن المحكم الذي يقوم بدوره الشبيه بدور القضاء، سيعمد إلى فض النزاع، حتى لو ترتب على ذلك أن يحكم لأحد الطرفين بكل ما يدعيه.

ويترتب على ذلك أن تنازل أحد المتنازعين أو كلاهما عن بعض أو كل ما يدعيه بنفسه دون فرض من الشخص الذي يقوم بفض النزاع بينهما، هو من قبيل الصلح وليس التحكيم، حتى لو اعتبره المتنازعان من قبيل التحكيم، أو اشترطوا كتابته، ليعتبر صحيحاً، ذلك لأنه لا يفترض بهما معرفة الأحكام القانونية والأوصاف القانونية للعقود وما يترتب عليها من آثار.

¹²⁸ - حفيظة السيد حداد- المرجع السابق - ص 86

وإذا كان حكم المحكم يقبل الطعن بالطرق المحددة بالقانون، إذا ما توافرت حالة من الحالات التي يجوز فيها الطعن به، إلا أن عقد الصلح يعتبر ملزماً لطرفيه، ويقبل البطلان أو الفسخ، لكنه لا يقبل الطعن.

"كما إن النزاع لا ينتهي بمجرد إبرام الاتفاق على التحكيم، وإنما بإنهاء المحكم لمهمته وإصداره حكماً فيها وهذا الحكم يتمتع بالحجية ويكون قابلاً للتنفيذ الجبري بمجرد الحصول على أمر بالتنفيذ. وذلك على خلاف عقد الصلح الذي ينتهي النزاع بمجرد إبرامه، وهذا الاتفاق لا يكون قابلاً للتنفيذ بذاته ما لم يتم في صورة عقد رسمي أو يتم أمام المحكمة التي يكون النزاع قد طرح عليها قبل التوصل إلى الصلح"¹²⁹.

ذلك لأن محل العقد في التحكيم، هو الالتزام بعدم طرح النزاع على القضاء، ويتم باختيار محكم يفصل في النزاع، في حين أن تسوية النزاع وفضه بطريقة ترضي المتنازعين الذين يتنازل كل منهم عن بعض ما يدعيه، هي محل عقد الصلح.

¹²⁹ - حفيظة السيد حداد- المرجع السابق- ص 87

رابعاً: التحكيم والوكالة

"تعرف الوكالة بأنها عقد ينيب أو يكلف به شخص، شخصاً غيره، ليقوم بعمل أو تصرف قانوني لمصلحته، فالوكيل بمقتضى عقد الوكالة يعمل لمصلحة موكله، وضمن حدود الوكالة، ولا يجوز له أن يتجاوزها، وإلا كان مسؤولاً عن تصرفاته. أما في التحكيم وفي مطلق الأحوال، فلئن كان أطراف النزاع هم الذين اختاروا المحكمين، أو أن كلاً منهم اختار محكمه، فإن المحكم بعد اختياره لا يعد وكيلاً عن مختاره، ولا يلتزم بما كلف به، لأنه يصبح بعد اختياره بمنزلة القاضي الذي يفصل في النزاع، ويتوجب عليه ما يتوجب على القاضي من الالتزام بالحياد بين أطراف النزاع، وعدم الاتصال بهم خارج الخصومة، وعدم الحكم بمعلوماته الشخصية التي كان قد استقاها من أطراف النزاع قبل اختياره محكماً. وهذا الأمر كثيراً ما يلتبس على أطراف النزاع وعلى المحكمين على حد سواء. حتى إننا أصبحنا نسمع من يقول: إن هذا محكمي وهذا محكم خصمي، وكأنه وكيل عنه في التحكيم، جاء ليدافع عن مصالحه، لا ليقضي في النزاع. وهذه الصورة تشاهد أحياناً لدى بعض من تولى التحكيم للمرة الأولى، فيظهر في أعماله وكأنه وكيل عن مختاره، فتراه يسعى للدفاع عن وجهة نظره في هيئة التحكيم، إذا كانت مؤلفة من أكثر من محكم واحد، الأمر الذي يخرج التحكيم في كثير من الحالات عن غايته، حتى إن الكثيرين عزفوا عن اللجوء إلى التحكيم في كثير من الحالات، خشية أن يتفوق محكم الخصم على محكمهم في حجته وطريقة إقناعه، ظناً منهم أن التحكيم ما هو إلا مجرد عملية توفيق بين وكلاء الخصوم، تنتهي بحسم الأمر عن طريق التصويت، إذا لم يستطع أحدهم التأثير على الآخر لإقناعه بوجهة نظر من انتخبه، بينما التحكيم في حقيقته هو قضاء، والمحكم

فيه ينوب عن القاضي بالفصل في النزاع المطروح أمامه، وإنما يتم اختيار المحكم بسبب صفة مميزة فيه، تساعد على حل النزاع، حتى إننا كثيراً ما نشاهد حالياً في بعض الدول أن أطراف النزاع يحكمون القاضي نفسه الذي كان ينظر في النزاع، وذلك بقصد الخروج عن شكيلات التقاضي أمام القضاء والنظام، وليس بقصد اختيار شخص آخر غير القاضي الذي مارس العمل القضائي واكتسب الخبرة فيه، وتأصلت لديه فكرة المساواة بين أطراف النزاع وحس العدالة، وهي ميزة ينفرد بها من عمل في القضاء¹³⁰.

وقد آثرنا التمييز بين مصطلحي التحكيم والوكالة، لوجود حالات معينة يظهر فيها المحكم الذي يعتبر نفسه وكيلاً عن الخصم الذي اختاره، فيتبنى آراءه ووجهة نظره ويدافع عنها، وكأنه المحامي عنه، ناسياً تحقيق الغاية من تعيينه كمحكم، وهي إحقاق العدالة والحق، ويتعد بذلك عما يجب أن يتحلى به من صفات، كمحكم ملتزم بالنزاهة والحياد.

كما أنه يباشر مهنته كما يملّي عليه ضميره، ويلتزم بالتسحي إذا شعر بوجود عائق يحول دون التزامه بالحياد والاستقلال في العمل، بالإضافة إلى أن المحكم يقوم باتخاذ قرار قانوني، إلا أن الوكيل فإن مهمته هي القيام بتصرف قانوني.

"فالأصل أن التحكيم لا يشتبه بالوكالة على الرغم من وجود العقد في كل منهما، فعقد التحكيم طرفاه هما طرفا النزاع، وموضوعه هو تنصيب أجنبي عنهما للفصل فيه، هو المحكم، والمحكم يستقل تماماً في ممارسته لمهمته عن الطرفين اللذين عيناه، ولا يخضع إلا لسلطان ضميره وسلطان القانون الذي يحكم النزاع. أما عقد الوكالة فطرفاه

¹³⁰ - أنس كيلاي- غادة أنس كيلاي- هاني القرشي- المرجع السابق- ص 44-45

هما الموكل والوكيل، وموضوعه هو تخويل الوكيل ذاته، سلطة النيابة عن الموكل في عمل من الأعمال القانونية، والوكيل في قيامه بالعمل الموكل فيه لا يستقل عن الموكل ولا يملك أكثر مما يملك، وإنما يأتمر بأوامره، فإن خرج عنها كان للموكل أن يتنصل من العمل الذي أجراه لحسابه"¹³¹.

وإذا كان الوكيل لا يملك إلا السلطات التي يملكها موكله، والموكل طرف من أطراف النزاع المراد حله، والموكل ليس له سلطة لحل هذا النزاع، لهذا لجأ إلى التحكيم، فكيف للوكيل أن يحل هذا النزاع ولا سلطة له في ذلك. في حين يتم اللجوء للمحكم للقيام بهذه المهمة، الذي بمجرد الاتفاق على التحكيم وتعيينه كمحكم تصبح له صفة القاضي، ولا يتمكن الخصوم بعد مباشرته مهمته من التدخل في عمله، على عكس الوكيل الذي ليس له إلا القيام بما هو مكلف به من قبل الموكل.

¹³¹ - مصطفى محمد الجمال وعكاشة محمد عبد العال - المرجع السابق - ص 31

المطلب الثاني

تحديد طبيعة عمل المحكم

يتبنى البعض وجهة النظر القائلة بالطبيعة القضائية للتحكيم، ودائماً كان هناك اختلاف بين هذا الرأي والآراء الأخرى التي لا تتبناه، ومنها الرأي القائل بأن أصل التحكيم هو اتفاق الأطراف، وبالتالي فإن مهمة المحكم هي ذات طبيعة عقدية. وكما بينت سابقاً، فإن البعض يرى بأن طبيعة هذه المهمة هي خليط ما بين هذه الطبيعة وتلك، في حين يرى آخرون أنها مستقلة تماماً ولها طبيعة قانونية مستقلة خاصة بها.

وسيتم من خلال هذا المطلب توضيح ذلك وفق التقسيم الآتي:

أولاً: الطبيعة التعاقدية

"يظهر اتجاه قوي في الفقه القانوني يرجح الطبيعة التعاقدية لعمل المحكم، ويرى أنصار هذا الاتجاه أن اتفاق التحكيم وحكم المحكم يكونان كلاً واحداً، وتتجمع عملية التحكيم في شكل هرم قاعدته الاتفاق وقيمتها الحكم الذي يبدو مجرد عنصر تبعية في هذه العملية، وذلك لأنه لا يعدو كونه مجرد تحديد لمحتوى عقد التحكيم ولا يعد قضاءً. ويستند هذا الاتجاه إلى أن اتفاق التحكيم مجرد عقد يتم قبل بدء إجراءات خصومة التحكيم، ويخضع لما تخضع له عقود القانون الخاص، وأن قرار المحكم يتقيد بإرادة الخصوم ويتأثر بالعيوب التي تشوبها، و المحكم ليس من قضاة الدولة بل يعد شخصاً عادياً، وقد يكون أجنبياً، ويملك رفض المهمة دون أن يعد منكراً للعدالة، كما أنه يستمد سلطاته من اتفاق الأطراف الذين يختارونه ويقبلون حكمه، كما أن المحكم لا يملك توقيع جزاءات على الأطراف أو الشهود، فضلاً عن ضرورة إصدار أمر بتنفيذ حكمه من القضاء وإمكانية رفع دعوى أصلية بطلانه، ومن ثم يكون لحكمه الطبيعة التعاقدية"¹³².

ويمكن القول بأن " هذه النظرية تعتمد في الدرجة الأولى على إرادة الخصوم، واتفاقهم على التحكيم، وتحديد قوانينه واجبة التطبيق على موضوع النزاع، وإجراءات التحكيم، إلا أنها لم تلاحظ أثر حكم المحكمين في إنهاء النزاع بين المتخاصمين"¹³³.

¹³² - حمد حمود الصانع- المسؤولية المدنية للمحكم- جامعة الشرق الأوسط- رسالة ماجستير مقدمة

استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص - 2012 - ص 39-40

¹³³ - أحمد الشيخ قاسم - التحكيم التجاري الدولي دراسة مقارنة في القانون السوري والعربي

والأجنبي- جامعة دمشق - الطبعة الأولى 1994 - ص 17

"فقد ساد الاعتقاد لدى الفقه والقضاء الدوليين بداية انتشار نظام التحكيم، أن مركز الثقل في النظام يكمن في اتفاق الأطراف على اختيار التحكيم كأسلوب لحل نزاعاتهم القائمة أو المستقبلية التي تنجم عن العقد الأصلي، ويركز هذا الاتجاه على مبدأ سلطان الإرادة، فلا يقوم اتفاق ولا يجري تحكيم بين الأطراف دون أن تظهر هذه الإرادة بشكل صريح"¹³⁴.

ويقول أصحاب هذا الرأي: "أن التحكيم ليس قضاءً، وأن أحكام المحكمين ليست أحكاماً قضائية، لأنها تستمد آثارها من إرادة أطراف النزاع الذين اختاروهم، واتفقوا على الخضوع لأحكامهم. لذلك يتوجب أن تستمد هذه الأحكام قوتها التنفيذية من سلطة الدولة، وهذا لا يؤدي إلى جعل حكم المحكم عملاً قضائياً بالمعنى الحقيقي للأحكام القضائية، لأن حكم المحكم يظل مرتبطاً في مصيره وتفسيره باتفاق التحكيم، ويدعمون رأيهم بأن أساس التحكيم هو أطراف النزاع، وأن التحكيم يرمي إلى تحقيق مصالح أطراف النزاع الخاصة، بينما القضاء يرمي إلى تحقيق مصلحة عامة وجد من أجلها، وأنه لا يشترط في المحكم أن يكون وطنياً بعكس القاضي الذي يتطلب القانون أن يكون وطنياً، وأن التحكيم يبدأ باتفاق، وينسحب هذا الاتفاق على جميع مراحل التحقيق، لأن أطراف النزاع هم الذين يحددون مكان التحكيم، ويختارون المحكمين، ويحددون القواعد التي يجب تطبيقها من قبل المحكمين سواء بالنسبة للإجراءات أم بالنسبة لموضوع النزاع"¹³⁵.

¹³⁴ - أحمد الشيخ قاسم - مفهوم التحكيم وطبيعته - مجلة المحامون - العددان 3 - 4 لعام

2008 - ص 317

¹³⁵ - أنس كيلاي - غادة أنس كيلاي - هاني القرشي - المرجع السابق - ص 47-48

أي أن هذا الاتجاه اعتبر أن المحكم ليس قاضياً، ولا يملك ولاية القضاة، و الإجراءات المتبعة أمامه لا تشبه الإجراءات القضائية، طالما أنها لا تتصل بخصومة قائمة أمام محكمة معينة.

كما يرى أصحاب هذا الاتجاه أن "التحكيم عقد لا يختلف عن غيره من العقود، ولا يؤثر على ذلك أنه ينتج الحكم، لأن مثل هذا لا يعتبر سوى أثر له، واستندوا إلى الدور الكبير الذي تلعبه الإرادة في التحكيم، وإلى اختلافه عن العمل القضائي، فهم يرون أن التحكيم يبدأ باتفاق سواء أكان هذا الاتفاق شرطاً أو مشاركة، فالتحكيم لا يعمل به إلا عند وجود الاتفاق، والإرادة هي التي تمنح المحكم سلطة الحكم في النزاع بدلاً من المحكمة المختصة بنظر النزاع، وبهذا الاتفاق يحل المحكم بدلاً من المحكمة في نظر النزاع. وإذا كان للإرادة دور في اتفاق التحكيم فإن لها دوراً أيضاً في إجراءات التحكيم، فهذه الإرادة هي التي تحدد الإجراءات الواجبة الاتباع، فمعظم التشريعات تجعل مهمة اختيار المحكمين من حق المحكمين، بل إنها تجعل اختيار المحكم شرطاً لصحة اتفاق التحكيم، وعلى خلاف الحال لدى القضاة، فالخصوم لا يختارون القضاة الذين يفصلون في المنازعات، وإنما هم معينون سلفاً وليس للخصوم سوى الحق في طلب ردهم في حالات معينة" ¹³⁶.

¹³⁶ - نجيب أحمد عبد الله ثابت الجبلي - التحكيم في القوانين العربية - دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية - المكتب الجامعي الحديث - الأزاريطة - الاسكندرية - 2006 -

" ويكمن مصدر قرارات التحكيم في اتفاق أطراف النزاع على هذا الحل، ولا تجدد هذه القرارات قوتها التنفيذية إلا في هذا الاتفاق الخاص، وإن طبيعة التحكيم التعاقدية تنسحب على تلك القرارات وتشكل مع اتفاق التحكيم كلاً لا يتجزأ"¹³⁷.

ويلاحظ اعتماد أصحاب هذا الرأي على تلك المساحات الواسعة لإرادة أطراف النزاع و آراءهم، من خلال اختيار المحكم، واختيار القانون الواجب تطبيقه على النزاع.

حيث "يسلم أنصار هذه النظرية بأن التحكيم يقوم على عمل من المحتكمين، هو اتفاق التحكيم، وعمل من المحكم هو الفصل في النزاع بقرار ملزم لطرفيه، لكنهم يرون أن العمل الأخير يرتد إلى الأول ويقوم عليه، باعتباره مجرد تنفيذ له. ومن ثم فاتفاق التحكيم يستغرق عملية التحكيم برمتها، بحيث يستقيم مبدأ لتفسير كافة مراحلها حتى صدور قرار من المحكم يلتزم به طرفا النزاع. فهذا الاتفاق هو الذي يحقق إخراج النزاع من سلطان القضاء وإسناده إلى سلطان محكم خاص، ويعين في الوقت ذاته المحكم الذي يتولى الفصل فيه، ويحدد دائرة ولايته والأجل الذي ينتهي فيه من مهمته. وهذا الاتفاق ذاته هو الذي يحدد القواعد الواجب على المحكم اتباعها في أدائه لهذه المهمة. فقد يلزمه باتباع قواعد القانون الإجرائي، وقد يعفيه من التقيد بها. فإن القرار الذي يصل إليه المحكم في النهاية يكون مجرد محصلة لتطبيق شروط التحكيم التي اتفق عليها طرفا النزاع، وتنفيذ هذا القرار بواسطة السلطة العامة لا بد أن يمر بالقضاء باعتباره مجرد تنفيذ لاتفاق التحكيم. وهكذا يدخل التحكيم برمته في

¹³⁷ - أحمد الشيخ قاسم - التحكيم التجاري الدولي دراسة مقارنة في القانون السوري والعربي والأجنبي

إطار العقد، وتقدم القوة الملزمة للعقود، ومناطق توافر هذه القوة، أساساً لتفسير صحته وبطلانه ونفاذه، والالتزام بنتائجه، ويبدو قرار المحكم مرتبطاً باتفاق التحكيم ارتباطاً لا يقبل التجزئة، ويكون المحكم ذاته أقرب إلى الوكيل المشترك عن الطرفين منه إلى القاضي¹³⁸.

"إلا أن هذه النظرية تعرضت لعدة انتقادات، منها التركيز على الجانب الإرادي في خصومة التحكيم، وتعذر تكييف نوع العلاقة العقدية التي تربط المحكم بالأطراف، وأن الأخذ بهذا التكييف يترتب حتماً إنكار الطبيعة القضائية لعمل المحكم ويفقده الحجية وقوة الشيء المقضي به، ولا يعبر عن مهمة المحكم الذي يحسم النزاع نهائياً بحكم ملزم يستقل بإصداره. هذا فضلاً عن اختلاف أنصار هذا الاتجاه حول طبيعة العقد بين أطراف التحكيم والمحكم، هل هو عقد وكالة أو عقد يرد على خدمة، أو عقد ذو طبيعة خاصة"¹³⁹.

كما أن "مهمة التحكيم ليست الكشف عن إرادة الخصوم، وإنما هي حل النزاع، وإذا كان التحكيم أساسه الإرادة كما ذهب إلى ذلك هذا الاتجاه، فإن لإرادة الخصوم دوراً أيضاً في رفع الدعوى أمام القضاء، فأحد أطراف الخصوم هو الذي يقيمها، ولا يحكم إلا بناءً على طلب الخصوم وفي حدود طلباتهم، وقد يتفقان على إقامة النزاع أمام محكمة ما دون المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع، أو يتفقان على النزول عن

¹³⁸ - مصطفى محمد الجمال وعكاشة محمد عبد العال - المرجع السابق - ص 38-39

¹³⁹ - حمد حمود الصانع - المرجع السابق - ص 40

الخصومة أو إيقافها، وإذا كان التحكيم يقوم على إرادة الأطراف فإنه يقوم أيضاً على إقرار المشرع لها" ¹⁴⁰.

ونرى أن هذا الرأي يتجاهل تماماً طبيعة المهمة التي يقوم بها المحكم، فكما أسلفت أن المحكم يقوم بعمل أشبه ما يكون بعمل القاضي، وهذا العمل ينتهي بإصداره لحكم أشبه بالحكم الذي يصدره القاضي في القضية المعروضة أمامه، كما أن المحكم كما القاضي تماماً ينهي النزاع بهذا الحكم الملزم لأطرافه.

إلا أن هذه النظرية ترى أن حكم المحكم هو فقط نتيجة لاتفاق التحكيم، و بذلك فإنها تتجاهل أهمية الدور الذي يقوم به المحكم من الناحية الوظيفية.

وبذلك تتراجع أهمية حجة متبني هذا الرأي، لتكون هناك فرصة لانتشار الرأي الآخر القائل بالطبيعة القضائية للمهمة التحكيمية، والتي سأبينها من خلال الآتي:

¹⁴⁰ - نجيب أحمد عبد الله ثابت الجبلي - المرجع السابق - ص 47

ثانياً: الطبيعة القضائية

"ينطلق أنصار هذا الاتجاه من أن المحكم يعد بمنزلة القاضي وعمله عمل قضائي على اعتبار أنه يحل محل القاضي، فيكون له وظيفته وصفته، وأن اللجوء إلى المحكم ملزم للأطراف متى اتفقوا عليه، والمحكم لا يعمل بإرادة الأطراف وحدها، وإنما له طبيعة قضائية أيضاً لها الغلبة على طبيعة عمله، ومن ثم فدور المحكم هو دور قاضي الدولة، ويتمثل هذا الدور في تطبيق إرادة المشرع على شخص معين وواقعة معينة، ومن ثم فإن جوهر الطبيعة القضائية لعمل المحكم أن المحكم يؤدي وظيفة القضاء بين الأطراف بحكم يحسم النزاع ويحوز حجية الأمر المقضي به، وهذه الحجية استمدها المحكم من المشرع الذي يجعل حكم المحكم قابلاً للطعن فيه، والمحكم بهذا يؤدي عملاً قضائياً ملزماً للأطراف شأنه شأن القاضي" ¹⁴¹.

و"ينبه أصحاب النظرية القضائية للتحكيم إلى أن تحديد طبيعة نظام من النظم، إنما يعتمد على معايير موضوعية تتعلق بأصل وظيفته، وليس على معايير عضوية أو شكلية تتعلق بشخص من يؤدي هذه الوظيفة، أو بما هو عارض في أدائها. وإذا كان التحكيم يقوم بالوظيفة ذاتها التي يقوم بها قضاء الدولة، وهي حسم النزاع وتحقيق العدالة بين المتنازعين، فإنه يكتسب بالضرورة الطبيعة القضائية. ومن ثم فنظر النزاع أمام المحكم يمر بذات الإجراءات التي يمر بها أمام القاضي، وينتهي بحكم مماثل للحكم القضائي سواء فيما يتعلق بالطعن فيه أو فيما يتعلق بقابليته للتنفيذ، وهكذا

¹⁴¹ - حمد حمود الصانع- المرجع السابق- ص41

فإقامة العدل بين الناس لها طريقان، أحدهما عام تقيمه الدولة والآخر خاص يقيمه الخصوم أنفسهم¹⁴².

أي أن "التعرف على طبيعة التحكيم يجب أن يكون بتغليب المعايير الموضوعية والمادية، أي بتغليب المهمة التي توكل الى المحكم، باعتبار أن الأساس القانوني لفكرة وجود التحكيم يقوم على قاعدة تخلي الدولة عن الادعاء باحتكار وظيفة إقامة العدالة بين الأطراف عن طريق القضاء فقط، لأن إقامة العدل بين الأفراد لا يقتصر على اختصاص الدولة وحدها، وإنما يجوز بناءً على موافقة المشرع لأفراد المجتمع أن يلجؤوا إلى مؤسسة التحكيم الخاصة ويحيلوا إلى محكم أو ثلاثة محكمين جميع النزاعات التي اتفقوا على إحالتها أو بعضها منها بموجب اتفاق مكتوب، ليحصلوا منها على قرار نهائي بفصل النزاع بصورة سريعة"¹⁴³.

ويؤيد أصحاب هذه النظرية وجهة نظرهم بأن "وظيفة المحكم كوظيفة القاضي، فهو يطبق القانون أو العدالة، وما يصدر منه يكون حكماً كحكم القاضي، ومهمة المحكم كمهمة القاضي هي الفصل في النزاع، كما أن المحكم يشترك مع القاضي فكلاهما يهدفان إلى الفصل في النزاع، على خلاف ما قال به أنصار النظرية العقدية حينما قالوا إن تصرف المحكم ليس سوى تجسيد لإرادة الأطراف، ذلك لأن إرادة الأطراف لم تكن قادرة على خلق التحكيم لولا المشرع الذي منحها هذه الصفة. و الهدف الذي يصبو إليه التحكيم هو الفصل في النزاع، وهو الذي يميزه عن الأنظمة المشابهة

¹⁴² - مصطفى محمد الجمال وعكاشة محمد عبد العال - المرجع السابق - ص 40-41

¹⁴³ - أحمد الشيخ قاسم - التحكيم التجاري الدولي دراسة مقارنة في القانون السوري والعربي والأجنبي

- المرجع السابق - ص 18

له، وما يصدره المحكم يعتبر أعمالاً قضائية، و يصدر الحكم وفقاً لإرادته، لذلك كان المحكمون قضاة بمعنى الكلمة في المنازعات المنظورة أمامهم¹⁴⁴.

كما أن " الإجراءات أمام المحكم تعتبر إجراءات قضائية، فالمرافعة أمام المحكم وإبراز المستندات والمدد المتعين مراعاتها، فهذه الأمور الإجرائية تمنعنا من القول بأن التحكيم ذو طبيعة تعاقدية، فإذا كان التحكيم يبدأ باتفاق ثم يتبعه في الحقيقة مجموعة من الإجراءات الواجب اتباعها، حتى الوصول إلى حكم المحكم، فإن الاتفاق على التحكيم والإجراءات المتبعة أمران منفصلان، فإذا كان الأول ذا طبيعة تعاقدية فإن الحكم الذي يصدره المحكم في نهاية الإجراءات ذو طبيعة قضائية، وإذا لم يتفق الخصوم على الإجراءات التي يتبعها المحكم، فإنه يطبق الإجراءات التي تطبقها محاكم الدولة، وهو ملزم في كافة الأحوال باتباع الضمانات الأساسية للتقاضي¹⁴⁵.

كما أن " التحكيم باعتباره قضاءً صرفاً كان الشكل البدائي لإقامة العدالة، وسبق في الظهور تنظيم الدولة للسلطة القضائية، الأمر الذي يجعل إنكار الطبيعة القضائية عن التحكيم وقراراته، هو في الواقع إنكار لجوهره الحقيقي¹⁴⁶.

ويبرر أصحاب هذا الاتجاه القول بأن العقد هو فقط المحرك للتحكيم بالقول، "إن ذلك ليس إلا نتيجة لكون التحكيم نظاماً خاصاً للفصل في المنازعات، يقوم إلى جانب النظام العام، وهو نظام القضاء، فكون نظام القضاء هو النظام العام لحسم

¹⁴⁴ - نجيب أحمد عبد الله ثابت الجبلي - المرجع السابق - ص 51

¹⁴⁵ - نجيب أحمد عبد الله ثابت الجبلي - المرجع السابق - ص 52

¹⁴⁶ - أحمد الشيخ قاسم - التحكيم التجاري الدولي دراسة مقارنة في القانون السوري والعربي والأجنبي

- المرجع السابق - ص 18

المنازعات، قد اقتضى بالضرورة إناطة أعمال النظام الخاص، وهو نظام التحكيم، بإرادة المتنازعين لاعتماده بدلاً من النظام العام، ومن هنا كان أعمال التحكيم رهيناً باتفاق الخصوم على الالتجاء إليه، وكان هذا الاتفاق مجرد أداة لتحريك نظام التحكيم، لا تؤثر على جوهر وظيفته القضائية ولا تغير من طبيعتها، وبعبارة أخرى فهو عنصر عارض فرضته ظروف لا صلة لها بوظيفة التحكيم وطبيعته"¹⁴⁷.

"وقد ذهب البعض في سبيل استظهار أوجه الشبه بين نظام التحكيم ونظام القضاء إلى الموازنة بين دور الإرادة المشتركة للخصوم في التحكيم ودورها في القضاء. فإذا كان اختيار التحكيم وسيلة لحسم النزاع يتم بعمل إرادي من طرفيه، فإن الالتجاء إلى القضاء يتم بعمل إرادي من جانب أحدهما، ومتى تم هذا العمل تعلق به حق الآخر بحيث لا يجوز لرافع الدعوى النزول عنها إلا بموافقة خصمه، وقد يتفق أطراف النزاع على رفعه إلى محكمة غير المحكمة المختصة به أصلاً، أو إلى محاكم دولة غير الدولة التي يثبت الاختصاص لمحاكمها، وقد يتفق أطراف الخصومة على النزول عنها بعد رفعها. وهذا كله دليل واضح على أن ما تؤديه إرادة الخصوم من دور في طرح النزاع على التحكيم بدلاً من القضاء، ليس له من أثر على حقيقة الوظيفة التي يؤديها التحكيم، من كونها وظيفة قضائية مثلها في ذلك مثل وظيفة قضاء الدولة"¹⁴⁸.

أي أن "محور هذه النظرية يدور على أساس إثبات الصفة القضائية لحكم المحكمين، الذي ينتج عن عملية التحكيم، ونفي الطبيعة التعاقدية عنه، ويستند مؤيدوها إلى

¹⁴⁷ - مصطفى محمد الجمال وعكاشة محمد عبد العال - المرجع السابق - ص 41

¹⁴⁸ - مصطفى محمد الجمال وعكاشة محمد عبد العال - المرجع السابق - ص 41-42

اعتبار المحكم بمثابة القاضي الذي يملك سلطة البت بصحة اتفاقات التحكيم، وتقرير اختصاصه، وحسم النزاع الذي يحال إليه بصورة نهائية¹⁴⁹.

فإذا كان القائلون بالطبيعة العقدية للمهمة التحكيمية ينون رأيهم انطلاقاً من اتفاق التحكيم، الذي تبدأ به العملية التحكيمية، على اعتباره عملاً إرادياً محركاً للتحكيم، فإن التحكيم بذلك يماثل القضاء الذي يبدأ أيضاً بعمل إرادي هو اللجوء إلى القضاء أصلاً.

وإذا كان التحكيم أسبق بوجوده التاريخي من القضاء، فيمكن اعتباره نوعاً من أنواع القضاء الخاص الذي يساهم في حل النزاعات إلى جانب القضاء العام الذي تنظمه الدولة ويعتبر مظهراً من مظاهر سيادتها.

كما يقيم أصحاب هذا الرأي حججهم على ما يدعم رأيهم بالقول: "إن كلاً من القضاء والتحكيم يؤدي وظيفة واحدة وهي الفصل في المنازعات، وإن كليهما يطبق القانون أو الشريعة تبعاً للدولة التي يتم فيها التحكيم. وإن المحكم يعتبر قاضياً لأنه لا يستمد سلطته بالفصل في النزاع المعروض عليه من اتفاق أطراف النزاع فقط، وإنما يستمدّها من القانون الذي نظم قواعد التحكيم في الدولة، شأنه في ذلك شأن القضاء. وإن حكم المحكم يرتب ذات الآثار التي يرتبها حكم القاضي، ومن أهمها حجية الأمر المقضي به، والقوة التنفيذية للحكم. بالإضافة إلى تشابه المصطلحات القانونية بين القضاء والتحكيم. ووجود قواعد مشتركة بين القضاء والتحكيم ومنها رد القضاة، والطعن بالأحكام، واحترام حق الدفاع. كما أن اقتراب التحكيم من القضاء

¹⁴⁹ - أحمد الشيخ قاسم - مفهوم التحكيم وطبيعته - المرجع السابق - ص 318

يظهر جلياً في مجال التحكيم الإجباري، حيث لا خيار لأطراف النزاع باللجوء إلى التحكيم¹⁵⁰.

لقد تعرضت هذه النظرية إلى عدة انتقادات "ترتكز على أن هناك اختلافاً جوهرياً بين وظيفة القضاء ووظيفة التحكيم، فالقضاء قد يباشر دعاوى ويصدر أحكاماً دون وجود نزاع، لأن القانون لا يتطلب وجود نزاع بين أطراف الدعوى في بعض الأحوال، وإنما تكفي وجود مصلحة للمدعي، كتشيت ملكية المبيع، كما أن مهمة القاضي حماية الحقوق، والمراكز القانونية الناشئة عن المعاملات الخاصة. وإن التحكيم قد يحل النزاع دون تطبيق قواعد القانون، كما في حالة التحكيم بالصلح، بخلاف القاضي الذي يتوجب عليه تطبيق القانون دائماً. وإن اعتراف القانون باتفاق التحكيم لا يعني أن هذا الاتفاق هو المصدر المباشر لسلطة المحكمين، لأن إرادة أطراف النزاع حرة في الاتفاق على التحكيم من عدمه، شأنها في ذلك شأن سائر العقود التي يرتب عليها القانون آثاراً. وإن جوهر وظيفة المحكم هو حل النزاع، بخلاف القاضي المكلف بحماية القانون وتطبيق أحكامه، فلو كانت وظيفة المحكم ماثلة في هذا الصدد لوظيفة القاضي، لما كان ثمة ضرورة لوجود التحكيم أصلاً. كما أن الشروط المطلوبة للمحكم تختلف عن الشروط المطلوبة للقاضي. بالإضافة إلى أن حجية حكم المحكمين تختلف عن حجية الحكم القضائي، وإن اتفقت من حيث المسمى، إلا أنها تختلف من حيث الآثار، لأن حجية الحكم القضائي تحول دون تعديله أو إلغائه، بسبب ما يلحق به من عيوب، إلا عن طريق طرق الطعن المقررة للأحكام القانونية. أما حكم المحكمين فبسبب كونه من أعمال الأفراد فهذا لا يعطيه حجية الأمر المقضي به، وبالتالي لا

¹⁵⁰ - أنس كيلاي - غادة أنس كيلاي - هاني القرشي - المرجع السابق - ص 51

تحول حجته دون اللجوء إلى القضاء، وطلب حماية القضاء، كما أن حجية الحكم القضائي تتعلق بالنظام العام¹⁵¹.

كما يهدف القائلون بأن التحكيم ذو طابع قضائي، إلى تطبيق القواعد العامة للقضاء على التحكيم، إلا أنه ثمة أسباباً تحول دون تحقيق هذه الغاية، حيث أنه " إذا طبقنا القواعد العامة على التحكيم، ومنها الضمانات القضائية، فنكون في الواقع أمام قضاءين متماثلين، وهذا يستدعي الاستغناء عن التحكيم في الأصل، ويتضمن قانون أصول المحاكمات قواعد لا يمكن تطبيقها في مجال التحكيم، مثل مبدأ التقاضي على درجتين، ومبدأ تسبب الأحكام القضائية تسبباً كافياً، كما أن التحكيم من حيث الواقع كان أسبق من ظهور القضاء، فلا يتصور أن يطبق قواعد لم توضع إلا فيما بعد، وبالتالي إذا سايرنا أصحاب الرأي القائل بأن التحكيم ذو طابع قضائي، لتوجب اعتبار التحكيم هو الأصل وليس القضاء، نظراً لوجود التحكيم تاريخياً قبل القضاء، وإن أي محاولة لتطبيق القواعد العامة للقضاء على التحكيم يفقد التحكيم خصوصيته، ويتنافى مع طبيعة التحكيم التي تتعارض مع القواعد العامة المجردة التي تحكم القضاء، وإن نظام رد المحكمين مغاير لنظام رد القضاة، لأن الحياد المطلوب في المحكم مختلف عن الحياد المطلوب في القاضي، كما إن بعض قوانين التحكيم لا تجيز الطعن في أحكام المحكمين كما في حالة تفويض المحكمين بالصلح، بخلاف التنظيم القضائي، وإذا كان احترام حق الدفاع مطبق في التحكيم كما هو مطبق لدى القضاء، إلا أنه يختلف، ويظهر لنا ذلك في مجال تسبب الأحكام القضائية، وتسبب أحكام المحكمين، ففي حالة الأحكام القضائية يتوجب أن يكون التسبب

¹⁵¹ - أنس كيلاي - غادة أنس كيلاي - هاني القرشي - المرجع السابق - ص 52-53

كافياً، بينما في الأحكام الصادرة عن المحكمين يكفي التسبب البسيط، لأنه ليس بالضرورة أن يكون المحكم ضالماً في القانون وممارساً له، والأهم من ذلك أنه ليس هناك إجماع على أن تصدر أحكام المحكمين باسم الشعب، شأن الأحكام القضائية، بالإضافة إلى أن قاعدة عدم جواز تعيين خبير في شؤون القانون أمام القضاء، لا تطبق أمام المحكمين، وإنما يجوز للمحكمين الاستعانة بخبير في شؤون القانون أو الشريعة يوضح المسألة من الناحية القانونية أو الشرعية، نظراً لأنه لا يشترط أن يكون المحكم من رجال القانون أو الشريعة، ومتضلعاً في أحكامها. بخلاف القاضي الذي لا يجوز توليه القضاء إلا إذا توفرت لديه مؤهلات قانونية أو شرعية خاصة¹⁵².

وفي الحقيقة إن "المهمة التحكيمية في مركز الاستثناء بالنسبة للوظيفة القضائية، بل وفي مركز الاستثناء على الوظيفة القضائية، وبالتالي فليس التحكيم قضاء بالمرّة"¹⁵³. كما أن هذه النظرية تجاهلت البحث في الطبيعة القانونية لعلاقة المحكم بأطراف النزاع، أي أنها بذلك أغفلت أهمية آثار اتفاق التحكيم على الوظيفة القضائية التي يؤديها المحكم.

وأعتقد أن انتشار مراكز التحكيم بأعدادها الهائلة مؤخراً، ودور المشرع في تحديد وظيفتها وطريقة عملها، وتحديد الضمانات للمتنازعين، واعتماده بذلك على قواعد تتشابه في معظمها مع القواعد التي تنظم العملية القضائية، كل ذلك كان سبباً في انتشار هذا الرأي.

¹⁵² - أنس كيلاي - غادة أنس كيلاي - هاني القرشي - المرجع السابق - ص 53-54

¹⁵³ - أحمد محمد حشيش - طبيعة المهمة التحكيمية - دار الكتب القانونية - مصر - 2007 - ص

ثالثاً: الطبيعة المختلطة

"ظهرت هذه النظرية نتيجة الاعتراف بالخصائص المميزة للتحكيم، وتفرق هذه النظرية بين العلاقة التعاقدية البحتة بين المحكم وأطراف النزاع، والعلاقة القانونية الإجرائية القضائية البحتة، وهي تسعى إلى التوفيق بين النظريتين السابقتين التعاقدية والقضائية. فالتحكيم قضاء إرادي، فالظاهرة المستمدة من أصل التحكيم، وهي إرادة الأطراف ترجح طابعه التعاقدي، بينما هو قضائي من حيث أنه يلزم الأطراف بقوة تختلف عن قوة العقد، وعلى ذلك، فعمل المحكم وفقاً لهذه النظرية هو عقدي بالنظر إلى الوجود الاتفاقي للأطراف، وهو قضائي بالنظر إلى كون الحكم الذي ينتهي إليه المحكم يلزم الأطراف بقوة تختلف عن مجرد القوة الملزمة للعقد"¹⁵⁴.

لذلك يجمع بين الصفتين العقدية والقضائية عند البحث في الطبيعة القانونية للعملية التحكيمية، فالتحكيم كمهمة يبدأ باتفاق أطراف النزاع، وينتهي بالحكم الصادر في النزاع، وبالتالي يبدأ تعاقدياً وينتهي قضائياً.

وإذا كان الدور الأكبر في التحكيم لإرادة أطراف النزاع، فلا يجوز إهمال الآثار القضائية للحكم الصادر عن المحكم.

أي أن التحكيم هو تلك المؤسسة القانونية المؤلفة من قسمين، الأول هو اتفاق الأطراف على التحكيم، وهذا هو القسم المتعلق بالأطراف، والثاني هو الحكم الصادر عن المحكم، وهذا هو القسم المتعلق بالمحكم.

وفي الحقيقة "إن هذا الطابع المركب المختلط للتحكيم يصعب على المرء إنكاره، وهو يفسر النظام القانوني للتحكيم ككل، فقواعد وإجراءات التحكيم منذ بدايتها تتم

¹⁵⁴ - حمد حمود الصانع- المرجع السابق- ص 42

بالاتفاق، وحتى نهايتها بصدور حكم المحكم، ثم تنفيذه، بعضها يركز على الطبيعة العقدية للتحكيم، وبعضها الآخر يركز على الطبيعة القضائية له، ويصعب القول: إن التحكيم منذ بدايته حتى نهايته عقد، أو القول بأنه قضاء كامل، بل الحقيقة أنه مزيج من العقد والقضاء¹⁵⁵.

"إن كلاً من أنصار الطبيعة التعاقدية والقضائية للتحكيم لم يستطع إنكار الاتجاه الآخر، فأصحاب النظرية التعاقدية لم يستطيعوا إنكار النواحي القضائية، وأصحاب النظرية القضائية لم يستطيعوا إنكار النواحي التعاقدية، لذلك اتجه جانب من الفقه إلى القول بأن التحكيم ذو طبيعة مختلطة، وذلك لأن للإرادة دوراً فيه، ويجب احترام سلطان الإرادة عند الأطراف، كما أنه ينتهي بحكم تسبقه مجموعة من الإجراءات"¹⁵⁶.

أي أن "عملية التحكيم لا تقتصر على إرادة الأطراف ولا على النتيجة التي تنتهي بها، بحسم النزاع وصدور حكم نهائي فيه، وإنما هي تحتل موقعاً وسطاً بين النظريتين، وبالأحرى إنها تجمع بين أفكارهما"¹⁵⁷.

و"إن كلاً من اتفاق التحكيم وقضاء التحكيم صاحبان لا يفترقان في كل مراحل التحكيم من أولها إلى آخرها. فما أن يصبح اتفاق التحكيم نافذاً بتمام تعيين المحكم

¹⁵⁵ - أنس كيلاي - غادة أنس كيلاي - هاني القرشي - المرجع السابق - ص 51

¹⁵⁶ - نجيب أحمد عبد الله ثابت الجبلي - المرجع السابق - ص 55

¹⁵⁷ - أحمد الشيخ قاسم - مفهوم التحكيم وطبيعته - المرجع السابق - ص 319 - وأيضاً - أحمد الشيخ قاسم - التحكيم التجاري الدولي دراسة مقارنة في القانون السوري والعربي والأجنبي - المرجع السابق - ص 20

حتى تتعين الجهة المخولة سلطة القضاء في النزاع، وهنا تتحقق الوظيفة الأساسية لاتفاق التحكيم فيخرج النزاع عن سلطان القضاء، ويصير من سلطان المحكم وحده، وما أن يرفع النزاع إلى المحكم حتى تبدأ مهمته في حسمه وفقاً لمقتضيات الوظيفة القضائية، وهنا تظهر الوظيفة التبعية لاتفاق التحكيم، فيدخل الاتفاق في عداد الاتفاقات المطروح تطبيقها على المحكم، وبعبارة أخرى فالمحكم يكون عليه أن يطبق شروط اتفاق التحكيم مثله في ذلك مثل القاضي عندما يطبق شروط عقد متعلق بالنزاع المطروح عليه، إنفاذاً لمهمته القضائية¹⁵⁸.

إلا أن هذه النظرية كغيرها من النظريات السابقة تعرضت للنقد.

"فعلى الرغم من أن هذا الاتجاه قد استطاع الجمع بين الاتجاهين السابقين، واستطاع بذلك تفادي الانتقادات السابقة التي وجهت لكل منهما على حدة، إلا أنه لا يعتبر رأياً، أو اتجاهاً فقهياً مستقلاً، طالما لم يستحدث أمراً جديداً، وإنما أقر أشياء موجودة، لأن وجود العقد والتحكيم أمر مسلم به ولا خلاف فيه، وإنما الخلاف حول تحديد طبيعته وليس الاكتفاء بوصفه، فهذا الاتجاه هو محاولة للهروب من مواجهة الحقيقة بأبعادها، لأن القول بالطبيعة المختلطة لا معنى له، إذ يجب تحديد هذه الطبيعة وليس الاكتفاء أنها مختلطة، حتى يمكن معرفة النظام القانوني الذي يحكم التحكيم"¹⁵⁹.

وتكمن نقطة الضعف في هذه النظرية في "محاولتها إيجاد حد زمني فاصل بين كل من الطابع العقدي والطابع القضائي للتحكيم، خلافاً للواقع من بروز هذين الطابعين معاً

¹⁵⁸ - مصطفى محمد الجمال وعكاشة محمد عبد العال - المرجع السابق - ص 48

¹⁵⁹ - نجيب أحمد عبد الله ثابت الجبلي - المرجع السابق - ص 56

منذ الاتفاق على التحكيم وحتى الانتهاء منه بتنفيذ حكم المحكم. فإذا كان التحكيم يبدأ من الاتفاق على التحكيم، فإن هذا الاتفاق ليس بعيداً تماماً عن الطابع القضائي، بحسبان أن موضوعه هو إقامة كيان عضوي للفصل في النزاع. والخلاف هو حول النقطة التي ينتهي عندها الطابع التعاقدي ويبدأ الطابع القضائي. فالبعض يعتقد ببداية ممارسة المحكم لمهمته، أو على الأكثر بإصداره حكمه، والبعض الآخر لا يعتقد إلا بالنقطة التي ينتهي عندها تماماً التأثير العقدي، وهي شمول حكم المحكم بأمر التنفيذ¹⁶⁰.

"كما أن أنصار هذا الاتجاه لا يتفقون فيما بينهم حول ذلك الحد الزمني الذي يغير التحكيم اعتباراً منه من طبيعته التعاقدية إلى طبيعته القضائية. فالبعض يؤكد أن التحكيم هو نظام مختلط يبدأ باتفاق ثم يصير إجراء ثم ينتهي بقضاء هو قرار التحكيم، والبعض الآخر يذهب إلى أنه طبقاً لهذه النظرية الوسيطة أو التوفيقية فإن هذه القرارات (قرارات التحكيم) وإن اعتبرت عقداً قبل أمر التنفيذ، إلا أنها تصبح بهذا الأمر بمثابة الحكم القضائي"¹⁶¹.

ومما أخذ على هذا الاتجاه أيضاً، أنه "لم يتصدّ للمشكلة وإنما اختار أيسر وأسهل الحلول وجمع بين النظريتين، وأنه ربط وبصورة غير صحيحة بين ما تتمتع به أحكام المحكمين من حجية وبين قوتها التنفيذية، لأن حكم التحكيم يحوز حجية الأمر المقضي به بمجرد صدوره. وفي الواقع لا يمكن القول بالطبيعة المختلطة لتحديد المركز القانوني للمحكم في خصومة التحكيم، حيث يجب تحديد طبيعة عمل المحكم تحديداً

¹⁶⁰ - مصطفى محمد الجمال وعكاشة محمد عبد العال - المرجع السابق - ص 45

¹⁶¹ - مصطفى محمد الجمال وعكاشة محمد عبد العال - المرجع السابق - ص 44-45

دقيقاً ليؤدي دوره الذي كفل له المشرع الاستمرارية، وكدور أساسي مساعد وحيوي في تسريع إجراءات التحكيم وتسهيلها"¹⁶².

وبسبب الانتقادات التي وجهت لهذه النظرية، وبالأخص أنها لم تستحدث أمراً جديداً، وإنما أقرت أشياء موجودة، واكتفت فقط بتجميعها، ولم توفق في تحديد طبيعة العمل التحكيمي واكتفت فقط بوصفه، كل ذلك كان سبباً في ظهور النظرية المستقلة أو الخاصة.

¹⁶² - حمد حمود الصانع- المرجع السابق- ص 43

رابعاً: الطبيعة المستقلة أو الخاصة

"إن التحكيم له طبيعة خاصة مستقلة تتحدد من خلال الهدف الذي يسعى إليه الخصوم، وهو تحقيق العدالة على أساس يختلف عن المفهوم التقليدي للعدالة أمام القضاء، وبذلك ينتهي التحكيم إلى كونه وسيلة خاصة تطبق قواعد خاصة"¹⁶³. والمسلم به من وجهة نظر أصحاب هذه النظرية، هو استقلال التحكيم عن القضاء، واستقلال التحكيم عن الصلح وعن التوفيق وعن الخبرة، واستقلاله أيضاً كعقد عن عقود القانون العام أو عقود القانون الخاص، وبالتالي فهو ليس خليطاً من عقد وقضاء، إنما هو ذو طبيعة واحدة قائمة بذاتها ومستقلة، سواء عن العقد الموضوعي أو القضاء.

" كما إن العقد الموضوعي مستقل عن المهمة التحكيمية، لذا فإن إبطال حكم المحكم أو عدم الأمر بتنفيذه، لا أثر له على العقد الموضوعي، أما مبنى استقلالهما عن بعضهما، فهو أنه لا المهمة التحكيمية عقدية، ولا التعاقد ذو طابع تحكيمي، وبالتالي فإن لكل منهما حياته القانونية في عالم مختلف تماماً عن عالم الآخر، فعالم المهمة التحكيمية إجرائي، بينما عالم العقد هو عالم القانون الموضوعي، لذا فإن المهمة التحكيمية كما قد ترد على علاقة قانونية عقدية، قد ترد على علاقة قانونية غير عقدية، وكذلك العقد الموضوعي قد يكون أو لا يكون موضوعاً لنزاع تحكيمي، حتى لو كان قد نشأ بمناسبة اتفاق تحكيم"¹⁶⁴.

¹⁶³ - نجيب أحمد عبد الله ثابت الجبلي - المرجع السابق - ص 57

¹⁶⁴ - أحمد محمد حشيش - المرجع السابق - ص 231

"والمهمة التحكيمية هي العنصر الأهم في فكرة التحكيم، وليس فقط ذلك، إنما هي العنصر الذي يميز فكرة التحكيم عن غيرها من الأفكار المقاربة كالتوفيق والصلح والخبرة، بل كذلك إن المهمة التحكيمية مستقلة عن اتفاق التحكيم"¹⁶⁵.

"والتحكيم هو غير العقد، وأيضاً التحكيم هو غير القضاء، وذلك على نحو ما قرره الرومان قديماً، بل كذلك أن التحكيم غير العقد والقضاء منفردين أو مجتمعين، فكما ليس العقد تحكيمياً، فليس التحكيم عقداً، وكما ليس القضاء تحكيمياً، فليس التحكيم قضاءً، ومن باب أولى ليس التحكيم عقداً وقضاءاً معاً، وبهذا إذا كانت فكرة التحكيم العقدية متقدمة، وكانت فكرة التحكيم القضائية متقدمة، فإن فكرة التحكيم العقدية القضائية أي المختلطة متقدمة ومتقدمة. والمبدأ أنه لا تحكيم بلا استقلالية، سواء عن العقد في القانون الخاص، أو عن القضاء في القانون الإجرائي"¹⁶⁶.

لذلك فإن أصحاب هذه النظرية يرون أن طبيعة عمل المحكم القانونية، ليست تعاقدية وليست قضائية أو مختلطة، إنما يحاولون إيجاد نظرية خاصة بعمل المحكم ومستقلة عن النظريات السابقة، على الرغم من وجود بعض نقاط التشابه في الآراء التي يعرضونها في هذه النظرية، مع وجهات النظر المختلفة التي تتبناها النظريات السابقة.

"وهذه الطبيعة الخاصة للتحكيم مرجعها كونه وسيلة بديلة لحل المنازعات، بعيداً عن الالتجاء إلى القضاء بإجراءاته وتعقيداته التي لا تتناسب ومتطلبات التجارة، أو بصفة

¹⁶⁵ - أحمد محمد حشيش - المرجع السابق - ص 238

¹⁶⁶ - أحمد محمد حشيش - المرجع السابق - ص 354

خاصة التجارة الدولية، يصعب ردها إلى اتفاق الأطراف فقط، لأن اتفاقهم وإن تحركت به عملية التحكيم ورسمت مجرياته بشكل عام، يحجمها ضرورة مراعاة قواعد القانون التي تحكم سلامة عملية التحكيم وسلامة الحكم، ومراعاة النظام العام أو الآداب العامة، كما يصعب إضفاء الطبيعة القضائية عليه، لأن الأطراف هم الذين يختارون قاضيه، وإجراءات التحكيم ولغة التحكيم ومكان التحكيم والقانون الذي يحكمه، وإمكانية تسبب الحكم من عدمه ونشره أو عدم نشره، وهم الذين يدفعون رواتب قضاتهم، وكل ذلك يتعارض مع إضفاء الصبغة القضائية المحضة على عملية التحكيم¹⁶⁷.

ويرى أنصار هذه النظرية أن الطبيعة الحقيقية للتحكيم تنحصر في أنه " نظام أصيل متحرر من العناصر التعاقدية والقضائية، مما يكفل السرعة الضرورية في نظر المنازعات التي يدعيها الأطراف. وإن القضاء سلطة من سلطات الدولة يباشرها القاضي بهدف تحقيق سيادة القانون على المنازعات، بعكس التحكيم الذي قد لا يطبق القانون الموضوعي على النزاع، لأن المحكم قد يطبق قواعد العدل والإنصاف أو القانون الذي يتفق على تطبيقه. ويختلف التحكيم عن القضاء في بنائه الداخلي، حيث يتولى قانون أصول المحاكمات المدنية تنظيم مرفق القضاء، أما التحكيم فينظمه قانون خاص به، كما أن عدالة التحكيم تختلف عن عدالة القضاء، فعدالة التحكيم عدالة خاصة، أما عدالة القضاء فهي عدالة عامة"¹⁶⁸.

¹⁶⁷ - أحمد السيد صاوي- المرجع السابق - ص 11

¹⁶⁸ - حمد حمود الصانع- المرجع السابق- ص 43- 44

ويتبين بعد هذا أنه، إذا لم يكن اتفاق التحكيم أساسياً في كل حالات التحكيم، كما لو كان التحكيم إجبارياً وذلك في الحالات التي ينص عليها القانون، وإذا كانت المحكمة هي التي قامت بتعيين المحكم أو هيئة التحكيم، لتفصل في النزاع موضوع التحكيم، أو أن أطراف النزاع لجؤوا إلى مركز تحكيم معين، وهذا المركز هو الذي اختار المحكم أو الهيئة التحكيمية، فنحن هنا أمام وسيلة معينة خاصة مستقلة عن القضاء الذي تنظمه الدولة، وهذه الوسيلة هي التحكيم كأداة مهمتها فض النزاعات. ومن ناحية ثانية، إذا كان التحكيم يركز بشكل أساسي على إرادة الخصوم في اتفاق التحكيم، إلا أن المشرع هو الذي يتبنى هذه الإرادة ويضفي عليها الصبغة القانونية، لتنتج آثارها.

"ويمكن القول إن التحكيم في حقيقته قضاء، ولكنه قضاء خاص في موضوع معين، ويجب أن يتمتع فيه المحكم بكل صفات القاضي وشروطه، كما يجب أن يقف موقف الحياد بين أطراف النزاع، وأن لا يفصل في النزاع إلا بعد أن تثبت لديه حقيقة الأمر المدعى به، وفق طرق الإثبات التي تصلح لإثباته. إلا أن التحكيم يختلف عن القضاء، بأنه يتم فيه اختيار المحكم من قبل أطراف النزاع، لذلك كانت طبيعة التحكيم عملاً قضائياً بحتاً، ليس للمحكمين فيه حق المصالحة نيابة عن انتخبهم، كما ليس لهم الدفاع عن مصالح هؤلاء، وإنما يجب عليهم تحقيق العدالة والإنصاف بين المتقاضين في ضوء الأحكام الشرعية والقانونية، ولكن بطريقة ميسرة، وبدون التمسك بشكليات القضاء، وبقصد الإبقاء على النزاع في حيز دائرة الخصوم، وعدم الكشف عنه للآخرين. وهذا ما يقتضيه الحال في الخلافات التجارية التي تثار بين التجار، ويحاول كل منهم كتم شؤون تجارته وما يتصل بها عن الآخرين. وكذلك الحال

في الخلافات العائلية خشية الكشف على سرية الحياة العائلية والعلاقات الزوجية، والروابط الأسرية، فلجميع هذه الاعتبارات وجد التحكيم إلى جانب قضاء الدولة النظامي جنباً إلى جنب، لحل الخلافات التي قد يعجز القضاء عن حلها لسبب أو لآخر، أو لظروف اقتضاها النزاع، فالتحكيم والحالة هذه قضاء استثنائي لا يقوم إلا إذا أراد الخصوم، بموجب اتفاق بينهم¹⁶⁹.

وقد أكدت على ذلك محكمة النقض السورية في قرار لها، جاء فيه " التحكيم ضرب من ضروب القضاء، والمحكم قاضياً خاصاً، مهمته حسم الخصومة بقرار ملزم، وأياً كان نوع التحكيم فإن جوهره كائن في تلك السلطة التي تمنح للمحكم للفصل في النزاع بقرار ملزم للطرفين، وإذا اقتضت سلطة الشخص المعين على مجرد اقتراح حلول للتوفيق بين وجهتي النظر في الخصومة أو إبداء الرأي في مسألة تتعلق بها دون أن يكون من شأنه إصدار قرار للفصل فيها فالأمر لا يعتبر تحكيمياً"¹⁷⁰.

"ويترتب على أن التحكيم قضاءً خاصاً أن المحكم لا يعد جزءاً من الأجهزة القضائية في الدولة، وبالتالي لا يحق له استعمال الحقوق التي قد يتمتع بها قضاء الدولة، والتي تحوله إياها المعاهدات الدولية"¹⁷¹.

"وإن كان صحيحاً أن دور المحكم ووظيفته يقتربان من المهمة التي تسهر المحاكم الوطنية على أدائها ألا وهي الوظيفة القضائية، إلا أن ذلك في حد ذاته لا يكفي

¹⁶⁹ - أنس كيلاي - غادة أنس كيلاي - هاني القرشي - المرجع السابق - ص 46

¹⁷⁰ - نقض سوري - قرار 66 أساس مخاصمة 518 تاريخ 2005/3/20 - مشار إليه في عبد

القادر جاز الله الألوسي - المرجع السابق - ص 155

¹⁷¹ - حفيظة السيد حداد - المرجع السابق - ص 49-50

لإضفاء وصف الجهاز القضائي للدولة على المحكم، وإذا كان المحكم كقاض خاص لا يستفيد من المزايا التي يتمتع بها قضاء الدولة، فإنه غير ملزم باحترام القيود التي يتعين على قضاء الدولة احترامها والتي تجد مصدرها في المواثيق الدولية"¹⁷².

- وأرى إن السبب الرئيسي في اختلاف الآراء التي يعرضها الفقه حول الطبيعة القانونية للعمل التحكيمي، هو أن كل اتجاه فقهي كان يبحث في طبيعة المهمة التحكيمية من زاوية معينة واحدة فقط، دون النظر إلى العمل التحكيمي كوحدة متكاملة، ابتداءً من وجود اتفاق التحكيم، وانتهاءً بالحكم الصادر عن المحكم، والمنهي للنزاع المعروض موضوع التحكيم.

فالنظرية العقدية كانت تبحث في الطبيعة القانونية لهذه المهمة من ناحية عقد أو اتفاق التحكيم فقط، وعلى الرغم من اختلاف آراء متبني هذا الاتجاه حول طبيعة هذا العقد، إلا أنهم كانوا متفقين على أن هذا العقد هو الأساس في عملية التحكيم، وأنه لولا وجود هذا العقد لما خلقت هذه المهمة أصلاً.

والنظرية القضائية كانت تبحث في الطبيعة القانونية لهذه المهمة من زاوية التزام المحكم بالإجراءات المنصوص عليها في القانون، والتي يترتب على مخالفتها بطلان الحكم الصادر في القضية التحكيمية، وفي حال التزاه بهذه الإجراءات، فإن الحكم الصادر عنه يتصف بصفة القرار القضائي.

أما النظرية المختلطة والتي جمعت بين الرأيين السابقين، فهي اعتمدت آراءها لأنها وبطريقة ما كانت تعتبر أن كلتا النظريتين السابقتين صحيحتين إلى حد ما، لذلك آثرت الجمع بينهما، لتعتبر أن المهمة التحكيمية هي عبارة عن وسيلة مركبة لفض

¹⁷² - حفيظة السيد حداد- المرجع السابق- ص51

النزاعات المنظورة أمام الهيئة التحكيمية، إلا أنها فشلت في تحديد الوصف القانوني لهذه المهمة، واكتفت فقط بتجميع الآراء السابقة فيها.

أما النظرية الخاصة فهي تبني رأيها بالنظر إلى صفة المحكم، وكيفية مباشرته لمهمته بناءً على رغبة أطراف النزاع الذين اختاروه للفصل في قضية معينة، و إذ أحبذ هذا الرأي وأتفق معه، أرى أنه إذا كان أطراف النزاع يلجؤون إلى هذا النوع من القضاء بمحض إرادتهم، ويختارون المحكم الذي يمنحونه الثقة لتولي المهمة في فصل النزاع بينهم، وهذا المحكم يصدر حكمه في القضية المعروضة عليه، وهذا الحكم له القوة الإلزامية التي يعترف القانون له بها، إلا أن صحة كل ذلك من الناحية القانونية يتوقف على الالتزام بالنصوص القانونية التي أفردت في القانون للتحكيم، والتي يهدف المشرع من خلالها توفير الوقت والجهد والنفقات على الخصوم، فيغنيهم عن الالتجاء إلى المحاكم، ومن ثم يساعدهم في الوصول إلى العدالة بغير الطريقة التقليدية أمام القضاء.

لذلك كان للتحكيم هذه الصفة التي تضفي عليه استقلاليته وخصوصيته، وهذه الخصوصية تتضح عند النظر إلى المهمة التحكيمية من جميع جوانبها. بغض النظر عن التفاصيل المتعلقة بكل زاوية فيها.

وتقديرًا واحتراماً من المشرع لرغبة الخصوم بالالتجاء إلى مثل هذه الطريقة الاستثنائية لحل المنازعات بينهم، فقد أقر مؤسسة التحكيم، كطريقة استثنائية ووسيلة بديلة لحل المنازعات، وفيها يستمد المحكم قوته من اتفاق الخصوم، ويكون عمله صحيحاً من التزامه بالقواعد القانونية التي ألزمه المشرع بها، لذلك فإني أتفق مع النظرية الرابعة التي تجعل عمل المحكم ذا طبيعة خاصة ومستقلة.

- وبعد أن عرضت للآراء المختلفة التي تناولت الطبيعة القانونية للعمل التحكيمي، لا بد أن أعرض لمظاهر هذا العمل، والتي تنتهي بإصدار قرار من المحكم يفصل بشكل قطعي في بعض نواحي النزاع المعروضة عليه، أو في النزاع كافة.

وفي سبيل ذلك لا بد أن يقوم المحكم ببعض الأعمال الإجرائية التي تفرضها العملية التحكيمية، والتي تتمثل بإجراءات إدارية، تشمل تعيين مكان التحكيم في حال لم يتفق أطراف النزاع على تحديده، والتحقق من صحة الخصومة وتبليغ أطراف النزاع لحضور الجلسات التحكيمية وسماعهم، والاطلاع على طلباتهم، وأوجه دفاعهم، وسماع الشهود الذين تُرى فائدة من سماعهم، واستدعاء خبير أو أكثر لإجراء خبرة فنية على بعض أو كل مسائل النزاع، والاستماع إلى رأيهم، والاطلاع على المستندات المقدمة في الدعوى، ومعاينة البضاعة أو الأموال محل النزاع، وأن تطلب إرفاق ترجمة محلقة للوثائق المكتوبة في الدعوى، وأن تدون وقائع الجلسات في محضر توقعه في نهاية الجلسة، وتسلم صورة عن هذه المحاضر لأطراف النزاع، وكل ما تحتاجه العملية التحكيمية من إجراءات لتكون هيئة التحكيم على دراية كافية بموضوع النزاع من كافة جوانبه.

وبعد ذلك على هيئة التحكيم أن تقوم ببعض الأعمال الإجرائية التحكيمية التي تسبق الفصل في موضوع النزاع، فلها أن تفصل في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها، بما في ذلك الدفوع المتعلقة بعدم وجود اتفاق تحكيم، أو سقوط هذا الاتفاق، أو بطلانه، أو عدم شمول الاتفاق للموضوع الذي يطلب التحكيم فيه. وهيئة التحكيم

تفصل في هذه الدفوع باعتبارها مسألة أولية، ويمكن لها أن تقرر ضمها إلى موضوع النزاع وتفصل فيهما معاً، وفي الحالتين فإن قرارها بهذا الشأن يعتبر مبرماً¹⁷³.
ولها أن تطلب المساعدة من محكمة الاستئناف من أجل بعض الإجراءات¹⁷⁴، مثل الحكم على الشهود الذين تمت دعوتهم للإدلاء بشهادتهم ولم يحضروا دون أن يبرر تخلفهم عن الحضور وعذر قانوني، بالجزاء الذي يرتبه القانون في مثل هذه الحالة، أو أن تطلب إنابة محكمة معينة لاتخاذ إجراء معين يقع في دائرة المحكمة المناوبة، أو أن تطلب إلزام الغير بتقديم مستندات موجودة في حوزته، وهي هامة للفصل في النزاع. ولا بد في كل ذلك مراعاة القواعد الآمرة في النظام العام، وبقدر التزام هيئة التحكيم بهذه الإجراءات والقواعد، بقدر ما يكون حكمها محصناً ضد دعوى البطلان.

¹⁷³ - جاء في المادة 21 من قانون التحكيم السوري: 1 - تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها بما في ذلك الدفوع المتعلقة بعدم وجود اتفاق تحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو بعدم شموله لموضوع النزاع. 2 - يجب تقديم الدفع المتعلق بعدم شمول اتفاق التحكيم لما يثيره الطرف الآخر من مسائل أثناء نظر النزاع فوراً وإلا سقط الحق فيه. 3 - لا يترتب على قيام أحد طرفي التحكيم بتعيين محكم أو اشتراكه في تعيينه سقوط حقه في تقديم أي دفع من الدفوع المشار إليها في الفقرة الأولى. 4 - أ - لهيئة التحكيم أن تفصل في الدفوع المشار إليها في الفقرتين الأولى والثانية من هذه المادة باعتبارها مسألة أولية أو تقرر ضمها إلى الموضوع لتفصل فيهما معاً، وقرار الهيئة مبرماً في الحالتين. - ب - يجوز لمن رفضت دفعه المذكورة أن يتمسك بها عن طريق رفع دعوى بطلان حكم التحكيم وفقاً للمادة 51 من هذا القانون.

¹⁷⁴ - جاء في المادة 34 من قانون التحكيم السوري ترجع هيئة التحكيم إلى المحكمة المعرفة في المادة 3 من هذا القانون لإجراء ما يلي: 1 - الحكم على من يتخلف من الشهود عن الحضور أو يتمتع بدون عذر قانوني عن الإجابة، بالجزاءات أو الغرامات المقررة قانوناً. 2 - اتخاذ القرار بالإنبات القضائية. 3 - الحكم بتكليف الغير بإبراز مستند في حوزته يعتبر ضرورياً للحكم في النزاع.

" وقد أكد القضاء على ضرورة التزام المحكم باحترام الضمانات الأساسية أيّ كان نوع التحكيم، وبغض النظر عن اتفاق الخصوم أو عدم اتفاقهم على إلزامه بها، فهذه الضمانات تفرض نفسها بحكم البديهة باعتبارها مفترض ضروري لإقامة العدالة¹⁷⁵.

وعندما تتأكد هيئة التحكيم أن الدعوى أصبحت مهيأة للفصل، لها أن تقرر إغلاق باب المرافعة للمداولة السرية¹⁷⁶، قبل إصدار الحكم، كما لها أن تعلن من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب من أحد أطراف النزاع إعادة فتح باب المرافعة، إذا كانت هناك أدلة أو مستندات جديدة تؤثر في الدعوى التحكيمية.

بعد ذلك على هيئة التحكيم أن تصدر الحكم الفاصل في النزاع خلال المدة المتفق عليها، أو المدة المحددة بالقانون، وهو النتيجة الحتمية والمظهر الأهم لعمل المحكم، وفيه يراعي المحكم شروط العقد محل النزاع، والأعراف الجارية بشأنه، وإذا فوضه طرفا النزاع بالصلح جاز له أن يفصل على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام القانون كما بينا سابقاً.

وبعد المداولة يصدر حكم التحكيم مكتوباً، بالإجماع أو بالأكثرية، ويوقعه المحكم أو هيئة التحكيم، ويبين المحكم المخالف رأيه، ويوقع أو يبين سبب الرفض في حال عدم توقيعه.

¹⁷⁵ - أحمد السيد صاوي - المرجع السابق - ص 110

¹⁷⁶ - جاء في المادة 36 من قانون التحكيم السوري: 1 - هيئة التحكيم بعد اختتام جلسات التحكيم أن تقرر من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب أحد الطرفين إعادة فتح باب المرافعة قبل صدور حكم التحكيم - 2 - تجتمع هيئة التحكيم بعد إغلاق باب المرافعة للمداولة وإصدار الحكم النهائي وتكون المداولة سرية.

ويكون حكم التحكيم المنهي للخصومة مسبباً إلا إذا اتفق أطراف التحكيم على عدم تسببيه. ويمكن هيئة التحكيم من تلقاء نفسها، أو بناءً على طلب من أحد طرفي النزاع، أن تصحح الأخطاء المادية الواقعة في حكمها، وأن تقوم بتفسير ما وقع في منطوق الحكم من غموض، بقرار تصدره في غرفة المذاكرة، ويجوز التمسك بدعوى البطلان إذا تجاوزت هيئة التحكيم سلطتها في التصحيح.

ولها أن تصدر حكم إضافي في طلبات قدمت خلال الإجراءات وأغفلها حكم التحكيم. ويكون ذلك أيضاً بقرار تصدره في غرفة المذاكرة دون دعوة الخصوم، ويعتبر الحكم الإضافي متمماً للحكم الأصلي الذي يصدر مبرماً وغير خاضع لأي طريق من طرق الطعن، إنما يجوز رفع دعوى بطلان هذا الحكم في الحالات التي حددها القانون¹⁷⁷.

¹⁷⁷ - جاء في المادة 50 من قانون التحكيم السوري: أ - لا تقبل دعوى بطلان حكم التحكيم إلا في الأحوال الآتية: 1 - إذا لم يوجد اتفاق تحكيم أو كان هذا الاتفاق باطلاً أو سقط بانتهاء مدته. 2 - إذا كان أحد طرفي اتفاق التحكيم وقت إبرامه فاقد الأهلية أو ناقصها وفقاً للقانون الذي يحكم أهليته. 3 - إذا تعذر على أحد طرفي التحكيم تقديم دفاعه بسبب عدم إعلانه إعلاناً صحيحاً بتعيين محكم أو بإجراءات التحكيم أو لأي سبب آخر خارج عن إرادته. 4 - إذا استبعد حكم التحكيم تطبيق القانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع النزاع. 5 - إذا تم تشكيل هيئة التحكيم أو تعيين المحكمين على وجه مخالف لهذا القانون أو لاتفاق الطرفين. 6 - إذا فصل حكم التحكيم في مسائل لا يشملها اتفاق التحكيم أو جاوز حدود هذا الاتفاق ومع ذلك إذا أمكن فصل أجزاء الحكم الخاصة بالمسائل الخاضعة للتحكيم عن أجزائه الخاصة بالمسائل غير الخاضعة له فلا يقع البطلان إلا على الأجزاء الأخيرة وحدها. 7 - إذا وقع بطلان في حكم التحكيم أو إذا كانت إجراءات التحكيم باطلة بطلاناً أثر في الحكم. ب - تقضي المحكمة التي تنظر دعوى البطلان من تلقاء نفسها ببطلان حكم التحكيم إذا تضمن ما يخالف النظام العام في الجمهورية العربية السورية.

وإذا قررت المحكمة المختصة بنظر دعوى البطلان رد هذه الدعوى فإن قرارها يقوم مقام إكسائه حكم التحكيم صيغة التنفيذ، أما إذا قررت إبطال حكم التحكيم، فإن قرارها يقبل الطعن أمام محكمة النقض.

وتتمتع أحكام المحكمين الصادرة وفق أحكام القانون بحجية الأمر المقضي به وتكون ملزمة وقابلة للتنفيذ تلقائياً من قبل أطراف التحكيم، أو بصفة إجبارية إذا رفض المحكوم عليه تنفيذه، بعد إكسائه صيغة التنفيذ.

"ويقصد بالحجية أن الحكم الصادر يحمل عنوان الحقيقة فيما فصل فيه بالنسبة لأطراف الدعوى، وفي حدود الأساس الذي قامت عليه، ويعني هذا أنه لا يجوز إثارة النزاع نفسه تأسيساً على السبب ذاته بين الأطراف الذين صدر الحكم بمواجهتهم، كما لا تقبل أية دفع أو حجج تهدف إلى نقض هذه الحجية"¹⁷⁸.

¹⁷⁸ - أحمد حداد - المرجع السابق - ص 346

المبحث الثاني

مسؤولية المحكم عن الأعمال التحكيمية

إن التزام المحكمين هو التزام بغاية، إذ أنه التزام مطلق بالوصول إلى نتيجة، والنتيجة في الدعوى التحكيمية تتجلى بإصدار الحكم ضمن المدة الزمنية المحددة في اتفاق التحكيم، فإذا فشلوا في تحقيق هذه الغاية وفي الوفاء في التزامهم، لا بد من اعتبارهم مسؤولين بتعويض الطرف المتضرر.

وإذا كان القضاة يصدرن أحكامهم وفقاً لمستندات الدعوى وما تترسخ عليه قناعاتهم، وهذه الأحكام تكون خاضعة لكل طرق الطعن بحسب القانون، ويخاصم القاضي إذا سلكت طرق الطعن جميعاً وأصبح الحكم مبرماً، وكان مرتكباً للخطأ المهني الجسيم، ويلاحق بناءً على أحكام المسؤولية التقصيرية.

فما هو حال المحكم؟ وهل هو براء من المسؤولية؟

لقد توزعت الآراء الفقهية حول ذلك، فالبعض لم يجز ملاحقة المحكم بداعي المسؤولية، لما يمكن أن تشكل هذه الملاحقة من أثر على الثقة بالمحكم، والبعض الآخر يقول إن العدالة تقتضي إخضاع ممارسي هذه المهام لقواعد المسؤولية بالرغم من حساسية الدور والمهمة التي يقومون بها.

ولكن هل تثور مسؤوليته العقدية على اعتبار أنه خالف الالتزامات التي تم الاتفاق عليها بينه وبين أطراف النزاع، ومن أهمها الإفصاح عن الظروف والملابسات التي من شأنها أن تؤثر على حيده واستقلاله، والتزامه بعدم التنحي إلا لأسباب معقولة، والمحافظة على أسرار الخصوم، وغير ذلك، أم مسؤوليته التقصيرية المترتبة عند إخلال

المحكم بالمبادئ الأساسية للتقاضي، أو الفصل في الدفوع المتعلقة باختصاصه، أو

تسبب حكمه مثلاً. وهل يمكن الجمع بين المسؤوليتين؟

كل ذلك هو ما سنبحثه من خلال هذا المبحث وقد اعتمدنا التقسيم التالي:

المطلب الأول: قيام مسؤولية المحكم

أولاً: تقرير مسؤولية المحكم

ثانياً: نفي تقرير مسؤولية المحكم

المطلب الثاني: طبيعة مسؤولية المحكم

أولاً: مسؤولية المحكم المدنية

ثانياً: مسؤولية المحكم الجزائية

المطلب الأول

قيام مسؤولية المحكم

إن قبول المحكم للمهمة الموكولة إليه نتيجة ثقة الخصوم، يرتب عليه القيام بها بكل اهتمام وعناية. وعلى ذلك ينبغي عليه اتخاذ كل الإجراءات الضرورية، ليتمكن من الحكم بناءً على دراية ومعرفة تامة بالقضية، ومناطق النزاع فيها، وأن يصدر حكمه بكل حياد وإنصاف وبما يرضي ويقنع الأطراف بعدالته، وإذا لم ينفذ المهمة طبقاً لذلك فإنه يتعرض للمساءلة القانونية.¹⁷⁹

والتزام المحكم يعتبر التزاماً بعمل، ملتزم فيه ببذل الغاية والجهد طبقاً لقواعد مهمة التحكيم، ومتى تثبت مسؤوليته عن خطأ ارتكبه، فلا يجوز التستر عليه، إذ أن التستر على مثل هذا يعتبر خطراً على التحكيم.¹⁸⁰

ويختلف الفقه حول تقرير مسؤولية المحكم أو رفض تقريرها، حيث يذهب اتجاه إلى إمكانية مساءلة المحكم عن الخطأ الذي يقوم به في عمله، فإذا كان القاضي، والذي يتمتع بالسلطات والضمانات التي تفوق تلك التي يتمتع بها المحكم، يخضع للمساءلة في حالات معينة، فما من سبب ينأى بالمحكم عن هذه المساءلة.

¹⁷⁹ - عبد الهادي عباس - المرجع السابق - ص 270

¹⁸⁰ - إياس بن منصور الراجحي - مسؤولية المحكم في نظام التحكيم السعودي - دراسة تأصيلية مقارنة - بحث مقدم استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير - جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية - الرياض - 2008 - ص 88

في حين يذهب الاتجاه الآخر إلى تقرير حصانة مطلقة للمحكم، على اعتبار أن هذه المهمة ذات طبيعة خاصة، ولا بد فيها من توافر الثقة للمحكم والتي تمكنه من القيام بمهمته.

ومن خلال هذا المطلب، سأبحث في أساس هذه المسؤولية، وفي الاتجاهات التي تحبذها وتدعو إلى تقريرها، وفي مدى هذه المسؤولية والأفق الذي يتسع لها، والاتجاهات التي ترفض تقريرها.

أولاً: تقرير مسؤولية المحكم

"يرى أصحاب هذا الاتجاه، أن المحكم كالقاضي يتوجب عليه أن يفصل في النزاع، حسب قناعته وضميره وطبقاً للقانون واتفاقية التحكيم. وهو ملزم بما يلزم به القاضي من حياد واستقلالية في فصله في الخلاف. وينبغي على المحكم أن لا ينسى أنه ليس ممثلاً لأحد الأطراف ولو كان قد جرى انتخابه من قبل أحدهما أو كليهما، فبمجرد قبوله مهمة التحكيم يصبح مستقلاً عمن اختاره وارتضاه، وهو يعتبر متخلياً عن واجبه الأول إذا لم يحكم وفق ضميره وإذا حابي من اختاره"¹⁸¹.

"وقد يتجاوز المحكم سلطاته ويرتكب أخطاء فادحة قد تؤدي إلى إلحاق ضرر جسيم بأحد أطراف عملية التحكيم، وقد يكون حكم التحكيم نتيجة خطأ جسيم من المحكم مشوباً بعيب جوهري يترتب إبطاله. ومن هنا تبرز فكرة إقرار مسؤولية المحكم كجزء، بحيث يسأل عن تعويض الأضرار التي أصابت أطراف التحكيم من جراء مسلكه غير المشروع، ويستند هذا الاتجاه على مبررات عديدة تتمثل في أنه إذا قبل المحكم مهمة التحكيم بالرغم من وجود ما يبرر رده وأخفى ذلك عن الأطراف، فإن ذلك يعتبر خطأً جسيماً يوجب المسؤولية لإخلاله بواجبات مهنة التحكيم، كما أن مهنة التحكيم تدر على المحكم أرباحاً كثيرة، ومن ثم يتعين أن يتحمل مغبة أي تقصير أو إهمال في أداء عمله، ولا شك أن المحكم الحريص سوف يكون بمنأى عن تحمل أي مسؤولية، ويتمتع المحكم بسلطات واسعة في خصومة التحكيم تفوق تلك التي يتمتع بها القاضي، قوامها ثقة الأطراف في عدله ونزاهته، وبدون تقرير قواعد للمسؤولية، لا يوجد ما يضمن عدالة المحكم أو يحول دون استبداده، وبالتالي فإن

¹⁸¹ -عبد الهادي عباس - المرجع السابق- ص 293

تقرير قواعد واضحة لمسؤولية المحكم يستجيب لنداء العدالة التي تتأذى من وجود خطأ بدون عقاب، ولا سيما في حالات ثبوت عدم مشروعية مسلك المحكم، كما في حالة التحيز الشخصي من جانبه أو عند اتباعه أساليب تدليسية ترقى إلى مرتبة الغش¹⁸².

وأرى أنه إذا كان يجب على المحكم أن ينفذ المهمة الموكولة إليه بنفسه، لا أن يكلف شخصاً آخر للقيام بها، أو أن يطلب من شخص مساعدته مثلاً في الحكم، لذلك فإنه في حال عدم قيامه بتنفيذ مهمته بعد قبوله بها، أو في حال نفذها بشكل معيب، فإن هناك مجموعة من السبل التي يمكن للخصوم اللجوء إليها.

وقد عالج القانون السوري هذه الحالات في أكثر من موقع، فمثلاً يمكن بدايةً لأطراف التحكيم الاتفاق على عزله، بالإضافة إلى إمكانية رفع دعوى المسؤولية المدنية للمطالبة بالتعويض عن الضرر الناتج عن الخطأ المرتكب من قبل المحكم، المتمثل بعدم إصدار الحكم، أو التأخر في إصداره، أو التحيز ومحاباة أحد الأطراف مثلاً أو غير ذلك.

إلا أنه "لا يمكن للخصوم اعتبار المحكمين مسؤولين ومؤخذتهم عن أدنى خطأ وأقل غلط، يرتكبونه في تنفيذهم لمهمتهم، كذلك فإن الخصوم لا يملكون العمل ضد المحكمين في صياغتهم لقراراتهم، وفي الواقع لا يوجد معصوم عن الخطأ. ويرى الفقه أن المحاكم لا تقبل إلا بأقصى ما يمكن من احتراز، دعاوى المسؤولية المرفوعة ضد المحكمين عن الأحكام التي يصدرونها، وفي هذا ينبغي على القضاء أن يأخذ

¹⁸² - ماهر محمد حامد- المرجع السابق - ص155-157- ومشار إليه في إياس بن منصور

الراجحي - المرجع السابق- ص 91-92

بالحسبان، بالنسبة للتحقق من وجود خطأ على عاتق المحكمين، مقتضيات التحكيم وأعراف استخداماته، وإذا لم يكن ذلك فإنهم سوف يخاطرون بإعاقه إنجاز مهمة المحكم، فليس هنالك تقصير أو خطأ إذا ضل أو أخطأ المحكم حول نقطة من نقاط النزاع. ويمكن القول بصورة عامة أن هنالك مسؤولية على المحكم، عندما يحكم، كالمسؤولية المهنية للمحامي في حال إعطائه لاستشاراته. أو كمسؤولية الطبيب عندما يتعلق الأمر بالتحقق من قيمة تشخيص أو علاج، وينبغي الأخذ بعين الاعتبار منطوق مبدأ هام معتبر في هذا الشأن، وهو أن مسؤولية المحكم محكمة في كل قضية، بالظروف الخاصة والواقع المتعلق بكل قضية، ويعود للقضاء وحده أمر تقديرها. بيد أن التبصر والاحتياط المفروضين على المحاكم في بحثها عن الخطأ الفني أو القانوني المرتكب من قبل المحكم، لا موجب لها أن تكون عندما لا يثير الخطأ المنسوب أي نقاش من هذا النوع¹⁸³.

" لذلك فإن المحكم الذي يتنحى بدون سبب مشروع عن مهمته، يتعرض للمسؤولية بالتضمينات، ولكنه لا يوجد ما يسمى بإنكار العدالة في مثل هذه الحال، كما لا يوجد مسؤولية مماثلة لمسؤولية القاضي الموظف التي رتبها قانون العقوبات السوري في المادة 361 منه¹⁸⁴. فمشارطة التحكيم التي توكل إلى محكم الفصل في نزاع معين،

¹⁸³ -عبد الهادي عباس - المرجع السابق- ص 294-295

¹⁸⁴ - جاء في المادة 361 من قانون العقوبات السوري ما يلي: 1. كل موظف يستعمل سلطته أو نفوذه مباشرة أو غير مباشرة ليعوق أو يؤخر تطبيق القوانين أو الأنظمة وجباية الرسوم أو الضرائب أو تنفيذ قرار قضائي أو مذكرة قضائية أو أي أمر صادر عن السلطة ذات الصلاحية يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنتين. 2. إذا لم يكن الشخص الذي استعمل سلطته أو نفوذه موظفاً عاماً فلا تتجاوز العقوبة السنة.

تولد التزاماً على المحكم الذي يقبل المهمة، في أن يقوم بعمل، وهو في حال عدم تنفيذه لهذا العمل، تترتب عليه المسؤولية التي نص عليها القانون المدني السوري في المادة 212¹⁸⁵ وما يليها منه، مع مراعاة استحالة التنفيذ الجبري بإلزام المحكم بالقيام بمهمته إذا رفض، وفي مثل هذه الحال ينبغي مساءلته بالتعويض عندما يكون هذا الامتناع قد رتب ضرراً. وعلى ذلك فإن المحكم الذي يتنحى دون سبب صحيح، لا يمكن أن يدان بالتعويض عن الأضرار، إلا إذا كان تنحيه قد سبب ضرراً للخصوم. وغالباً ما يتعرض هؤلاء الخصوم عملياً لصعوبات كبيرة في إثبات الضرر الذي حل بهم في هذا الصدد. كذلك الأمر فإن المحكم يتحمل مسؤولية ويمكن ملاحقته في جبر التعويض عن الضرر الذي قد يسببه للخصوم، عندما يمتنع عن الفصل في النزاع في المهل المحددة قانوناً أو اتفاقاً، أو عندما يرفض النطق بالحكم في الحين الذي تكون فيه القضية قد أصبحت جاهزة للحكم¹⁸⁶.

وهناك بعض المحكمين الذين يمتنعون عن تقديم ما احتفظوا به من أوراق أو مستندات تخص الدعوى، إلى أن تدفع لهم كامل أتعابهم، فلا بد من اعتبار المحكم مسؤولاً في مثل هذه الحالة، وعندها يعود للقضاء تقرير ما إذا كانت مثل هذه الأفعال التي تنسب للمحكم، سبباً في الضرر الذي يدعي به الخصوم، أو أحدهم.

¹⁸⁵ - جاء في المادة 212 من القانون المدني السوري ما يلي: 1 - في الالتزام بعمل، إذا كان المطلوب من المدين هو أن يحافظ على الشيء أو أن يقوم بإدارته أو أن يتوخى الحيلة في تنفيذ التزامه، فإن المدين يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي، ولو لم يتحقق الغرض المقصود. هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك. 2 - وفي كل حال يبقى المدين مسؤولاً عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم.

¹⁸⁶ - عبد الهادي عباس - المرجع السابق - ص 295-296

- دعوى المخاصمة

إذا كانت حالة إنكار العدالة لا تطبق على المحكم، فهل تطبق عليه دعوى المخاصمة؟

في الواقع هناك خلاف فقهي وجدل كبير حول دعوى الاشتكاء أو ما تسمى بدعوى مخاصمة القضاء، و التي أجازها قانون أصول المحاكمات المدنية السوري، في الباب الثاني من الكتاب الثالث منه مادة 466 وما بعدها بعنوان "مخاصمة قضاة المحكم وممثلي النيابة" والجدل قائم فيما إذا كانت تنطبق على المحكمين أم لا. وسأعرض هنا للرأين المختلفين حول هذه الدعوى.

" فقد ذهب فريق إلى أنه لا تجوز مخاصمة المحكمين، وحجتهم في ذلك أن الدولة هي المسؤولة مدنياً عن أعمال القضاة فقط. لذلك لا يجوز أن تسأل عن أعمال المحكمين الذين هم ليسوا بموظفين عامين، ويمكن مطالبة المحكمين عندئذ بالتعويض عن الضرر الناتج عن أعمالهم وفقاً للقواعد العامة. وذهب فريق آخر إلى جواز مخاصمة المحكمين على أساس أن المحكم ما دام يقوم بوظيفة قاض فهو يخضع لقواعد مخاصمة القضاة، والمحكم لا ينفذ حكمه إلا عن طريق القضاء، وأسباب رد القضاة تطبق عليه، أي أن المحكم غير منقطع الصلة بالقاضي، وإن إخضاع المحكم إلى قواعد مخاصمة القضاة، حماية له عند أدائه مهمة القضاء التي يعترف له بها القانون. ولا يستتبع هذا بالضرورة مسؤولية الدولة عن التعويض الذي قد يحكم به المحكم لعدم وجود النص، ولأن الدولة لا تسأل عن التعويض الذي يحكم به على القاضي إلا بسبب أن القاضي موظف لديها"¹⁸⁷.

¹⁸⁷ - أنس كيلاي- غادة أنس كيلاي- هاني القرشي- المرجع السابق- ص 184-185

وقد أكدت محكمة النقض السورية أن دعوى المخاصمة هي دعوى تعويضية تقوم على أساس المسؤولية التقصيرية، وهي دعوى لا تقبل إذا لم يطلب مدعي المخاصمة في استدعاء الدعوى التعويض عن الضرر الذي يدعي لحوقه به من الحكم المشكو منه، و تجد مستندها القانوني في أحكام المسؤولية التقصيرية، وتسقط بالتقادم بمرور ثلاث سنوات اعتباراً من تاريخ صدور القرار محل المخاصمة، ويعتبر التقادم من النظام العام ومن حق الهيئة النازرة بدعوى المخاصمة إثارته من تلقاء نفسها ولو لم يدفع به الخصوم احتراماً لحجية الأحكام القضائية المبرمة، وحرصاً على استقرار المراكز القانونية للخصوم الذين صدر الحكم محل المخاصمة بمواجهتهم¹⁸⁸.

ونرى أن المحكم يخرج من نطاق دعوى المخاصمة، ولو كان من القضاة لأن عمله عمل خاص ولا تشمله ولاية القضاء وليس له صلة بواجبات الوظيفة في المحاكم. وإذا كنا قد وصلنا إلى اعتبار المحكم أو المحكمين سواء كانوا مفوضين بالصلح أو بالقضاء في مقام القضاة بفصلهم النزاع المعروض عليهم، فإن القضاة تقبل مخاصمتهم إذا وقع منهم في عملهم غش أو تدليس أو غدر، أو خطأ مهني جسيم، أو إذا امتنع القاضي عن الإجابة عن استدعاء قدم له، أو عن الفصل في قضية جاهزة للحكم. وذلك بحسب المادة (466) من قانون أصول المحاكمات المدنية السوري¹⁸⁹، إلا أن

¹⁸⁸ - اجتهادات الهيئة العامة لمحكمة النقض السورية - قرار 212 أساس 1198 تاريخ 2008/6/16 - مجلة الميزان - مجلة القانون والقضاء- تصدر في دمشق - العدد 5 - 2009 ص107

¹⁸⁹ - جاء في المادة 466 من قانون أصول المحاكمات المدنية السوري ما يلي: تقبل مخاصمة القضاة ومثلي النيابة العامة في الأحوال الآتية: أ - إذا وقع من القاضي أو ممثل النيابة في عملهما غش أو تدليس أو =

المحكمين لا تقبل مخاصمتهم عن الأسباب المذكورة لعدم ورود نص خاص بهم يسمح بذلك، وإن قانون التحكيم السوري لم ينص على جواز قبول دعوى مخاصمة هيئة التحكيم في أي حال. كما أنه يمكن الاستناد إلى قرار لمحكمة النقض جاء فيه عدم جواز سماع دعوى المخاصمة إذا كان للحكم المشكو منه طريق آخر لإبطاله أو تعديله أو تأييده.¹⁹⁰ وبما أن قانون التحكيم السوري أعطى لطرفي النزاع الحق برفع دعوى بطلان حكم التحكيم وفقاً للأحكام المبينة في المادتين (50) و(51) منه، وهذا يعني توافر طريق آخر غير المخاصمة يسمح بإبطال الحكم الصادر في الدعوى التحكيمية.

كما أن المدعي بالمخاصمة غالباً ما يقدم الدعوى من أجل إبطال القرار الصادر عن المحكمة المختصة والمتضمن إكساء حكم المحكمين صيغة التنفيذ، أو إبطال القرار الصادر برد طلبه دعوى إكساء حكم المحكمين صيغة التنفيذ، أو إبطال القرار الصادر بحجة انحذاره إلى درجة الخطأ المهني الجسيم، أو إبطال القرار الصادر برد دعوى طلب رد الحكم، فإنه دائماً يخاصم الجهة القضائية التي أصدرت الحكم القضائي، وهو يقدم دفعه في لائحة أسباب الطعن بما ينال عمل المحكمين.

غدر أو خطأ مهني جسيم. - ب - إذا امتنع القاضي عن الإجابة عن استدعاء قدم له أو عن الفصل في قضية جاهزة للحكم. - ج - في الأحوال الأخرى التي يقضي فيها القانون بمسؤولية القاضي والحكم عليه بالتعويض.

¹⁹⁰ - نقض سوري - مخاصمة 240/721 - تاريخ 1995/4/25 - مجلة المحامون - 1996 -

- و بالإضافة إلى المسؤولية المدنية فقد أقر قانون العقوبات السوري في مادتيه 341-342 ، المسؤولية الجزائية على المحكم المرتشي، كونه مكلفاً بمهمة رسمية، وذلك طبعاً دون التفرقة بين ما إذا كان محكماً مصالحاً أو محكماً بالقضاء، وسيأتي تفصيل ذلك لاحقاً.

ثانياً: نفي تقرير مسؤولية المحكم

"يذهب هذا الاتجاه إلى النأي بالمحكم عن أية مسؤولية تتعلق بعمله، أي منحه حماية مطلقة، أو بمعنى آخر حصانة مطلقة، بحيث يكون في مأمن عن أية مسؤولية، وقد استند هذا الاتجاه إلى عدة اعتبارات تتمثل في توفير الفاعلية والاحترام لأحكام التحكيم، فإن السماح لأحد الخصوم برفع دعوى مسؤولية على المحكم لارتكابه خطأ، سوف يكون وسيلة غير مباشرة للطعن على الحكم ومراجعته أمام القضاء، كما أن توفير مناخ مستقر لممارسة مهمة المحكم وتخفيف العبء عن كاهله، يتعين عدم تقرير مسؤوليته، و مراعاة ما ينبغي أن يتوافر للمحكم من نزاهة واحترام يحول دون تقرير دعوى المسؤولية حماية للمحكم ومركزه القضائي. في الواقع يصعب إثبات خطأ المحكم بسبب طابع السرية الذي يهيمن على خصومة التحكيم، ويحول المحكم سلطات كبيرة في إدارة الإجراءات إلى حد يتعذر معه على الخصوم الحصول على دليل كتابي يثبت خطأ المحكم، في ظل ضعف الرقابة أو انعدامها في واقع التحكيم"¹⁹¹.

ونرى أن هذا الاتجاه قد بالغ في الربط بين تأمين المناخ المستقر الذي يتمكن المحكم فيه من القيام بمهمته، وبين تقرير مسؤوليته، إذ أن الأمرين منفصلان تماماً، فكما أنه من واجب الخصوم التقيد بكل ما ألزمهم به المشرع من خلال النصوص القانونية الخاصة بالتحكيم، مثل التقيد ببنود اتفاق التحكيم مثلاً، و الالتزام بحضور الجلسات التحكيمية، وتقديم المستندات التي تكون بحوزة أحد الخصوم، وغير ذلك مما يخدم المحكم ليفصل في الدعوى التحكيمية بحكم منتج فيها، لذلك فإن من واجب المحكم

¹⁹¹ - ماهر محمد حامد- المرجع السابق - ص154-155

أيضاً التقيد بما ألزمه به المشرع، من الالتزام بالمدد والمواعيد المحددة بالقانون، وعدم التنحي بدون سبب مبرر، وغير ذلك.

وبالتالي فإنه إذا ما ارتكب الخطأ، وجب عليه تحمل المسؤولية المترتبة على هذا الخطأ، لا سيما أن المشرع عندما أقر نصوص التحكيم، فإنه هدف إلى تحقيق العدالة لجميع الأطراف، ولا تتحقق هذه العدالة، إذا أخطأ أحد الأطراف وترتب على هذا الخطأ ضرر للطرف الآخر، دون محاسبة الطرف المخطئ.

المطلب الثاني

طبيعة مسؤولية المحكم

"عندما تصاب بأذى، يسألك الناس من الذي ألحق بك الأذى؟ وماذا فعلت؟ وليس ثمة شك أن ثمة شخصاً مسؤولاً يؤنبه ضميره، وهذه هي المسؤولية الأدبية، ويلاحق أمام القانون، وهذه هي المسؤولية القانونية، وهذه المسؤولية على نوعين: مسؤولية جزائية (إذ يتعين مجازاة الفاعل بمعاقبته وإيلامه). ومسؤولية مدنية وهي على نوعين: مسؤولية عقدية ومسؤولية تقصيرية"¹⁹².

"فالمسؤولية بوجه عام هي حالة الشخص الذي ارتكب أمراً يستوجب المؤاخظة، فإذا كان هذا الأمر مخالفاً قواعد الأخلاق فحسب، وصفت مسؤولية مرتكبه بأنها مسؤولية أدبية، واقتصرت على إيجاب مؤاخذته مؤاخظة أدبية لا تعدو استهجان المجتمع ذلك المسلك المخالف للأخلاق. أما إذا كان القانون أيضاً يوجب المؤاخظة على ذلك الأمر، فإن مسؤولية مرتكبه لا تقف عند حد المسؤولية الأدبية، بل تكون فوق ذلك مسؤولية قانونية تستتبع جزاءً قانونياً"¹⁹³.

و"المسؤولية الأدبية تتحقق حتى لو لم يوجد ضرر، أو وجد لكنه نزل بالمسؤول نفسه، فيكون هو المسؤول والمضروب في وقت واحد، بل إن هواجس النفس وخلجات الضمير قد تحقق المسؤولية الأدبية، ولو لم يكن لها مظهر خارجي، أما المسؤولية

¹⁹² - محمد وحيد الدين سوار- شرح القانون المدني- النظرية العامة للالتزام- مصادر الالتزام- المصادر

غير الإرادية- جامعة دمشق- الطبعة العاشرة -2004/2003-ص 8

¹⁹³ - سليمان مرقس- الوافي في شرح القانون المدني- في الالتزامات - المجلد الأول في الفعل الضار

والمسؤولية المدنية- الطبعة الخامسة- 1992 - ص1

القانونية فلا تتحقق إلا إذا وجد ضرر، وأحاق هذا الضرر بشخص آخر غير المسؤول¹⁹⁴.

وما يهمني في هذا البحث هو المسؤولية القانونية، لذلك ومن خلال هذا المطلب سأبحث في مظاهر هذا النوع من المسؤولية، وفق ما يلي:

أولاً: مسؤولية المحكم المدنية

ثانياً: مسؤولية المحكم الجزائية

¹⁹⁴ - عبد الرزاق أحمد السنهوري- الوسيط في شرح القانون المدني الجديد- نظرية الالتزام بوجه عام-

مصادر الالتزام- الجزء الأول - (العقد - العمل غير المشروع - الانشاء بلا سبب - القانون) - دار

إحياء التراث العربي - بيروت - لبنان بدون رقم طبعة - ص 744

أولاً: مسؤولية المحكم المدنية

المسؤولية المدنية هي الالتزام بالتعويض عن الضرر الناشئ عن الإخلال بالتزام معين. وتنقسم إلى المسؤولية العقدية التي تنشأ عن الإخلال بالتزام عقدي، كمسؤولية البائع عن عدم تسليم المبيع في الزمان والمكان المتفق عليهما. والمسؤولية التقصيرية التي تترتب عند الإخلال بالتزام يفرضه القانون، مثل الإخلال بالتزام بعدم مجاوزة قدر معين من السرعة أو بإضاءة الأنوار ليلاً.

ولا بد من إلقاء الضوء على كل منها، من أجل إسقاط قواعدها على مسؤولية المحكم، لنصل إلى تحديد نوع مسؤوليته المدنية، وطبيعتها القانونية.

مسؤولية المحكم العقدية

إن نطاق هذه المسؤولية يتحقق بتوافر شرطيهما المتمثلين بوجود عقد بين الدائن والمدين، وضرورة صحة هذا العقد، ووجود ضرر أصاب الدائن وهو المضرور، وهذا الضرر سببه عدم تنفيذ ذلك العقد.

أما إذا انعدم وجود العقد، أو كان العقد القائم بين الدائن والمدين عقداً باطلاً أو قابلاً للإبطال وتقرر إبطاله، فذلك يعني عدم تحقق هذه المسؤولية.

وإذا كان الضرر الذي أصاب الدائن وقع لسبب آخر غير عدم تنفيذ العقد، فذلك يعني أيضاً أنه لا مجال لإعمال المسؤولية العقدية، وإنما المسؤولية التقصيرية هي التي يمكن أن تتحقق في مثل هذه الحالات.

ويضيف الفقه أيضاً شرطين آخرين لتحقيق المسؤولية العقدية، على الرغم من وجودهما ضمناً في الشرطين السابقين هما:

" أن يصيب الضرر أحد العاقدين أو من يمثله أو من ينوب عنه، أما إذا كان المضرور أجنبياً عن العقد فالمسؤولية تقصيرية. وأن يترتب الضرر أثناء تنفيذ العقد، فإذا وقع الضرر بعد انحلال العقد، سواء بالفسخ أو البطلان، فإن المسؤولية تقصيرية"¹⁹⁵.

وبالتالي فإن المدة التي تسبق انعقاد العقد، أو المدة التي تليه، لا تتحقق فيها إلا المسؤولية التقصيرية.

"وهذه المسؤولية تتطلب أهلية التعاقد، وإلا فلا يكون انعقاد العقد صحيحاً، فأهلية التعاقد شرط من شرائط صحة العقد، ومن جهة أخرى، فإن من المعروف أن الرضاء

¹⁹⁵ - محمود جلال حمزة- العمل غير المشروع باعتباره مصدراً للالتزام - دراسة مقارنة بين القانون المدني

السوري والقانون المدني الجزائري والقانون المدني الفرنسي - 1985 - ص 29

لا يكون صحيحاً في التعاقد إلا إذا كان صادراً من ذي أهلية، ولم يكن مشوباً بعب من العيوب التي تصيب الإرادة. والإعذار شرط لاستحقاق التعويض في هذه المسؤولية، إذ لا بد من إعدار المدين للوفاء بالتزامه التعاقدي، وذلك حتى تنتفي شبهة رضا الدائن الضمني، بتأخير الوفاء، وتنتفي شبهة إقرار الدائن الضمني بعدم وقوع الضرر من ذلك التأخير. ويجوز الاتفاق على الإعفاء منها أو الاتفاق على قيمة التعويض المترتب عليها. وعبء الإثبات فيها يقع على عاتق المدين الذي يقوم بإثبات وفائه للالتزام، أو أن عدم وفائه به يرجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه. ولا يكون فيها التعويض إلا عن الضرر المباشر المتوقع"¹⁹⁶.

وقد جرت العادة لدى الشراح القانونيين الاعتماد على المادة القانونية 164¹⁹⁷ من القانون المدني السوري في تحديد الشروط المطلوبة لتحقيق المسؤولية العقدية، وهي ذاتها المادة التي تحدد الشروط المطلوبة لتحقيق المسؤولية التقصيرية. وسأبحث في هذه الشروط من خلال ما يلي:

1 - الضرر: "إن عدم التنفيذ يمكن أن يستتبع الضرر، ويقع عبء إثبات الضرر على الدائن، ويقصد بعدم التنفيذ معناه العام، فهو لا يقتصر على انعدام التنفيذ، بالمعنى الدقيق للكلمة، بل يتناول أيضاً التأخر في التنفيذ"¹⁹⁸.

¹⁹⁶ - محمود جلال حمزة - المرجع السابق-ص 20-23

¹⁹⁷ - جاء في المادة 164 من القانون المدني السوري ما يلي: كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض.

¹⁹⁸ - محمد وحيد الدين سوار-شرح القانون المدني- النظرية العامة للالتزام- مصادر الالتزام- المصادر

الإرادية- الطبعة الحادية عشرة- جامعة دمشق- 2005/2006

2 - الخطأ: "إن إثبات الخطأ العقدي يتوقف على تحديد طبيعة الالتزام، ولقد جرى الفقه على تصنيف الالتزامات بحسب موضوعها إلى التزامات بغاية والتزامات بوسيلة، وهذا التصنيف يوضح اختلاف هذين القسمين من حيث إثبات الخطأ، فالخطأ يمكن أن يفترض بالالتزام بغاية، بينما هو واجب الإثبات بالالتزام بوسيلة. والخطأ المفترض كما في حالة الالتزام بدفع مبلغ من النقود، ويكون الخطأ العقدي المفترض هنا بمجرد عدم تنفيذ الالتزام، أما في الخطأ واجب الإثبات فلا يستخلص من عدم تحقق النتيجة المرجوة من الالتزام، وعلى المدين بمقتضى العقد أن يسلك سلوك الرجل المعتاد، أي رب الأسرة العاقل أو الرجل المعتمي المجتهد. فالخطأ الذي لا يرتكبه هذا الرجل النموذج المجرد هو خطأ يسير والأصل أن يتعين إثبات هذا الخطأ اليسير"¹⁹⁹.

3 - الصلة بين الخطأ والضرر أي رابطة السببية بينهما: "لا يكفي في قيام المسؤولية المدنية حصول ضرر لشخص، ووقوع خطأ من شخص آخر، بل لا بد أن يكون هذا الخطأ هو السبب المباشر في حدوث الضرر، وإلا انعدمت المسؤولية، والمسلم فقهاً وقضاءً أن السببية بين الخطأ والضرر يجب أن تكون محققة ومباشرة"²⁰⁰.

ونشير إلى أنه، "يصح الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية الناشئة عن الإخلال بالالتزام تعاقدية، في غير حالتي الغش والخطأ الجسيم. غير أنه من الجدير بالملاحظة أن الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية العقدية أو التخفيف منها نادر الوقوع في العلاقة بين المحكم والمحتمكم، بحسبان أن المحكم الذي يضع الأطراف كل ثقتهم فيه عند تعيينه، يضع نفسه في موقف حرج، عندما يطرح موضوع إعفائه من المسؤولية، إذ إن

¹⁹⁹ - محمد وحيد الدين سوار - المصادر الإرادية - المرجع السابق - ص 373-375

²⁰⁰ - سليمان مرقس - المرجع السابق - ص 455-456

من شأن طرح أو إثارة هذا الموضوع أن يدفع الأطراف إلى إعادة تقييم هذه الثقة في الوقت الذي يكون فيه المحكم بحاجة إلى استقطاب كل ثقة الأطراف به²⁰¹.

ويمكن القول إن مسؤولية المحكم العقدية تنشأ عن كل ضرر لحق بالخصوم أو أحدهما، وكان هذا الضرر ناتج عن خطأ تسبب به المحكم أثناء تأديته للمهمة التحكيمية، أو بسببها، أي في فترة استمرار العلاقة العقدية التي تجمع المحكم والخصوم. ومن هذه الأخطاء:

"عدم إفصاحه للأطراف عن الصلات والعلاقات التي لها تأثير على حيادته واستقلاله، وكأن يجب عنهم علاقته القوية أو قرابته بأحد الأطراف. أو إذا كان للمحكم بموجب اتفاق الأطراف اختصاص تعيين محكم أو أكثر، أو كانت له سلطة تحديد عددهم ولم يراع هذا الاتفاق، أو لم يحترم النظام الواجب التطبيق في مثل هذا الوضع، أو أنه قد أساء الاختيار للمحكم أو للمحكمين بما من شأنه الإضرار أو عرقلة سير الإجراءات، وإذا تجاوز اختصاصه المخول له بشكل ظاهر، أو تجاوز قاعدة أساسية من قواعد الإجراءات مما تسبب في ضياع وقت الأطراف وجهدهم دون جدوى، ولا عبرة لما أضعاه المحكم من وقته وجهده هو، أما إذا لم يكن له دخل في ذلك فلا يترتب عليه أي مسؤولية. وأيضاً إذا أخل بمبدأ من مبادئ التقاضي كالمساواة بين الأطراف، أو لم يحترم مبدأ المواجهة مما أدى إلى بطلان الحكم، فإن المحكم يسأل بالتعويض في هذه الحالة، أما إذا كان بطلان الحكم راجع إلى سبب لا دخل للمحكم فيه فلا مسؤولية عليه ولا تعويض. وإذا أخفى أو أهمل واقعة أو طلباً من الطلبات أو تصرف بسوء نية، وكان من شأن ذلك أن يؤثر في الحكم شريطة أن

²⁰¹ - ماهر محمد حامد- المرجع السابق- ص 174

لا يكون ذلك راجع إلى تقصير أحد الأطراف أو إهماله. و إذا امتنع امتناعاً غير مشروع عن إصدار الحكم، أو جاوز الميعاد المحدد لإصداره، أو انسحب من الإجراءات دون مبرر، ذلك أن انسحابه من التحكيم مشروط بتوافر أسباب مشروعة ومبررات جدية وقوية وليس لمجرد الاختلاف على الأتعاب مثلاً أو المصروفات، أو بسبب اختلاف وجهات النظر بينه وبين المحكمين في هيئة التحكيم أو بينه وبين الأطراف أو أحدهم، إذا أصدر الحكم ولم يكن هناك اتفاق تحكيم أو كان هذا الاتفاق باطلاً أو قابلاً للإبطال، أو أنه سقط بانتهاء مدته، وفي كل حالة من حالات بطلان الحكم تنثور مسؤولية المحكم شريطة أن يكون الإبطال راجعاً إلى تصرف من تصرفات المحكم أو بسببه، كأن يصدر حكمه وهو يعلم بعدم وجود اتفاق التحكيم، ومع هذا يمضي في الإجراءات حتى صدور الحكم تحقيقاً لرغبة أحد الأطراف مثلاً وكأن يكون اتفاق التحكيم باطلاً، أو قابلاً للإبطال، بأن يكون غير مستوف للشروط التي يتطلبها النظام لصحته، وكأن يكون الحكم قد صدر بعد انتهاء ميعاد التحكيم، إذ أن على المحكم أن يتأكد ويستوثق من وجود اتفاق التحكيم وعدم بطلانه قبل البدء في مباشرة إجراءات التحكيم، وعليه التأكد أيضاً من عدم انقضاء المدة المحددة لصدور الحكم وإنهاء التحكيم، لأن الإخلال بأمر من هذه الأمور يوقع المحكم في نطاق المسؤولية لإخلاله بواجب من واجباته، بل ويسأل بالتعويض عن الضرر الذي يحدث نتيجة لهذه المخالفة. وإذا تسبب في إبطال الحكم لأمر يرجع إلى إهماله أو خطأه الجسيم، كأن يتم اختيار وتشكيل المحكمين عن طريقه بشكل مخالف لاتفاق الأطراف أو لنص النظام، وذلك في حالة إذا كان مفوضاً للقيام بمهمة التعيين. وإذا أصدر الحكم دون مراعاة لاتفاق الأطراف، بأن استبعد

تطبيق أحكام القانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه سواء على إجراءات التحكيم أو على موضوع النزاع، فهنا تثبت مسؤولية المحكم لتجاوزه التزاماً من أهم الالتزامات ألا وهو التقيد بما اتفق عليه الأطراف، و إذا أصدر المحكم مخالفاً للنظام العام، ومخالفة الحكم لقاعدة من قواعد النظام العام، إجرائية كانت أو موضوعية يعتبر من التصرفات التي تبطل حكم التحكيم، كأن يحكم المحكم في نزاع يخرج عن نطاق اختصاصه لاختصاص القضاء في الفصل فيه، وكأن يفصل في بعض المنازعات التي لا يجوز الاتفاق على حلها بالتحكيم. وأيضاً إذا أغفل الفصل في بعض طلبات الأطراف أو جاوز حدود الاتفاق، على أنه يجوز للمحكم بناءً على طلب من أحد الأطراف بعد إصدار الحكم العودة للفصل في تلك الطلبات التي يتضمنها الحكم شريطة أن يكون الإغفال ناتجاً عن خطأ أو سهو بحسن نية من المحكم، لأن هذا يعد من قبيل الخطأ اليسير الذي لا يؤخذ المحكم عليه، ولا يؤثر على صحة حكمه، غير أنه متى ثبت أن المحكم تعمد إغفال الفصل في هذه الطلبات، فإن الحكم يعد باطلاً ويحق للأطراف الرجوع على المحكم لمساءلته عن هذا التصرف ومطالبته بالتعويض لما تسبب فيه من إضاعة لوقت وجهد الأطراف وإلحاق الضرر بهم وبمصالحهم²⁰².

²⁰² - إياس بن منصور الراجحي - المرجع السابق- ص106-109 و - ماهر محمد حامد- المرجع

السابق- ص 160-162

مسؤولية المحكم التقصيرية

عندما يخل المرء بأحد الالتزامات التي يفرضها القانون عليه، ويؤدي ذلك إلى إيقاع الضرر بالغير، فإن المسؤولية التقصيرية هي التي تتحقق، ذلك لعدم وجود رابطة عقدية تجمع بين المضرور والمسؤول عن إيقاع هذا الضرر.

وبشكل عام فإن جميع الحالات التي لا تتحقق فيها المسؤولية العقدية، تكون المسؤولية فيها تقصيرية إذا توافرت كامل شروطها.

و"في هذه المسؤولية تكفي أهلية التمييز، لأن الالتزام بالتعويض عن الضرر لا ينشأ نتيجة إرادة المسؤول، فيكفي فيه بلوغ سن التمييز الذي يدرك فيه الضار من النافع، ويميز بين الخير والشر حتى يحاسب عن خطئه، ويلزم بالتعويض، ولا حاجة فيها لإعذار المدين لدفع التعويض، فكل فرد معذر مسبقاً بحكم القانون، فلا حاجة لإعذاره مجدداً. ولا يجوز الاتفاق على الإعفاء منها، ويقع باطلاً لو حدث ذلك فعلاً، والأساس في ذلك أن قواعد المسؤولية التقصيرية من النظام العام، فلا يجوز الاتفاق على الإعفاء منها، لأن المسؤولية فيها لا تنشأ من إرادة الأفراد أو المتعاقدين، بل مصدرها القانون. ويقع على المضرور وهو الدائن إثبات أن المسؤول قد أخل بالتزامه القانوني وأوقع به ضرراً، أي أن يثبت أركان الفعل الضار. ويلزم المدين بالتعويض عن الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع"²⁰³.

وتقوم هذه المسؤولية كما المسؤولية العقدية على ثلاثة أركان هي ذاتها الأركان التي تناولناها في المسؤولية العقدية وهي الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما. وأشار مجدداً إليها مع التوضيح الذي تتطلبه هذه المسؤولية:

²⁰³ - محمود جلال حمزة - المرجع السابق-ص 21-23

1 - الضرر: "الضرر الذي يستتبع المسؤولية التقصيرية هو الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه أو بمصلحة مشروعة له، سواء كان ذلك الحق أو تلك المصلحة متعلقاً بسلامة جسمه أو عاطفته، أو بماله، أو حريته أو شرفه واعتباره أو غير ذلك، وهو شرط أولي لقيام المسؤولية وإمكانية المطالبة بتعويض، لأن التعويض لا يكون إلا عن ضرر أصاب طالبه، ولأن مدعي المسؤولية لا تكون له مصلحة في الدعوى إلا إذا كان قد أصابه ضرر يطالب بتعويضه"²⁰⁴.

وباختصار فإن هذا الضرر نوعان: الضرر المادي الذي يسبب خسارة مالية للمضرور، والضرر الأدبي وهو ما لا يسبب مثل هذه الخسارة، إنما يمس شرف المضرور واعتباره، وشعوره وعاطفته.

2 - الخطأ: "وهو الإخلال بواجب قانوني، وهذا هو العنصر الموضوعي أو المادي، وتوافر التمييز والإدراك لدى المخل بهذا الواجب، وهذا هو العنصر الشخصي أو النفسي"²⁰⁵.

والالتزام الذي يفرضه القانون، والذي يعتبر الإخلال به موجباً للمسؤولية التقصيرية إذا رافقه ضرر ما، هو التزام ببذل عناية، أي الالتزام بسلوك الرجل العادي متوسط اليقظة والتبصر، أما إذا انحرف عن هذا السلوك، وكان قادراً على تمييز وإدراك أنه انحرف عنه، فإن ذلك هو الخطأ الذي يستوجب مسؤوليته التقصيرية.

وللخطأ أنواع منها:

²⁰⁴ - سليمان مرقس- المرجع السابق ص 133-134

²⁰⁵ - سليمان مرقس- المرجع السابق ص 188

أ - الخطأ العمد: "وهو الإخلال بواجب قانوني مقترن بقصد الإضرار بالغير، أي تتجه الإرادة فيه إلى إحداث الضرر، ولا يكفي اتجاهها إلى ارتكاب الفعل في ذاته، إذا لم تتجه إلى إحداث نتائجه الضارة. وهذا الخطأ يقاس بالمقياسين الشخصي والموضوعي، ذلك أنه يتكون من عنصرين، أحدهما مادي وهو الإخلال بالواجب، والآخر نفسي وهو قصد الإضرار"²⁰⁶.

ب - خطأ الإهمال: "وهو الإخلال بواجب قانوني سابق مقترن بإدراك المحل هذا الإخلال ودون قصد الإضرار بالغير، ومن درجاته، الخطأ الجسيم والخطأ اليسير، فالخطأ الجسيم هو الذي يقع من شخص قليل الذكاء والعناية، ولا يتصور وقوعه إلا من شخص غبي عديم الاكتراث، وقد جرت المحاكم على اشتراط الخطأ الجسيم في المسؤولية المهنية وبخاصة مسؤولية الأطباء، بينما ينزع الفقه في إعفاء سائر أرباب المهن من المسؤولية عن الخطأ اليسير. ومن درجاته أيضاً، الخطأ الإيجابي والخطأ السلبي، فكما يكون الخطأ باغفال اتخاذ احتياطات معينة كان يجب اتخاذه عند ممارسة عمل ما، كذلك يمكن أن يكون بالامتناع عن عمل أو باتخاذ موقف سلبي مستقل عن أي عمل إيجابي"²⁰⁷.

3 - علاقة السببية بين الخطأ والضرر: كي تحقق المسؤولية لا بد أن تقوم علاقة بين الخطأ الذي ارتكبه شخص وبين الضرر الذي أصاب شخصاً آخر. فالتعويض لا يكون إلا عن خطأ سبب ضرراً.

²⁰⁶ - سليمان مرقس - المرجع السابق - ص 260-261

²⁰⁷ - سليمان مرقس - المرجع السابق - ص 262 وما بعدها

وأستطيع بعد كل ما سبق تحديد الحالات التي تترتب عليها مسؤولية المحكم التقصيرية، حيث يمكن تصور هذه المسؤولية في حالتين، الأولى وقوع الضرر على غير أطراف عقد التحكيم، والثانية الخطأ المهني الجسيم من المحكم.

"وتفترض المسؤولية التقصيرية للمحكم في الحالة الأولى وقوع الضرر على الغير أي الذي لم يرتبط بالمحكم بعلاقة عقدية، ويحدث ذلك إذا تناول حكم المحكم شخصاً آخر غير أطراف اتفاق التحكيم، كأن يحكم المحكم في مال مملوك لغير هذين الطرفين فيقضي به لأحد هؤلاء، أو يحكم بالتزام غير أطراف التحكيم بالتزام ما، ويشترط أن يكون المحكم في هذه الحالة مدركاً لما يحكم به، فإن كان نتيجة غش من أطراف التحكيم أو عن مستندات قدمها أي منهما وكانت مستندات مصطنعة أو مزورة، فإن مسؤولية المحكم لا تقوم بل تقع على أطراف التحكيم"²⁰⁸.

أما في الحالة الثانية، فمن المتصور أن "يسأل المحكم وفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية في حالات الخطأ الشخصي الجسيم في أداء مهمته، وحالة الغش ونية الإضرار بأحد الأطراف، أو التواطؤ معه أو تلقيه رشوة منه، أو تنحيه عن أداء مهمته في وقت غير مناسب ودون سبب مشروع. وبالتالي فإن مساءلة المحكم عن الأخطاء التي يرتكبها في أدائه لمهمته خارج التزاماته المنصوص عليها في الاتفاق بينه وبين طرفي النزاع، تخضع للقواعد العامة في المسؤولية التقصيرية"²⁰⁹.

ولا بد من الإشارة إلى أنه "لا خلاف بين الفقهاء على عدم جواز الجمع بين تعويضين، فلا يجوز للدائن أن يطالب بتعويضين أحدهما قائم على أساس المسؤولية

²⁰⁸ - ماهر محمد حامد- المرجع السابق- ص 164-165

²⁰⁹ - ماهر محمد حامد- المرجع السابق- ص 165

التقصيرية، والآخر قائم على أساس المسؤولية العقدية، إذ لا يتصور التعويض مرتين على الضرر الواحد، لأن المضرور سيثري على حساب المسؤول، والمسؤول سيدفع أكثر مما يجب لجبر الضرر. ولا يجوز للدائن أن يجمع في دعواه بين خصائص المسؤولية العقدية وخصائص المسؤولية التقصيرية وفق ما تمليه مصالحه، لأن الدعوى التي تخلط بين خصائص هذه أو تلك هي دعوى لا وجود لها في الواقع القانوني²¹⁰.

وبذلك "قضت محكمة النقض المصرية بأن المشرع إذ أفرد المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية، كلاً منهما بأحكام تستقل بها عن الأخرى، وجعل لكل من المسؤوليتين موضوعاً منفصلاً عن المسؤولية الأخرى، فقد أفصح بذلك عن رغبته في إقامة نطاق محدد لأحكام كل من المسؤوليتين. فإذا قامت علاقة تعاقدية محددة بأطرافها ونطاقها، وكان الضرر الذي أصاب أحد المتعاقدين قد وقع بسبب إخلال الطرف الآخر بتنفيذ العقد، فإنه يتعين الأخذ بأحكام العقد وبما هو مقرر في القانون بشأنه باعتبار أن هذه الأحكام وحدها هي التي تضبط كل علاقة بين الطرفين بسبب العقد سواء عند تنفيذه تنفيذاً صحيحاً أو عند الإخلال بتنفيذه، ولا يجوز الأخذ بأحكام المسؤولية التقصيرية التي لا يرتبط المضرور فيها بعلاقة عقدية سابقة، لما يترتب على الأخذ بأحكام المسؤولية التقصيرية في مقام العلاقة العقدية من إهدار لنصوص العقد المتعلقة بالمسؤولية عن عدم تنفيذه، مما يخل بالقوة الملزمة له. وذلك ما لم يثبت ضد أحد الطرفين المتعاقدين أن الفعل الذي ارتكبه وأدى إلى الإضرار بالطرف الآخر يكون جريمة أو يعد غشاً أو خطأً جسيماً، مما تتحقق معه المسؤولية التقصيرية، تأسيساً على

²¹⁰ - محمود جلال حمزة - المرجع السابق-ص30-31

أنه أخل بالتزام قانوني، إذ يمتنع عليه أن يرتكب مثل هذا الفعل في جميع الحالات سواء كان متعاقداً أو غير متعاقداً²¹¹.

أما فيما يتعلق بجواز الخيرة بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية: "فالبعض يرى أن ذلك يجوز، لأن المسؤولية التقصيرية في نظرهم من النظام العام، فلا تجبها المسؤولية العقدية، فمتى توافرت شروط المسؤوليتين، فللمضرور أن يختار المسؤولية التقصيرية لأنها الأصل، أو يختار المسؤولية العقدية وهي الاستثناء، فإذا اختار أحد المسؤوليتين وخسرها فليس له أن يلتجئ إلى الأخرى، في حين يرى البعض الآخر أن المضرور إذا اختار المسؤولية العقدية وخسرها، فله أن يرفع الدعوى التقصيرية لأنها الأصل. ويرى رأي ثالث عدم جواز الخيرة، لأن دعوى المسؤولية العقدية تجب دعوى المسؤولية التقصيرية، فالعلاقة بين الدائن والمدين مصدرها العقد، ولا يجوز أن ترفع على المدين إلا دعوى المسؤولية العقدية"²¹².

وأستطيع القول أن غاية المسؤولية المدنية تتمثل في تعويض المضرور عن الضرر الذي لحق به من جراء الفعل الضار الذي قام به المسؤول، كهدف عام يتعلق بتحقيق العدل وجبر الضرر، إلا أنه هناك غاية أخرى تتمثل في السعي إلى رفع مستوى التحكيم، وإدراك أهميته، وتعزيز دوره في تحقيق العدالة والمصلحة العامة، إضافةً إلى رفع مستوى مؤسسات التحكيم بالطبع.

²¹¹ - مصطفى محمد الجمال وعكاشة محمد عبد العال - المرجع السابق - ص 532-533

²¹² - محمود جلال حمزة - المرجع السابق - ص 33

ثانياً: مسؤولية المحكم الجزائية

يجبذ بعض رجال القانون تسميتها بالمسؤولية الجنائية، في حين يفضل البعض الآخر اعتماد مصطلح المسؤولية الجزائية.

وقد عالجها قانون العقوبات السوري في المواد (341-342)²¹³ حيث تقوم مسؤولية المحكم الجزائية عند التماس المحكم أو قبوله لنفسه أو لغيره هدية أو وعداً أو أية منفعة أخرى، إما ليقوم بعمل من أعمال وظيفته، وفي هذه الحالة فرض المشرع عليه، عقوبة الحبس من ثلاثة أشهر حتى ثلاث سنوات وغرامة أقلها ضعفا قيمة ما أخذ أو قبل به. أو ليهمل أو يؤخر ما كان عمله واجباً عليه، وهنا يعاقب بالأشغال الشاقة المؤقتة وبغرامة لا تنقص عن ثلاثة أضعاف قيمة ما أخذ أو قبل به. وذلك على اعتبار أن المحكم يقوم بمهمة رسمية أثناء قيامه بالتحكيم في النزاع المعروض عليه، وهذه النصوص تطبق على المحكم سواء كان مفوضاً بالصلح أو بالقضاء، حيث جاء نص المادتين السابقتين عاماً دون تحديد.

²¹³ - جاء في المادة 341 من قانون العقوبات السوري ما يلي: كل موظف وكل شخص ندب إلى خدمة عامة سواء بالانتخاب أو بالتعيين، وكل امرئ كلف بمهمة رسمية كالحكم والخير والسنديك التمس أو قبل لنفسه أو لغيره هدية أو وعداً أو أية منفعة أخرى ليقوم بعمل شرعي من أعمال وظيفته، عوقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى ثلاث سنوات، وبغرامة أقلها ضعفا قيمة ما أخذ أو قبل به. وجاء في المادة 342 من القانون ذاته مايلي: كل شخص من الأشخاص السابق ذكرهم التمس أو قبل لنفسه أو لغيره هدية أو وعداً أو أية منفعة أخرى ليعمل عملاً منافياً لوظيفته أو يدعي أنه داخل في وظيفته أو ليهمل أو يؤخر ما كان عمله واجباً عليه عوقب بالأشغال الشاقة المؤقتة وبغرامة لا تنقص عن ثلاثة أضعاف قيمة ما أخذ أو قبل به، ويتقاضى بالعقوبة نفسها على الحامي إذا ارتكب هذه الأفعال.

وعندما تقع من المحكم أفعال معينة تعتبر جريمة جزائية، مثل سرقة بعض الأوراق أو المستندات الخاصة بالدعوى المنظورة أمامه، أو تزوير بعض هذه الأوراق مثلاً، عندها تطبق بحقه نصوص قانون العقوبات.

"وفي هذه المسؤولية يكون مرتكب الفعل الضار مسؤولاً قبل الدولة باعتبارها مشخصة للمجتمع، ويكون جزاؤه عقوبة توقع عليه باسم المجتمع زجراً له وردعاً لغيره، وتتولى النيابة العامة إقامة الدعوى عليه أمام المحاكم المختصة، وتقوم الدولة بتنفيذ العقوبة فيه بما لها من سلطة تنفيذية. ولأن من أغراض العقوبة الزجر، تعين أن يكون من توقع عليه قد ارتكب أمراً شائناً في ذاته، وبالتالي فإن توقيعها يقتضي البحث في دخيلة نفس المتهم لتبين سوء النية عنده أو حسن الطوية، ولمعرفة استحقاقه الزجر أو عدمه تبعاً لذلك. ولأن العقوبات أصبحت في العصور الحديثة يغلب عليها أن تكون نوعاً من الحجر على الحرية الشخصية قد يبلغ حداً خطيراً، رأت الشرائع الحديثة ضرورة تعيين الأفعال التي تستتبع مسؤولية جنائية وتحديد العقوبة التي يستوجبها كل من هذه الأفعال. حتى أصبح من المبادئ الأساسية في دساتير الدول المتقدمة أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص"²¹⁴. وهو ما نصت عليه المادة 51²¹⁵ من الدستور

²¹⁴ - سليمان مرقس - المرجع السابق ص 4-5

²¹⁵ - جاء في المادة 51 من الدستور السوري الجديد لعام 2012 مايلي: 1 - العقوبة شخصية ولا جريمة ولا عقوبة إلا بقانون 2 - كل متهم بريء حتى يدان بحكم قضائي مبرم في محاكمة عادلة 3 - حق التقاضي وسلوك سبل الطعن والمراجعة والدفاع أمام القضاء مصون بالقانون وتكفل الدولة المساعدة القضائية لغير القادرين وفقاً للقانون 4 - يحظر النص في القوانين على تحصين أي عمل أو قرار إداري من رقابة القضاء.

السوري الجديد لعام 2012 في فقرتها الأولى والتي جاء فيها "العقوبة شخصية ولا جريمة ولا عقوبة إلا بقانون".

وإذا ما قورنت المسؤولية الجزائية بالمسؤولية المدنية فإن الفوارق الآتية هي التي ستظهر: "إن سبب المسؤولية في المسؤولية الجزائية هو فعل ضار بالمجتمع، وأساس هذه المسؤولية هو مخالفة لواجب قانوني تكفله قوانين العقوبات بنص خاص، والتأمين فيها مستبعد تماماً، والدعوى الناشئة عنها هي دعوى عمومية تملكها الدولة عن المجتمع، وتباشرها النيابة العامة عن الدولة وتختص بها المحاكم الجزائية دون سواها. ولا يجوز النزول عنها بعد رفعها ولا الصلح في شأنها. والجزاء فيها هو عقوبة جزائية ولو كانت غرامة مالية. في حين سبب المسؤولية في المسؤولية المدنية هو فعل ضار بمصالح شخص أو أشخاص معينين. وأساسها إخلال بأي واجب قانوني ولو لم يكن مما تكفله قوانين العقوبات. وفيها يجد التأمين من المسؤولية مجاله وعلى نطاق واسع، إذ يمكن التأمين من المسؤولية ولو كان أساسها الخطأ، وسواء كان هذا الخطأ خطأً جسيماً أو خطأً لا يغتفر، فالخطأ العمدي هو الذي يمتنع التأمين بالنسبة له. والدعوى الناشئة عنها هي دعوى خاصة يملكها المضرور وحده، وتختص بها في الأصل المحاكم المدنية، ويجوز النزول عنها بعد رفعها أو الصلح في شأنها. والجزاء فيها هو إلزام المسؤول بتعويض الضرر تعويضاً يعتبر الأصل فيه أن يكون مالياً"²¹⁶.

"ويمكن أن تترتب المسؤولية الجزائية مستقلة عن المسؤولية المدنية، أو العكس، كما يمكن أن تنشأ معاً من فعل واحد إذا أضر هذا الفعل بالمجتمع والأشخاص، كالتزوير

²¹⁶ - سليمان مرقس - المرجع السابق - ص 5-6 - ومحمود جلال حمزة - المرجع السابق - ص 14 -

وعبد الرزاق أحمد السنهاوري - المرجع السابق - ص 744-745

مثلاً، أو لو اعتبر المشرع أن الفعل الضار خطراً على المجتمع، فمنهى عنه وفرض عقوبة جزائية على من يأتيه، كالسرقة مثلاً، فالفاعل يكون مسؤولاً مسؤولية جزائية ومسؤولية مدنية في آن معاً²¹⁷.

²¹⁷ - محمود جلال حمزة-المرجع السابق - ص 15- و عبدالرزاق أحمد السنهوري-المرجع السابق-

الخاتمة

إن اختصار السرعة الزمنية لحل النزاعات بين الأطراف المتخاصمة، والسعي وراء الاقتصاد في الكلفة المالية، وحرية اختيار المحكمين في القضية التحكيمية دون الحاجة إلى اللجوء إلى القضاء لإنهاء النزاع وصدور قرار منهي للنزاع. كل ذلك جعل المتنازعين يلجؤون إلى التحكيم كأسلوب لحل النزاعات الناجمة عن أي عملية تعاقدية بينهم.

ولقد حاولت من خلال هذا البحث التعريف بالمحكم ومفهومه والشروط الواجب توافرها فيه، و الآلية التي يتم فيها تعيينه، و طريقة قبوله هذه المهمة، والقواعد الواجب التقيد بها لإتمام قبولها. و الأسباب التي تحول دون استمرار بهذه المهمة بعد قبولها، والتي تسمى عوارض استمرار مهمة التحكيم وهي رد المحكم واعتزاله أو تنحيه و عزله واستبداله.

كما بحثت في طبيعة عمل المحكم، وذلك في ضوء مبادئ القانون، مع الأخذ بعين الاعتبار الطبيعة القانونية الخاصة لهذه الوظيفة وتعقيدها، وما يترتب عليها من حالات تكون سبباً لمساءلة المحكم. فعرضت لنقاط الالتقاء والاختلاف بين التحكيم وكل من التوفيق أو الحل الودي والخبرة والصلح والوكالة، وللأراء القانونية والجدالات الفقهية التي تناولت كل صفة حاول الفقه إسنادها إلى التحكيم، لإكمال الفراغ القانوني المتعلق بالوصف الذي يمكن إضافته على الطبيعة القانونية للتحكيم، لذلك تناولت في بحثي كل من الطبيعة التعاقدية والطبيعة القضائية والطبيعة المختلطة والطبيعة المستقلة أو الخاصة التي بحثت في عمل المحكم كطبيعة قانونية. وبحثت في

حالات توافر مسؤولية المحكم، على الرغم من أن مسؤولية المحكم ترد بالنسبة لكل حالة على حدة وظروفها ومدى سوء النية فيها، والخطأ ونسبة العمد فيه. وأهدف من وراء ذلك إلى نشر ثقافة التحكيم، المتمثلة بتسليط الضوء على مزاياه، وبالتالي تقليل عدد الدعاوى المعروضة على القضاء، وتلافي النتائج المترتبة على حداثة بعض القضاة وقلة خبرتهم في مجال القضاء، بالإضافة إلى ما يصبو المتخصصون إلى تحقيقه عند اختيار المحكم الكفاء، من الحفاظ على حسن العلاقة بين أطراف النزاع، والتخلص من الرقابة القضائية وأحياناً من درجات التقاضي.

النتائج

1 - إن السبب الرئيس في اختلاف الآراء التي يعرضها الفقه حول الطبيعة القانونية للعمل التحكيمي، هو أن كل اتجاه فقهي كان يبحث في طبيعة المهمة التحكيمية من زاوية معينة واحدة فقط، دون النظر إلى العمل التحكيمي كوحدة متكاملة، ابتداءً من وجود اتفاق التحكيم، وانتهاءً بالحكم الصادر عن المحكم والمنهي للنزاع المعروض موضوع التحكيم، فالنظرية العقدية كانت تبحث في الطبيعة القانونية لهذه المهمة من ناحية عقد أو اتفاق التحكيم فقط، والنظرية القضائية كانت تبحث في الطبيعة القانونية لهذه المهمة من زاوية التزام المحكم بالإجراءات المنصوص عليها في القانون، والتي يترتب على مخالفتها بطلان الحكم الصادر في القضية التحكيمية، أما النظرية المختلطة فهي تعتبر أن كلتا النظريتين السابقتين صحيحتان إلى حد ما، لذلك آثرت الجمع بينهما، في حين أن النظرية الخاصة تبني رأيها بالنظر إلى صفة المحكم، وكيفية مباشرته لمهمته بناءً على رغبة أطراف النزاع الذين اختاروه للفصل في قضية معينة.

2 - إن التحكيم له طبيعة خاصة مستقلة تتحدد من خلال الهدف الذي يسعى إليه الخصوم، وهو تحقيق العدالة على أساس يختلف عن المفهوم التقليدي للعدالة أمام القضاء، فهو وسيلة خاصة تطبق قواعد خاصة، واستقلال التحكيم لا يعني فقط أن التحكيم ليس عقداً موضوعياً من عقود القانون العام أو عقود القانون الخاص الذي يؤمه القانون المدني، بل وهو ليس قضاءً مما ينظمه القانون الإجرائي الذي يؤمه قانون أصول المحاكمات، ولا هو عقد وقضاء ممتزجان، إنما هو ذو طبيعة واحدة قائمة بذاتها. لذلك لا بد من إيجاد نظرية خاصة بعمل المحكم تعتمد الطبيعة الخاصة بالتحكيم ومرجع هذه الطبيعة الخاصة كونه وسيلة بديلة لحل المنازعات، بعيداً عن

الالتجاء إلى القضاء بإجراءاته وتعقيده. فالتحكيم نظام أصيل متحرر من العناصر التعاقدية والقضائية، وهذا النظام القضائي الخاص، يكفل السرعة الضرورية في نظر المنازعات التي يدعيها الأطراف، والمحكم فيه قاضياً خاصاً مهمته حسم الخصومة بقرار ملزم.

3 - عدّ المحكم مسؤولاً مسؤولية عقدية وتقصيرية عن جميع الأخطاء التي يرتكبها في تأديته لمهمته إذا ألحقت أخطائه ضرراً بالخصوم، وخاصةً تلك الأخطاء الجسيمة أو الناشئة عن الغش، فالمحكم ليس مطلقاً من كل قيد في ممارسته لمهامه، بل هناك واجبات لا بد من الالتزام بها والتقيد بالإجراءات والقواعد المحددة، وإلا كان مسؤولاً عما سببه في عمله من ضرر.

التوصيات

1 - إجراء بعض التعديلات على المادة 13 من قانون التحكيم السوري والتي حددت الشروط الواجب توافرها في المحكم، طالما أن التحكيم يوازي بأهميته القضاء من حيث كونه الطريق الذي يسلكه الخصوم لحسم النزاع القائم بينهم. مثل حسم مسألة إسناد مهمة التحكيم للشخص الاعتباري وحصرها بالشخص الطبيعي فقط، وقصر مهمة الشخص الاعتباري المسندة إليه هذه المهمة على تنظيم مهمة التحكيم فقط. كما لا بد أن تسند مهمة التحكيم إلى الشخص الطبيعي القادر فنياً على الاطلاع على مستندات الخصوم وأوراقهم وكتابة الحكم وتوقيعه وتوضيح أسبابه، والقادر علمياً على الاطلاع على القوانين وفهمها وتطبيقها، وذلك لتلافي الأخطاء التي تبطل الحكم الصادر عن المحكم، وخاصة أن أكثر المنازعات تشير إشكالات قانونية وتحتاج إلى فهم النصوص القانونية وإدراك أحكامها، وبالتالي افتراض أن يكون المحكم على معرفة بقواعد القانون والأصول، وبالتالي أن يكون المحكم رجل قانون كالمحامي أو القاضي أو الخبير بالشؤون القانونية.

2 - عدم اشتراط موافقة مجلس القضاء الأعلى إذا ما أسندت مهمة التحكيم إلى قاض، طالما أن عدم الحصول على هذه الموافقة ليس له أي تأثير على التحكيم أو على الحكم الصادر في القضية التحكيمية.

3 - الاهتمام بالتحكيم وتطوير آلياته، ليصبح مواكباً لتطور المجتمع وحاجاته، وتثقيف رجال الأعمال خاصة بالتحكيم وأهميته كوسيلة بديلة لفض المنازعات.

قائمة المراجع

- 1- أحمد حداد - دراسات في قانون التحكيم السوري والمقارن - الطبعة الأولى - 2015
- 2- أحمد السيد صاوي- التحكيم طبقاً للقانون رقم 27 لسنة 1994 وأنظمة التحكيم الدولية - مصر - 2002
- 3- أحمد الشيخ قاسم - التحكيم التجاري الدولي دراسة مقارنة في القانون السوري والعربي والأجنبي - جامعة دمشق - الطبعة الأولى 1994
- 4- أحمد الشيخ قاسم - مفهوم التحكيم وطبيعته - مجلة المحامون - العددان 3 - 4 للعام 2008
- 5- أحمد محمد حشيش - طبيعة المهمة التحكيمية - دار الكتب القانونية - مصر - 2007
- 6- أنس كيلاي- عادة أنس كيلاي- هاني القرشي- الكامل في التحكيم - في السعودية وسورية - نظرياً وعملياً - 2007
- 7- إياس بن منصور الراجحي - مسؤولية المحكم في نظام التحكيم السعودي - دراسة تأصيلية مقارنة- بحث مقدم استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير - جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية - الرياض - 2008
- 8- حفيظة السيد حداد- الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي- منشورات الحلبي الحقوقية - 2010

9- حمد حمود الصانع- المسؤولية المدنية للمحکم- جامعة الشرق الأوسط- رسالة ماجستير مقدمة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص
- 2012

10- سليمان مرقس- الوافي في شرح القانون المدني- في الالتزامات - المجلد الأول في الفعل الضار والمسؤولية المدنية- الطبعة الخامسة- 1992

11- عبد الحنان العيسى- شرح قانون التحكيم السوري رقم 4 لعام 2008 - شركة المركز الحقوقي للمحاماة والاستشارات القانونية- حلب- الطبعة الأولى 2011
12- عبد الرزاق أحمد السنهوري- - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد- نظرية الالتزام بوجه عام- مصادر الالتزام- الجزء الأول - (العقد - العمل غير المشروع - الإثراء بلا سبب - القانون) - دار إحياء التراث العربي - بيروت - لبنان - بدون رقم طبعة

13- عبد الفتاح الفتيح - نظرة عامة حول مركز التحكيم في اتحاد المحامين العرب- الوضع الحالي والتطور المستقبلي - مجلة المحامون - تصدرها نقابة المحامين في الجمهورية العربية السورية_ العددان 3-4 لعام 2003

14- عبد القادر جاراالله الألوسي - مجموعة أحكام النقض في قضايا التحكيم وفق القانونين القديم والجديد- المكتبة القانونية- المجموعة القضائية المدنية 8 - الطبعة الأولى 2013

15- عبد الهادي عباس - التحكيم الداخلي في القانون السوري والمقارن - دار الأنصار - دمشق - الطبعة الأولى 1995

- 16- عبد الهادي عباس و جهاد هواش- التحكيم - (التحكيم الاختياري - التحكيم الإلزامي - التحكيم في المنازعات الدولية - التحكيم في التجارة الدولية) - الطبعة الاولى - 1982
- 17- غسان سليم عزنوس- كتاب التحكيم - السنة الرابعة - التعليم المفتوح - جامعة البعث- كلية الحقوق-للعام الدراسي 2011-2012
- 18- ماهر محمد حامد- النظام القانوني للمحكم في التحكيم التجاري الدولي- دراسة مقارنة طبقاً لتشريعات التحكيم بدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية و تشريع التحكيم المصري مع الإشارة إلى اتفاقيات التحكيم الدولية ونظم مراكز التحكيم العربية - دار الكتب القانونية - مصر - 2011
- 19- محمد واصل- شرح قانون أصول المحاكمات- الكتاب الأول - الجزء الاول- جامعة دمشق-2006-2007
- 20- محمد وحيد الدين سوار-شرح القانون المدني- النظرية العامة للالتزام- مصادر الالتزام- المصادر غير الإرادية- جامعة دمشق- الطبعة العاشرة -2003/2004
- 21- محمد وحيد الدين سوار-شرح القانون المدني- النظرية العامة للالتزام- مصادر الالتزام- المصادر الإرادية- الطبعة الحادية عشر- جامعة دمشق- 2005/2006
- 22- محمود جلال حمزة - العمل غير المشروع باعتباره مصدراً للالتزام - دراسة مقارنة بين القانون المدني السوري والقانون المدني الجزائري والقانون المدني الفرنسي - 1985
- 23- مصباح نوري المهاني - التحكيم في العقود المدنية والإدارية- دمشق - مؤسسة النوري - الطبعة الأولى 2007

- 24- مصطفى محمد الجمال وعكاشة محمد عبد العال - التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية- قانون التحكيم التجاري المصري رقم 27 لسنة 1994 في ضوء القانون المقارن وقانون التجارة الدولية- مع الإشارة إلى قوانين التحكيم العربية- منشورات الحلبي الحقوقية- الطبعة الأولى- 1998
- 25- نجيب أحمد عبد الله ثابت الجبلي - التحكيم في القوانين العربية - دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية - المكتب الجامعي الحديث - الأزاريطة - الاسكندرية - 2006
- 26- يعقوب يوسف صرخون- أحكام المحكمين وتنفيذها وفقا لاتفاقية نيويورك 1958- دراسة مقارنة في التحكيم التجاري- الكويت - الطبعة الثانية 1996

قائمة المصادر

- ¹ - قانون التحكيم السوري
- ² - القانون المدني السوري
- ³ - قانون الأحوال الشخصية السوري
- ⁴ - قانون العقوبات السوري
- ⁵ - قانون التجارة السوري
- ⁶ - قانون تنظيم مهنة المحاماة في سورية
- ⁷ - قانون أصول المحاكمات المدنية السوري
- ⁸ - الدستور السوري
- ⁹ - قانون التحكيم المصري
- ¹⁰ - قانون التحكيم الأردني
- ¹¹ - قانون المرافعات الكويتي
- ¹² - القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي المعمول به في البحرين
- ¹³ - قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني
- ¹⁴ - مجلة المحامون - العددان 9-10 - لعام 2003
- ¹⁵ - مجلة المحامون - العددان 11-12 - لعام 2011
- ¹⁶ - مجلة الميزان - مجلة القانون والقضاء - العدد 5 - لعام 2009

الفهرس

الموضوع	رقم الصفحة
المقدمة	3
أهمية البحث.....	8
إشكالية البحث.....	8
منهجية البحث	8
خطة البحث.....	9
الفصل الأول- المركز القانوني للمحكم	11
المبحث الأول- تعريف المحكم والشروط الواجب توافرها فيه	15
المطلب الأول- تعريف المحكم	17
أولاً: المحكم لغةً و اصطلاحاً	17
ثانياً: المحكم بالقضاء والمحكم بالصلح	19
المطلب الثاني- الشروط الواجب توافرها في المحكم	29
أولاً: الشروط التي وردت في القانون السوري.....	30
ثانياً: الحالات التي سكت عنها القانون السوري	36
المبحث الثاني- تعيين المحكم وعوارض استمرار مهمته	61
المطلب الأول- آلية تعيين المحكم	63
أولاً: تعيين المحكم باتفاق الأطراف	65
ثانياً: تعيين المحكم من قبل المحكمة.....	68
ثالثاً: إتمام آلية التعيين بقبول المهمة	70

75.....	المطلب الثاني - عوارض استمرار المحكم في مهمته
78.....	أولاً: رد المحكم
86.....	ثانياً: اعتزال المحكم أو تنحيه
90	ثالثاً: عزل المحكم واستبداله
93.....	الفصل الثاني - عمل المحكم
95.....	المبحث الأول - طبيعة العمل التحكيمي
97	المطلب الأول - تمييز عمل المحكم عما يشته به من مؤسسات أخرى
98	أولاً: التحكيم والتوفيق أو الحل الودي
100	ثانياً: التحكيم والخبرة
103.....	ثالثاً: التحكيم والصلح
106.....	رابعاً: التحكيم والوكالة
109.....	المطلب الثاني - تحديد طبيعة عمل المحكم
110.....	أولاً: الطبيعة التعاقدية
116.....	ثانياً: الطبيعة القضائية
124.....	ثالثاً: الطبيعة المختلطة
129.....	رابعاً: الطبيعة المستقلة أو الخاصة
141.....	المبحث الثاني - مسؤولية المحكم عن الأعمال التحكيمية
143.....	المطلب الأول - قيام مسؤولية المحكم
145.....	أولاً: تقرير مسؤولية المحكم
153	ثانياً: نفي تقرير مسؤولية المحكم

155.....	المطلب الثاني - طبيعة مسؤولية المحكم.
157.....	أولاً: مسؤولية المحكم المدنية.
170.....	ثانياً: مسؤولية المحكم الجزائية.
175.....	الخاتمة
177.....	النتائج
179.....	التوصيات.
180.....	قائمة المراجع.
184.....	قائمة المصادر.