عقد التحكيم التجاري المبرم بين المحكمين والخصوم

الدكتور أحمد عبد الرحمن الملحم
قسم القانون الخاص
كلية الحقوق ـ جامعة الكويت

تمهيد وتقسيم :

* بسم الله الرحمن الرحيم *: فإن جاءوك فاحكم بينهم أو أعرض عنهم وإن تعرض عنهم فلن يضروك شيئاً وإن حكمت فاحكم بينهم بالقسط إن الله يحب المقسطين. * صدق الله العظيم * سورة المائدة (٤٢).

القضاء كأصل عام هو صاحب الولاية بالدولة للفصل في المنازعات التي تثور بين الأشخاص. بيد أن المشرع لحكمة يتوخاها ناتجة عن العيوب التي قد تسند إلى القضاء ومنها إطالة أمد التقاضي والكلفة الباهظة في بعض الأحيان، يسمح بإخراج بعض المنازعات من ولاية القضاء العادي كي تفض بوساطة أفراد عاديين - يسمون «محكمين» ويختارون من الخصوم كأصل عام.

ومثل ذلك مقاول أقام مبنى تجارياً بتكلفة إجمالية قدرها مليونان ونصف المليون دولار بيد أن المالك التاجر رفض تسديد باقي الثمن وقدره ٢٥٠ ألف دولار بسبب خلاف جوهري حول تكملة المشروع ومثل ذلك أيضاً عقد بيع بين تاجرين يستحق البائع مبلغ ١٢٥ ألف دولار - جزءاً من ثمن المبيع - غير أن المشتري يرفض وفاء باقي الثمن بحجة عدم مطابقة البضائع للمواصفات المبينة في العقد.

ويتاح للخصوم رفع النزاع إلى القضاء للفصل في الدعوى - وحتى يحكم بها نهائيا تحتاج الدعوى من سنتين إلى أربع سنوات - وتصل التكلفة من ٣٠٪ إلى ٥٠٪ من قيمة المبالغ المتنازع عليها. تتمثل في أتعاب المحاماة ورسوم رفع الدعوى وانخفاض قيمة النقود بسبب التضخم ويزداد الأمر سوءاً لو كان الخصوم أو أحدهم تاجراً لحاجته للسيولة ولاضاعته للجهد والوقت في أروقة المحاكم(١).

ويبتغي المشرع عند تخويل الخصوم إحالة النزاع إلى التحكيم تفادي تلك العيوب - بيد أن إصابة غاية المشرع مرهونة بعدة اعتبارات - منها سهولة الالتجاء إلى التحكيم من قبل الخصوم - معقولية الكلفة - سرعة البت في النزاع - مرونة اجراءات التحكيم - وعلى ذروتها كفاءة المحكمين . لذا - فإن إحالة الخصوم النزاع الناشب بينهم إلى التحكيم لا يفضي دائماً إلى نتائج مرضية - ومرد ذلك إلى الإخفاق في اختيار المحكمين أو تحديد عددهم الذي يتناسب مع طبيعة النزاع.

ويتوجب لإعمال نظام التحكيم إبرام ثلاثة عقود هي:

- العقد الأول - يبرم بين طرفين - يتمثل عادة في عقد بيع أو إيجار على عقار أو منقول أو خدمة - وفي حالة نشوب نزاع حول تنفيذ العقد المتقدم يصار إلى العقد الثاني:

(١) تمثل هذه الإحصائية الوضع في الولايات المتحدة الأمريكية انظر - Rodney A.Max,« Arbitration The Alernative To Timely Costly Litigation,» 42 - Alabama lawyor, 1981 - p. 309 وليس ثمة احصائية معتمدة في الكويت تمثل ما يجنيه الخصوم من اختصار للوقت والمال عند الإحالة إلى التحكيم. بيد أنه في إحدى الدعاوى البسيطة من الناحية القانونية والتي نظرت في الكويت - كما يروي أحد المحكمين - استغرقت للفصل فيها مدة سنة - بسبب التأجيلات التي يطلبها الخصوم لإعداد مذكراتهم - ونتيجة لذلك عقدت هيئة التحكيم ثمان جلسات كل جلسة تستغرق من خمس إلى عشر دقائق يتبادل الخصوم فيها المذكرات انظر Isa A.Huneidi, Arbitration under Kuwaiti law 6-J of International Arbitration, Septemper, 1989 - pp. 76-95.

- العقد الثاني - يتمثل في مشارطة أو شرط للتحكيم - وهو عبارة عن اتفاق بين الطرفين عند إبرام العقد الأول على إحالة أي نزاع ينشب بينهما إلى التحكيم (شرط تحكيم) أو بعد نشوب النزاع (مشارطة تحكيم).
- العقد الثالث - فهو بمثابة آلة تنفيذ اتفاق التحكيم. إذ يتعين إبرام عقد التحكيم بين الخصوم من جانب والمحكم أو المحكمين من جانب آخر.

وقد يتحور هذا العقد في صورتين - الأولى - اندماج عقد التحكيم في اتفاق التحكيم كما لو عين شخص بعينه محكماً مصالحاً في اتفاق التحكيم(١).

وهنا لا يبدو عقد التحكيم بين المحكم والخصوم ظاهراً لاندماجه في اتفاق التحكيم - بيد أنه يتعين أن يقبل المحكم القيام بالمهمة ويثبت القبول كتابة(٢).

وفي الصورة الأخرى ينفصل عقد التحكيم عن اتفاق التحكيم - مكوناً كياناً مستقلاً - عندما يتفق الخصوم على إحالة النزاع إلى التحكيم وتحديد موضوع النزاع ومهلة التحكيم - ونوعه وغيرها من الأمور - ثم - يتبقى تعيين المحكمين - الذي قد يبرم مباشرة بين الخصوم والمحكمين أو تخويل مؤسسة تحكيم مهمة اختيار المحكمين أو المحكم المرجح.

وعلى الرغم من ارتباط كل من الخصوم والمحكمين بعلاقة تعاقدية - قوامها العقد المبرم بينهم - الذي قد يتحور في عقود عديدة تبرم بين الخصوم وكل محكم على حده - أو عقد واحد بين الخصوم والمحكمين - إلا أنه لم يحظ عقد التحكيم بما يستحقه من دراسة وتمحيص من جانب الفقه والتشريع - كل ما هنالك إشارة بعيدة لهذا العقد في تشريعات الدول المختلفة(٣). وتعزى العلة في ذلك إلى ما يلي:

---

(١) تنص المادة ١٧٦ من مرسوم بالقانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٨٠ بإصدار قانون المرافعات المدنية والتجارية على ما يلي: - لايجوز التفويض للمحكمين بالصلح، ولا الحكم منهم بصفتهم محكمين مصالحين، إلا إذا كانوا مذكورين بأسمائهم في الاتفاق على التحكيم.

(٢) نص المادة ١٧٨ من قانون المرافعات الكويتي.

(٣) على سبيل المثال نص المادة ١٧٨ من قانون المرافعات الكويتي.

- اندماج عقد التحكيم عادة في اتفاق التحكيم - بما حاصله توارى عقد التحكيم إلى الظل - ويحظى في هذه الحالة اتفاق التحكيم بالأضواء.
- اتجاه الخصوم إلى التحكيم المؤسسي «Institution Arbitration» بدلاً من التحكيم الحر «Ad hoc» - بما يستتبعه من إحلال وتنفيذ قواعد وإجراءات التحكيم لدى تلك المؤسسة محل عقد التحكيم المبرم بين المحكم والخصوم - وذلك أنه لم تكن ثمة حاجة لإبرام ذلك العقد عند اتفاق الخصوم على الإحالة إلى مؤسسة التحكيم تنفيذاً لقواعدها وإجراءاتها.

بيد أن الحاجة ملحة إلى إخراج عقد التحكيم من حيز الظل إلى دائرة الأضواء - ويحدونا في ذلك عدة دوافع:

أولاً: إن عقد التحكيم من العقود غير المسماة - كما سوف نبينه لاحقاً - ومن ثم تعن الحاجة إلى بيان طبيعته القانونية للوقوف على المبادىء القانونية التي يخضع لها للتعرف على حقوق وواجبات أطراف العقد - وعلى وجه الخصوص تكييف الطبيعة القانونية لالتزام المحكم.

ثانياً: تدعو المصلحة إلى بيان أركان عقد التحكيم بغية تحديد الفترة التي يصح بعدها القول بانعقاد العقد أو بطلانه - ذلك أنه ولئن كان عقد التحكيم بمثابة آلة أو أداء تنفيذ اتفاق التحكيم - إلا أن كلاً من العقدين مستقل ومنفصل عن الآخر - وعليه فإن بطلان عقد التحكيم أو بطلان تعيين أحد المحكمين - لايؤثر ألبتة على صحة اتفاق التحكيم. ثم إن بطلان تشكيل هيئة التحكيم، أي بطلان العقد المبرم بين المحكم والخصوم يؤدي إلى بطلان الحكم الصادر من هيئة التحكيم، ذلك إنه ما بني على باطل فهو باطل.

ثالثاً: من الأهمية بمكان تبين حقوق والتزامات أطراف عقد التحكيم بغية تفادي الخلافات - وحتى يكون عقد التحكيم - بحق - أداة لتنفيذ اتفاق التحكيم - وبتعبير آخر يتعين أن يكون عقد التحكيم أداة لفض النزاع بين الخصوم وليس شركاً للولوج في نزاعات إضافية - بما يستتبعه من تعطيل للاجراءات وإضاعة وقت وجهد

التجار في نزاعات كان يمكن تداركها - لو منح عقد التحكيم ما يستحقه من دراسة[1].

وتحقيقاً للدوافع المتقدمة - نتناول عقد التحكيم التجاري المبرم بين المحكم أو المحكمين والخصوم في قسمين :

القسم الأول: نفرده لدراسة التعريف بعقد التحكيم - مركزين على الطبيعة القانونية له وصولاً إلى تكييفه - ثم نتناول طرفي العقد وما يتطلبه القانون من شروط متعين توافرها في المحكم - ومن ثم نسلط الضوء على ضرورة توافر قبول المحكم لنصل بعد ذلك إلى عدد المحكمين .

القسم الثاني - نخصصه لدراسة آثار العقد - متناولين أهمها :

أ - واجب الخصوم وحق المحكم في الأتعاب والمصروفات.

ب - حق الخصوم وواجب المحكم في إصدار الحكم خلال مهلة التحكيم.

ج - حق الخصوم وواجب المحكم في الكشف عن الظروف التي قد تقدح في استقلاله قبل وبعد إبرام عقد التحكيم.

د - حق الخصوم وواجب المحكم في كتمان وسرية التحكيم.

هـ - حصانة المحكم أو الاعفاء من المسئولية (ضمانة إصدار الحكم بحرية واستقلال).

---

(١) على سبيل المثال انظر دعاوى

- K/ S Nowjanl A/ S V. Hyundai Heavy Industries Co, 1, LIoyd Rep, 524 C.n.

- Gayley Mill corp. V.princeton Rayon corp, 185 N.Y.Supp. 899 (Sup, ct, 1959).

- Sanko S.S.Co. Ltd V.cook Industries, 495, Fed 2d 1260 (U.S.ct. of Appeals, 2nd circuit, 1973).

عندما تحول اهتمام الخصوم من فض النزاع الناشب بينهما إلى حل الاشكال الذي حل بينهم أو أحدهم مع المحكمين المنبثق عن عقد التحكيم.

القسم الأول
في عقد التحكيم

أولا – تعريف عقد التحكيم وبيان طبيعة التزام المحكم :

يتوخى الخصوم عند إبرام عقد التحكيم إنهاء النزاع الناشب بينهما – وذلك بتخويل شخص عادي وهو المحكم أو المحكمون مهمة القيام بهذا العبء. وعليه ينبثق عن عقد التحكيم السلطة التي يركن المحكم إليها للفصل في الدعوى. بما حاصله ترتيب التزام على المحكم بالاضطلاع بالمهمة التي أنيطت به من قبل إرادة طرفي الخصومة. مما يستتبع ضرورة تبين طبيعة هذا الالتزام – أهو بتحقيق نتيجة أم يبذل عناية ؟ وتدق المسألة في مدى مطابقة المحل للنتيجة التي ينتظرها الدائن (هم في هذه الحالة الخصوم)، أن المحل الذي أبرم العقد بغية تحقيقه – هو إصدار الحكم خلال مهلة التحكيم – ومن ثم فإن النشاط الذي يبذله المدين (المحكم) لتحقيق النتيجة ما هو إلا مجرد وسيلة وليس محل التزام.

ومما يدعم هذا الرأي هو طغيان اليقين على الاحتمال في تحقيق النتيجة – إذ أن إصدار الحكم خلال مهلة التحكيم لا يتوقف على عوامل ومعطيات خارجية لا دخل لإرادة المدين فيها – على غرار التزام الطبيب تجاه المريض بالشفاء من المرض إذ أن الشفاء بيد الله جل وعلا وينبني على ذلك تحقق قرينة مسئولية المحكم إذا أخفق في إصدار الحكم خلال مهلة التحكيم – ولو لم يثبت الخصوم خطأ المحكم – ولا يدرأ المسئولية عنه إلا بإثبات السبب الأجنبي الذي لا يد له فيه[1].

ومن منطلق آخر فإن التزامه ببذل عناية يقتضي القيام بالنشاط باذلاً في تحقيقه عناية الشخص العادي أو بذل العناية المعقولة في تحقيق النتيجة – ويكون من ثم محل

(١) عبد الحي حجازي: النظرية العامة للالتزامات وفقاً للقانون الكويتي – باعتناء محمد الألفي – المجلد الأول – مطبوعات جامعة الكويت – ١٩٨٢ – ص ١٧٧.

الالتزام ليس النتيجة - بل النشاط الذي يجب عليه أن يبذله والذي يقود عادة إلى تحقيق النتيجة.

ولا غرو من عدم إمكان إعمال فكرة بذل العناية على التزام المحكم بحسبان أن المحكم - بحسب الأصل - واتجاه أغلب الفقه والتشريع مغلفاً بحصانة من الدعاوى المدنية المرفوعة عليه من الخصوم جراء إهماله أو عدم بذل العناية الواجبة في تنفيذ بنود عقد التحكيم.

ومن ثم فإن المحكم لا يتعاقد صراحة لبذل العناية المعقولة مستنداً على المهارة والعلم لتنفيذ التزامه بحسبان أنه إذا لم يبذل العناية المعقولة في تنفيذ التزامه - لا يكون مسئولاً طالما حقق النتيجة وهي إصدار الحكم حتى لو صدر الحكم مخالفاً للقانون أو أهمل قراءة أحد المستندات مثلاً[١].

ومن ثم يكون المحكم مخلاً بالتزام تعاقدي يستوجب مساءلته مدنياً إذا ما اعتزل أو تنحى عن القيام بالمهمة أي (لم يحقق النتيجة) وليس بمقدوره التمسك بالحصانة القضائية على اعتبار أن عمله بمثابة إنكار للعدالة - ولا يخول الخصوم استئناف الحكم - بل يقود إلى إحباط الإجراءات وإضاعة وقت وجهد الخصوم - وهذا المنحى كان واضحاً في دعوى Austewn[٢].

وفي جملة من الدعاوى قضت المحاكم بعدم أحقية المحكم بالأتعاب فضلاً على مساءلته مدنياً بتعويض الخصوم عن الضرر الذي أصابهم جراء عدم تحقيق النتيجة المطلوبة منه وقوامها إصدار الحكم خلال مهلة التحكيم - بما حاصله إسقاط حق التمسك بالحصانة القضائية[٣].

---

(١) Susan mclaughlin, «A rlitral Immunity» Published in International commercial and maritime Arbitration. edited by F.D Rose, Sweet & maxwell, London. 1988, P. 57.

(٢) Austewn, 716 F. Supp. at 124.

(٣) Baar V. Tigerman, 189 cal rptr. at 844. E.C . Ernst Inc V. manhattan construction co. of Texas, 551 F.2d 1026.

وعلى ذلك يمكننا تعريف عقد التحكيم بأنه العقد الذي بمقتضاه يلزم شخص ويسمى المحكم بإصدار الحكم خلال مهلة التحكيم في المنازعات المعروضة عليه من الخصوم مقابل مبلغ من المال يؤديه الخصوم.

ويتميز هذا العقد بأنه رضائي، ومعاوضة، وملزم للجانبين ويقوم على مبدأ الثقة أو حسن النية.

بادىء ذي بدء - وقبل أن نخوض في تفصيلات عقد التحكيم - فمن الأوفق - التقرير بأنه عقد غير مسمى - إذ أن المشرع لم يتناوله بالتنظيم الخاص لا في القانون المدني ولا في القانون التجاري - بل نزعم أن المشرعين في جميع الدول وعلى حد علمنا لم يتناولوه بالتنظيم وذلك للاعتبارات المبداه آنفاً. وعليه يغدو المصدر الذي تنبثق منه الأحكام المنظمة لهذا العقد هي المبادىء العامة للعقد الموضحة في القانون المدني وإرادة طرفي عقد التحكيم تطبيقاً لمبدأ حرية التعاقد - طالما أنها لا تصطدم باعتبارات النظام العام والتي يتعين على الكافة احترامها[1]

أ - فالعقد رضائي وليس إذعان:

ينعقد عقد التحكيم بمجرد ارتباط الإيجاب بالقبول[2]. الإيجاب الصادر عن الخصوم إلى المحكم بعرض موضوع النزاع عليه وبطلب فضه - فإذا صادف هذا الايجاب قبولاً من المحكم انعقد العقد في الفترة وبالطريقة التي ورد فيها القبول إلى الخصوم - ومثل ذلك يعتبر التعاقد بالمراسلة أنه قد تم في الزمان والمكان اللذين يتصل فيهما القبول بعلم الموجب[3].

(١) عبد الفتاح عبد الباقي - مصادر الالتزام في القانون المدني الكويتي - دار الكتاب الحديث - الكويت - ١٩٨٨ - ص ٥١.

(٢) وذلك تطبيقاً لنص المادة ٣٢ من القانون المدني الكويتي.

(٣) انظر نص المادة ٤٩ من القانون المدني الكويتي انظر أيضا: Chitty on contracts, Vol. 1, Sweet & maxwell, London 1989 P.653. Tradax S.A. V. Volkswagenwerk, A.G. (1970) 1 Q . B 537.

بيد أنه - عملاً - قد يبرم عقد التحكيم بطريقة مغايرة كما لو خول كل طرف من الخصوم بترشيح محكم من جانبه - فإذا ما رشح شخصاً عن طريق العرض عليه القيام بالمهمة فإن قبوله يعتبر إيجاباً موجهاً منه إلى الخصم الآخر - فإذا قبل الخصم الآخر الايجاب - انعقد عقد التحكيم في الفترة وبالطريقة التي ورد فيها القبول إلى الخصوم - ولا يقدح بهذه الرضائية كون المحكمين يعينون من قبل مؤسسة التحكيم.

ذلك أن تلك المؤسسة ما هي إلا وسيلة لإدارة التحكيم - خولت بإرادة الخصوم مجتمعة لكفايتهم عناء إيجاد محكمين مناسبين لطبيعة النزاع. ويتعين في هذه الحالة الرجوع إلى اتفاق الخصوم للوقوف على سلطة المؤسسة في اختيار المحكمين - فإن كانت السلطة نهائية - وهذا هو الغالب - كان تعيين المحكمين من المؤسسة نهائياً وينعقد العقد بين المحكمين والخصوم بمجرد اختيار المحكمين من مؤسسة التحكيم.

وتكون شروط عقد التحكيم هذا - هي لائحة أو أحكام أو قواعد التحكيم التي تخضع لها هذه المؤسسة. وقد تكون سلطة المؤسسة تنحصر في إيجاد المحكم المناسب - ولا يكون تعيينه باتاً إلا بقبول الخصوم به.

ومن حيث حرية التفاوض أو الإذعان في إبرام العقود إذا خول الخصوم مؤسسة التحكيم سلطة تعيين المحكمين وسرت قواعد التحكيم لتلك المؤسسة بشكل مطلق - مع حظر تعديلها أو الاتفاق على خلافها - فهل يصح القول إن عقد التحكيم في هذه الحالة من قبيل عقود الإذعان ؟

لا يعتبر في تصورنا عقد التحكيم في هذه الحالة من قبيل عقود الإذعان - بحسبان أنه يتعين لاعتباره كذلك أن يتعلق بخدمة من الضروريات الأولية، ليس لفرد بذاته وإنما لكل الأفراد وأن يكون أحد العاقدين محتكراً للخدمة سواء أكان احتكاراً قانونياً أو فعلياً[1].

---

(١) Philip Shuchmen «consumer credit by Adhesian contract, 35» (2) Temple Law Quarterly, Winter 1962, P. 129.

- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني - مصادر الالتزام - الجزء الأول - دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة - ١٩٨١ص ١٧٦ - ١٨٦.

- منصور مصطفى منصور، المصادر الإرادية للالتزام، مذكرات على الآلة الكاتبة، مقررة على طلبة كلية الحقوق بجامعة الكويت - ١٩٨٣ - ١٩٨٤ - ص ٢٠ - ٢٢.

ولا غرو أن الخدمة المقدمة من مؤسسة التحكيم التي تنطوي على فض النزاع أو تسهيل إجراءات فضه لا تعتبر من الخدمات الضرورية الأولية للكافة، علاوة على أن المؤسسة لا تتمتع باحتكار فعلي أو قانوني - ذلك أنه بمقدور الخصوم إحالة النزاع إلى مؤسسة أخرى أو إلى التحكيم الحر أو اللجوء إلى قضاء الدولة العام.

بيد أنه يمكن القول إن المقدرة التفاوضية لأطراف العقد قد لا تكون متساوية - إذ أن مؤسسة التحكيم عادة لا تسمح للخصوم والمحكم بالاتفاق على ما يغاير قواعدها - فإما أن يقبلوا بالقواعد كما وردت أو أن يدعوا - وأيا ما كان الأمر فإنه وحتى في حال عدم التساوي بالمقدرة التفاوضية بين أطراف العقد - فإن ذلك وبحد ذاته لاينال من الطبيعة الرضائية لعقد التحكيم[1].

وعلى هذا لايعتبر عقد التحكيم عقداً شكلياً - على اعتبار أنه عقد غير مسمى من جانب وتطبيقاً لمبدأ حرية التعاقد التي تركن إليها العقود غير المسماة في ترتيب أحكامها من جانب آخر - وقد نص القانون المدني في المادة (٦٥) بأنه «لا يلزم لانعقاد العقد، حصول الرضاء به في شكل معين، ما لم يقض القانون بغير ذلك». لأن الرضائية هي الأصل في العقود والشكلية الاستثناء.

ولا ينال من رضائية عقد التحكيم تطلب المشرع في قانون المرافعات أن يقبل المحكم القيام بالمهمة ويثبت قبوله كتابة[2] بحسبان أن الشكل هنا مطلوب للإثبات فحسب وليس شرط صحة إبرام التصرف - وإذا تخلف - فلا يؤثر على صحة إبرام العقد - كل ما في ذلك عوز الخصم لوسيلة الإثبات - بيد أنه لا يعدم من استخدام وسائل إثبات أخرى - كاليمين والإقرار[3].

---

(١) أحمد الملحم «نماذج العقود ووسائل مواجهة الشروط المجحفة فيها» مجلة الحقوق - بجامعة الكويت - السنة السادسة - العدد الأول والثاني - مارس يونيو ١٩٩٢.

(٢) نص المادة ١٧٨ من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي.

(٣) عزمي عبد الفتاح - قانون التحكيم الكويتي - مطبوعات جامعة الكويت - الطبعة الأولى - ١٩٩٠ - ص ١٨٣. أحمد أبو الوفا - التحكيم الاختياري والإجباري - منشأة المعارف - الاسكندرية - الطبعة الخامسة - ١٩٨٨ - ص ١٧٣.

ب – وهو عقد معاوضة:

يقوم عقد التحكيم على مبدأ عام قوامه أن يمنح الخصوم مقابلاً لما يأخذونه من المحكم.

فالمحكم يقوم بأداء عمل إلى الخصوم – وهؤلاء يقومون بأداء المقابل المادي للمحكم.

وهذا المحكم يستحق المقابل المادي جراء الخدمة التي أداها حتى وإن لم يقض عقد التحكيم صراحة بذلك فهو ليس وكيلاً مجانياً[1] ثم إن الأجر دائماً يكون لقاء العمل.

وإذا كان التحكيم تجارياً وقضى اتفاق التحكيم بتعيين محكم تاجر – استحق المحكم التاجر المقابل المادي حتى ولو لم يقض عقد التحكيم صراحة بذلك – تطبيقاً للمادة (١٢) من قانون التجارة الكويتي التي تنص على أنه «إذا كان العقد تجاريا بالنسبة إلى أحد العاقدين دون الآخر، سرت أحكام قانون التجارة على التزامات العاقد الآخر الناشئة من هذا العقد».

ذلك أن الأصل في التصرفات إذا كانت تجارية أن تكون بمقابل وخلافاً للتصرفات المدنية التي تقوم على التبرع. ونحيل في تفصيل ذلك إلى ما سوف نتناوله لاحقاً عند بحث الأحوال الخاصة التي يكتسب فيها عقد التحكيم الصفة التجارية.

ولما كان عقد التحكيم يبرم على أساس تعدد الأطراف – فمن جانب الخصوم – يتعين أن يكون أكثر من واحد – ومن جانب المحكم – على الأقل واحد – فإن الخصوم مسئولون شخصياً وتضامنياً تجاه المحكم عن أداء المقابل[2]، ما لم يقض الاتفاق خلاف ذلك.

---

(١) عزمي عبد الفتاح – هامش رقم ١٦ أعلاه، ص – ١٨٩.

(٢) The ofano maritime co, Limited V. Long Tone of chrome one on Board - The Aliakmon, D.C.md. 1954, 122 F . Supp. 853.

ج – وهو عقد ملزم للجانبين:

ينشىء عقد التحكيم التزامات متقابلة في ذمة طرفي العقد – ومن الصعب حصر حقوق والتزامات طرفي العقد لأنها تتعدد بتعدد المصالح التي يبتغي كل واحد منهم حمايتها – بيد أن الالتزام الجوهري للمحكم هو تنفيذ اتفاق التحكيم المبرم بين الخصوم – ومحصلته النهائية إصدار الحكم خلال مهلة التحكيم – والتزام الخصوم الجوهري هو تمكين المحكم من أداء التزامه – من حيث تقديم مستندات الدعوى ودفاعهم – ومن ثم أداء مقابل للخدمة التي قدمها المحكم – وترتيباً على ذلك إذا تقاعس أحد الخصوم عن تقديم مستنداته أو دفاعه – خلال الأجل الذي ضربة المحكم – فلا يحول ذلك دون استمرار المحكم في أداء مهمته وإصدار الحكم – تطبيقاً لنص المادة (١٧٩) مرافعات كويتي التي تقضي بأنه «.. ويجوز الحكم بناء على ما يقدمه جانب واحد إذا تخلف الآخر عن ذلك في الموعد المحدد...».

وتعويلاً على إلزامية العقد للجانبين إذا أخل أحد طرفي العقد بتنفيذ التزامه كان للطرف الآخر أن يمتنع عن تنفيذ التزامه المقابل. وترتيباً على ذلك فإنه بمقدور المحكم حبس الحكم والأحجام عن إيداعه لدى إدارة المحكمة المختصة[1] ريثما يستأدي أتعابه من الخصوم[2] وفي المقابل فإنه بمقدور الخصوم الامتناع عن أداء أتعاب المحكم إذا أحجم عن إصدار الحكم خلال مهلة التحكيم.

وكل ذلك تطبيقاً لنص المادة ٢١٩ من القانون المدني التي تقضي بأنه «في العقود الملزمة للجانبين، إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الأداء، جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن الوفاء بالتزامه، إذا لم يقم المتعاقد الآخر بالوفاء بما التزم به».

(١) نص المادة ١٨٤ من قانون المرافعات الكويتي.

(٢) نص المادة (١) ٢٣ من قواعد التحكيم لغرفة التجارة الدولية.

د – وهو عقد ثقة وكتمان أو حسن النية: Fiduciary Relationship

العقود كأصل عام – تتطلب في تنفيذها التقيد بما تتضمن من أحكام، وبطريقة تتفق مع ما يقتضيه حسن النية وشرف التعامل[1] إلا أن بعض العقود توجب على طرفيها أثناء وبعد إبرام العقد التحلي بحسن النية من إفصاح من جانب وكتمان من جانب آخر – إذ أنه يتعين على طرفي عقد التحكيم الإفصاح عن جميع الظروف التي تؤهل الطرف الآخر تقرير مدى ملاءمة إبرام العقد من عدمه.

ومن هنا – يلزم الخصوم الإفصاح والإيضاح عن طبيعة النزاع وما يتضمنه اتفاق التحكيم بينهما كي يقرر المحكم مدى أهليته للقيام بالمهمة – وفي الوجه المقابل يتعين على المحكم الكشف عن الظروف التي قد تقدح باستقلاله وحياده في نظر الدعوى.

ومقتضى واجب الكتمان – حفاظ المحكم على سرية التحكيم وعلى المعلومات التي أفضى بها الخصوم إليه أثناء جلسات التحكيم – كي تمكنه من الفصل بالدعوى. لذا – فلا غرابة إذا ما اصطلح على تسمية هذا النوع من العقود «Uberrima Fides» وتعنى سلامة النية المثلى أو الأمانة والصراحة الخالصة[2].

وعليه إذا لم يلتزم أي من طرفي العقد بواجب الإفصاح – حق للمتعاقد الآخر طلب إبطال العقد – حتى ولو بعد إصدار الحكم – كما لو أن المحكم لم يكشف عن علاقة القرابة بينه وبين أحد الخصوم[3].

---

(١) نص المادة ١٩٧ من القانون المدني الكويتي.

(٢) للمزيد من التفصيل انظر القسم الثاني من الدراسة تحت واجب المحكم في عدم إفشاء أسرار الخصوم – وقد تبدو علاقة الثقة والكتمان بين الموكل ووكيل العقود – اذ تنص المادة ٢٨٠ من قانون التجارة على أنه «١ – يلزم وكيل العقود بالمحافظة على حقوق الموكل وله اتخاذ جميع الإجراءات التحفظية اللازمة للمحافظة على هذه الحقوق وعليه أن يزود موكله بالبيانات الخاصة بحالة السوق في منطقة نشاطه. ٢ – ولايجوز له أن يذيع أسرار الموكل التي تصل إلى علمه بمناسبة تنفيذ الوكالة ولو كان ذلك بعد انتهاء العلاقة العقدية».

(٣) انظر واجب المحكم في الكشف عن الظروف التي قد تقدح باستقلاله – القسم الثاني من الدراسة.

ثانيا – الطبيعة القانونية لعقد التحكيم:

يتميز عقد التحكيم بأن محل العقد ينصب على عمل أو خدمة يقدمها المحكم إلى الخصوم – وقوامها الفصل بالنزاع المعروض على المحكم.

بيد أن هذه الخدمة تختلف عن مثيلاتها في عقود الخدمات الأخرى بحسبان أنها مهمة شبه قضائية – بما تستتبعه من ضرورة حياد المحكم واستقلاله عن الخصوم وموضوع الدعوى – وما يترتب على ذلك من ضرورة تخليص المحكم من أية مخاوف قد تساوره من احتمالات مقاضاته من الخصوم جراء إهماله في نظر الدعوى – أي منح المحكم بعض الحصانة القضائية من الدعاوى المدنية المرفوعة عليه من الخصوم[1]. ومن هنا – تعن – الحاجة إلى تبيان الطبيعة القانونية لعقد التحكيم المبرم بين المحكم والخصوم – بمقارنته – مع عقود الخدمات الأخرى أو الواردة على العمل التي قد تتداخل معه في بعض العناصر – وهي:

أ ـ عقد الوكالة.

ب ـ عقد العمل.

ج ـ عقد المقاولة.

أ – عقد الوكالة:

من الأوفق القول – ابتداء – إن المحكم يستمد ولايته في التحكيم من الإرادة المشتركة لكل من المحتكمين، ليس من طرف بعينه حتى وإن كان ذلك الطرف هو الذي اقترح تعيينه وهو عندما يباشر مهمة الفصل بالدعوى لا يكون نائباً أو وكيلاً عن الخصم الذي عينه – ومن باب أولى – وكيلاً عن كلا الخصمين، وذلك خلافا للأصل العام في عقد الوكالة الذي يقيم بمقتضاه الموكل شخصاً آخر مقام نفسه في مباشرة تصرف قانوني[2]. وعقد التحكيم المبرم بين المحكم والخصوم يختلف تماماً عن

(١) انظر لاحقا – حق المحكم بالحصانة القضائية – القسم الثاني من الدراسة.

(٢) نص المادة ٦٩٨ من القانون المدني الكويتي.

العلاقة التي تربط الخصوم مع من أولوه مهمة الدفاع عنهم أمام هيئة التحكيم - وهي هنا عقد وكالة تنطبق عليه القواعد العامة المتعلقة بعلاقة العميل مع المحامي.

وبطبيعة الحال تتميز هذه العلاقة عن علاقة الخصوم مع المحكم. فالخصم أمام هيئة التحكيم يستطيع أن يعزل بإرادته المنفردة المحامي الذي أوكل له مهمة الدفاع عنه - وهو ليس بمقدوره ذلك بالنسبة إلى المحكم بحسبان أن المحكم قد عين بإرادة مشتركة من الخصوم - ليس من إرادة أحدهم. ومن ثم يتعين إجماع الخصوم على عزل المحكم(١).

وفضلاً عن ذلك فالقول إن المحكم وكيلاً عن الخصم الذي عينه يعني أنه يأتمر بما يملي عليه الخصم. وهذا يتنافى مع طبيعة المهمة المناطة بالمحكم، وهي الفصل بالنزاع وفقاً لمقتضيات العدالة ومتحلياً بالحياد والاستقلال. وينبني على ذلك أن المحكم قد يرفض طلباً مقدماً من أحد الخصوم ولو كان وكيلاً لما حق له ذلك. ولا يكون المحكم مسئولا تجاه الخصوم حتى لو أهمل في دراسة الدعوى وكان الحكم خاطئا لأنه يتمتع بحصانة قضائية منبثقة من المهمة شبه القضائية التي يضطلع بها، بينما يكون الوكيل مسئولا إذا لم يتبع أوامر الموكل لأنه يقوم بمهمة قانونية.

ومن باب أولى - لايعتبر المحكم وكيلاً مشتركاً عن الخصوم لأن مصالح الخصوم متعارضة ولايجوز للوكيل أن يمثل طرفين مصالحهما متنازعة - إذ أن كلاً منهما مدعٍ ومدعى عليه.

ومن ثم يغدو تكييف عقد التحكيم على أنه عقد وكالة غير منضبط - ويتمرد عقد التحكيم على عقد الوكالة ومن الصعوبة إدراجه ضمن نطاقه(٢).

(١) نص المادة ٣/١٧٨ من قانون المرافعات الكويتي، وكذا انظر المادة ٧١٧ من القانون المدني الكويتي.
(٢) عزمي عبد الفتاح - هامش رقم ١٦ أعلاه - ص ١٨٤.

ب – عقد العميل:

يتشابه عقد التحكيم مع عقد العمل في أن كلاهما ينطويان على تقديم خدمة من قبل العامل أو المحكم لقاء أجر.

بيد أن عقد العمل يتميز عن عقد التحكيم بصورة واضحة، ذلك أن التزام العامل هو ببذل عناية في القيام بأعباء العمل – خلافاً لالتزام المحكم المنبثق عن عقد التحكيم – هو التزام بتحقيق نتيجة قوامها إصدار الحكم خلال مهلة التحكيم.

وعلى ذلك لايصح اعتبار المحكم عاملاً لدى الخصوم – ومن ثم يخضع عقد التحكيم لقانون العمل – لأن المحكم ليس تابعاً أو نائباً عن الخصوم – كما هو الحال بالنسبة إلى علاقة العامل برب العمل – إذ أن العامل ما هو إلا تابع لرب العمل يأتمر بأوامره وينفذ تعليماته[1].

وقد نصت المادة الأولى من قانون العمل الكويتي على أنه «يقصد بكلمة عامل كل ذكر أو أنثى من العمال أو المستخدمين يقوم بعمل يدوي أو ذهني مقابل أجر تحت إشراف أو أوامر صاحب العمل.»

بما حاصله خضوع العامل للجزاءات التأديبية إذا ما خالف أوامر صاحب العمل.

علاوة على مساءلة العامل عن نتيجة العمل طالما أنه نفذها خلافاً لتعليمات صاحب العمل – وهذا ما يباعد بين العقدين موضوع البحث إلى حد متطرف – بحسبان أن المحكم بما غلف من حصانة غير مسئول عن النتيجة التي خلص إليها حتى وإن كان مخطئاً طالما كان يقوم بالمهمة مستقلاً عن الخصوم – وليس بمقدور الخصوم توقيع الجزاءات التأديبية عليه وذلك لطبيعة المهمة شبه القضائية التي يضطلع بها.

وفضلاً عن ذلك فإن أحكام قانون العمل تتصف بالصيغة الآمرة حفاظا على مصلحة الطرف الضعيف من غلواء وتسلط الطرف القوي وهو رب العمل. بينما عقد

(١) عبد الرسول عبد الرضا – الوجيز في قانون العمل الكويتي – جامعة الكويت – ١٩٨٥ – ص ٤.

التحكيم عقد غير مسمى تتساوى فيه تقريباً المقدرة التفاوضية لأطراف العقد - لذا فإن المشرع يوسع من دائرة المسائل غير المنظمة تاركاً إياها لاتفاق الطرفين بما يحقق مصالحهما.

ثم إنه يجوز في بعض الأحوال إبرام عقد العمل مع من لم يبلغ سن الأهلية القانونية - إذ للشخص أهلية كاملة في إبرام عقد العمل ببلوغه ١٨ سنة - وخلافاً للمحكم الذي يتعين أن يبلغ سن الأهلية الكاملة وهي ٢١ سنة[١].

ج - عقد المقاولة:

يعرف عقد المقاولة بأنه «عقد يلتزم بمقتضاه أحد الطرفين أن يؤدي عملاً للطرف الآخر مقابل عوض، دون أن يكون تابعاً له أو نائباً عنه»[٢].

وتدق التفرقة بين عقد التحكيم وعقد المقاولة تأسيساً على اشتراك العقدين في جملة من العناصر - وهي:

- التزام المقاول والمحكم بتحقيق نتيجة وليس ببذل عناية دون أن يكون أي منهما تابعاً أو نائباً عن الطرف الآخر[٣].
- ينطوي المحل في كلا العقدين على تقديم خدمة أي أداء عمل.
- وذلك مقابل أجر.

بيد أنه يتميز عقد التحكيم عن عقد المقاولة في أن مقتضى عقد المقاولة وجود جانب (طرف في العقد) له وحدة هدف حتى لو كان متعدد الأشخاص وجانب آخر يقوم بتنفيذ العمل المنوط به - أما عقد التحكيم فمن مقتضاه وجود جانب له مصالح تنازعه مصالح الجانب الآخر وليس بمقدور المحكم إعمال مصالحهما معاً - بل يقضي لمن كان الحق إلى جانبه.

---

(١) وتقضي المادة ١٨ من قانون العمل على أنه «يحظر تشغيل من يقل سنهم عن أربع عشرة سنة من الجنسين». بما حاصله جواز إبرام عقد العمل منذ بلوغ الشخص ١٤ سنة.

(٢) نص المادة ٦٥١ من القانون المدني الكويتي.

(٣) انظر نص المادة ١/٦٦٦ من القانون المدني.

وفي عقد المقاولة يتحمل المقاول مسئولية إهماله في تنفيذ العمل المنوط به بينما يكون المحكم محصناً من المسئولية المدنية - إلى حد ما - اعتماداً على المهمة شبه القضائية التي يضطلع بها - ولايصح مقارنة المحكم بالمحامي لأن الأخير يلزم ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة.

وليس للمحكم أن يطلب فسخ عقد التحكيم مع الخصوم إذا لم يقدم أحد طرفي النزاع دفاعه أو مستنداته خلال المهلة التي حددت له - بل يجوز له الحكم بناء على مستندات الطرف الآخر[1] بينما إذا لم يقدم رب العمل في عقد المقاولة الأداء المطلوب منه - يجوز للمقاول طلب فسخ العقد[2].

ثم إنه لايجوز للخصوم الامتناع عن تسلم الحكم الصادر من المحكم - متى صدر خلال مهلة التحكيم حتى وإن كان يعتريه عيب - ويستحق المحكم الأتعاب - بحسبان أن المشرع قد حدد سبل الطعن بالحكم في أحوال وردت على سبيل الحصر[3] بينما في المقاولة يجوز لرب العمل الامتناع عن تسلم العمل إذا كان معيباً[4].

وترتيباً على ذلك - نرى - أن عقد التحكيم المبرم بين المحكم والخصوم عقداً مستقلاً ومنفصلاً عن العقود المسماة في القانون المدني ويتمرد عليها وبوجه خاص - نتيجة إلى طبيعة المهمة المناطة بالمحكم «الشبه قضائية» وبما تستتبعه من ضرورة تمتعه ببعض الحصانة القضائية على غرار القاضي من أجل تزويده ببعض الضمانات الضرورية لإصدار الحكم بحرية واستقلال وحياد.

(١) نص المادة ١٧٩ من قانون المرافعات الكويتي.
(٢) نص المادة ٦٧١ من القانون المدني.
(٣) نص المادة ١٨٦ من قانون المرافعات الكويتي.
(٤) نص المادة ٦٧٣ من القانون المدني الكويتي.

د – قد يكتسب عقد التحكيم في أحوال خاصة الصفة التجارية:

الأصل العام – إن المحكم يقوم بأداء عمل قوامه الفصل بالدعوى معتمداً على ما تحصل عليه من خبرة وكفاءة وثقافة ركن إليها الخصوم ثقة به وبعلمه.

والخدمة المقدمة من المحكم – ليست مسبوقة بالشراء – ومن ثم لاينطبق عليها المعيار العام للعمل التجاري الذي دونه المشرع الكويتي في المادة الثالثة من قانون التجارة – والتي تقضي بأن «الأعمال التجارية هي الأعمال التي يقوم بها الشخص بقصد المضاربة، ولو كان غير تاجر»[1] بما حاصله أن العمل الذي يقوم المحكم بأدائه هو بحسب الأصل عمل مدني – مالم تكن هذه الخدمة مقدمة من خلال شركة – أحد أغراضها الفصل بالنزاعات الناشبة بين التجار – ومالم تكن أيضاً هذه الخدمة مقدمة من خلال وكالات للأعمال تطبيقاً لنص المادة ١٣/٥ من قانون التجارة. وفي الوجه المقابل – فإن الطابع الغالب لمنازعات الخصوم التي تعرض على التحكيم – هو الطابع التجاري – أي أنه إما يكون الخصوم تجاراً أو أن النزاع متعلق بعمل تجاري. ذلك أن قانون التجارة ينطبق على التجار، وعلى جميع الأعمال التجارية التي يقوم بها أي شخص ولو كان غير تاجر[2].

وفي هذا الصدد يكون عقد التحكيم في أحد جانبيه عملاً تجارياً إما بالتبعية الموضوعية إذا كان مرتبطاً أو مسهلاً لعمل تجاري أو تجارياً بالتبعية الشخصية إذا قام به تاجر لحاجات تجارته[3].

ويكون من الجانب الآخر بالنسبة للمحكم عملاً مدنياً – وعليه يغدو عقد التحكيم عملاً مختلطاً أو تجارياً من جانب واحد – مما يستتبع تطبيق نص المادة ١٢ من قانون التجارة وفحواها تطبيق قانون التجارة على التزامات المتعاقد الذي يعتبر

(١) انظر أيضاً نص المادة الرابعة من قانون التجارة الكويتي التي أوردت أمثلة وتطبيقات على معيار المضاربة.

(٢) نص المادة الأولى من قانون التجارة الكويتي.

(٣) وذلك تطبيقا لنص المادة ٨ من قانون التجارة الكويتي.

العمل بالنسبة إليه مدنياً، وتقضي المادة ١٢ على أنه «إذا كان العقد تجارياً بالنسبة إلى أحد العاقدين دون الآخر، سرت أحكام قانون التجارة على التزامات العاقد الناشئة من هذا العقد[١].

بيد أنه قد يكتسب عقد التحكيم الصفة التجارية في كلا جانبيه - ذلك أن عمل المحكم قد يتحول من عمل مدني إلى عمل تجاري تطبيقاً لنظرية الأعمال التجارية التبعية - فإذا كان المحكم تاجراً للجملة وعين محكماً لنزاع نشب بين تاجرين للتجزئة عميلين له - فيتحول عمل المحكم من عمل مدني إلى عمل تجاري بالتبعية الشخصية لأنه قام بهذا العمل لحاجات تجارته.

وتفصيل ذلك على النحو الآتي: مثلا لو كان منتج يقوم ببيع سلعة على تجار التجزئة بوساطة عقود أبرمها معهم، ونشب خلاف بين تجار التجزئة حول تسويق ذلك المنتج، كما لو أن أحدهم قام بتخفيض قيمة السلعة بغية جذب عملاء الآخرين، فإن تعيين تاجر الجملة محكماً للفصل بالنزاع الدائر بين تجار التجزئة يعد عملاً تجارياً بالتبعية الشخصية بالنسبة إلى المحكم تاجر الجملة بحسبان أنه قام به لحاجات تجارته. ولا نزعم أن هذا رأي لاخلاف فيه بحسبان أنه يمكن القول بأن عمل المحكم هنا يظل مدنيا ولا يتحول إلى تجاري. بيد أنه ينبغي التوسع في تفسير نظرية الأعمال التجارية بالتبعية الشخصية على هدى من سياسة المشرع القائمة على أساس توسيع نطاق الأعمال التجارية. ونسند وجهة نظرنا هذه إلى ما يلي:

أولا: لم يفرق المشرع الكويتي في المادة الثامنة من قانون التجارة - وهي الأساس القانوني لنظرية الأعمال التجارية بالتبعية - بين عمل مدني وآخر، إذ تقضي

(١) يعقوب يوسف صرخوه، أحكام الإثبات واجبة التطبيق على الأعمال المختلطة في القانون الكويتي، مجلة الحقوق - السنة الخامسة عشرة - العدد الثاني والثالث والرابع - يونيو سبتمبر ديسمبر ١٩٩٠ - ص ٨٩.
- محمد فريد العريني - الأعمال المختلطة بين القانون التجاري والقانون المدني - مجلة المحامي - العدد يونيو / أغسطس/ سبتمبر ١٩٨٨ - ص ٦٤.

المادة بأن «جميع الأعمال التي يقوم بها التاجر لحاجات تجارته، تعتبر أيضاً تجارية» ومن ثم فإن المطلق يؤخذ على إطلاقه ما لم يقيده نص خاص.

ثانيا: لو تتبعنا تطور الفقه والقضاء في تطبيق نظرية الأعمال التجارية بالتبعية لاهتدينا إلى أنها كانت تطبق في البداية على الأعمال المدنية التي يقوم بها التاجر متى كانت من ضرورات تجارته ثم لم يلبث الفقه والقضاء أن مد نطاق النظرية إلى الأعمال المدنية حتى وإن لم تكن من الحاجات الضرورية للمتجر طالما أن التاجر لم يكن ليقوم بالعمل المدني لولا نشاطه التجاري، حتى وصل الأمر في وقتنا الحاضر إلى تطلب الارتباط المادي بين العمل المدني وحرفة التاجر وحسب، حتى يتحول العمل المدني إلى تجاري بالتبعية ومثال ذلك ما قضت به محكمة السين الفرنسية في ١٥/٣/ ١٩٦٦ بأن شراء التاجر منزلا لسكناه قريب من محله التجاري حتى يسهل عليه الوصول والاشراف على المتجر يعتبر عملاً تجارياً. ومن جانب آخر فإن المشرع الكويتي قد مد نطاق النظرية إذ لم يكتف بالجانب الشخصي منها بل نص في المادة الثامنة على أنه إذا كان العمل المدني مرتبط أو مسهل لعمل تجاري يتحول العمل الأول إلى تجاري بالتبعية وهو ما يعرف بالتبعية الموضوعية.

ثالثاً: إن قيام تجار التجزئة بتعيين تاجر الجملة محكم للفصل بالنزاع الناشب بينهم حول تسويق السلعة يمكن اعتباره عملاً يقوم به تاجر الجملة لحاجات تجارته وذلك كافيا لإضفاء الصفة التجارية على عمله الذي كان مديناً بحسبان أنه إذا لم يسو النزاع فإن مصلحته التجارية في تسويق السلعة قد تتأثر وتصاب السلعة بالكساد. وربما يكون تاجر الجملة أقدر شخص لوضع حد للنزاع القائم بين تجار التجزئة. لذا فإن مصلحة كل الأطراف متفقة على تعيين تاجر الجملة محكماً.

وقد يبدو للوهلة الأولى عدم جواز تعيين تاجر الجملة محكماً لأن له مصلحة في موضوع النزاع على اعتبار أن المحكم ينبغي أن يكون مستقلا ومحايداً وأن هذا الارتباط هو المعول عليه في تحول عمله عند الفصل في النزاع من مدني إلى تجاري بالتبعية. بيد أن هذه النظرة مردود عليها بأن مصلحة المحكم تاجر الجملة ليست في موضوع النزاع بل بالفصل فيه حتى لايطول وتتعطل مصلحته، ولا يضيره من كان

الحق معه. وفضلا عن ذلك فإنه طالما قد ارتضي تجار التجزئة تعيينه محكماً، فلا يصح طلب رده عن أسباب كانت معلومة لديهم قبل تعيينه وفقاً لما تقضي به المادة ١٧٨ من قانون المرافعات الكويتي، ومن الممكن أن تحتوي العقود المبرمة بين تاجر الجملة وتجار التجزئة على نص يقضي بضرورة تعيين الأول محكماً فيما لو نشب نزاع بين الآخرين حول تسويق السلعة.

رابعاً: لا تعارض بين طبيعة التحكيم والطبيعة التجارية للعمل، إذ أن الأعمال التجارية بالتبعية - عادة - ما تتطلب من التاجر أداء مقابل مادي للغير لقاء القيام بالعمل كما لو ورد الكهرباء والماء لمتجر أو أبرم عقد التأمين على محله التجاري، أما المحكم فيتقاضى أجراً لقاء الخدمة التي يؤديها، ففي دعوى pando companiena Noviera V.Filmo قضت محكمة الاستئناف الانجليزية بأن التفرغ للتحكيم البحري يجعل ممن يمارسه تاجراً (١).

خامسا: طالما كان النزاع بين تجار حول أعمالهم التجارية وتم تعيين محكم تاجر للفصل في الدعوى، وكان هناك ارتباط بين عمل المحكم وبين حرفته التجارية فمن الملائم اعتبار عمله المتمثل في الفصل بالدعوى عملاً تجارياً بالتبعية الشخصية على اعتبار أن عقد التحكيم هنا لم يخرج عن حيز الحرفة التجارية مما يتطلب إخضاعه لقواعد القانون التجاري.

ثالثا - طرفا العقد:

يبرم عقد التحكيم بين الخصوم والمحكمين - ويكون ذلك على إحدى صورتين، إما بين كل خصم والمحكم الذي اختاره على حدة، ثم يبرم الخصوم عقدا آخر مع المحكم المرجح أو أن يبرم الخصوم والمحكمون اتفاقا واحداً يحوي حقوق وواجبات المحكمين والخصوم مجتمعين.

وحتى يكون بمقدور الخصم إبرام عقد التحكيم يتعين أن يحوز على سلطة التصرف في الحق محل النزاع. إذ نصت المادة ١٧٣ مرافعات كويتي على ذلك

(١) انظر هامش رقم ٦٥ و ٦٦ لاحقاً.

بقولها «لا يصح التحكيم إلا ممن له أهلية التصرف في الحق محل النزاع» ويقتضي ذلك توافر الأهلية المدنية أو التجارية لدى الخصم وهي بلوغ سن ٢١ سنة[١] وخلوه من عوارض أو موانع الأهلية.

وثمة ترابط بين اتفاق التحكيم - والذي يرد إما بصورة شرط أو مشارطة تحكيم - وعقد التحكيم. فما يشترط في الخصوم لإبرام الاتفاق الأول يتحتم توافره في الخصوم عند إبرام العقد مع المحكمين بحسبان أن العقد الأخير ما هو إلا إجراء لازم لتنفيذ اتفاق التحكيم.

وفي مجال التحكيم التجاري الدولي فإن أهلية الخصم لابرام عقد التحكيم يعينها قانونه الشخصي أي قانون الدولة التي يحمل جنسيتها وليس القانون المختار من الخصم كي ما يطبق على موضوع النزاع[٢] بيد أنه يستثنى من المبدأ المتقدم عند ادعاء أحد الخصوم نقص أهليته بالاستناد على قانونه الشخصي بعد أن أبرم عقد التحكيم متظاهرا باكتمال الأهلية بحسبان أن ذلك يتنافى مع مبدأ حسن النية وشرف التعامل. فقد قضى في إحدى الدعاوى بأن النظام العام العالمي يرفض ادعاء مواطن عند تعامله مع أجنبي بحرية وإدراك ويبرم عقد التحكيم ويحوز على ثقة المتعاقد الآخر ومن ثم يدعي بطلان التصرف[٣] وقد أكد المشرع الكويتي هذا المعنى بموجب نص المادة ٣٣ من القانون رقم ٥ لسنة ١٩٦١ بشأن تنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي

---

(١) المزيد من التفصيل انظر - عزمي عبد الفتاح عطية «قانون التحكيم الكويتي - مطبوعات جامعة الكويت - الطبعة الأولى ١٩٩٠ص ٩٨ - ١٠٤ انظر المادة ٢/١/٢ من قانون التحكيم الاسترالي والمادة ١/٢ من قانون هونغ كونغ للتحكيم والذي يقضي بضرورة توافر أهلية التصرف لدى الخصم الراغب في إبرام عقد التحكيم: انظر:

Commercial Arbitration Law In Asia and the Pacific - edited by Kenneth R. Simmonds and Brian H.W. Hill and sigvard Jarvin, I.C.C. Publication S.A, Paris, 1987.

(٢) W.Laurence Craig, William W.Park and Jan Paulsson «International Chamber of Commercial Arbitraion» , 2nd ed, Oceana Publication, Inc. London, 1990, P.61.

(٣) غرفة التجارة الدولية - قضية رقم ١٩٣٩/١٩٧١ مذكورة لدى Laurence craig هامش رقم ٤٢ أعلاه ص ٦٢ انظر كذلك المادة ٢/١٧٧ من القانون الاتحادي السويسري والتي تقضي بأنه ليس بمقدور الشخص الذي هو طرف في اتفاق التحكيم الاعتماد على قانونه الشخصي للحد من أهليته انظر: Lalive: «The New Swiss Law on International Arbitration», 4 Arb. Int. 2 1988.

على أنه في التصرفات المالية التي تعقد في الكويت وتترتب أثارها فيها إذا كان أحد الطرفين أجنبياً ناقص الأهلية وكان نقص الأهلية يرجع إلى سبب فيه خفاء لايسهل على الطرف الآخر أن يتبينه، فإن هذا السبب لايؤثر في أهليته في علاقته بمن يتعامل معه وتعتبر تصرفاته في حكم تصرفات كامل الأهلية. وفضلا عن ذلك فقد نص المشرع المدني الكويتي في المادة ٩٧ على أنه إذا لجأ القاصر، في سبيل إخفاء نقص أهليته إلى طرق تدليسية من شأنها أن تحمل على الاعتقاد بتوافر الأهلية لديه، كان ملتزماً بتعويض من تعاقد معه عما يرتبه له الإبطال من ضرر.

ومن اللافت للنظر أن المشرع لم يضع قيوداً على الخصوم لإبرام عقد التحكيم مع المحكمين - بل انحاز إلى مبدأ حرية التعاقد - سيما وأن الخصوم هم قضاة دعواهم - ولهم حرية الإحالة إلى التحكيم ولا يحد من حريتهم في ذلك إلا المسائل التي تهم النظام العام[1] وإن العلة التي من أجلها استلزم المشرع ضرورة توافر أهلية التصرف لدى الخصم في الحق محل النزاع هو احتمال خسارة الخصم حقه إذا حكم المحكمون ضد أحد الخصوم.

في المحكمين :

١ - الشروط القانونية :

أ - شخص طبيعي كامل الأهلية.

ب - الحياد والاستقلال.

قضى المشرع الكويتي في المادة ١/١٧٤ من قانون المرافعات على أنه لا يجوز تعيين محكم لم يبلغ سن الأهلية المدنية أو التجارية وهي ٢١ أو بلغ هذا السن ولكن ألم به عارض من عوارض الأهلية كالجنون أو السفه أو العته أو الغفلة ولايجوز للمحروم من حقوقه المدنية بسبب عقوبة جنائية أو المفلس ما لم يرد إليه اعتباره أن يكون محكماً. وتبرير هذا الشرط أن وظيفة المحكم هي الفصل في النزاع مراعياً اعتبارات العدالة - وإذا كان القاصر ليس أهلا لتولي أموره الشخصية - فمن باب

(١) انظر المادة ٣/١٧٣ من قانون المرافعات الكويتي رقم ١٩٨٠/٣٨.

أولى عدم مقدرته على مراعاة مصالح الآخرين ففاقد الشيء لايعطيه. وعلاوة على ذلك فإن المحروم من حقوقه المدنية ثمة خدش يعتري نزاهته ومن ثم لايتوافر لديه الحد الأدنى من ضمانات سير العدالة.

ومن الحري الإشارة إلى أن تشريعات الدول تكاد تجمع على ضرورة كمال أهلية المحكم[١] فهي تحدد الشروط اللازمة بالاتجاه السلبي - فاتحة المجال في التضييق من حالات عدم جواز تعيين المحكمين - وبتعبير أدق تحديد الحالات التي لايصح للشخص إذا ما توافرت فيه أن يكون محكماً. وليس من الصعب القول إن المشرع يتشدد في الشروط المتعين توافرها في القاضي أكثر من المحكم على اعتبار أن القاضي يمثل العدالة في المجتمع وهو الأصل الذي ترفع إليه الدعاوى بما أوتي من اختصاص - بينما المحكم عين من قبل الخصوم وهو يمثل العدالة في المخاصمة المطلوب منه فضها[٢].

ومن جانب آخر يتعين أن يكون المحكم شخصاً طبيعياً لامعنوياً - ويمكن استفادة ذلك من ضرورة توافر أهلية الأداء لديه - وهذه لاتوجد إلا للشخص الطبيعي إذ أن المحكم يرد لذات الأسباب التي يرد بها القاضي وهي أسباب لا تتوافر إلا في الشخص الطبيعي دون المعنوي[٣].

---

(١) انظر المادة ١/٢/٤ من قانون التحكيم الكوري - المادة ١/٤ من قانون التحكيم الماليزي والمادة ١/٤/١ من القانون السنغافوري مادة ٧٩٢ من القانون المدني الياباني - الكتاب الثامن لدى Kenneth R. Simmonds, Brian H.W. Hill and Sigvard Jarwin: n. No. 41, above at 81 - 104.

(٢) Marilyn Blumbery Cane and Patricia a. Shub, «The Arbitrator's Manual», Journal of International Arbitration Vol. 9, No.3, September 1992, P.71.

- Peter S.Caldwell, The training of Arbitrator and Quality Assurance of Arbitration, Journal of International Arbitration, Vol.9, No.3, September 1992, P.99

(٣) انظر المواد ٤/١٧٨ و ١٠٢ - ١١٢ من قانون المرافعات الكويتي. والمحكم وفقا لما انتهت إليه محكمة التمييز الكويتية «شخص يتمتع بثقة الخصوم أولوه عناية الفصل في خصومه قائمة بينهم وهو لايعدو أن يكون قاضيا وقع عليه اختيار الطرفين المتنازعين للفصل في نزاع محدد بينهم بدلا من قاضي الدولة الرسمي - لذلك لايمكن أن يكون المحكم الا شخصا طبيعيا ولايمكن بأي حال من الأحوال أن يكون شخصاً معنوياً كشركة أو جمعية - ودليل ذلك مانصت عليه المادة ١٧٤ من أنه لايصح أن يكون قاصرا أو محجورا عليه.. وهي صفات لاترد إلا على الشخص الطبيعي دون المعنوي» تمييز كويتي ١٩٧٦/١٢/٢٩ الطعن ٤٨ لسنة ١٩٧٥ مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز في الفترة من ٧٢/١١/١ حتى ١٩٧٩/١٠/١.

ب - الحياد والاستقلال:

طالما أن المحكم يباشر مهمة قضائية قوامها الفصل بموضوع النزاع المعروض عليه، فيتعين والحال كذلك أن يكون مستقلا Independent ومحايداً Impartial or Neutral[١] وليس ثمة اتفاق في الفقه حول مفهوم الاصطلاحين. فاتجاه يرى أن الاستقلال هو ضرورة عدم ميل عاطفة المحكم تجاه أحد الخصوم بعداوة أو مودة يرجح معها عدم استطاعته الحكم بين الخصوم بالعدل والانصاف مما يقتضي تحرر المحكم من تأثير الخصوم مهما كان مصدره سواء صداقة أو قرابة أو حالة تبعيه بين المحكم والخصم الذي اختاره. بينما الحياد هو صفة تتصل بالعلاقة بين المحكم وموضوع النزاع. أي لا يكون للمحكم مصلحة بموضوع النزاع[٢] ويذهب رأي آخر إلى أن الحياد هو موقف ذهني بحت بينما الاستقلال يتعلق بالعلاقة بين الخصوم والمحكم المتصلة مثلا بالعلاقة التجارية أو الاجتماعية وغيرها[٣] وعلى ذلك فمن المتصور أن يكون المحكم مستقلا ولكنه منحاز ضد أحد الخصوم بسبب مثلا عقيدته السياسية أو كراهيته لجنسيته. ففي إحدى القضايا أظهر أحد المحكمين ملاحظات عدائية لجنسية أحد الخصوم فكان ذلك محفزا لطلب رده[٤] ومن زاوية أخرى يعتبر المحكم محايداً في مجال التحكيم التجاري الدولي إذا كان يحمل جنسية تختلف عن جنسية الخصوم ومثل ذلك قواعد تحكيم غرفة التجارة الدولية التي تشترط أن يكون المحكم المرجح في حال التحكيم الثلاثي يحمل جنسية تختلف عن جنسية الخصوم[٥].

---

(١) Mohammed Bedjaoui: «The Arbitrator: One Man- Three Role - Some Independent Comments on The Ethical and Legal obligations of An Arbitrator» Journal of International Arbitration, Geneva, March 1988, vol. 5, No.1, 7 - 20.

انظر حكم القاضي راند Rand J. في دعوى Szilard V. Szasz, (1985) S.C.R.3

(٢) M. Scott Donahey, "The Indepenendence and Neutrality of Arbitrators" Journal of International Arbitration, Vol.9 No.4 December 1992, P.31

(٣) Andreas Bucher, Le Nouvel arbitrage international en Suisse Basle, 1988, P.64.

(٤) محيي الدين اسماعيل علم الدين منصة التحكيم التجاري الدولي الجزء الأول شركة مطابع الطناني - عابدين - مصر ١٩٨٦ ص ٥٧.

(٥) A.Redfern and M.Hunter, Law and Practice of International Commercial Arbitration, Sweet and Maxwell London, 1st edition, 1986, P.172.
Aleksandar Goldstajn, «Choice of International Arbitrators - Arbitral Tribunals and Centres: Legal and Sociological Aspects, Published in Essays on International Commercial Arbitration, edited by peter Sarcevic, Graham and Trotman London, 1989, P. 44 - 45.

وإزاء عدم اتفاق تشريعات الدول أو فقهائها على مفهوم موحد للاصطلاحين (الاستقلال والحياد) بل استعمال مصطلحات أخرى[١]. فلم يستعمل المشرع الكويتي في قانون المرافعات أيا من المصطلحين - بل تناول حالات في المواد من (١٠٢ - ١٠٤) تخول الخصم عند توافرها طلب رد المحكم. وعلى ذلك حق القول إنه ليس من السهولة بمكان أو حتى مفيد ايجاد تعريف للمصطلحين - بل يتعين الالتفات إلى العلة من تطلبهما وهي ضرورة الحكم بحرية ومن غير انحياز[٢].

ففي دعوى Bremer Handegesellschaft M.B.H V.Ets Soules et cieard Scott[٣] أقدمت أمريكا على حظر تصدير زيت نباتي بسبب فيضان عم حوض المسسبي بتاريخ ١٩٧٣/٦/١٧ مما كان مسبباً للعديد من الدعاوى بين البائعين والمشترين لهذا المنتج، كما هو الحال بين البائع بريمر (Bremer) والمشتري سولز (Soules) وقد أفاد المشتري بأن البائع قد أخل بالزامه لعدم تصدير الزيت النباتي وأحال النزاع إلى التحكيم وتحصل البائع على حكم بتعويضه مبلغ وقدره ٦٥ ألف دولار ولم يرتض البائع الحكم وأقدم على استئنافه. ومن الجدير بالذكر في هذه التجارة كالعادة سلسلة من عشرات العقود لبيع هذا المنتج، والتجار مرتبطون بالعديد من تلك العقود في ذات الوقت. وقد كان البائع بريمر طرف في عشرات الدعاوى المحالة إلى التحكيم - وكان سكوت (scott) محكماً فيما يقارب ثلاث وأربعون دعوى من دعاوى البائع بريمر. وفي يناير ١٩٨٤ طلب بريمر رد المحكم سكوت تعويلاً على ما نما إلى علمه من أن سكوت يعمل لدى شركة تابعة لشركة أخرى تعمل في مجال شراء الزيت

(١) قواعد تحكيم غرفة التجارة الدولية استعملت اصطلاح الاستقلال دون الحياد، بما يوحي انها تندرج ضمن المفهوم العام لمصطلح الاستقلال أما قواعد تحكيم (الانسيترال) فقد استعملت اصطلاح الاستقلال Independence والحياد Impartial.

(٢) Mohammed Bedjaoui, Challenge of Arbitrator,«Paper Presented to Bahrain Conference on International Arbitration in a Changing world», from 14 - 16 February 1993, P.9 M.Scoh Donahey, N. no.49 above at 33.

(٣) Lloyds Law Rep. 199, (1985) by the English Court of Appeal.

النباتي - بما حاصله ترجيح عدم استطاعة المحكم (سكوت) الحكم بدون تأثير من مصلحة تكوين سابقة في مثل هذه الأحوال عند الحكم ضد البائع بريمر. بيد أن المحكمة التجارية ومن بعدها محكمة الاستئناف لم تقبلا ادعاء بريمر - ذلك أن المحكم لم تكن له مصلحة ولم يكن منحازاً بل كان ضميره ومؤهلاته على مستوى عال[1].

ومن اللافت للنظر أن البائع بريمر لم يؤسس ادعاءه لرد المحكم على الحياد أو الاستقلال وترجع العلة في ذلك إلى عدم انضباط مفهوم المصطلحين وتحسبا من تأسيس طلب الرد على أحدهما مثلاً تبعية المحكم للشركة التي يعمل لديها - عدم الاستقلال - ثم يتبين عدم صحة الادعاء - بما حاصله رفض الدعوى - لذا اتجه المدعي الى الاعتماد على علة تطلب هذين الصفتين في المحكم وهي ضرورة الحكم بدون انحياز أو تمييز. وعلى الرغم من أن الدعوى تجارية وتتطلب سرعة النظر والبت فيها إلا أن الفصل في الدعوى بحكم نهائي منذ نشوب النزاع استغرق اثنتي عشرة سنة - مما فوت هدف الإحالة إلى التحكيم.

وفي دعوى Tracomin S.A V. Gibbs Nathaniel (Canada) Ltd[2] طلب المشتري رد المحكم الذي عين من البائع لظهوره بمظهر المنحاز ضد الأول وقد كان موضوع العقد محل النزاع تزويد المشتري بكمية من الفول السوداني. وقد عين المحكم بوساطة طرف آخر في دعوى أخرى ضد نفس المشتري طالب الرد. وكان المشتري قد رفع دعوى في لندن بطلب إجراء وقتي - إذ حضر هذا المحكم وجلس بجانب محامي الخصم وأخذ يناقش معه دفاعه ودفوعه ضد المشتري دون أن يكون له صلة بالدعوى وقد برر المحكم ذلك بأنه ليس له مصلحة وإنه تقاعد عن ممارسة التجارة وأنه فقط كان يستوضح دفاعهم ولم يعمل على توجيه المحامي وقد حكم القاضي Mr.

(١) William O'Malley Forbes, «Rules of Ethics for Arbitrators and their application» Journal of International Arbitration vol. 9, No.3, September 1992, P.14.

(٢) 1 Lloyd's Rep. 586, 1985.

Justice Staughton بأن هذا السلوك كافٍ لاثبات احتمال الانحياز الظاهر من جانب المحكم. ولعل القاضي هنا قد تشدد في تنفيذ معنى عدم الانحياز لمصلحة الخصم طالب الرد وأفاد القاضي في حكمه بأنه:

«كثير من المحكمين يوافقون على أن مهمة تفادي الظهور بمظهر المنحاز أكثر صعوبة عليهم من القضاة لأنهم أكثر اتصالاً بالخصوم وفي بعض الأحيان فإن هذه المهمة تكون أصعب من الحكم في موضوع الدعوى».

وفي دعوى Cook International Inc V.B.V. Handelmaatschappij et al[1] عين كل من الخصمين محكماً من جانبه - ولما لم يتفق هذان المحكمان على الحكم عينا محكماً - مرجحاً. وقد أصدر المحكم المرجح حكمه الذي أيدته محكمة الاستئناف - بيد أنه طعن به بالاستناد على انحياز المحكم المرجح والمحكم الآخر - على اعتبار أن الخصم المحكوم له كان تاجراً مفلساً بصدد توزيع أملاكه على دائنيه - إذ علم الخصم المحكوم ضده أن المحكم المرجح والمحكم الآخر يعملان لدى رب عمل يملك شركات تعتبر دائنه للخصم المحكوم له - ومن ثم تكون له مصلحة للمحكوم له حتى يتم التنفيذ على ما يتحصل عليه من أموال. بيد أن القاضي Mr. Justic Leggatt رفض طلب الرد على اعتبار أن تلك الظروف لم تحل دون توفير إجراءات عادلة - فضلا عن أن المحكمين لم يكونا على علم أو يتوقع علمهما بمديونية الخصم المحكوم له للشركة المملوكة لرب العمل الذي يعملان لديه[2].

---

(١) 2 Lloyd's Rep. 225, 1985.

(٢) للمزيد من دعاوى رد المحكمين لعدم الاستقلال أو الانحياز انظر محيي الدين اسماعيل علم الدين هامش رقم ٥١ اعلاه ص ٥٦ - ٦٠, أحمد عبد الرحمن الملحم «أسس اختيار المحكمين وهيئات التحكيم - الاطار النظري والواقع العملي» بحث مقدم لدورتي التحكيم المنعقدة في الفترة من ١ - ٥ حتى ١١ - ٥ - ٩٣ والأخرى من ٥ - ٦ - ٩٣ حتى ١٥ - ٦ - ٩٣ ص ٣٠ - ٣٢ كلية الحقوق - جامعة الكويت.

نتيجة:

أولا: يبين مما جرى تبيانه أنه من الصعوبة بمكان استنباط معيار يمكن الاستهداء به للوقوف على الحالات التي إذا ما طرأت تخول الخصم رد المحكم - وتوقع إجابة الخصم أو رفض طلبه من قبل القضاء وكل مايمكن القطع به لرد المحكم هو توافر عنصرين أولهما وضع يرجح عدم استقلال الحكم أو انحيازه وثانيهما الانحياز الفعلي للمحكم ضد أو لمصلحة أحد الخصوم - بيد أن بعض الفقهاء حاول التمييز بين الاستقلال والحياد - في أن الاستقلال يكفي به الظهور بمظهر الانحياز وليس الانحياز الفعلي على اعتبار أن المعيار هو موضوعي - يسهل تبينه، أما الحياد فلا يكفي به الظهور بمظهر المنحاز بل يتعين إثبات الانحياز الفعلي على اعتبار أن المعيار شخصي يصعب إثباته[1].

وإزاء صعوبة استنباط المعيار المتقدم - فقد تبين من الواقع العملي ازدياد الدعاوى المرفوعة من الخصوم برد المحكمين. ويعزي ذلك إلى أنه في كثير من الأحيان لا يعين المحكم باسمه أو بصفته عند ابرام اتفاق التحكيم - ويتفق الطرفان على أسماء المحكمين بعد نشوب النزاع - مما يحفز عملية عدم الثقة بالمحكم - وخاصة المحكم المعين من الطرف الآخر. وفضلا عن ذلك فإن الخصم الذي يتوقع أن يصدر الحكم ضده يتمسك بانحياز المحكم حتى يتفادى صدور الحكم ضده - ومن أجل أن تحال الدعوى لمحكم جديد قد تكون فرصته معه أفضل[2].

ثانيا: ليس من الصعب القول بأهمية مهمة المحكم - والتي تقتضي الفصل بالدعوى متحلياً باعتبارات العدالة والنزاهة، وبقدر رفعة مهمة المحكم بقدر تساهل المشرع بالشروط المتعين توافرها به (شخص طبيعي كامل الأهلية - مستقل ومحايد) ومن جانب آخر كما سوف يأتي بيانه - فهو محصن من دعاوى الاهمال المرفوعة عليه من الخصوم - وحكمه كقاعدة عامة لايستأنف ومما زاد الأمر صعوبة أنه ليس

(١) M.Scoh Donahey, n. No.49, above, at 31 - 32

(٢) Bremer Handelsgesellschaft M.B.H.V. Soules and Scott, 2 Lloyd's Law Rep. 199. (1985).

ثمة مستوى مهني يتعين توافره في المحكم - وعليه فإن هذه الشروط العامة لا تشكل ضمانة كافية للخصوم - ذلك أن كل تشريعات الدول المتحضرة تستوجب حصول من يمارس عملاً مهنياً - كالمحامي - والطبيب والمحاسب والقاضي على شهادة أو خبرة - باعتبارها دليلاً على مؤهلاته وكفاءته - حتى إذا ما قدم الخدمة إلى الجمهور تكون حائزة على الحد الأدنى من المستوى المطلوب - فإذا كان ذلك فإنه من باب أولى يتعين تطلب شروط في المحكم حتى تتوافر ضمانة كافية لمستوى الخدمة التي تقدم للخصوم[1].

ثالثا: تعتبر الشروط العامة المطلوب توافرها في المحكم والتي ذكرت آنفا متعلقة بالنظام العام ومن ثم لا يجوز الاتفاق على خلافها - بيد أنه يحق للخصم التنازل عن حقه بطلب رد المحكم - على اعتبار أن المحكم مثلاً ولئن كان يعمل لدى الخصم الذي اقترح تعيينه إلا أن ذلك في نظر الخصم الآخر قد لا يقدح باستقلال أو حياد المحكم. وعليه يكون باطلاً كل اتفاق يقضي بحرمان الخصم من طلب رد المحكم إذا ما ظهر بمظهر المنحاز. وهذه الشروط العامة تنطبق على جميع المحكمين بغض النظر عن طبيعة عملهم (تحكيم بالقضاء أو الصلح) أو طريقة تعيينهم.

٢ - الشروط الاتفاقية :

لما كان عقد التحكيم المبرم بين المحكم والخصوم يقوم على مبدأ حرية التعاقد - وكان من مصلحة الخصوم الحصول على مستوى رفيع للخدمة التي تقدم من المحكم من خلال الاتفاق على شروط خاصة يتوجب توافرها به وذلك تفاديا لسهولة الشروط العامة التي عينها المشرع. ويتعين احترام وإعمال الشروط الاتفاقية ذلك أنها نابعة من التزام تعاقدي.

ففي دعوى[2] Jungheim, Hopkins Co V.Foukelmann اتفق الخصوم على أن يكون المحكمون تجاراً أو وكلاء بالعمولة أو سماسرة وعلى ضرورة كونهم أعضاء في

---

(١) قرب: Peter S.Caldwell, n.No.46, above, at 99

(٢) K.B.948, (1909)

إحدى الجمعيات المهنية. وعلى الرغم من أن كلا المحكمين مارسا قضايا تماثل الدعوى موضوع النزاع إلا أنهما لم يكونا أعضاء في إحدى الجمعيات المهنية. وقد نما ذلك إلى علم الشركة المدعية والتي حكم ضدها - وقامت باستئناف الحكم.

وقد قضت المحكمة بعدم صحة الدفع القائم على أن اعتراض الشركة المدعية جاء متأخراً ومن ثم أبطلت المحكمة حكم المحكمين.

وفي دعوى[1] Rahcassi Shipping co. V. Blue Star Line Ltd ورد شرط في عقد بيع سفينة يفيد بأن المحكمين المعينين من الخصوم والمحكم المرجح يتوجب أن يكونوا تجاراً وليس محامين. وقد قام المشترون بتعيين سمسار تأجير وقام البائعون بتعيين مهندس بحري ولم يتفق المحكمون ومن ثم عين محام كمحكم مرجح وأصدر الأخير حكمه ضد المشترين - الذين طعنوا في الحكم لصدوره من محام وليس تاجر وقد دفع البائعون بأنهم مع المشترين قبلوا بتعيين المحامي بدلا من التاجر كمحكم مرجح - مما يشكل تعديلاً ضمنياً للشرط الوارد في العقد. بيد أن القاضي Mr.Justic Roskill رفض هذا الادعاء وأبطل الحكم لصدوره من المحامي وليس من تاجر.

وفي دعوى Pando Companiera Noviera S.A.V. Filmo S.A.S[2] ورد شرط بمشارطة إيجار السفينة يقضي بضرورة أن يكون المحكمين تجاراً وقد عين مالك السفينة محكماً من جانبه يدعى كلايد وصار الأخير المحكم الوحيد لأن المستأجر تقاعس عن تعيين محكم من جانبه. فما كان من المستأجر إلا أن طلب رد المحكم كلايد، ذلك أنه ليس تاجراً. وقد كان كلايد شريكاً مشهوراً في مكتب محاماة يحمل اسمه - إلا أنه توقف عن ممارسة مهنة المحاماة وأصبح متفرغا لممارسة التحكيم البحري. وكان عضوا فعالاً في مجلس إدارة العديد من الشركات. القاضي Mr. Justice Donaldson

(١) I Q B 173 (1969)

(٢) 2 All E.R.515 (1975)

أفاد بأن التفرغ للتحكيم البحري يجعل من المحكم تاجرا ونشاطه الفعال في عضوية مجالس إدارة الشركات يدعم هذا التوجه(١).

ويبين من ذلك أن الخصوم باتفاقهم على ضرورة كون المحكم تاجراً - انما يبغون شخصاً لديه خبرة تماثل صناعة الخصوم - من أجل تفادي أو التقليل من الشرح التفصيلي أو شهادة خبرة - التي قد تؤدي إلى التعطيل والمصاريف وربما التناقض أو الوقوع في الخطأ.

ومن أحد الشروط المتوقع الاتفاق عليها بين الخصوم في مجال التحكيم التجاري الدولي هو تحديد ثقافة المحكم - إذا ما كان يتبع نظام الكومن لو (نظام السوابق القضائية) أو يتبع نظام اللاتيني ذلك أن المحكم في النظام الأول يتخذ موقفاً سلبياً تجاه إجراءات نظر الخصومة ويتوقع تقديم كل الأدلة إليه لأنه يرى أنه ليس من الطبيعي الولوج في مجال البحث عن الحقيقة بينما المحكم في النظام الثاني يتخذ موقفاً إيجابياً أو بعبارة أخرى المحكم الفضولي(٢).

رابعا - قبول المحكم للمهمة:

تنص المادة ١٧٨ مرافعات على أنه «يشترط أن يقبل المحكم القيام بهمته ويثبت القبول كتابة».

---

(١) William O'Malley Forbes, n. No 56 above at 8.

(٢) Peter S. Caldwell, n.No.46 above at 100- Marilyn Blumberg Cane and patricia A.Shub, «The - Arbitrator's Manual», Journal of International Arbitration, Vol. 9, No.3, September 1992, P.71. Robert Coulson, «Do you Know How Arbitration Panels Decide» Journal of International Arbitration, Jan. 1989, 7-12. Tim Bornstein, «The Opening Statement in Arbitration Adocacy An Arbitrator's perspective», The Arbitration Journal: March 1983, Vol. 38, No.1 PP.49-51.

W.Laurence Craig, William W. Park and Jan Paulsson, n.No.42 above at 115-116.

- انظر كذلك على سبيل المثال الشروط الواجب توافرها في المحكمين وفقا لنظام التحكيم في المملكة العربية السعودية، عبد الحميد الأحدب «التحكيم في البلاد العربية - الجزء الثاني»-.

يبين من النص أن تعيين المحكم من قبل الخصوم أو القضاء يعتبر بمثابة إيجاب موجه للمحكم من قبلهم - ولايمكن القول بتكوين هيئة التحكيم أو انعقاد عقد التحكيم بين المحكم والخصوم إلا بقبول المحكم للمهمة، وبعد هذه الخطوة يمكن القول بولادة عقد التحكيم - الذي يرتب حقوق والتزامات بين أطرافه ففي دعوى Baar V.Tigerman[1] أفادت المحكمة بأنه «بينما يتعين حماية المحكم الذي يضطلع بمهمة شبه قضائية - يتعين من جانب آخر إعمال التزاماته التعاقدية تجاه الخصوم». والعلة من تطلب قبول المحكم للمهمة هي إعطاؤه فرصة كيما يقرر مباشرة المهمة من عدمه بعد معرفة التشكيل الكامل للمحكمة ويتبين إذا ما كان بمقدوره التعاون مع باقي المحكمين[2] ومن ناحية أخرى إتاحة الفرصة للمحكم للتعرف على موضوع النزاع ومقدرته على الفصل به خلال مهلة التحكيم - مما يستوجب الاطلاع على اتفاق التحكيم المبرم بين الخصوم.. وما تضمنه من أحكام يتعين على المحكم إعمالها - سيما وأن قبول المحكم للمهمة - ثم اعتزاله بسبب عدم مقدرته على فضها يعد إخلالاً بالتزام تعاقدي. وفضلا عن ذلك فإن قبول المحكم للمهمة يعتبر من قبيل الإقرار الضمني بخلوه من أسباب الرد.

ولقد استلزم المشرع أن يرد هذا القبول كتابة وذلك تفادياً للجدل الذي قد يثور حول قبول المحكم للمهمة من عدمه، سيما وإن رفض المحكم إتمام المهمة بعد قبولها بدون مبرر معقول قد يوجب عليه التعويض[3] بيد أن الكتابة ليست شرطاً شكلياً وإنما شرط إثبات قبول المهمة - لذا فمن الممكن إثبات قبول المحكم للمهمة بالإقرار أو اليمين[4].

ولم يحدد المشرع الكويتي ميعاداً لقبول المحكم للمهمة - وقد يؤدي ذلك إلى إطالة أمد الإجراءات - سيما وإنه لم يحدد أيضاً ميعاداً للخصوم لتعيين المحكمين - مما قد يهدر

---

(١) -189 Cal. Rptr. 834. Rubin, «Arbitrator's Immunity from Damage Claims», 39, Arbitration, 1986, P.24. Isa A Huneidi «Arbitration under Kuwaiti Law», 6 - J. of Int Arbitration, Sept 1989, P.79.

(٢) عزمي عبد الفتاح عطية هامش رقم ١٦ اعلاه ، ص ١٨٢.

(٣) المادة ١٧٨ من قانون المرافعات الكويتي.

(٤) أحمد ابو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة المعارف الاسكندرية - الطبعة الخامسة، ١٩٨٨ ص ١٧٣ عبدالحميد الأحدب« التحكيم في البلاد العربية» هامش رقم ٦٧ أعلاه، ص ٢١٣.

الفائدة العملية التي من أجلها تم اختيار التحكيم بدلاً من قضاء الدولة. وتحسبا لذلك النقص التشريعي انتبه المشرع النيوزلندي ونص على أنه إذا لم يعين أحد الخصوم المحكم في غضون سبعة أيام بعد إنذاره من الخصم الآخر جاز للخصم الذي وجه الإنذار رفع دعوى بطلب تعيين المحكم من قبل القضاء(١) وإذا رفض المحكم قبول مهمة التحكيم بعد ترشيحه سواء من الخصوم أو القضاء فإن ذلك لا يبطل اتفاق التحكيم - وإنما تتوقف آثاره ريثما يعين آخر - بيد أن اتفاق التحكيم يبطل إذا كان المحكم الذي رفض مصالحا(٢).

وجدير بالإشارة أن بعض التشريعات لا تستوجب قبول المحكم الصريح بمباشرة المهمة - وإنما تلزمه ضمن اجراءات تعيينه بالكشف عن جميع الظروف التي قد تكون سبباً في عزله أو رده أو عدم صلاحيته وهو عندما يقوم بذلك إنما يفصح ضمنا عن قبوله مباشرة المهمة. ففي القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي (انسترال) على المحكم المرشح الكشف عن الظروف التي من المحتمل إثارة الشك المبرر حول استقلاله وحياده(٣).

وقد نصت قواعد وأحكام غرفة التجارة الدولية على أنه يتعين على المحكم المرشح لتولي المهمة الكشف عن كل الحقائق والظروف كتابة إلى السكرتير العام للمحكمة -

---

(١) المادة (2-d-6) من قانون التحكيم النيوزلندي لسنة ١٩٠٨ وتعديلاته النافذة بتاريخ ١٩٧٩/١/١، انظر
Kenneth, Brian and Sigvard, n.No.41, above, at Part 2 Documents, P.6
وكذلك المادة ٧٨٩ من القانون المدني الياباني - الكتاب الثامن - إجراءات التحكيم - المرجع السابق ص ١.

(٢) المادة ١٧٦ من قانون المرافعات الكويتي رقم ٣٨ لسنة ١٩٨٠.

(٣) انظر:
Howard M.Holtzmann and Joseph E.Neuhaus, «A Guide to the UNICTRAL Model Law on International Commercial Arbitration», Kluwer, Boston, 1989, P.388.
وقد استعملت جمعية التحكيم الامريكية (A.A.A) الحكم ذاته في المادة السابعة ونص المشرع الفرنسي في قانون الاجراءات المدنية على ضرورة كشف المحكم عن الظروف الشخصية التي يعلمها وتكون سببا لرده انظر:
M.L. Smith, Impartiality of the Party - appointed Arbitrator, (1990) Vol.6, No.4,Arbitration International, 320, at 327.
وفي القانون السويسري للتحكيم الدولي يتعين على المحكم الكشف عن الظروف التي قد تثير الشك حول استقلاله انظر.
G.R. Delaume, New Swiss Arbitration Statute Emphasize Party - Autonomy and Restricts, Judicial Review, in the New Swiss Law on International Arbitration 21, 31, Swiss Arbitration Association, Basel, 1990.

التي قد تثير مسألة استقلال المحكم في نظر أطراف النزاع[١] وقد طرح هذا النص إشكالاً قوامه كيفية وقوف المحكم على أن حقيقة معينة (تعامل مالي سابق مع أحد الخصوم) يتحتم الكشف عنه للخصوم - على اعتبار أنه قد يثير مسألة استقلاله في نظرهم. وحلا لذلك أضاف المشرع في ١٩٨٨ أن المحكم المرشح ملزم بابلاغ السكرتير العام بالظروف - التي في رأيه (المحكم) قد تثير مسألة استقلاله في نظر الخصوم وعليه يبين أن معيار الكشف عن الظروف التي قد تقدح باستقلال المحكم هو شخصي وليس موضوعي. ويغدو أول التزام يقع على كاهل المحكم المرشح تجاه الخصوم هو التزام بالكشف عن الظروف التي تقدح في استقلاله في نظر الخصوم[٢] إلا أن عدم إعمال هذا الالتزام من جانبه يؤدي إلى بطلان الحكم ولكنه لايوجب عليه التعويض تجاه الخصوم. ففي دعوى Land H.Airco, Inc, V.Rapistan Corp رفضت المحكمة العليا لمنسوتا في الولايات المتحدة الأمريكية طلب تعويض أحد الخصوم عن الضرر الذي أصابه بسبب إبطال الحكم نتيجة تقاعس المحكم في الكشف عن معاملته التجارية مع أحد الخصوم[٣].

ويثير التزام المحكم المرشح بالكشف عن الظروف التي قد تقدح في استقلاله إشكالا قوامه - كيفية تبين المحكم أن ظرفاً ما قد يقدح باستقلاله في نظر الخصوم ؟ ألا يفترض ذلك علم المحكم المسبق بالخصوم؟ وهو ما لا يتوافر في أغلب الأحوال

---

(١) المادة ٢/٧ لقواعد التحكيم التابع لغرفة التجارة.

Voskuil and Freedberg - Swartzburg, «Comosition of the Arbitral Tribunal», Essays on International Commercial Arbitration, edited by Peter Sarcevic, Graham Trotman London, 1989, P. 80.

(٢) Coating Corporation V. Continental Casuality Company, 393 U.S. 145 (1968)
حيث ابطلت المحكمة حكم هيئة التحكيم المؤلفة من ثلاثة - لأن رئيس الهيئة لم يكشف عن علاقته التجارية السابقة مع أحد الخصوم.

(٣) 446 n.w. 2D, AT 377.

Fertilizer Corporation of India V.IDI. Management, 517 F SUPP.

948 S.D.Ohio (1981) craig. Park and Paulsson, n. No. 42, above, at 220-221.

ولعل هذا المنهج يقود المحكم المرشح في نهاية المطاف إلى الكشف عن جميع الظروف والوقائع مهمها وتافهها في علاقته مع الخصوم أو موضوع الدعوى، ذلك أنه وعلى حسب قول (هولتز Holtzmann) إن الاخفاق في ذلك الكشف يوحي بالانحياز - وربما ذلك وبحد ذاته يغدو محلا لرد المحكمين حتى وإن كانت الظروف غير المكشوفة في نظر الخصوم لا تبرر الرد[1].

وإذا ما كشف المحكم المرشح عن الظروف التي قد تقدح باستقلاله - فيكون للخصوم بعد ذلك تقرير إذا ما كان المرشح في نظرهم محكماً مستقلاً من عدمه - فإذا كان الرد بالإيجاب - عين المحكم تعييناً نهائياً وإن كان الرد سلبياً بالنسبة لأحد الخصوم أو كليهما - فيصار إلى ترشيح محكم بدلاً عنه. ويتعين على الخصوم معارضة تعيين المحكم أو رده بعد تعيينه بوقت معقول بعد معرفة تلك الظروف. ففي دعوى Hunt V. Mobil oil Corp رفضت المحكمة الفيدرالية الأمريكية طلباً بإبطال حكم صادر من محكم مقدم من أحد الخصوم - مستنداً في ذلك على معلومات علمها الخصم عن معاملة المحكم مع الخصم الآخر المالية من خلال صحيفة Wall Street وذلك خلال جلسات المرافعة، بيد أنه لم يطلب رد المحكم في ذلك الحين[2] مما فسر على أنه قبول ضمني بالمحكم وأنه ليس من شأن تلك الظروف أن تقدح باستقلال المحكم في نظر الخصم ومن ثم ليس من حق الخصم بعد الحكم ضده أن يطالب إبطال الحكم لسبب كان يعلمه ولم يعترض عليه في حينه. وعليه يعتبر ترشيح المحكم من قبل الخصوم أو القضاء بمثابة إيجاب موجه إلى المحكم ولكنه معلق على شرط قوامه خلو المحكم المرشح من الظروف التي تقدح باستقلاله - فإذا ما كشف المحكم عن تلك الظروف - فيكون قد قبل المهمة ولكن ذلك مرهون بتحقق الخصوم أولا من خلوه من أسباب الرد وثانياً أن الظروف التي تم الكشف عنها من قبله لا تقدح باستقلاله في نظر الخصوم - فإذا لم يعترض أحد الخصوم على الظروف التي تم

(١) M. Scott Donahey, n. No.49 above at 38 - Russell on the Law of Arbitration, 20th ed, Anthony - Walton, Q.C. and Mary Victoria, Stevens and Sons London, 1982.

(٢) 654 F. Supp. 1487, 1500 S.D.N.Y. 1987.

الكشف عنها من قبل المحكم المرشح - فيمكن القول من ثم أن قبوله صحيحاً ويبرم عقد التحكيم.

خامسا - عدد المحكمين :

نص المشرع في المادة ٢/١٧٤ من قانون المرافعات الكويتي على «أنه إذا تعدد المحكمون وجب في جميع الأحوال أن يكون عددهم وترا».

ويتوجب على الخصوم أو القضاء عند تشكيل هيئة التحكيم - العمل على أن يكون عدد المحكمين وترا.. ومن ثم على الخصوم مراعاة وترية عدد المحكمين عند إبرام عقد التحكيم معهم. ويلزم احترام هذا الحكم في جميع الأحوال - سواء كان المحكم مفوضاً بالصلح أو بالقضاء وسواء كان التحكيم حراً أم مؤسسياً وذلك لعموم النص.

ويخول هذا الحكم للخصوم حرية تحديد عدد المحكمين - ويعني ذلك أنه يمكن أن يكون محكماً واحداً - إلا أنه اذا كان أكثر وجب أن يكون العدد فرديا. وتجري معظم التشريعات على ضرورة أن يكون العدد فردياً[١] ويعتبر هذا الحكم آمر - متعلق بالنظام العام[٢]، بيد أن بعض الدول تترك أمر تحديد عدد المحكمين إلى الخصوم كما هو الحال في سويسرا وانجلترا، ولكن تفادياً للطريق المسدود الذي قد يدلف اليه المحكمان عند اختلافهما بالرأي - فقد أوجب المشرع في تلك الدول ضرورة تعيين محكم مرجح عند تعارضهما بالرأي. ففي دعوى Rahcassi Shipping Co., S.A.V. Blue Star Line Ltd نص عقد بيع السفينة على أنه عندما يثور نزاع بين البائع والمشتري - يتعين على كل طرف تعيين محكم - وإذا اختلف المحكمان وجب

(١) المادة ٢/٥٠٢ من القانون المصري والمادة ٨٠٩ من القانون الايطالي والمادة ١٤٥٣ من القانون الفرنسي انظر عزمي عبد الفتاح هامش رقم ١٦ ص ١٨٠ انظر المادة ١/١٠٢٦ من قانون التحكيم الالماني الجديد.

Voskuil and Freedberg - Swartzburg, n.No. 75, above at 68.

(٢) Voskuil and Freedberg - Swartzbury, n. No. 75 above at 68.

عليهما تعيين محكم مرجح - وتحول المحكمان إلى مدافعين عن الخصم الذي عينهما[1].

وصفوة القول - إذن - إن منحى المشرعين في الدول يتراوح بين ترجيح إحدى مصلحتين الأولى - الميل صوب مصلحة عدم ولوج المحكمين - إذا كان عددهم زوجياً - إلى طريق مسدود بتساوي آراء المحكمين - فمن أجل تعجيل الإجراءات يتوجب وترية عدد المحكمين والثانية - الميل نحو احترام حرية أطراف النزاع في تحديد عدد المحكمين سيما وأنهم هم قضاة دعواهم. ولما كان المشرع الكويتي قد مال إلى الرأي الأول فمن الأجدر ونحن في هذا الصدد - بيان بعض الملاحظات والإشكالات في التطبيق.

أولا: من الجائز أن يصل المحكمون - حتى وإن كان عددهم وترا - إلى طريق مسدود بتساوي آراء المحكمين - فإذا كان عددهم - ثلاثة - فقد يمتنع أحدهم عن توقيع الحكم - وينفرد كل من المحكمين برأي، ومن الجانب الآخر - فقد يكون عدد المحكمين زوجياً ويصدر الحكم بالأغلبية - كما لو أن عددهم أربعة وصدر الحكم بأغلبية ثلاثة - بل إنه حتى وإن صدر الحكم بتساوي الآراء - فمن الجائز الاتفاق على ترجيح الجانب الذي مال الرئيس إليه - أو بتعيين محكم مرجح.

ثانياً: إذا اتفق الخصوم على تعيين عدد زوجي للمحكمين، فلا يؤدي ذلك إلى بطلان التحكيم في الكويت - ذلك أن المشرع قد أتى بحكم عملي يستكمل به العيب الذي وقع به الخصوم بوساطة التجاء أحد الخصوم إلى القضاء طالبا تعيين المحكم الذي يوتر به العدد[2]. بيد أنه ليس بمقدور القضاء استكمال العدد الزوجي للمحكمين

---

(١) 1 Q . B. 173 (1969)

والمادة ٧٨٨ من قانون التحكيم الياباني انظر:

«Yasuhei Taniguchi: Commercial Arbitration in Japan Publised in, Arbitration in Settlement of International Commercial Disputes involving the Far East and Arbitration in Combined transportation» edited by Pieter Sanders, Kluwer, Boston, 1989, P.34.

(٢) المادة ١٧٥ من قانون المرافعات الكويتي.

إذا كانوا مفوضين بالصلح - بما حاصله بطلان اتفاق التحكيم - إذ يتعين أن يكون المحكمون المفوضون بالصلح مذكورين بأسمائهم في الاتفاق على التحكيم[١].

ثالثا: إذا كان عدد المحكمين زوجياً وفصلاً بالنزاع - ومثل ذلك أن يكون عدد المحكمين اثنين وفصلاً بالنزاع بالاجماع - فهل يؤدي ذلك إلى بطلان الحكم - سيما أن وجود المحكم الثالث لن يغير من الحكم حتى ولو كان له رأي مخالف - ونرى أن الحكم يكون باطلا - بحسبان أن شرط وترية العدد متعلق بالنظام العام ومن ثم يجوز لكلا الخصمين طلب بطلان الحكم[٢] بل إن التشريع المقارن قد يذهب إلى أبعد من ذلك. فقد نص القانون الهولندي على بطلان اتفاق التحكيم إذا احتوى على نص يقضي بتعيين عدد زوجي للمحكمين[٣] بيد أن محكمة التمييز الهولندية قضت في حكم حديث لها في دعوى Hoge Raad على أن الشرط القاضي بتعيين عدد زوجي للمحكمين يبطل دون اتفاق التحكيم الذي يظل صحيحاً[٤].

رابعاً: ويثور الإشكال الأخير عند إغفال تحديد عدد المحكمين وتعذر الاتفاق على عددهم من قبل الخصوم. نرى في هذه الحالة أن تحديد عدد المحكمين إجراء لازم يسبق الفصل في النزاع المعروض على التحكيم. فإن تعذر تحديد العدد فيصار إلى الأصل وهو القضاء العام في الدولة. وقد كان من الأوفق بالنسبة للمشرع الكويتي تحديد عدد المحكمين بواحد أو ثلاثة إذا اختلف الخصوم على تحديد عددهم وذلك بغية عدم تفويت فرصة الاستفادة من مزايا التحكيم بسبب إغفال هذا البيان في اتفاق التحكيم - سيما وأن المشرع الكويتي قد منح القضاء مكنه تعيين محكم عند إختلاف الخصوم على تعيينه إلا أنه لم يمنح القضاء مكنه تحديد عدد المحكمين بل على النقيض

---

(١) المادة ١٧٦ من قانون المرافعات الكويتي، انظر طعن بالتمييز رقم ٨٥/١٤٦ تجاري بتاريخ ٣/٥/ ١٩٨٦ مجلة القضاء والقانون - السنة ١٤ العدد ١ مايو ١٩٩٣ ص ١٥٠.

(٢) انظر عزمي عبد الفتاح عطية - هامش رقم ١٦ ص ١٨٢ وفي رأي مخالف انظر أحمد ابو الوفا هامش رقم ٧١ اعلاه ص ١٧٢.

(٣) P. Sanders, «National Report, The Netherlands» in yearbook, on the Law and Practice on Arbitration of Sixty Countries, Vols. 1 - 10, Deventer, 1976 - 85.

(٤) Hoge Raad (Dutch Court of Cassation) 11 Jan. 1986 Citronas, TVA (1985) P.67.

ألزم المحكمة بأن يكون عدد من تعينهم من المحكمين مساوياً للعدد المتفق عليه بين الخصوم أو مكملاً له[1].

وإزاء هذه الإشكالات وحلاً لها نرى أنه من الأوفق ترك أمر تحديد عدد المحكمين إلى الخصوم وذلك ملاءمة مع السياسة التي انتهجها المشرع الكويتي في تنظيم التحكيم والقائمة على أساس من التوسع في ترك الحرية للخصوم في تنظيم اجراءات التحكيم وفقاً لما يحقق مصالحهما. وفضلاً عن ذلك فقد يفضل الخصوم نظام التحكيم الزوجي مع وضع في الاعتبار - إجراءات تعيين محكم مرجح عند تعارض المحكمين أو أن الخصوم يتفقون على محكمين اثنين - ولايعلمان ثالث حتى يوتر به العدد. على أنه إذا لم يتفق الخصوم على عدد المحكمين يتعين النص على أنه يصار إلى التحكيم الثلاثي أو الفردي:

القسم الثاني
آثار العقد

مقدمة

من المسلم به أن العلاقة بين المحكم والخصم - علاقة تعاقدية تنبثق منها حقوق وواجبات للمتعاقدين[2] وكأصل عام فإن واجب المحكم الأساسي ينحصر في تنفيذ اتفاق التحكيم المبرم بين الخصوم - بما يستتبع من إصدار الحكم خلال مهلة التحكيم وما يندرج تحته من التقيد بطبيعة المهمة الموكلة إليه (تحكيم بالصلح أو بموجب القانون) والفصل بالدعوى مقيد بموضوع النزاع من اتباع إجراءات نظر الدعوى المتفق عليها مع الخصوم - نظام الجلسات والإخطارات والمواعيد - والالتزام بالقواعد المتعلقة بالنظام

(١) نص المادة ١٧٥ من قانون المرافعات الكويتي.

(٢) Christian Hausmaninger, «Civil Liability of Arbitrators- A Comparative A Comparative Analysis and Proposals for Reform» 7 (4) J.of Arb, December, 1990, P.28.

العام – بيد أنه ولئن كانت عقود التحكيم تتماثل من حيث ضرورة تنفيذها لاتفاق التحكيم المبرم بين الخصوم إلا أن حقوق والتزامات الخصوم والمحكمين المنبثقة عنها تختلف باختلاف العقود المبرمة بينهم (المحكمون والخصوم) وذلك لاختلاف المصالح التي يسعى كل منهم إلى تحقيقها ومن ثم تضمينها عقد التحكيم وذلك على شكل الالتزام أو واجب على أطراف العقد. ومن هنا لايمكن ألبتة حصر جميع حقوق وواجبات أطراف عقد التحكيم في هذه الدراسة.

غير أنه ما لايدرك كله لا يترك جله. لذا سوف نقتصر على أهم الحقوق والواجبات التي درج على إيرادها عقد التحكيم وهي:

أ ـ واجب الخصوم وحق المحكم في تقاضي أتعاب وما انفق من مصروفات.

ب ـ حق الخصوم وواجب المحكم بالكشف عن الظروف التي قد تقدح باستقلاله قبل وبعد إبرام العقد.

ج ـ حق الخصوم وواجب المحكم بإصدار الحكم خلال مهلة التحكيم.

د ـ حق الخصوم وواجب المحكم في عدم إفشاء أسرار الخصوم.

هـ ـ حق المحكم بالحصانة القضائية.

أولا – حق المحكم في تقاضي أتعاب وما أنفق من مصروفات:

(واجب الخصوم)

تكمن العلة من إبرام عقد التحكيم في تخويل المحكم من قبل الخصوم سلطة الفصل في الدعوى – فهو على ذلك يستحق أتعاباً لقاء الخدمة التي قدمها حتى وإن لم يتضمن عقد التحكيم نصاً يحدد الأتعاب. إن المحكم يستحق أتعابا بحسبان أنه لا يقدم خدمة مجانية – والأجر دائما يكون لقاء العمل[1]

(١) انظر دعوى Pando Companiera Noviera V. Filmo - 2 All E.R.515, 1975. عندما قضت المحكمة بأن التفرغ للتحكيم البحري يجعل ممن يمارسه تاجراً.

ولم يتطرق المشرع الكويتي إلى تنظيم طرق وكيفية أداء أتعاب المحكم من قبل الخصوم - وإنما تركها لاتفاق الخصوم والمحكم تطبيقاً لمبدأ حرية التعاقد. وقد يأخذ تحديد الأتعاب عدة أشكال - ونشير قبل أن نتناول هذه الصور إلى أنها تخضع إلى محض تقدير الخصوم والمحكم - إلا إذا كانت محددة سلفاً من مؤسسة التحكيم(١).

فقد يتفق الخصوم والمحكم في عقد التحكيم على تحديد أتعاب المحكم وتكون مناصفة بين الخصوم - ويزيد الأخذ بهذا النمط في التحكيم الحر (Ad hoc) وكذلك عندما يفوض المحكم بالصلح ويكون الخصوم ملتزمين شخصياً وتضامنياً في أداء أتعاب المحكم. ويتكبد الخصوم تكاليف الإحالة إلى التحكيم (Costs of the Reference) أو التكاليف الإدارية (Administrative Charge) ويشتمل ذلك على تكاليف وأجور الممثلين القانونيين لأطراف التحكيم وأجور الخبراء ثم الشهود والأشخاص الذين ساعدوا المحكم في أداء مهمته مثل أجور المحاسب والسكرتير - ومن جهة ثانية تكاليف إصدار الحكم وهي الأجور التي تقدم للمحكم لقاء أتعابه وما أنفق من مصروفات(٢).

وقد ينص القانون على تخويل المحكم سلطة تحديد أتعابه وما يتحمله كل خصم أو أنه في حالة عدم الاتفاق سلفاً بين الخصوم والمحكم على تحديد أتعابه ينظر إلى ذلك على أنه اتفاق ضمني بين الخصوم والمحكم على منح الأخير سلطة تحديد أتعابه(٣). وعلى أية حال فالمحكم ليس مطلقاً من أي قيد في تحديد أتعابه - وما يتحمله كل خصم - بل تكون أتعابه معقولة بالنظر إلى ما أداه من عمل على أساس مدة التحكيم والصعوبات التي واجهته وقيمة الدعوى ومركز المحكم الأدبي مع وضع

---

(١) انظر لائحة اتعاب جمعية المهندسين الكويتية أو لائحة أتعاب غرفة التجارة الدولية.

(٢) يعقوب صرخوه، أحكام المحكمين وتنفيذها، الطبعة الأولى الكويت ١٩٨٦، - ص ١٠٠ - ١٠١.

(٣) قانون التحكيم الاسترالي:

وقانون التحكيم لهونغ كونغ - المرجع السابق - فقرة Simmonds, Hill and Jarvin, n.No.41 above at 16 4.4 p.31.

وقانون التحكيم الهندي - المرجع السابق - فقرة 4.4 p.55

وقانون التحكيم النيوزلندي المرجع السابق فقرة .4.5 p.146

في الاعتبار إذا كان هناك عرف جارٍ في هذا الصدد وإذا خرج المحكم عن تلك الاعتبارات في تحديد أتعابه وما يتحمله كل خصم من مصاريف - حق لأي من الخصمين الالتجاء إلى القضاء وقد قضى في دعوى Cities Service oil co, V. American Mineral Spirits بأنه ليس ثمة مغالاة في تقدير أتعاب المحكمين الثلاثة إذا ما تقاضى كل واحد منهم تسعمائة دولار وكان قيمة الحق المتنازع عليه لايزيد عن أربعة آلاف وخمسمائة دولار وذلك نظراً لتعقيد النزاع وخبرة المحكمين في المشاكل الفنية للهندسة البحرية[١].

وقد يعمل المحكم قاعدة التكاليف تتبع الحدث (Costs follow the Event) ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك - وتقضي هذه القاعدة أن الطرف الخاسر يتحمل جميع التكاليف ويعوض أو يعفى الطرف الرابح من جميع التكاليف[٢].

وفي نطاق التحكيم التجاري الدولي تصر غرفة التجارة الدولية في الدعاوى التي تنظرها على ضرورة أداء التكاليف مقدما (Advances on Costs) بغية تغطية التكاليف والأتعاب، والمبلغ الذي يؤدى من الخصوم يعد أداة ضمان (Security device) للوفاء بكامل المبالغ المطلوبة[٣]. وتقضي المادة(٢) ٩ بأن مقدم التكاليف يتحمله الخصوم بالتساوي كما تقضى المادة (١) ٩ على أن للمحكمة سلطة تحديد مقدم التكاليف لكل خصم ليس بالتساوي وإنما اعتماداً على الطلبات الأصلية للمدعي والطلبات المقابلة من المدعى عليه.

والقاعدة أن يؤدي كل من المدعي والمدعى عليه ٢٥٪ على التقابل - أي ما مجموعه ٥٠٪ من التكاليف والأتعاب المقدرة من المحكمة ومن ثم يقوم الخصوم مع

---

(١) 22 F.Supp. 373 - 1938. Hunt V.Mobil oil Corp. 654. F.Supp. 1487 (1987)

(٢) Cane and shub, The Arbitrator's Manual, 9 (3) Journal of International Arbitration, Sept, 1992, P.82.

(٣) انظر نص المادة (١) ٩ من قواعد التحكيم لغرفة التجارة الدولية.

Kenneth S.Rokinson «The sources and Limits of the Arbitrator's Powers in England», Publised in Contemporary Problems in International Arbitration, Edited by, Julian D.M.Lew, Martinus Nijhoff Publiser, London, 1987, P.93-94.

المحكم بإعداد مايطلق عليه بنود الإحالة (Terms of reference)(- الاتفاق على إجراءات نظر الدعوى) - ولايتم السير بالإجراءات إلا بعد إقرار بنود الإحالة من المحكمة وإيداع باقي مقدم التكاليف من الخصوم[١].

ويواجه المدعي أشكال تواني المدعى عليه عن أداء ما يخصه من مبالغ مقدم التكاليف - وعلى المدعي في هذه الحالة إيداع كامل مبالغ مقدم التكاليف وذلك حتى تنظر الدعوى. ولا يقود ذلك إلى حرمان المدعى عليه من الدفاع عن رأيه ودحض ادعاءات المدعي - إلا أنه قد يحرم من تقديم ادعاءات مقابلة. وإذا ربح المدعي الدعوى - ورفض المدعى عليه أداء التكاليف - فإن ما أداه المدعي من مبالغ مقدم التكاليف تكون ملكاً لغرفة التجارة الدولية - ولا يكون أمام المدعي إلا اللجوء إلى القضاء[٢] وتخفيفاً على المدعي في حال تواني المدعى عليه عن أداء ما يخصه من مقدم التكاليف وقدرها ٥٠٪ فقد أجازت القواعد الصادرة سنة ١٩٨٨ من غرفة التجارة الدولية للمدعي تقديم ضمان بنكي (Bank Guarantee) علاوة بالطبع على المبالغ التي أداها وقدرها ٥٠٪ من مقدم التكاليف، وتقدر التكاليف على أساس معيار قيمة الدعوى[٣].

إلى جانب ذلك يواجه التحكيم التجاري الدولي أيضاً أشكال عجز المدعي عن أداء تكاليف التحكيم عند رفض دعواه أو إخفاق المدعى عليه عن أداء تكاليف التحكيم عند الحكم ضده وحلا لهذا الإشكال فقد يخول المحكم سلطة تقديرية في إصدار حكم بالزام المدعي أو المدعى عليه بتقديم ضمان للوفاء بالتكاليف (Security for costs) وطبقاً للقانون الانجليزي يحق لأي من الخصمين تقديم طلب إلى المحكمة العليا High Court لإلزام الآخر بتقديم ضمان للوفاء بالتكاليف[٤] ومن ثم لم يمنح المحكم هذه المكنة. بيد أنه يحق للمحكم التمتع بهذه السلطة إذا وجد اتفاق بين

---

(١) انظر نصوص المواد (٤) ٩ و(٢) ١٤ و(١) ٢٣ من قواعد التحكيم لغرفة التجارة الدولية.

(٢) Craig, Park and Paulsson, n. No. 42 above at 43

(٣) انظر جدول تكاليف التحكيم والتوفيق لغرفة التجارة الدولية المواد من ١ - ٥.

(٤) نص المادة (A-6-12) من قانون التحكيم الانجليزي لسنة ١٩٥٠.

الخصوم على تمكينه من ذلك[١] وللمحكمة سلطة تقديرية في إجابة الطالب إلى طلبة فقد تمنح أو تمنع تقديم الضمان - ومن حالات إلزام المدعي بتقديم ضمان للوفاء بالتكاليف من قبل القضاء الانجليزي إذا كان المدعي يقيم بصفة معتادة في منطقة خارج اختصاص القضاء[٢] أو إذا كان المدعي معسرا[٣].

وفي دعوى (Bank Mellat V.Helliniki Techniki S.A)[٤] نشب نزاع بين بنك إيراني (تملكه المدعي بعد ذلك) أسس في إيران ولكنه مسجل في انجلترا - وشركة هولندية (- تملكها المدعى عليه بعد ذلك) حول عقد ورد به شرط يقضي صراحة بأن القانون الإيراني هو الواجب التطبيق - وإذا ما نشب نزاع فإنه يحل عن طريق التحكيم في لندن طبقاً لقواعد غرفة التجارة الدولية ولم يمارس أي من الخصوم التجارة في انجلترا - لذا فلقد رفض القاضي كير (Kerr) وسانده القاضي والر (Waller) طلب إلزام الخصوم بتقديم ضمان الوفاء بالتكاليف. وقد أضاف القاضي (Robert Goff) إلى ما تقدم عدم كفاية السبب القائم على أساس من أن المدعى عليه شركة أجنبية لا تملك أموالاً في محيط اختصاص المحكمة - إذ أنه في مثل هذه الظروف المتمثلة في التحكيم بين شركات أجنبية - يتعين فض النزاع بالحد الأدنى من التعقيد والتعطيل والمصاريف.

وإذا حكم القضاء بإلزام المدعى بتقديم ضمان الوفاء بالتكاليف - ولم يفعل - فللمحكمة سلطة إصدار أمر بعدم نظر الدعوى[٥].

---

(١) A-Walton and M.Victoria, «Russel on the Law of Arbitration», 20 th ed, 1982. Mauani V.Ralli Buos, (1973) 1 W.L.R. 468. 472.

(٢) Samuel J. Coh1 V.Eastern Mediterranean Maritime (1980) 1 Lloyds rep. 371.

(٣) Bilcon Ltd V. Fegmay Investment Ltd, (1966) 2 Q.B.221.

(٤) Q.B.221, (1948)

(٥) Stephen Colbran, «Security for Costs of Arbitration Proceedings in England, New Zealand and Australia, 9 (1) Arb. Inter, 1993, PP.85-95.

Refusal of order for Security for costs in ICC - Arbitration, Journal of Business Law, 1983, 484.

وللمحكم حق حجز الحكم وعدم إصداره ريثما يستوفي أتعابه من الخصوم[1]. تأسيساً على أن عقد التحكيم ملزم للجانبين - فإذا قصر أحد الأطراف في تنفيذ التزامه - جاز للطرف المقابل أن يمتنع عن تنفيذ التزامه بالمقابل - بحسبان أن المادة ٢١٩ من القانون المدني تقضي بأن «في العقود الملزمة للجانبين، إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الأداء، جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن الوفاء بالتزامه، إذا لم يقم المتعاقد الآخر بالوفاء بما التزم به، ولعل ذلك يدل على حق المحكم في حجز الحكم حتى يستوفي حقه - ولايخول هذا الحكم المحكم حجز مستندات الدعوى - لأنها ملك الخصوم.

بيد أن المحكم لايستحق الأتعاب إذا لم يقم بالوفاء بالتزامه المتمثل بإصدار الحكم بموضوع النزاع خلال مهلة التحكيم[2] أو أنه يطالب بالتكاليف والأتعاب قبل أداء العمل - ما لم يكن هناك اتفاق صريح على ذلك. وفضلاً عن ذلك لايحق للمحكم المطالبة بأتعاب التعهد (committment fee) وهي الأتعاب التي درج المحامون في بريطانيا في الدعاوى التجارية على تقاضيها من موكليهم تحسباً من إنهاء الوكالة قبل إتمام المهمة ومن ثم خسارة المحامي الأتعاب التي كان سيتقاضاها جراء تمثيل الخصم. ففي دعوى K/S Norjard A/s V.Hyundai Heavy Industries قامت شركة هونداي ببناء أجهزة ثاقبة لشركة نورجيرل، إلا أن الأخيرة رفضت الاستلام - وأحيل النزاع إلى التحكيم. وقد عين كل من الخصوم محكماً من جانبه - ومن ثم عين محكم ثالث. وقد قبل المحكمان التعيين دون الاتفاق على التكاليف والأتعاب - ماعدا المحكم الأخير الذي اشترط أن تبدأ المرافعة خلال سنة ونصف إلى سنتين تبدأ المدة من ٥/٥/ ١٩٨٧ وقد قدر لها أن تستغرق ثلاثة إلى خمسة أسابيع. وبتاريخ فبراير ١٩٩٠ توفي المحكم المعين من هونداي واستبدل به غيره - وطلب الخصوم من المحكمين حجز أو

(١) وينص القانون الاسترالي والهندي صراحة على ذلك. وكذلك الشأن بالنسبة لقواعد التحكيم التابع لغرفة التجارة الدولية نص المادة (١) ٢٣.

(٢) Graphic Arts Local V. Standrd Register, 103 LRRm 2212 S.D. Ohio 1979.

عدم احتساب ١٢ أسبوعاً تبدأ من ١٩٩٢/٤/٢٨- ورد المحكمين بلائحة لأتعابهم تضمنت تكاليف التعهد. ولم يرتض الخصوم تلك اللائحة وأحيل النزاع إلى المحكمة التجارية. وقد حكم القاضي فيليب بأنه يتوجب على المحكمين عند قبولهم القيام بالمهمة بذل العناية الواجبة في مباشرة التحكيم - ويستحق كل منهم أتعاباً معقولة لقاء عملهم. وهذا لا يتضمن الحق في (تكاليف التعهد) وقد أضاف لورد ليقات (Lord Justice Leggatt) بأنه يتعين عدم الخلط بين مهمة المحكم ومهمة المحامي - فما هو معقول لأحدهم من تكاليف ربما لايكون معقولا للآخر. وعليه فإن أي أتعاب يرغب في المطالبة بها أحدهم يتعين أن يفصح عنها قبل قبول المهمة[١].

وإذا أبطل الحكم نتيجة إلى إهمال أو خطأ المحكم - فلا يستحق الأتعاب بحسبان أنه قد أهدر وقت وجهد الخصوم فيما لاطائل من ورائه[٢].

وأيا ما كان الأمر فإن تحديد أتعاب المحكم تقوم أساساً على مبدأ حرية التعاقد - إلا أنه من الأوفق بغيه إصابة الحكمة التي من أجلها خول المشرع للخصوم حق إحالة النزاع إلى التحكيم - نرى - ما يلي:

أولا: يتعين ألا تكون كلفة التحكيم باهظة توصد الباب أمام الخصوم ولا أن تكون زهيدة تشجع الخصوم إلى اللجوء للتحكيم رغم تفاهة النزاع - وهناك العديد من الطرق التي تقلل من نفقات التحكيم - مثلا - إذا اتفق الخصوم على الوقائع، وأعدت الطلبات والمذكرات والمستندات، فبمقدور الخصوم إرسال الأوراق إلى المحكم لنظرها - وبهذا يوفر الخصوم كلفة يوم واحد - فضلاً عن مصاريف انتقال المحكم[٣].

ثانياً: يتعين عدم الاستناد إلى معيار قيمة الدعوى دائماً من أجل تحديد أتعاب المحكمين (كلما زادت قيمة الدعوى زادت أتعاب المحكم) ولعل هذا المعيار لا يحقق

---

(١) 1 Lloyd's Rep.260 (Com.Ct affirmed, 1 Lloyd's Rep. 524.

(٢) أحمد ابو الوفا - هامش رقم ٧١ اعلاه ص ٢١٨ عزمي عبد الفتاح - هامش رقم ١٦ اعلاه ص ١٨٩.

(٣) Richard Mittenthal, «making Arbitration Work Alternatives in Designing Machinery» 36 - 37, The Arb. J.81-82, PP.35-39.

العدالة دائماً بالنسبة للمحكم - بحسبان أنه ينبغي تحديد الأتعاب على أساس الساعات المبذولة في نظر الدعوى - خاصة إذا كانت الدعوى كبيرة وفيها كثير من الأطراف إذ تدق المسألة إذا كانت المبالغ المدعى بها قليلة ولكن الخلاف معقد وبحاجة إلى وقت طويل في نظر الدعوى.

والعكس أيضاً صحيح إذا كانت المبالغ المدعى بها كبيرة ولكن الخلاف يسير وليس بحاجة إلا لساعات قليلة لفض النزاع - لذا من الأوفق الاعتماد على معيار الساعات المبذولة في حل النزاع كأساس لتحديد أتعاب المحكمين(١).

ثانياً - واجب المحكم بالكشف عن الظروف التي قد تقدح باستقلاله: (Duty of Disclosure) قبل وبعد إبرام العقد.

فيما جرى بيانه تبين أنه يتعين على المحكم التحلي بصفتي الحياد والاستقلال عند تعيينه وأثناء نظر الدعوى والفصل فيها - وهذه الصفات تنحدر من طبيعة مهمة المحكم المتمثلة في الفصل بالدعوى بالعدل والإنصاف - إذ تطلبت كثيراً من التشريعات الأجنبية على المحكم بالاعتزال أو التنحي إذا ما توافر سبب من أسباب الرد أو ظروف تقدح باستقلاله وحياده - وتؤدي إلى تضارب في المصالح.

وقد تضمنت أحكام جمعية التحكيم الأمريكية (AAA) وجمعية المحامين الأمريكية (ABA) بيانا بالسلوك الأخلاقي للمحكم في مضمار الكشف عما يقدح باستقلاله خصوصاً في الدعاوى التجارية - إذ يتوجب عليه - بعد قبوله للتحكيم وبينما هو يؤدي مهمته - يتعين عليه أن يتجنب الدخول في معاملات مالية أو تجارية أو مهنية أو عائلية اجتماعية - أو يحصل على مصلحة مالية أو شخصية - والتي من الممكن أن تؤثر على حياده أو أن تخلق بدرجة معقولة الظهور بمظهر المنحاز. وبعد فترة معقولة من إصداره الحكم في الدعوى يتوجب عليه تجنب الدخول في تلك العلاقات أو طلب أي مصلحة مما قد يخلق بدرجة معقولة من ظروف الحال أنه قد

(١) Jacques Werner, «Remuneration of Arbitrators by the International Chamber of Commerce», J.of Inter, Arb, PP, 135-137.

تأثر عند التحكيم بتوقع تلك العلاقة أو المصلحة[١].

وتضمنت قواعد جمعية المحامين الدولية (IBA) أحكاماً عن السلوك الأخلاقي للمحكم بضرورة الكشف عن الظروف التي تؤثر على الحياد والاستقلال - وبيان ذلك على الوجه الآتي:

- على المحكم أن يبادر بالكشف والاعلان عن الحقائق التي قد تقود الرجل العادي الذي لايعلم حقيقة أمر المحكم - بأنه يعتمد على محكم ظاهر الانحياز أو أن المحكم له مصلحة بنتيجة التحكيم أو أنه قد مال إلى طرف في النزاع.

- وعليه أن يكشف عن أي علاقة تجارية قائمة ومباشرة بينه وبين أحد الخصوم أو مع شخص يعلم أنه سيكون شاهداً مهماً - من الطبيعي أن تنشىء الشك المبرر حول حياد المحكم واستقلاله ومن ثم يتعين عليه أن يرفض قبول المهمة إلا إذا قبل الخصوم صراحة ذلك.

- العلاقات التجارية المنقضية - لاتعتبر حائلاً مطلقاً عن تولي أو الاستمرار في التحكيم - إلا إذا كانت ذات طبيعة خاصة من شأنها أن تؤثر على حكم المحكمين[٢].

- وقد نصت المادة ١٢ من قواعد الانسترال النموذجية في التحكيم التجاري الدولي بأنه إذا ما طلب من المحكم المرشح قبول مهمة التحكيم - عليه أن يكشف عن الظروف التي من المحتمل أن تقيم الشك حول حياده أو استقلاله وعلى المحكم في كل الأوقات وأثناء تولى المهمة - أن يبادر بدون تأخير للكشف عن تلك الظروف للخصوم[٣].

---

(١) AAA/ABA Code, Canon I, Paras, D, E, F and G..

(٢) Text of IBA Rules of Ethics from the 1989 Guide to International Arbitration and Arbitrator The Parker School of Foreign and Comparative Law Columbia University, Transnational Juris Publication Inc. Dobbs Ferry, N. Y. 1989 at pp.411-412.

(٣) Holtzmann and Neuhaus, n.No. 74, above at 388.

- ونصت المادة (٧) من قواعد التحكيم لغرفة التجارة الدولية على أنه يتعين على المحكم مباشرة الكشف كتابة إلى الأمين العام للمحكمة وللخصوم أي حقائق أو ظروف من المحتمل أن تكون ذات طبيعة من شأنها أن تثير مسألة استقلال المحكم في نظر الخصوم[١].

ولنا على هذه النصوص جملة من الملاحظات، بيناها على الوجه التالي:

أولا: لم تضع هذه النصوص معياراً منضبطاً واضحاً حول ماهية الظروف التي قد تقدح باستقلال المحكم - كل ما عبدته هو الركون الى السلطة التقديرية للمحكم مستعيناً بمعيار الرجل العادي للوقوف على اذا ما كانت الظروف قد تؤثر على استقلاله في نظر الخصوم. وهذا يفترض في الواقع تبين المحكم نفسية وشخصية الخصوم - فقد لا تؤثر الظروف (مثلا تعامل مالي سابق بين المحكم وأحد الخصوم) على شخص وتؤثر على شخص آخر - إذن هو معيار شخصي يسند إلى شخصية الخصوم والمحكم - وهذا بالطبع يدخل المحكم في حرج كونه من الصعوبة معرفة شخصية الخصوم ومكنون نفوسهم. وأيا ما كان الأمر فإن هذا المنهج يقود المحكم إلى الكشف عن كل ماهو مهم وتافه في علاقة المحكم بالخصوم وموضوع الدعوى[٢].

ثانياً: بيد أن كل النصوص تضع أمثلة للظروف والأحوال التي يتعين على المحكم الكشف عنها للخصوم - للتقرير حول مصير المحكم (المضي أو التنحي) عن المهمة - مما يتوجب على الخصوم طلب اعتزاله بوقت معقول مباشرة بعد الكشف عن الظروف. والا حمل السكوت على أنه إقرار ضمني بأهلية المحكم - ويغلق على الخصوم بعد ذلك التمسك برد المحكم لذات الظروف التي كشف عنها[٣].

---

(١) Craig, park and Paulsson, n. No.42 above, at 224.

(٢) Reed & Martin, Inc. V. Westinghouse Elec, 439 F.2d 1268. 2d cir.1971.
Commonwealth Coatings V. Continental Cas co. 393. U.S at 89.
Apperson V. Fleet Carrier Corp 879 F 2 d 1344 (1989).

(٣) انظر نصوص المواد من ١٠٢ - ١٠٤ من قانون المرافعات الكويتي اذ أورد المشرع أمثلة على عدم صلاحية القاضي لنظر الدعوى وأسباباً لرده وهي تنطبق على المحكم شأنه في ذلك شأن القاضي.

ثالثاً: الكشف ومن ثم الإعلان عن الظروف والأحوال التي تمس استقلال المحكم هو واجب على المحكم فعله - وعليه إذا مضى المحكم بالإجراءات وفصل الدعوى فهذا يعني ضمنا وبالضرورة أنه كان خاليا من الظروف وتلك الأحوال. فإذا ما تبين بعد إصدار الحكم خلاف ذلك فإن حكمه يكون قابلاً للبطلان، ذلك لأنه قد صدر الحكم من محكم لم تتوافر به شروطه[١] بيد أن المشرع الكويتي قد انحاز إلى طرف المحكم ذلك أنه قد حمل الخصوم عبء التحري عن تلك الظروف ومن ثم طلب رد المحكم قبل قفل باب المرافعة أو إصدار الحكم وإلا كان الحكم نهائياً حتى لو كان في المحكم سبب من أسباب الرد[٢].

رابعاً: الاعتراض على وجود سبب من أسباب رد المحكم من قبل أحد الخصوم بعد صدور الحكم يفضل عدم التوسع به - بل التضييق منه لصالح المحكم خاصة إذا كانت الظروف التي لم يكشف عنها تتعلق بعلاقة غير مباشرة بين الخصم والمحكم أو موضوع الدعوى أو كانت عرضية غير مستمرة - أو فات عليها وقت طويل وكان المحكم ذا سمعة حسنة أو اذا كان المحكم غير عالم بها[٣].

خامساً: من المستحسن التوسع في معنى ومدلول عبارة الاستقلال والحياد لتشمل سلوك ومعاملة المحكم المنحازة لأحد الخصوم ذلك لأنها تعتبر نتيجة لاحتمال توافر الظروف التي تقدح باستقلال والحياد (السبب).

ففي دعوى Metropolitan Property and Casualty Ins V.J.C. Penney Casualty[٤] أقدمت المحكمة الفيدرالية للولايات المتحدة على انتقاد المحكم الذي ناقش

---

(١) Ghinardos. V. Minister of Highways of British Colimbia (1966) S.C.R.367
Tracomin, S.A.V. Gibbs Natheniel (Canada) Ltd, 1985, 1 Lloyd'S Rep. 586.
Cook International Inc. V.B.V. Handelmaatschappij (1985 2 Lloyd'S Rep. 225 Q.B.Com. ct.

(٢) انظر نص المادة ١٧٨ من قانون المرافعات الكويتي.

(٣) IBA Rules of Ethics, n.No.113 above, at P.412 Mills V.Jackson, F.2d 111, 1953.

(٤) 780 F.Supp. 885, (D.Conn. 1991) Schmidt V.Finberg, 942 F 2d 1571, 1991.
Roche V.Local 32B - 32J Service, 755 F.Supp 622 (1991).
Defrayne V.Miller Brewing Company, 444 F Supp.130 1978.

مضمون دفاع الخصم الذي عينه في مقر ذلك الخصم وفحص المستندات - وقبل ضيافة ذلك الخصم وحاول مناقشة المحكم المعين من الخصم الآخر وذلك كله قبل اكتمال تشكيل هيئة التحكيم بتعيين المحكم المرجح فإذا أقدم المحكم على الاتيان بهذا العمل عليه أن يعلنه للخصم الآخر - أو لا يقبل عليه إلا بعد موافقة الخصم الآخر.

سادسا: وأخيراً إذا تعمد المحكم إخفاء ظروف وأحوال تمس استقلاله وحياده ولم يبادر إلى الكشف عنها للخصوم - ومضى في الإجراءات وفصل في الدعوى ثم تبين للطرف الخاسر توافر تلك الظروف - حق له طلب إبطال الحكم بما حاصله إخلال بالتزامه تجاه الخصوم بالكشف عن تلك الظروف. بيد أنه ما هو الجزاء الذي يوقع على المحكم نحو هذا الاخلال ؟ من المنطق أنه لايستحق الأتعاب - لأنه لم يقم بتنفيذ التزامه بالفصل بالدعوى - على اعتبار أن الحكم قد أبطل لسبب يرجع إليه - ومن ثم عاد الخصوم إلى الحالة التي كانوا عليها قبل الفصل في الدعوى. بيد أن الإشكال الذي يثور هو حول مدى حق الخصوم في مطالبته بالتعويض عن الضرر الذي أصابهم نتيجة لعدم الفصل بالدعوى ؟ هذا ما سوف نتناوله لاحقاً.

وخلاصة القول إن المحكم يتمتع بسلطة تقدير الظروف التي تقدح باستقلاله وتستدعي الكشف عنها واضعاً بالاعتبار طبيعة مصدر هذا الالتزام - للوقوف على المعيار الذي يستهدي به لتمييز الظروف التافهة والظروف الجوهرية التي يتوجب الكشف عنها - فقد يكون المعيار شخصياً خاصاً بالمحكم وبالخصوم - ومثل ذلك ما ورد في قواعد (ICC) ظروف من المحتمل أن تكون ذات طبيعة من شأنها أن تثير استقلال المحكم في نظر الخصوم.

وقد يكون معياراً موضوعياً بحتاً خاصاً بطبيعة تلك الظروف ولاشأن لها بشخص المحكم ومثل ذلك ما ورد في قواعد جمعية المحامين الدولية من معيار الرجل العادي في تقدير الظروف الذي لايعرف المحكم.

ومن المحتمل أن تؤدي الظروف، في حد ذاتها، إلى ظهور المحكم بمظهر الانحياز في تقدير الخصوم - إلا أن الواقع العملي وحسب ما تعارف عليه في بلد معين في

معاملاتهم، يدحض ذلك ففي إحدى الدعاوى الفرنسية (Kuwait Foreign Trading Contracting and Investment Company Kftic) V. Icori Esters S.P.A وعندما نشب نزاع بين الخصوم الشركة المدعية والشركة الايطالية المدعى عليها - وعين كل واحد منهما محكماً من جانبه - وعين المحكمان محكماً ثالثا مرجحاً - وقد أصدر المحكمون حكمهم ضد الشركة المدعية. وعندما علمت الشركة المدعية أن محكم الشركة المدعى عليها والمحكوم لها هو محام يقطن ذات عنوان العمل مع المحكم المرجح - إذ أن كلاهما محكم الشركة المدعى عليها والمحكم المرجح يعملان في ذات مؤسسة المحاماة ولم يكشف المحكم المرجح ذلك عند تعيينه. وعليه طلبت الشركة الكويتية إبطال الحكم للعيب في تشكيل هيئة التحكيم.

وقد أصدرت محكمة باريس الاستئنافية حكمها بتاريخ ١٩٩١/٦/٢٨ بأن هذا الوضع لا يعبر عن انحياز تجاه الشركة الكويتية بحسبان أنه في انجلترا كل محام مستقل عن الآخر حتى وإن كانوا يقطنون ذات العنوان أو المكتب ومن الممكن أن يكون أحدهم وكيلا عن مدعٍ وآخر وكيلاً عن المدعى عليه[1].

ثالثا : واجب المحكم بإصدار الحكم خلال مهلة التحكيم

To render a Timely Award

من أخص واجبات المحكم إصدار الحكم في المنازعة المعروضة عليه لأنه تم التعاقد معه بغية إنهاء النزاع، لذا فلا غرابة في أن المحصلة النهائية لالتزام المحكم هي إصدار الحكم - وهو حق للخصوم. ويتعين على المحكم أن يضع جدولاً مع الخصوم لإجراءات الخصومة، ويعمل من خلاله على إصدار الحكم خلال مهلة للتحكيم.

وفي إصدار الحكم يراعي المحكم اعتبارين :

(١) John Kendall, Barristers, Independence and Disclosure Arbitration International, Vol. 8, No.3, 1992, pp.289-290.

أولاً: أن لا يحكم إلا بعد أن يطمئن وتستقر عقيدته على رأي معين بعد الاطلاع على أوراق ومستندات الدعوى التي قدمت من الخصوم.

ثانياً: يراعى الحكم عند الاطلاع على مستندات الدعوى أن يهتدي إلى حكمه خلال مهلة التحكيم. وترتيباً على ذلك على المحكم مراعاة المناورات التي قد يلجأ إليها الخصوم بغية تعطيل الإجراءات حتى يعجز المحكم عن إصدار الحكم خلال مهلة التحكيم ومثل ذلك:

- التأجيلات التي قد يتكرر من الخصوم طلبها من أجل الرد على الخصم الآخر - على المحكم وضع حد لها.
- وقد يلجأ الخصم إلى حيل أعقد منها مثلاً تبديل محاميه في منتصف الإجراءات والمرافعة أو قبيل نهاية تاريخ معين ضربه المحكم للانتهاء من مثلاً تقديم المستندات أو يمتنع الخصم عن أداء مبلغ مستحق لمحاميه - مما يستتبع امتناع المحامي عن القيام بهمته ومن ثم يعوق المحكم عن الفصل بالدعوى خلال مهلة التحكيم[1].

لقد تنبه المشرع الكويتي لهذه المناورات وخول المحكم حق إصدار الحكم إذا تخلف أحد الخصوم عن تقديم ما طلب منه في الموعد المحدد. وفي ذلك تقضي المادة ١/١٧٩ مرافعات بأن يحدد المحكم للخصوم ميعاداً لتقديم مستنداتهم ومذكراتهم وأوجه دفاعهم.. ويجوز الحكم بناء على ما يقدمه جانب واحد إذا تخلف الآخر عن ذلك في الموعد المحدد[2]. ويعتبر هذا النص منطقياً بحسبان أن العلة من التوجه إلى التحكيم هي التعجيل في الإجراءات ومن هنا نبعت الضرورة إلى تحديد أجل لإصدار الحكم.

---

(١) Cedric Harris, «Abuse of the Administration Process Delaying Tactics and Disruptions», 9 (2) Journal of International Arbitration, June 1992, P. 89 - 90.

(٢) ولم يخول المشرع البريطاني للمحكم هذه المكنة - وإنما تركها للقضاء بعد تقديم طلب من أحد الخصوم أو من المحكم لتمكين الآخرين من الحكم دون انتظار الخصم الآخر.

وفي ذلك نصت المادة ١٨١من قانون المرافعات على أنه «إذا لم يشترط الخصوم في الاتفاق على التحكيم أجلا للحكم، كان على المحكم أن يحكم خلال ستة أشهر من تاريخ إخطار طرفي الخصومة بجلسة التحكيم، وإلا جاز لمن شاء من الخصوم رفع النزاع إلى المحكمة أو المضي فيه أمامها إذا كان مرفوعاً من قبل. وإذا اختلفت تواريخ إخطار الخصوم بدأ الميعاد من تاريخ الإخطار الأخير. وللخصوم الاتفاق صراحة أو ضمناً على مد الميعاد المحدد اتفاقاً أو قانوناً، ولهم تفويض المحكم في مده إلى أجل معين. ويقف الميعاد كلما أوقفت الخصومة أو انقطعت أمام المحكمة، ويستأنف سيره من تاريخ علم المحكم بزوال سبب الوقف أو الانقطاع. وإذا كان الباقي من الميعاد أقل من شهرين أمتد إلى شهرين».

وتتناول هذه المادة الأجل الذي يتعين أن يصدر خلاله حكم المحكم وكيفية احتسابه. ويمكن تفصيل مضمون هذه المادة بالآتي:

يؤكد النص حرية الأطراف في تحديد مهلة التحكيم - فكما أن الخصوم بإرادتهم المنفردة اختاروا التحكيم عوضاً عن قضاء الدولة فيكون لهم من باب أولى تحديد مهلة التحكيم. على اعتبار أنهم قد أعملوا قاعدة الخصوم قضاة دعواهم. وتكاد تشريعات الدول تجمع على منح الخصوم مكنه تحديد أجل التحكيم ابتداءً[١].

ويبين من مطالعة النص أنه مكمل أو مفسر يتيح الفرصة أولاً للخصوم للاتفاق على ما يحقق مصالحهم من تحديد لمهلة التحكيم - بيد أنه في حال إغفال ذلك - يسعى المشرع لاستكمال البيان على أساس أنه تتجه إرادة الخصوم للأخذ بما أرساه

(١) In Italy, year Book, Commercial Arbitration VI, (1981) 39 In France and Sweden, Commercial Arbitration VIL (1982) P.10 Yves Derains, "International Commercial Arbitration in Civil Law Countries", P.244, Published in "Arbitration in Settlement of International Commercial Disputes invoving Far East and Arbitration in combined transportation, edited by pieter Sanders, Kluwer, Boston, 1989".

المشرع. وقد حدد المشرع مدة ستة أشهر يصدر خلالها المحكم حكمه في النزاع. وتكاد تجمع التشريعات أيضاً على هذا الاتجاه مع الاختلاف في تحديد المهلة[1].

وقد حدد المشرع الفعل الذي يبدأ منه حساب المهلة سواء الاتفاقية أو القانونية وذلك دحضاً لأي خلاف يثور بشأن حسابها.

ويبدأ حساب المدة من تاريخ إخطار طرفي الخصومة بجلسة التحكيم وبموجب المادة ١٧٩ مرافعات يقوم المحكم خلال ثلاثين يوماً على الأكثر من قبول التحكيم بإخطار الخصوم بتاريخ أول جلسة تحدد لنظر النزاع. وترتيباً على ذلك إذا كان النزاع متعدد الأطراف ومتعقد الجوانب فيكون من الأوفق تقصير المدة الفاصلة بين تاريخ الإخطار وتاريخ الجلسة الأولى بحسبان أن المهلة تبدأ من تاريخ الإخطار وليس تاريخ الجلسة الأولى، وقد كان حرياً بالمشرع أن يبدأ حساب المدة من تاريخ الجلسة الأولى - غير أن هذا الحل أفضل من مسلك المشرع المصري الذي يبدأ حساب المدة من تاريخ قبول المحكم للمهمة[2]، ثم إن هذا النص كما أسلفنا يمكن الاتفاق على خلافه. ويتعرف على إذا ما كان المحكم قد قام بالمهمة الموكلة إليه خلال مهلة التحكيم بصدور الحكم بأغلبية الأراء وكتابته واشتماله بوجه خاص على صورة من الاتفاق على التحكيم، وعلى ملخص أقوال الخصوم ومستنداتهم وأسباب الحكم ومنطوقه وتاريخ صدوره والمكان الذي صدر فيه وتوقيعات المحكمين[3]. وإذا لم يتمكن المحكم من إصدار الحكم خلال المهلة التي تبدأ من إخطار طرفي الخصومة (إذا اختلفت

---

(١) انظر القانون الاسترالي - في تحديد مهلة التحكيم بثلاثة أشهر.
وفي القانون الياباني بخمسة وثلاثين يوماً بعد قفل باب المرافعة وخمسة وأربعين يوماً اذا طلب الخصوم كتابة الحكم باليابانى والانجليزي.
أما في القانون في هونغ كونغ فقد ألزم المشرع المحكم باصدار الحكم خلال وقت معقول. انظر:
Simmonds, Hill and Jarvin, n.No.41 above at 14, 2999.
وفي القانون الفرنسي والسويدي بستة أشهر. القانون الايطالي ثلاثة أشهر والمصري شهرين. انظر:
Yves derains, n.No. 125. above, at 244.

(٢) أحمد أبو الوفا، هامش رقم ٧١ أعلان، ص ١٩٣.

(٣) نص المادة ١٨٣ من قانون المرافعات.

تواريخ إخطار الخصوم بدأ الميعاد من تاريخ الإخطار الأخير) بجلسة التحكيم - عد المحكم مخلاً بالتزام تعاقدي ما لم يكن ذلك راجعاً لخطأ الخصوم. وعليه إذا صدر الحكم بعد انتهاء المهلة اعتبر باطلاً وجاز لأي من الخصمين عدم قبوله. فقد رفضت محكمة التمييز الفرنسية طلباً بصحة إصدار حكم صادر عن محكم طبقاً لقواعد غرفة التجارة الدولية. إذ تضمنت المادة ١٨ من قواعد الغرفة أنه يتعين أن يصدر الحكم قبل تاريخ ١٩٧٤/١٢/٣١ - وقد وقع المحكم الحكم وقدمه إلى محكمة الغرفة بتاريخ ٩/ ١٩٧٤/١٢ - إلا أنه لم يقر من قبل المحكمة إلا بتاريخ ١٩٧٥/١/٢٢ - ولما كانت القواعد تقضي بأنه لايعتبر الحكم صادراً إلا بعد إقراره من المحكمة فقد قضت محكمة التمييز الفرنسية بأن الحكم لم يصدر خلال مهلة التحكيم(١).

وعلاوة على ذلك فقد حكم القضاء في الولايات المتحدة في دعوى Baar ودعوى Graphic Arts Local 508 V.Standard Register(٢) بحق الخصوم بعدم أداء مستحقات المحكم إذا لم يتمكن من إصدار الحكم خلال مهلة التحكيم بحسبان أنه قد أخل بالتزام تعاقدي(٣).

ومن المتصور ألا يتمكن المحكم من إصدار الحكم خلال مهلة التحكيم لأي مبرر كان وفي هذه الحالة إما أن تنقض محكمة التحكيم وينعقد الاختصاص لقضاء الدولة أو يصار إلى مهلة التحكيم بوساطة طرفي الخصومة ولايتحقق المد إلا بتوافق إرادة طرفي الخصومة لأن المدة لم تحدد إلا بإرادة كل منهما فيكون منطقياً أن تمد بالإرادة نفسها. إلا أن قواعد التحكيم لغرفة التجارة الدولية تمنح محكمة التحكيم مدة المهلة دون حتى موافقة الخصوم أو الاهتداء بآرائهم. ففي سويسرا تقدم أحد الخصوم بطلب إلغاء حكم التحكيم لأنه صدر بعد انتهاء المهلة - ولم يسمح له بالإدلاء برأيه حول مد المهلة التي مدت تلقائياً من محكمة التحكيم. وقد قضت محكمة الاستئناف أن

(١) Decision of 27 April 1981, (Ste Ripolin), 1981, Gazette du Palais II.584.

(٢) Baar, 189 Cal Rptr. at 839.

(٣) Graphic Arts Local 508 V.Standard Register, LRRM 2212 (S.D.Ohio 1979).

تمديد المهلة من قبل محكمة التحكيم إجراء لايخضع لرقابة محكمة الاستئناف - ولكنه إعمال لالتزام تعاقدي قوامه تنصيب شخص ثالث (محكمة التحكيم) لمد المهلة تطبيقاً لاتفاق الخصوم(١).

ويستطيع الخصوم طبقاً للتشريع الكويتي تفويض المحكم في مد المهلة إلى أجل معين. وهنا يفرق المشرع بين أمرين، سلطة المد ومقدار المدة ويستطيع الخصوم تخويل المحكم سلطة المد، غير أن مقدار المدة يختص به الخصوم(٢) ولم يحدد المشرع عدد المرات التي يسمح بها بالمد ولا تحديد مدة لآجال المد، وإنما تركه لاتفاق الخصوم ويختلف الوضع لو كان التحكيم مؤسسي - إذ تحتفظ عادة مؤسسة التحكيم بمد المهلة وتحديد أجلها(٣).

ويثور في هذا الصدد إشكال قوامه إخفاق المحكم بإصدار الحكم خلال المهلة، فهل يرتب ذلك حقاً للخصوم بطلب التعويض عن الضرر الذي أصابهم من جراء الإخلال بتنفيذ هذا الالتزام. ففي دعوى:

E.C Ernst, Inc. V.Manhatton Construction Co.of Texas

قضت المحكمة بمسئولية المحكم عن الضرر الذي أصاب الخصوم جراء عدم إصدار الحكم خلال مهلة التحكيم وإلزامه بالتعويض ورغم ادعائه بتمتعه بالحصانة من الدعاوى المدنية(٤) ذلك لأن المحكم ملتزم بتحقيق نتيجة قوامها الفصل بالدعوى خلال مهلة التحكم - فإذا لم يقدم على ذلك يكون قد أخل بالتزام تعاقدي ليس مشمولاً بالحصانة القضائية لأن فعلته هذه بمثابة إنكار للعدالة ولا تنطوي على عمل قضائي بل عمل إداري - وكل هذا بالطبع ما لم يكن إخفاقه راجعاً لخطأ الخصوم.

---

(١) Judgment of 2 January 1984, Cour d'appel, Canton of Bale - Ville, 1985, Swiss Bull.

(٢) نص المادة ١٨١ من قانون المرافعات.

(٣) انظر على سبيل المثال - مشارطة التحكيم لجمعية المهندسين الكويتية - أحمد الملحم - هامش رقم ٥٩ أعلاه ص ٥٠.

(٤) 551 F.2d 1026

حول حصانة المحكم من الدعاوى المدنية المرفوعة من الخصوم - انظر لاحقا.

رابعاً: واجب المحكم في عدم إفشاء أسرار الخصوم :

من أهم المزايا التي يتصف بها التحكيم، كونه قائماً على السرية والكتمان في جلسات التحكيم - فهي مقصورة على أطراف النزاع أو من يمثلهم أمام هيئة التحكيم - كما أن الحكم لايتلى علناً على الجمهور أو ينشر في الصحافة كما هو الحال عند اللجوء إلى القضاء. ولعل هذه الميزة هي التي أفضت إلى انتشار ونجاح التحكيم في المنازعات التجارية ومن ثم قبوله في المنازعات الأخرى.

وعندما تدق مسألة بين التجار أو بين التاجر والعمال يحرص هؤلاء على التضييق من انتشار خبر الخلاف حتى لا تتأثر مصالحهم التجارية لذا فإن طبيعة عمل التاجر تستدعي إضفاء صفة الكتمان على أعماله تحسباً من اطلاع الغير عليها ومنافسته في عملائه أو مصادره - وليس أدل على ذلك من التضييق من نطاق الاطلاع على دفاتر التاجر التجارية عند استناد الخصم عليها والزام المحكمة التاجر بتقديم دفاتره وتعذر إثبات الحق المتنازع عليه بطريق آخر، فإذا ما قدم التاجر دفاتره فلا يطلع عليها إلا الخبير أو القاضي بحضور التاجر صاحب الدفاتر ويقتصر الاطلاع على البيانات المتعلقة بالحق المتنازع عليه[1]. ناهيك عن المنازعات التجارية التي تفرض طبيعتها السرية وصبغها بطابع الكتمان. كما هو الشأن في براءة الاختراع (Patent) أو السر المهني (Trade secret) أو الكيفية الفنية أو سر الصناعة (Know-How) وغيرها من الحقوق الذهنية أو الصناعية[2].

فيكون أمام أطراف النزاع اللجوء إلى التحكيم - لما يوفره من سرية في جلسات

---

(١) حسني عباس - الدفاتر التجارية، الالزام بمسك الدفاتر التجارية وحجيتها في الاثبات، ١٩٥٨. حسني المصري - القانون التجاري الكويتي - الكتاب الأول - مؤسسة دار الكتب الكويتي ١٩٩٢، ص ٢٢٦ - ٢٣٤ - انظر المادة ٣٣ من قانون التجارة الكويتي.

(٢) Peter Meinhards, «Inventions Patents and Trade Marks» AGower Press Hand Book 1971, PP. 25-30.

التحكيم - وحتى لا يكون ملف الدعوى لدى الجهات القضائية - سيما إذا كانت معاملات أطراف النزاع تعتريها الشبهات[١].

وترتيباً على ذلك يكسب عقد التحكيم المبرم بين المحكم والخصوم طبيعة خاصة قوامها الثقة التي أولاها إياه الخصوم - بما حاصله الإفضاء للمحكم بالمعلومات والبيانات التي تكتنفها السرية كي تمكنه من الفصل في الدعوى - وقد يبين من هذا العقد لمسه من عناصر علاقة الوكالة التي ترتكز على محور الثقة (Trust Relation Ship) أو بتعبير أوسع علاقة الثقة والكتمان اللازم توافرها في بعض العلاقات المهنية (Fiduciary Relationship)[٢]. مما يستتبع ضرورة إخلاص وكتمان الوكيل لأسرار الموكل وطيها بطابع السرية[٣]. وعلاقات الثقة والكتمان (Confidential Relation ship) يمكن الاستدلال عليها من طبيعة العلاقة بين أطراف العقد وما تمليه من اعتبارات - على اعتبار أن المشرع لم يحصرها. ففي دعوى (Parry Jones V.Law Society) قال اللورد دبلوك «Diplock» بأن واجب الكتمان يتوافر ليس فقط بين المحامي والعميل بل يشمل علاقات أخرى - على سبيل المثال - علاقة البنك والعميل - الطبيب والمريض - المحاسب والعميل[٤] وبالفعل هذا ما تنبه إليه المشرع الكويتي في قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية بقوله «لايجوز لمن علم من المحامين أو الأطباء

---

(١) كما لو كان النزاع متعلقاً بمخالفات لقانون المنافسة التي تحظر الاتفاقات بين التجار لتحديد الأسعار أو اقتسام السوق أو اقصاء تجار آخرين عن السوق. انظر:

Neale and Goyder, The Antitrust Law of the U.S.A, 3rd edCambridge University Press, 1982,

Richard Whish, Competition Law, Butterworths, London, 1985.

(٢) John Montgomeric, «Steven's Elements of Mercantile Law», 13th ed, Butterworths, London, 1960, pp,133-175.

P.W.D. Redmono, «Mercantile Law», 5th ed, M. & E. Handbooks - Law, 1987, P.101.

(٣) O'Rouke V.Darbishire (1920) CA 581 Minter, V. Priest (1930) A.C.558.

(٤) (1969) 2 ch 1,9

أو الوكلاء أو غيرهم عن طريق مهنته أو صنعته بواقعة أو بمعلومات أن يفشيها[١] وعقود الثقة أو التي تصطبغ بطابع الكتمان تفترض عند إبرامها إفضاء كل طرف بما هو معلوم لديه من معلومات وبيانات لم تنم إلى علم الآخر - كي تمكن كلاً منهما من تقرير مدى ملاءمة إبرام العقد معه - بما حاصله إطلاع الخصوم المحكم على موضوع النزاع أو اتفاق التحكيم وكشف المحكم الظروف التي قد تقدح باستقلاله وحياده - ومن هنا تنهض علاقة الثقة التي تنبني عليها العلاقة بين المحكم والخصوم - وخاصة إذا كان مفوضاً بالصلح مما يحتم كتمان كل طرف بما أفضى به للطرف الآخر خلال تنفيذ العقد. لذا فلا غرابة إذا ما أطلق على هذا النوع من العقود (Uberrima fides) وتعنى «سلامة النية المثلى أو الأمانة والصراحة الخالصة»[٢].

لذا عندما يرتبط شخص بعلاقة ثقة وكتمان مع آخر - يقع على عاتقه التزام عدم إساءة استخدام عنصر الكتمان وعليه أن يستعمل العناية الواجبة في تنفيذ التزامه. بل إنه ومن أجل دعم عنصر خصوصية المعلومات التي أفضى بها الخصوم للمحكم اعتماداً منهم على عدم إقدام المحكم على كشف النقاب عنها - فقد أرسى القضاء في دعوى Prince Albert V. Strange مبدأ حاصله أنه إذا ارتبط شخص بعلاقة ثقة وكتمان مع آخر - وأفضى المؤتمن على المعلومات إلى شخص ثالث بما علمه من أنباء - انتقل عبء الكتمان إلى ذلك الشخص الثالث - فيكون ملتزماً تجاه الشخص الأول الذي تخصه المعلومات[٣].

ويتعين القول في هذا المقام إن المعلومات التي علمها المحكم أثناء جلسات التحكيم تتصل بخصوصية الخصوم - وهي ملك خالص لهم. ومن ثم يحظر نشرها

---

(١) نص المادة ٤٣ من مرسوم بقانون رقم ٣٩ لسنة ١٩٨٠ بشأن الإثبات في المواد المدنية والتجارية لمزيد من التفصيل حول ضرورة كتمان أسرار العملاء انظر - يعقوب صرخوه، سر المهنة المصرفية في القانون الكويتي - دراسة مقارنة، جامعة الكويت - ١٩٨٩ ص ١١ - ٣٥.

(٢) Anson's Law of Contract, edited by A.G.Guest, 26 th ed Clarendon Press, Oxford, 1986, p.231.

(٣) (1849) 1 Mac & G.25.

أو كشف النقاب عنها دون موافقة الخصوم. ولقد قال الأستاذ Allen Westin حول خصوصية المعلومات معرفاً لها بأن الخصوصية هي حق الأفراد والمؤسسات في أن يحددوا لأنفسهم، متى وكيف وإلى أي مدى يمكن للمعلومات الخاصة بهم أن تصل الآخرين(١).

وينبني على ذلك أن المعلومات (دون تمييز) التي يتم تداولها أثناء جلسات المرافعة بين الخصوم والمحكم يلزم أن تظل في طي الكتمان - وخاصة في مجال المنازعات التجارية - على اعتبار أن التاجر لم يلجأ للتحكيم إلا لغرض إخفاء معاملاته التجارية - فضلاً عن الصبغة المالية لهذه المعلومات أو البيانات، ذلك أنها ملك للتاجر. أو بتعبير آخر أن المعلومات أو البيانات التجارية هي مال مملوك للتاجر فمن ثم لايجوز انتزاعها منه بإفشائها إلا برضاه. ففي دعوى Exchange Telegraph V.Gregory قبلت المحكمة ادعاء المدعي من أن له حق ملكية على بعض المعلومات المتصلة بسوق الأوراق المالية - وعليه منعت المدعى عليه من إساءة استخدامها(٢).

وفي دعوى أخرى قرر اللورد «ستيرندل» «Sterndale» بأن المعلومات المتعلقة بتركيبة صناعة سلعة والتي لم تكن معروفة إلا للشركاء - تعتبر من أملاك الشركة - ويمكن منحها إلى مدير التفليسة عند الإفلاس(٣).

---

(١) Allen Westin «Privacy and Freedom»P.7 للمزيد من التفصيل حول الحق في الخصوصية. انظر: محمد المقاطع - حماية الحياة الخاصة للأفراد وضماناتها في مواجهة الحاسوب الآلي - مطبوعات جامعة الكويت - أبريل ١٩٩٢ ص ١٣ - ٥٣.

(٢) (1906) 22 T.L.R 375.

(٣) Re Keene (1992) 2 ch . 475 ويتعين القول بوجود آراء ترفض اعتبار المعلومات من قبيل الأملاك انظر: North & South Trust V. Berkeley (1971) 1 All E.R.980 وأيا ما كان الأمر فإن الكل متفق على واجب الكتمان الذي يتعين التزام به لمن أفضى إليه بمعلومات بناء على علاقة ثقة - بيد أن محل الخلاف هو أساس مسئولية الطرف الذي كشف النقاب عن المعلومات فمنهم من يرى أنه التزام إنصافي Equitable obligation نابع من علاقة الثقة والكتمان ومنهم من يرى أن المعلومات تشكل أملاكاً لايجوز التصرف فيها إلا بموافقة مالكها: انظر:

Norman Palmer «Information As Property» Published in Confidentiality and the Law, edited by Linda Clarke, Lloyd's of London Press, 1990. P 88.

وصفوة القول - إذن - إن المحكم وعلى هدى من علاقة الثقة والكتمان المنبثقة عن العقد المبرم بينه وبين الخصوم وعلى طابع الملكية الخاصة للمعلومات التي أفضى بها الخصوم أمامه بغية الفصل في الدعوى وعلى مبدأ احترام الحق في الخصوصية الذي يمنح الأفراد حق تحديد متى وكيف وإلى أي مدى المعلومات الخاصة بهم تصل للآخرين - يحظر عليه الآتي:

أولاً: الاستفادة بأي حال (مادياً أو معنوياً) من المعلومات والبيانات التي تحصل عليها وعلمها أثناء جلسات المرافعة. ففي دعوى Seager V.Copydex Ltd دلف المدعي إلى مفاوضات أولية مع المدعى عليه - مما فرض البوح بمعلومات سرية حول نوع جديد من السجاد ابتكره المدعي - إلا أن الصفقة لم تبرم - فما كان من المدعى عليه إلا أن استعمل ابتكار المدعي وأنتج السجاد الخاص به. ويبين من تلك الوقائع أن عقداً لم يبرم ولم تنشأ علاقة ثقة وكتمان نابعة عن عقد. وعندما عرضت تلك الوقائع على اللورد دينيغ «Denning» قرر بما يلي: - أن القانون الحاكم لهذا الموضوع لايعتمد على العقد وإنما يعتمد على المبدأ العام للإنصاف «equity» فمن يحصل على معلومات بناء على ثقة أو يؤتمن على معلومات عليه ألا يستفيد منها للإضرار بمن أدلى بها له[1].

ثانياً: إفشاء المعلومات إلى وسائل الإعلام للتربح من ورائها لما ينطوي ذلك على إخلال بعنصر الثقة والكتمان القائم بين المحكم والخصوم بحسبان أنه إذا كان يحظر على المحكم الاستفادة من المعلومات يكون من باب أولى عدم جواز نشرها لاستفادة الغير منها.

ثالثاً: كما يحظر اطلاع الغير على مستندات الدعوى التي قدمت من الخصوم لتمكين المحكم من الفصل في الدعوى خلال مهلة التحكيم - وذلك لذات العلة المبداة آنفاً.

---

(١) (1967) 1 W.L.R 923

رابعاً: يحظر على المحكم الإدلاء بشهادة أمام القضاء عن المعلومات التي أدلى بها الخصوم أثناء جلسات التحكيم لما يفضي إليه من زعزعة الثقة التي يحرص المشرع إلى تعميقها في بعض العلاقات المهنية، حتى يؤدي العمل على أكمل صورة وتعم الفائدة على المجتمع. ففي إحدى الدعاوى الجنائية في بريطانيا أصدر المدعي العام أمراً إلى محكم للشهادة على أحد الخصوم بناء على المعلومات التي أدلى بها الخصم للمحكم أثناء جلسات التحكيم. ولما كان المحكم هو شاهد الإثبات الوحيد ونظراً لأهمية الدعوى - وعدم وجود نص خاص يعفى المحكم من الشهادة في الدعاوى الجنائية - فإن مثل هذا الإجراء لايقبل إلا بعد إثبات حالة الضرورة(١).

وفي الكويت تعطى المادة ١٦٤ من قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية المحكمة من تلقاء نفسها الحق في إعلان أي شاهد ترى ضرورة لسماع أقواله. بيد أن بعض التشريعات منحت الموفق حصانة قانونية من أوامر الاستدعاء للشهادة في الدعاوى الجنائية(٢).

أما في حال الدعاوى المدنية فلا يسمح للمحكم بالإدلاء بالشهادة عن المعلومات التي أدلى بها الخصوم في جلسات التحكيم(٣). إذ نصت المادة ٤٣ من قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية على أنه لايجوز لمن علم من المحامين أو الأطباء أو الوكلاء أو غيرهم عن طريق مهنته أو صنعته بواقعة أو بمعلومات أن يفشيها، ولو بعد انتهاء خدمته أو زوال صنعته، ما لم يكن ذكرها له مقصوداً به ارتكاب جناية أو جنحة ومع ذلك يجب على الأشخاص السالف ذكرهم أن يؤدوا الشهادة في الواقعة أو المعلومات متى طلب ذلك منهم من أسرها إليهم على ألا يخل ذلك بأحكام القوانين الخاصة بهم.

---

(١) Joel M. Douglas «The Scope of Arbitrator Immunity», 36-37, The Arb. J. (81-82) pp.35-38.

(٢) Jane Chart, «community Justice centres for New-Zealand», N.Z.L.J. Feb/83, pp.39-42.

(٣) Nolan and Abrams, «The Arbitrator's Immunity from suit and Subpoena» 40 Arbitration 1987.

خامساً: الامتناع عن نشر الحكم :

غنى عن البيان القول إن نشر الحكم ينطوي على انتهاك للسرية المتعين كتمانها نحو خصوصية النزاع - مما يحتم كسياسة عامة الركون إلى إرادة الخصوم بحسبان أنها الإرادة التي منحت المحكم سلطة فض النزاع وإصدار الحكم. وأيا ما كان الأمر فإنه غالباً لدى مؤسسات التحكيم أو التحكيم الحر لا ينشر الحكم إلا بعد موافقة الخصوم على ذلك. بيد أن مكمن الخلاف هو في أن مؤسسة مثلاً يخولها النظام الأساسي لها نشر الحكم ما لم يعترض الخصوم ابتداء على نشره ونظام آخر لا ينشر الحكم إلا بعد موافقة الخصوم على ذلك[1].

وغنى عن البيان - ومن جانب آخر - القول إن نشر الحكم يعود بنفع على الصالح العام - ففيه دعم لثقة الخصوم بالمحكم أو بالمؤسسة ذلك أن المحكم إذا ما علم بأيلولة الحكم للنشر فإنه يبذل قصارى جهده في فحص وتمحيص الدعوى - ومن ثم يؤهل خصوم المستقبل لاختيار محكميهم أو مؤسسة التحكيم، ناهيك عن تكوين عادات ومبادىء وأعراف للتحكيم في المنازعات التجارية جراء نشر الأحكام - علاوة على تعرف المحكمين بالمبادىء السارية في النظم المختلفة.

وإزاء تضارب المصالح - مصلحة الخصوم في كتمان معاملتهم وبياناتهم التجارية والتضييق من نطاق انتشارها والمصلحة العامة المتقدم بيانها، من الأوفق السماح بنشر الحكم بعد مرور فترة زمنية معقولة - يمكن القول بمرورها بعدم إمكانية تأثر مصالح الخصوم بكشف النقاب عن معاملتهم الآنفة.

وصفوة القول - إن مؤسسات التحكيم التي لا تنص أحكامها على النشر - يتوجب تفسير ذلك على أنه يحظر النشر. أما المؤسسات التي تسمح - يتوجب عدم الإقدام على ذلك إلا بموافقة الخصوم.

---

(١) انظر التحكيم البحري للجنة (JSE) نص المادة (٣٠).

Kenji Tashiro, «Quest for a rational and Proper Method for Publication of Arbitral Awards», 9 (2) - J.of Inter arb June 1992, pp.97-104.

Cane and shub. n.No.95 above, at 83.

وبالجملة - يمكن القول إن السرية تعتبر في حكم الاتفاق الضمني بموجب طبيعة العقد بين المحكم والخصوم - بيد أنه يمكن تأكيد ذلك بتضمين عقد التحكيم شرطاً يقضي بسرية جلسات التحكيم وحظر إفشاء أية بيانات تتعلق بموضوع النزاع وأن الأوراق والمستندات المقدمة من الخصوم للمحكم للفصل في الدعوى تعتبر ملكاً للخصوم ويتعين إرجاعها إليهم.

خامسا: حصانة المحكم من الدعاوى المدنية المرفوعة عليه من الخصوم :

من الأهمية بمكان التنويه بأن الحصانة لا تنبثق مباشرة من عقد التحكيم بل هي حق أو ضمانة يتعين أن يتمتع بها المحكم حتى يصدر الحكم بحرية واستقلال لأنه يقوم بوظيفة شبه قضائية «Quasi Judical» - فهو يفصل في موضوع النزاع المعروض عليه من الخصوم - وحتى يضطلع بمهمته كما ينبغي - يتعين تخليصه من أية مخاوف قد تساوره من احتمالات مقاضاته من الخصوم. وعليه تظهر ضرورة توفير الحرية والاستقلال للمحكم. والمحكم يباشر مهمته بما أوتى من سلطة منبثقة عن العقد المبرم بينه وبين الخصوم - فثمة - إذن - رابطة تعاقدية بينهم - ومن ثم يتوقع الخصوم من المحكم مستوى ومهارة معقولة في أداء مهمته، ذلك أنه ليس دائماً يجني الخصوم الثمرة المرجوة من التحكيم - فقد يخل المحكم بواجبه كأن يمتنع عن إصدار الحكم خلال مهلة التحكيم أو كشف النقاب عن أسرار الخصوم أو يعتزل المهمة قبل إنهائها أو يخفى ظروف تقدح باستقلاله - بما حاصله إحباط إجراءات التحكيم - إلا أن بعض التشريعات تضع قواعد وأحكام تكفل معالجة القصور أو المخالفات التي يرتكبها المحكم. فإذا ما أخطأ المحكم في تطبيق القانون عند إجراءات المرافعة أو أخطأ في تأسيس حكمه أو كان مخلاً في سلوكه - كان حكمه قابلاً للإبطال[1]. وإذا ما أبطل الحكم عاد الخصوم إلى الحالة التي كانوا عليها عند التعاقد - بما حاصله إضاعة للوقت والجهد والمال. فهل يحق للخصوم مقاضاته طلباً للتعويض عما أصابهم من

(١) Dicta of Lord Denning - Arenson (1973 1 ch. 346, at - P.365 B.

ضرر جراء فعله الخاطىء؟ ونجيب عن هذا السؤال مبتدئين - ببيان أولاً بزوغ الحصانة ثم مصدرها وأسبابها ثم مدها إلى مؤسسات التحكيم منتهين إلى حصانة المحكم في الكويت.

أولا - بزوغ المبدأ:

بزغ المبدأ بادىء ذي بدء عندما رفع محام دعوى على قاض طالباً الحكم له بالتعويض عن الضرر الذي لحق به جراء حرمانه من السير بالدعوى التي كان يتابعها أمام القاضي، إلا أن المحكمة العليا في الولايات المتحدة في دعوى Bradley V.Fischer أفادت بأن القضاة معفيون من المسئولية المدنية عن الأعمال القضائية التي يقومون بها في حدود اختصاصهم. وقد قالت المحكمة إن مبدأ الحصانة القضائية متأصل الجذور في الشريعة العامة - وهو مبدأ ذو أهمية قصوى للإدارة السليمة للعدالة[1]. وعلى ذلك وفقاً للمبدأ الذي أرسته المحكمة أن القاضي لا يكون مسؤولاً مدنياً إلا عن أفعاله غير القضائية أو إذا كان الفعل القضائي خارج حدود اختصاصه[2]. وهذا يستتبع إيجاد تعريف أو تحديد للأفعال التي يأتيها القاضي - وتكيف على أنها قضائية حتى يستفيد من الحصانة وفي غياب هذا التحديد - جرى القضاء - على حصانة القضاة من جميع الأفعال التي يأتونها طالما كانت أثناء أو بسبب قيامهم بأعمالهم.

ولما كان المحكم يمارس مهمة شبه قضائية شأنه في ذلك شأن القاضي - ومن ثم تدق الحاجة إلى حمايته والعمل على توفير ضمانات الحياد والاستقلال والحرية في فض النزاع دونما رهبة من احتمال مقاضاته من الخصوم - فقد مدت المحكمة العليا للولايات المتحدة حصانة القاضي إلى المحكم وأضافت أنه ليس بمقدور الخصوم مقاضاته حتى بأفعاله الاحتيالية[3].

---

(١) 80 U.S.335, 346, 20 L.Ed. 646, 649 182.

(٢) pierson V.Roy, 386 U.S.547, 87 S.Ct.1213, 18 L Ed. 2d 288 (1967).

(٣) Jones V.Brown, 54 Iowa 74, 78,6, N.W.140, 37 AM Rep.185 1880.

وفي إنجلترا رفض القاضي بوفيل «Bovill» إرساء سابقة لمسئولية المحكم مدنياً عن إهماله - إذ أقام حكمه على غياب السابقة القضائية التي تؤهل مقاضاة المحكم مدنياً إذ قال لا وجود لمبدأ يفيد أن الشخص إذا ما نصب للفصل في دعوى بين الخصوم يكون محلاً لرفع دعوى للتعويض عن الإهمال الذي وقع به.. لا وجود لمثل هذه السابقة.. وأنا لن أرسي هذه السابقة[١] ولعل منحى القاضي بوفيل يوحي بأن المحكم شأنه شأن القاضي في الحصانة ومن ثم طالما غابت السابقة القضائية - فهذا يدلل على إعفاء المحكم من المسئولية المدنية الناجمة عن إهماله في نظر الدعوى.

مصدر الحصانة القضائية للمحكم وأسبابها :

إن مصدر انبعاث الحصانة التي يتمتع بها المحكم - ليس لعقد المبرم بينه وبين الخصوم - بما حاصله تعاقده معهم على فهم ضمني مشترك بأنه خالي المسئولية عن إهماله - بحسبان أن ذلك لا يواكب مدى الحصانة التي قررها القضاء - بل إن مصدر الحصانة هو طبيعة المهمة الموكلة للمحكم الشبه قضائية - التي تستدعي تخليصه من أية مخاوف قد تساوره من احتمالات مقاضاته من الخصوم جراء الضرر الذي أصابهم من إهماله - والقول بغير ذلك يعني أن الخصوم قد أعفوا المحكم من إهماله الجسيم أو حتى أفعاله الاحتيالية وهذا لايمكن إقراره بحسبان أنه ليس مقبولاً في الدول التي تنتج النظام اللاتيني أن يتفق المتعاقدون مقدماً على إعفاء أحدهم من أفعاله المتعمدة أو الخطأ الجسيم[٢].

وتغطية المحكم بحصانة القاضي ومن ثم إعفائه من المسئولية عن إهماله أمراً متعلقاً بالنظام العام على الأقل في الولايات المتحدة - ففي دعوى Arenson قال لورد سيمن «Simon» بأن أساس الحصانة قائم على النظام العام - ولم تعن له ظروف جديدة تستدعي إعادة تقييم هذه السياسة[٣]. وتأكيدا على ذلك أضاف اللورد سالمون

(١) Tharsis Sulphur and Copper Co.Ltd, V.Loftus (1872 - L.R.8,C. P.1, at P.7.

(٢) Christian Hausmaninger «Civil Liability of Arbitrators Comparative Analysis and Proposals for Reform» 7, (4) J.of inter. Arb. Dec. 1990, P.20.

(٣) Arenson V. Arenson, 1977, W.L.R. 1196, 1973 1 CH. 346 C.A.P.419 C.

«Salmon» في مجلس اللوردات البريطاني بأن القانون وعلى مدى الأجيال المتعاقبة يعترف بحصانة المحكم مثل القاضي تماماً مؤسساً إياه على النظام العام(١).

وثمة جملة من الدوافع تستدعي خص المحكم بميزة الحصانة من الدعاوى المدنية المرفوعة عليه من الخصوم جراء الضرر الذي أصابهم من إهماله في نظر دعواهم. فمن جانب ترتيب مسئولية المحكم عن الإضرار التي تصيب الخصوم جراء إهماله يقود إلى عزوف المحكمين عن نظر الدعاوى ومن ثم التقليل من عددهم(٢) - وهذا يناقض سياسة المشرع في الولايات المتحدة - وبريطانيا وحتى الكويت القائمة على أساس من تشجيع التحكيم ودعمه بغية التعجيل في فض المنازعات واختصار الاجراءات والنفقات. وفضلاً عن ذلك فإن طبيعة عمل المحكم تحتم أن يخرج أحد الخصوم في نهاية الدعوى خاسراً - وهذا الأخير غالباً ما يشعر أنه ظلم من المحكم - وعليه يجد لامناص من رفع دعوى لمقاضاة المحكم - بما حاصله انشغال المحكم بسلسلة متوالية من الدعاوى المرفوعة ضده - ومايترتب على ذلك من تسخير جهد ووقت المحكم ليس لفض المنازعات المعروضة عليه - بل تخليص نفسه من الشراك التي دلف إليها(٣). وطالما كان نظام التقاضي على درجتين أو ثلاث - فمن الصعب أن يمضي الظلم على أحد الخصوم في جميع درجات التقاضي وإذا ما منح الخصوم مكنة مقاضاة المحكم فلن يكون هناك استقرار للمنازعات أو حد للدعاوى وهذا يناقض سياسة المشرعين الداعية إلى استقرار المعاملات - وعلاوة على ذلك لو أن المحكم محل للدعاوى المدنية فيكون لزاماً عليه وحسب المجرى الطبيعي للأمور أن يؤمن على احتمالات مسئوليته بما حاصله زيادة تكاليف النفقات التي يطلبها المحكم من الخصوم

(١) Sutcliffe, (1974), A.C.727, at. p.758 B Francis Miller, «The Judical Immunity of Arbitrators», 141 N.L.J. May 10, 1991, PP.633-634 and 641.

(٢) Susan Mclaughlin, «Arbitral Immunity» Published in international Commercial and maritime Arbitration, edited by F.D. Rose, Sweet and Maxwel, London, 1988, p.68.

(٣) Note, Immunity of federal and State Judges from Civil Suit - Time for Qualified Immunity? Case W.Res. L Rev. 727, 742, n.94 (1977).

- أي أنه تكاليف التأمين تعود ومن جانب آخر على كاهل الخصوم - أو أن يقدم المحكم على تضمين العقد المبرم بينه وبين الخصوم شرطاً يقضي بإعفائه من المسئولية - مما يستوجب على الخصوم التأمين على مسئولية المحكم وهذا الإجراء لامناص يفضى إلى عزوف الخصوم عن اللجوء إلى التحكيم بما يتناقض مع سياسة المشرع(١). إلا أن هذه الدوافع مجتمعة لاتقود إلى نتيجة حتمية لانزاع فيها بحسبان أنه ثمة ردود على تلك الدوافع تفيد عدم ملاءمة منح المحكم حصانة من الدعاوى المدنية المرفوعة عليه من الخصوم جراء إهماله في نظر الدعوى تأسيساً على أنه حصانة المحكم مستقلة ابتداء عن المهمة شبه القضائية التي يضطلع بها - فإذا كان القاضي في دولة معينة لايتمتع بتلك الحصانة فمن باب أولى عدم سريانها على المحكم - ثم إن حرمان الخصوم من مقاضاة من تسبب في إحداث الضرر بهم جراء فعله الخاطىء يقود إلى عزوف الخصوم عن اللجوء إلى التحكيم - سيما وأن حكم المحكم عادة لايكون قابلا للاستئناف على عكس الأصل العام في الدعاوى أمام قضاء الدولة التي تكون على عدة درجات وفضلاً عن ذلك فإن منح المحكم ميزة الحصانة قد يفضي إلى عدم تفاني المحكم في نظر الدعوى أو بذل الجهد والوقت الذي يتلاءم مع تعقيدها - طالما أنه ضمن من جانب تكاليفه والتي تكون مستحقة بعد إصدار الحكم - وضمن من جانب آخر عدم مقاضاته من الخصوم - بما حاصله في نهاية المطاف إقدام أشخاص لتولي هذه المهمة الخطيرة دون أن يتحصل لديهم مستوى معقول من الكفاءة تضمن حصول الخصوم على خدمة تواكب طموحهم - وآية ذلك أنه في إحدى الدعاوى قضت المحكمة بحق المحكم بالحصانة حتى في الأفعال العمدية التي يرتكبها قاصداً بها الإضرار بأحد الخصوم أو أفعاله الاحتيالية(٢).

---

(١) Mustill and Boyd, «Commercial Arbitration», (1983) at P. 194-195 - Redford, Hunter and Paulsson, A code of Ethics for arbitrators in International Commercial Arbitration, 1986, 1 Journal of Singapore Institute of Arbitrator's 24 (Published also in International Business Lawyer, Apr. 1, 1985).

(٢) Hoosac Tunnel Dock and Elevator V.O'Brien 137 Mass. 424, 50 Am. Rep . 323 1984.

وفضلاً عن ذلك - فإن المحكم يضطلع بمهمة مهمة تركن إلى الخبرة التي تحصل عليها في مجال تخصصه - بما حاصله ضرورة تقديم هذه الخدمة بدرجة معقولة من العناية - والمهارة - فإذا أخل بذلك جاز للمضرور الرجوع عليه بالتعويض[١].

وصفوة القول - إذن - إن حصانة المحكم من الدعاوى المدنية المرفوعة عليه من الخصوم تعتمد بشكل أساسي على إذا ما كان القاضي نفسه يتمتع بتلك الحصانة فإذا كان الرد بالإيجاب مدت هذه الحصانة للمحكم - وذلك لتشابه المهام وللاعتبارات المتقدمة. وهي في نهاية المطاف مصلحة عليا يرغب المشرع بحمايتها ويعتبرها من النظام العام - أو أن المشرع لايرى ضرورة لها ومن ثم يضع قواعد لمقاضاة القضاة إذا ما صدر عنهم عمل خاطىء حتى ولو تعلق بأعمالهم القضائية.

مدى الحصانة :

يبين مما جرى بيانه أن المحكم يتمتع بذات الحصانة التي يتميز بها القاضي وذلك لتشابه المهمة الموكولة إليهما. ومن ثم فإن تطور حصانة القاضي ضيقاً واتساعاً يتأثر بها المحكم. ومن استطلاع الدعاوى المرفوعة على المحكمين أو القضاة بطلب التعويض عن الضرر الذي أصاب أحد الخصوم أو كليهما - يبين تراوح المبدأ بين الرأي الواسع للحصانة من أجل مصلحة المحكم والرأي الضيق من أجل مصلحة الخصوم.

الاتجاه الأول:

ينهض الاتجاه الأول على مبدأ الحصانة المطلقة للمحكم من جميع الدعاوى المدنية المرفوعة عليه من الخصوم - ففي دعوى Hoosac Company V.O'Brien قضت المحكمة بعدم مسئولية المحكم مدنياً حتى عن أفعاله الاحتيالية المتمثلة بالتآمر مع أحد الخصوم ومحاميه لإصدار حكم معيب إضرار بالخصم الآخر[٢].

وفي دعوى أخرى Cravioloni V.Scholer and Fuller Associated Archited قضت المحكمة بحصانة المحكم عن جميع أفعاله وحتى التي يرتكبها بسوء نية أو

---

(١) Christian Hausmaninger, No. n. 158 above, at 18

(٢) 50 Am R.323

بغرض الاحتيال أو التخريب[1]. وينطوي هذا الاتجاه على انحياز متطرف لمصلحة المحكم نتيجة إلى المهمة الشبه قضائية التي يضطلع بها - بيد أنه الحكمة تقتضي عدم السير في هذا الاتجاه على إطلاقه نظراً للمساوىء التي يفضي إليها - ذلك أن المحكم مكن من هذه الميزة بدعوى مهمته التي تستدعي الحماية وهي تستوجب الفصل بالدعوى عدلاً وإنصافاً فإذا لم يتوافر ذلك فيغدو المحكم غير أهل للحصانة - كما لو كان في عمله الخاطىء سيىء النية أو محتالاً.

الاتجاه الثاني:

يقوم الاتجاه الثاني على نبذ فكرة الحصانة المطلقة «absolute Immunity» والدعوة إلى الحصانة المشروطة أو المهذبة للمحكم «Qualified Immunity» ويرمي هذا الاتجاه إلى إصلاح عيوب الاتجاه الأول - ومن ثم لا يستحق المحكم الحصانة إذا ارتكب فعله قاصداً الإضرار بأحد الخصوم[2]. وعليه فإنه بمقدور المحكم التمسك بالحصانة إذا ارتكب فعله الخاطىء بحسن نية. ولعل هذا الاتجاه يمثل الأقرب إلى المنطق القانوني السليم - ترتيباً على أن «الغش يفسد كل شيء» ويتعين ألايستفيد أحد من فعله الخاطىء.

وفضلاً عن ذلك تتوجه بعض الدعاوى إلى نبذ فكرة تغليف المحكم بالحصانة عن جميع أفعاله وتدعو إلى تمييز الأعمال القضائية عن التشريعية والإدارية والتنفيذية - على أن المحكم لايستحق الحصانة المطلقة إلا عن أفعاله القضائية - أفعاله الأخرى فلا يستحق الحصانة عليها إلا إذا كان حسن النية عند ارتكابها[3].

ويبين مما تقدم أن ثمة صعوبات تعتري الاتجاه الثاني - ذلك أنه أولاً ولئن كان يدعو إلى الحصانة المشروطة إلا أنه لم يضع هذه الشروط اللهم إلا لارتكاب الفعل

---

(١) 89 Ariz. 24. 357, P.2 d 611.

(٢) Olesen, Baar V.Tigerman : An Attach on Absolute Immunity for Arbitrators 1 Cal. W. L. Rev. 573 N.n.SA (Also see Lundgren V. Freeman 307 F 2d 104, 117 - 118 (9th cir 1962.

(٣) Supreme Court of Vergina V. Consumers Union of U.S. 446 U.S.719, 100 S.Ct. 1967, 64 L.ED. 2 d 641 1980- See Also Forrester V.White, 792, F.2d 647, 660 7th cir.1986.

بحسن النية - بمعنى أنه لم يوضح ما هي الأفعال التي يستحق عليها المحكم الحصانة القضائية - بيد أنه تدارك هذا العيب وفصل المهام القضائية عن الإدارية والتنفيذية - إلا أنه فشل في إيجاد معيار أو حتى تعداد المهام القضائية التي يستحق المحكم عليها الحصانة - وعلى سبيل التمثيل مهمة المحكم في إعداد بنود الإحالة «Terms of reference» التي يتطلبها تحكيم غرفة التجارة الدولية - هي بمثابة الاتفاق على إجراءات التحكيم - هل تعتبر هذه المهمة قضائية أو إدارية أو تنفيذية؟ وإذا تقاعس أحد الخصوم عن تقديم دفاعه أو مستنداته حتى شارفت مهلة التحكيم على الانتهاء - وتداركاً للأمر فصل المحكم بالدعوى - فما هو تكييف هذا الإجراء؟ أما الاتجاه الأول فلئن كان سهل التطبيق على اعتبار أنه يوصد باب رفع الدعاوى على المحكم تماماً دون النظر إلى أي معطيات - إلا أنه لا يحقق العدالة والإنصاف. وإزاء هذا التضارب يمكن القول إن حصانة المحكم تتراوح بين الحصانة المطلقة والمقيدة اعتماداً على وقائع كل دعوى على حدة بما حاصله عدم استطاعة الخصوم والمحكم التنبؤ ابتداءً بمدى حصانة المحكم من الدعاوى المدنية المرفوعة عليه من الخصوم - مما يستدعي في اعتقادنا - ضرورة تدخل المشرع وحسم هذه المسألة - بحسبان أنه ما يمكن القول به هو تمتع المحكم بحصانة شأنه شأن القاضي بيد أنه من الإجحاف القول بعدم وجود حصانة له - إذ أن المسألة تدق فيما يتعلق بمدى هذه الحصانة وليس بوجودها.

مد الحصانة إلى مؤسسات التحكيم :

تقوم مؤسسات التحكيم بدور فعال في تنظيم التحكيم التجاري تتمثل في التغلب على العقبات التي تواجه الخصوم عند نظر الدعوى في القضاء العادي - فسهولة إحالة النزاع إلى التحكيم وسرعة في البت فيه وحرية اختيار المحكمين والتقليل من النفقات - كلها أهداف يسعى الخصوم إلى جنيها عند الإحالة إلى مؤسسة تحكيم - إزاء ذلك إزدادت مراكز وهيئات التحكيم في مختلف أرجاء العالم - بما حاصله نجاح هذه الهيئات في تفادي عيوب القضاء العادي. ولما كان مبدأ الحصانة - بالأصل - مخصصاً للقاضي ثم مد إلى المحكم لتشابه المهام - فقد دقت مسألة مدى إمكانية تمتع مؤسسة التحكيم بميزة الحصانة باعتبارها شخصاً معنوياً يسعى إلى إبراء ذمته من

المسؤولية المدنية. ولا غرو من أن تمتع المحكم بالحصانة وفشل الخصوم في مطالبته بالتعويض عن الضرر الذي أصابه جراء فعله الخاطىء يحتم على الخصوم توجيه أنظارهم إلى مؤسسة التحكيم - أو أن ينجح الخصوم في ترتيب مسؤولية المحكم - ولكن يكون الأخير معسراً [١].

Melody V. South St. Paul Live Stock Exchange تمثل أول دعوى منشورة حول حصانة مؤسسة التحكيم - وتتحصل وقائعها في أن عضوين لدى المدعى عليه نشب بينهما خلاف - فلجأ كل منهما إلى المؤسسة بطلب حل النزاع من خلال التحكيم الذي ينظمه المدعى عليه. ولم يرتض أحد الخصوم بالحكم فما كان منه إلا أن رفع دعوى على مؤسسة التحكيم طالباً تعويضه عن الضرر - وقد حكمت المحكمة برفض الدعوى تأسيساً على أن وظيفة إدارة التحكيم من قبل المؤسسة تعتبر شبه قضائية وهي مشمولة بالحصانة[٢]. وفي دعوى Corey V.New York Stock Exchange مدت المحكمة الحصانة إلى مجلس إدارة المؤسسة وأعضائه وإلى المؤسسة بإعتبارها شخصاً معنوياً ولجانها وكل من يمارس مهمة تسهل إجراءات التحكيم - تأسيساً على حد قول المحكمة - إن الحصانة لاجدوى منها إذا كانت فقط للمؤسسة دون أعضائها[٣].

وعند استطلاع الدعاوى نلاحظ اتفاقها على حصانة مؤسسة التحكيم وأعضائها بيد أنه ليس ثمة اتفاق حول مدى هذه الحصانة وذلك على غرار الاختلاف الذي نجم عند دراسة مدى حصانة المحكم. وعلى ذلك هناك جملة من الدعاوى تسلك توجه خص المؤسسة بحصانة مطلقة - ولاتكون مسئولة إلا عن الأفعال التي لاعلاقة لها

(١) Christian Hausmaninger, n.No. 158 above, at 40

(٢) 171 N.W. 806 - See also, Note, Liability of Organizations Sponsoring or administering Arbitration to Parties involved in Proceedind, 41, A.L.R. 4th 1013 (1985) by J.Derwik.

(٣) 691 F.2 d 1205, See also Rubenstein V - Otterboug 78 Misc. 2d 376. Austern V. Chicago Bd. V. Options EXchange Inc. 716 F.Supp.121.

بالتحكيم. بينما اتجاه آخر يميل إلى الحصانة المهذبة ويمنح المؤسسة حصانة عن أفعالها الشبه قضائية وليس الإدارية.

وعليه وعلى الرغم من صعوبة التفرقة بين الأعمال الإدارية والشبه قضائية التي تزاولها مؤسسة التحكيم - إلا أن هذا المنحى على ما يبدو يوسع من مجال مسئولية مؤسسة التحكيم - بحسبان أن أعمال المؤسسة يغلب عليها الطابع الإداري. وربما هذا ما دفع جمعية التحكيم الأمريكية (A.A.A) إلى النص في نظامها على إخلاء مسئولية المؤسسة حتى عن أفعالها الإدارية[1].

ومن الحري الإشارة أنه يعتبر هذا المسلك متطرفاً لمصلحة المؤسسة على حساب الخصوم - ذلك أنه لا يمكن قبول ادعاء أن عمل المؤسسة هو عمل قضائي يماثل دور القاضي حتى تستحق الحصانة المطلقة والتي لايستحقها حتى القاضي لدى بعض الآراء - ولكن النص على حصانة المؤسسة المطلقة نتيجة إلى مقدرتها التفاوضية التي لا تساويها مقدرة الخصوم.

حصانة المحكم في الكويت :

بادىء ذي بدء - فإن تمتع المحكم بالحصانة يعتمد على تمتع القاضي بها ابتداء ثم مدها إليه إما بتشريع أو بحكم قضائي أو ينظم المشرع حصانة المحكم بنصوص خاصة به عند تنظيمه للتحكيم.

ومن الحري الإشارة أن المشرع الكويتي لم ينظم طرق خاصة لمخاصمة القضاة ضمن قانون المرافعات - ومن ثم تدق المسألة في أنه هل يطبق عند مخاصمة القضاة من قبل الخصوم ما يطبق من قواعد عامة على الأفراد العاديين؟ أم يطبق القواعد العامة في مخاصمة القضاة في النظم والقوانين الأجنبية والتي يأتي من ضمنها القانون

(١) نص المادة ٣٤/ب من قواعد التحكيم التجاري لجمعية التحكيم الأمريكية انظر كذلك:
Caulson, American Arbitration association and Immunity of Arbitrators, in the Immunity of Arbitrators, 97, 102.

المصري والفرنسي. ذلك أن المشرع المصري قد نظم أحوال مخاصمة القضاة في المادة «٤٩٤» من قانون المرافعات - التي تقضي بمخاصمة القاضي، ١ - إذا وقع منه غش أو تدليس في عمله أو غدر أو خطأ مهني جسيم، ٢ - وإذا أمتنع القاضي عن الإجابة عن عريضة قدمت إليه أو من الفصل في قضية صالحة للحكم، وهو ما يعبر عنه بإنكار العدالة. ٣ - وفي الأحوال الأخرى التي يقضي فيها القانون بمسؤولية القاضي والحكم عليه بالتعويضات. مثال ذلك في القانون المصري تأخر القاضي عن إيداع مسودة الحكم عند النطق إذا ترتب على ذلك بطلان الحكم (مادة ١٧٥ مرافعات مصري)[١]. وفي تقديرنا - من الصعب علاوة على عدم ملاءمة تطبيق القواعد العامة في المسئولية التي يخضع لها الأفراد العاديين على القضاة نظراً لشدتها وقسوتها لطبيعة الأعمال المنوطة بهم وعلى اعتبار أن القاضي يضطلع بوظيفة عامة - فضلاً عن عدم إمكان تطبيق القواعد العامة في مخاصمة القضاة السارية في النظم والقوانين الأجنبية - بحسبان أن المشرع لو رغب في ذلك لوضع القاعدة التي تلائم البيئة القضائية في الكويت - ولم يترك القاضي رهناً للاختلافات الفقهية والتشريعية في الدول الأجنبية[٢]. ولما كان أي من الافتراضين غير مقبول منطقياً ولا قانونياً فإن الحل الأمثل هو تطبيق القواعد العامة للمسئولية التي يخضع لها الموظف العمومي على القاضي[٣] - لأنها الأقرب إلى مركزه القانوني تجاه - الخصوم - ولعل هذا المنهج مستغرب من المشرع الكويتي بحسبان أنه لم ينظم طريقاً خاصاً لمخاصمة القضاة لا في

---

(١) رمزي سيف - قانون المرافعات المدنية والتجارية وفقا للقانون الكويتي - جامعة الكويت - كلية الحقوق - ١٩٧٤ ص ٣١ - ٤٣. أحمد أبو الوفا - المرافعات المدنية والتجارية - منشأة المعارف - الاسكندرية ١٩٩٠ ص ٦٨ - ٨٠ نبيل اسماعيل عمر، أصول المرافعات المدنية والتجارية منشأة المعارف، الاسكندرية الطبعة الأولى ١٩٨٦ ص ١٢٩ - ١٣٩.

انظر كذلك الطعن رقم ١٤٣٣ لسنة ٤٧ القضائية - جلسة ٢٣ من ابريل سنة ١٩٨١ مجموعة المكتب الفني السنة الثالثة والثلاثين ١٩٨١ الأميرية ١٩٨٣ ص ١٢٤٤ - ١٢٥٠ وجدي راغب فهمي، مبادىء القضاء المدني، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى، ١٩٨٦ ص ١٩١ - ١٩٤.

(٢) حول حصانة المحكم في بعض الدول اللاتينية انظر:

Chnistion Hausmaningen, no. 158, above, at 35 -36.

(٣) فتحي والي، قانون القضاء المدني في الكويت، جامعة الكويت - ١٩٧٧، ص ٩٨.

القانون الملغى رقم ٦ لسنة ١٩٦٠ ولا في القانون الحالي - برغم أن المشرع يعترف بعدم ملاءمة تطبيق القواعد التي يخضع لها الموظف العمومي على القاضي بموجب قانون تنظيم القضاء - وبتعبير آخر فهو من ناحية يضع قواعد خاصة بالقاضي لاختلاف مهمة القاضي جوهريا عن غيره من الموظفين العموميين الذين يخضعون لقانون الخدمة المدنية - وهو من ناحية أخرى يخضع القضاة لذات قواعد المسئولية التي يخضع لها أي موظف عمومي.

ومن هنا نهتدي إلى عدم إمكان خضوع المحكم لذات أحكام مسئولية القاضي المدنية - وذلك لعدم وجود نص خاص يقضي بذلك - ومن ناحية أخرى عدم اضطلاع المحكم بوظيفة عامة. وعليه فإن المحكم في الكويت لا يتمتع بحصانة عن أفعاله التي تضرر منها الخصوم - والتي ارتكبها أثناء أو بمناسبة قيامهم بمهمة التحكيم - على اعتبار أن القاضي نفسه لايتمتع بتلك الحصانة - بل شأن القاضي كشأن أي موظف عمومي. ومن ثم يبين أن المشرع ترك حكم مسألة حصانة المحكم لتقدير طرفي عقد التحكيم تأسياً على مبدأ حرية التعاقد - الذي يتفق مع نهج المشرع عند تنظيم التحكيم في قانون المرافعات - حيث نظم بقواعد قليلة تاركاً - حكم المسائل الأخرى للاتفاقات الثنائية.

وأيا ما كان الأمر فإن حصانة المحكم في الكويت من الدعاوى المدنية المرفوعة عليه من الخصوم يستوجب وضع نص يقضي بذلك في التشريع الكويتي. وحتى ذلك الحين فمن الأوفق للمحكم أن يؤمن على احتمالات تقرير مسئوليته - كما هو الحال في هيئة التحكيم البحري في لندن - أو أن يضمن عقد التحكيم شرطاً يقضي بإعفائه من المسئولية - بحسبان أن مسئوليته تخضع للقواعد العامة التي يخضع لها الأفراد العاديون في علاقاتهم التعاقدية. وينبني على ذلك عدم جواز الاتفاق على إعفاء المحكم من الغش والتدليس والخطأ الجسيم وجواز إعفائه من الخطأ اليسير أو الإهمال أو الخطأ في التقدير أو الخطأ في تفسير القانون - تأسيساً على أن أفعال الغش وما ماثلها تفسد كل شيء.

الخاتمة

يمكننا القول بأن عقد التحكيم من العقود غير المسماة وبأنه لم ينل ما يستأهله من الدراسة والتمحيص بما يتناسب مع أهميته التي يتوخاها المشرع منه - بحسبان أن سياسة المشرع تتجه نحو تشجيع التحكيم، وخير دليل على ذلك التشكيل الجديد لجداول المحكمين من قبل وزارة العدل. ومن الأهمية بمكان التفات الفقه والتشريع إلى هذا العقد لإرساء قواعده - تحسباً من نشوب المنازعات بين أطراف العقد بما حاصله تفويت الفرصة من الاستفادة من التحكيم كنظام مواز للقضاء يعمل على تلافي عيوبه. إذ أنه ليس ثمة ضمانة أو حماية للخصوم عند الإحالة إلى التحكيم ومن ثم إبرام عقد التحكيم مع المحكمين - فمن جانب غفل المشرعون عموماً عن تحديد مستوى أو حد أدنى لأداء المحكم لمهمته، بل حددوا شروطاً عامة للمحكم تنطبق على كل شخص كامل الأهلية ولم يستلزموا حداً أدنى للكفاءة حتى تتوافر ضمانة لمستوى الخدمة المقدمة من المحكم للخصوم في إصدار الحكم، ومن جانب آخر أضفى على المحكم حصانة قضائية من إهماله أو خطئه اليسير وقد تضيق هذه الحصانة أو تتسع تبعاً لسياسة المشرع والنصوص التي يخضع لها في نظام الدولة القانوني علاوة على - كأصل عام - نهائية حكم المحكم وعدم قابليته للاستئناف. هذا كله لايتناسب مع سياسة المشرعين عموماً القاضية بتشجيع التحكيم لأن من شأنه أن يعمل على عزوف الأفراد العاديين عن الإحالة إلى التحكيم بل في المقابل - اللجوء إلى قضاء الدولة - لضمان كفاءة القضاة وقابلية الحكم للاستئناف.

قائمة المراجع

أولا - باللغة العربية:

- أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة المعارف - الاسكندرية، الطبعة الخامسة ١٩٨٨.
- أحمد أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية - منشأة المعارف بالاسكندرية ١٩٩٠.

- أحمد الملحم، نماذج العقود ووسائل مواجهة الشروط المجحفة فيها، مجلة الحقوق - جامعة الكويت - السنة السادسة، العدد الأول والثاني، مارس، يونيو ١٩٩٢.
- أحمد الملحم، أسس اختيار المحكمين وهيئات التحكيم، الإطار النظري والواقع العملي، بحث مقدم لدورتي التحكيم المنعقدة في الفترة من ٩٣/٥/١ - حتى ١٩٩٣/٥/١١ والأخرى من ٩٣/٦/٥ حتى ١٩٩٣/٦/١٥ المنظمة من قبل كلية الحقوق.
- حسني المصري، القانون التجاري الكويتي، الكتاب الأول، مؤسسة دار الكتاب، الكويت ١٩٩٢.
- التحكيم التجاري، ومحاضرة للدورات التدريبية للتحكيم، كلية الحقوق، جامعة الكويت، ١٩٩٣.
- حسني عباس، الدفاتر التجارية الالتزام بمسك الدفاتر التجارية وحجيتها في الإثبات ١٩٥٨.
- رمزي سيف، قانون المرافعات المدنية والتجارية وفقاً للقانون الكويتي، جامعة الكويت، كلية الحقوق، ١٩٧٤.
- عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزامات وفقا للقانون الكويتي، باعتناء محمد الألفي، المجلد الأول، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٩٢.
- عبد الفتاح عبد الباقي، مصادر الالتزام في القانون المدني الكويتي، دار الكتاب الحديث، الكويت ١٩٨٨.
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، الجزء الأول، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة ١٩٨١.
- عبد الرسول عبد الرضا، الوجيز في قانون العمل الكويتي، جامعة الكويت ١٩٨٥.

- عزمي عبد الفتاح عطية، قانون التحكيم الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، الطبعة الأولى ، ١٩٨٨.
- عبد الحميد الأحدب، التحكيم في البلاد العربية، الجزء الثاني
- فتحي والى، قانون القضاء المدني في الكويت، جامعة الكويت ١٩٧٧.
- منصور مصطفى منصور، المصادر الإرادية للالتزام، مذكرات على الآلة الكاتبة، مقررة على طلبة كلية الحقوق، بجامعة الكويت ١٩٨٣.
- محمد فريد العريني، الأعمال المختلطة بين القانون التجاري والقانون المدني، مجلة المحامي العدد يونيو، أغسطس، سبتمبر ١٩٨٨.
- محمد المقاطع، حماية الحياة الخاصة للأفراد وضماناتها في مواجهة الحاسب الآلي، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٩٢.
- محيي الدين اسماعيل علم الدين، منصة التحكيم التجاري الدولي الجزء الأول، شركة مطابع الطناني، عابدين، مصر، ١٩٨٦.
- نبيل اسماعيل عمر، المرافعات المدنية والتجارية، منشأة المعارف، الطبعة الأولى ١٩٨٦.
- وجدي راغب، مبادىء القضاء المدني، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى ١٩٨٦.
- يعقوب صرخوه، سر المهنة المصرفية في القانون الكويتي، دراسة مقارنة، جامعة الكويت ١٩٨٩.
- يعقوب صرخوه، أحكام المحكمين وتنفيذها، الطبعة الأولى، الكويت ١٩٨٦.
- يعقوب صرخوه، أحكام الإثبات واجبة التطبيق على الأعمال المختلطة في القانون الكويتي، مجلة الحقوق، السنة الخامسة عشرة - العدد الثاني والثالث والرابع - يونيو، سبتمبر، ١٩٨٨.

ثانيا: باللغة الاجنبية:

- Aleksander Goldstajn :

  "Choice of International Arbitrators, Arbitral Tribunals and Centres, Legal and Sociological Aspects", published in "Essays on International Commercial Arbitration, edited by Peter Sarcevic, Graham and Trotman, London, 1989.

- Allen Westin :

  "Privacy and Freedom", London, Bodley Head, 1967.

- Andreas Bucher :

  "le nouvel arbitrage international en Suisse, Basle, 1988.

- A. Redfern and Hunter :

  "Law and Practice of International Commercial Arbitration", Sweet and Maxwell, London Ist Edition, 1986.

- Arson's Law of Contract, edited by A.G. Guest, 26th ed, Clarendon press, Oxford, 1986.

- Cappelletti :

  "Who watches the Watchman ? 31, Am.J. Comp.L. (1983).

- Cedric Harris :

  "Abuse of the Arbitration Process - Delaying Tactics and Disruptions", 9 (2) J. of Inter, Arb., June, 1992.

- Chitty on Contracts, Vol. 1, Sweet and Maxwell, London.

- Christian Hausmaninger :

  "Civil Liability of Arbitrators, Comparative Analysis and Proposals for Reform", 7 (4) Journal of Inter. Arb., Dec. 1990.

- Commercial Arbitration Law in Asia and the Pacific, edited by Kenneth R. Simmonds, Brain H.W. Hill and Sigvard Jarvin, ICC Publication S A, Paris, 1987.

- Coulson :

  American Arbitration Association and Immunity of Arbitrators, in the Immunity of Arbitrator., 1991.

- Francis Miller :

  " The Judicial Immunity of Arbitrators, 141, N.L.J., May 10, 1991.

- G. R. Delaume :

  "New Swiss Arbitration statute emphasize party Autonomy and Restricts Judicial Review, in the Swiss Law on International Arbitration 21, 31, Swiss Arbitration association, Basle, 1990.

- Howard M. Holtzmann and Joseph E. Neuhaus", A Guide to the UNICITRAL Model Law on International Commercial Arbitration", Kluwer, Boston, 1989.-
- Isa A. Huneidi :

  Arbitration under Kuwaiti Law, 6 Journal of Inter. Arb, September, 1989.
- Jacques Werner:

  "Remuneration of Arbitrators by the International Chamber of Commerce", J. of Inter. Arbitration.
- Jane Chant :

  "Community Justice Centres for New Zealand", N.Z.L.J., February 1993.
- Joel M. Douglas :

  "The scope of Arbitrator Immunity", 36 - 37, The Arb. Journal, 1981- 1982.
- John Montgomerie :

  "Steven's Elements of Mercantile Law, 13th ed., Butterworths, London, 1960.
- John Kendall :

  "Barristers, Independence and Disclosure, Arbitration International, Vol.. 8, No.3, 1992.
- Kenneth S. Rokinson :

  "The Sources and Limits of the Arbitrators Powers in England", Published in "Contemporary Problems in International Arbitration", edited by Julian D. M. Lew, Martinus Nijhoff publisher,, London, 1987.
- Kenji Tashiro :

  "Quest for a Rational and Proper Method for Publication of Arbitral Awards", 9 (2) Journal of Inter. Arb. June, 1992.
- Lalive :

  "The new Swiss Law on International Arbitration", 4 Arb. Int. 2, (1988).
- Marilyn Blumberg Cane and Patricia A. Shub :

  The Arbitrator's Manual, Journal of Inter./ Arb. , Vol. 9, No. 3, September 1992.
- Mohammed Bedjaoui :

  "The Arbitrator : One man - Three Roles, Some Independent Comments on the Ethical and Legal obligations of an Arbitrator" J. of Inter. Arb., Geneva, March, Vol. 5, No.1, 1988.
- Mohammed Bedjaoui :

  "Challenge of Arbitrator", paper presented to Balrain Conference on International Arbitration in a Changing World, from 14 - 16 February, 1993.

- M.L. Smith :

"Impartiality of the party appointed Arbitrator", Vol. 6, No. 4, Arbitration International, 1990.

- M. Scott Donahey :

"The Independence and Neutrality of Arbitrators, J. of Inter. Arb., Vol. 9, No.4, december 1992.

- Mustill and Boyd :

"Commercial Arbitration, 1983.

- Neale and Goyder :

"The Antitrust Laws of the U.S.A., 3rd ed., Cambridge University Press, 1982.

- Nolan and Abrams:

"The arbitrators Immunity from Suit and Subpoena", 40 Arb. 1987.

- Norman Palmer :

"Information As Property", Published in Confidentiality and the Law", edited by Lindon Clarke, Lloyd's of London Press, 1990.

- Note, Immunity of Federal and State Judges from civil Suit - Time for Qualified Immunity ? Case W. Res. L. Rev. 1977.

- Note, "Liability of Organization Sponsoring on Administering Arbitration to parties involved in Proceeding", 41, A.L.R. 4th 1013 (1985) by J. Dernik.

- Olesen, Baar V. Tigerman :

An Attack on Absolute Immunity for Arbitrators ! Cal. W.L. Rev. 573, N. 59, (1985).

- Philip Shuchman :

"Consumer Credit by Adhesion Contract, 35 (2) Temple Law Quarterly, Winter, 1962.

- Peter S. Candwell :

"The Training of Arbitrator and Quality Assurance of Arbitration, J. of Inter. Arb., Vol. 9, No.3, September 1992.

- Peter Meinhards :

"Inventions, Patents and Trade Marks", A Gower Press Handbook, 1971.

- P. Sanders :
"National Report, The Netherlands", in Yearbook, on the Law and Practice on Arbitrations in Sixty Countries, Vols. 1- 10, Deventer, 1976 - 85.

- P.W.D. Redmono :

"Mercantile Law", 5th ed., M. and E Handbooks, Law, 1982.

- Redford, Hunter and Paulsson :

  Code of Ethics for Arbitrators in International Commercial Arbitration (1986), 1 journal of Singapore Institute of Arbitration, 24. (Published also in International Business Lawyer), April, 1985.

- Refusal of order for security for costs in ICC Arbitration, Journal of Business Law, 1983.

- Richard Whish :

  "Competition Law", Butterworths, London, 1985.

- Richard Mittenthal :

  "Making Arbitration Work : Alternatives in Designing the Machinery" 36 37, The Arb. Journal. 81- 82.

- Robert Coulson :

  "Dou you know How Arbitration Panels Decide ? J. of Inter. Arb. January, 1989.

- Rodney A. Max :

  "Arbitration - The Alternative to Timely costly litigation", 42 - Alabama Lawyer, 1981.

- Rubin :

  Arbitrators, Immunity from Damage Claims, 39, Arbitration, 1986.

- Russell on the Law of Arbitration, 20th ed, Anthony Walton, Q.C. and Mary Victoria, Stevens and Sons, London, 1982.

- Stephen Colbran :

  "Security for Costs of Arbitration Proceedings in England, New Zealand, and Australia, 9 (1) Arb. Inter, 1993.

- Susan McLaughlin :

  "Arbitration Immunity", published in International Commercial and Maritime Arbitration", edited by F.D.Rose, sweet and Maxwell, London, 1988.

- Text of IBA Rules of Ethics from the 1989 Guide to International Arbitration and Arbitrator, The Parker School of Foreign and Comparative Law, Columbia University, Transnational Juris publication, Inc., Dobbs Ferry., N.Y. 1989.

- Tim Bornstein :

  "The Opening Statement in Arbitration Advocacy : An Arbitrator's Perpective", The Arbitration Journal , March, Vol. 38, No.1, 1983.

- Voskuil and Freedberg- Swartzbura:

  "Composition of the Arbitral Tribunal", Essays on International

Commercial Arbitration, edited by Peter Sarcevic, Graham and Trotman, London, 1989.

- W. Laurence Craig, William W. Park and Jan Paulsson :

  International Chamber of Commerce Arbitration, 2nd ed, Oceana Publication, Inc., London, 1990

- William O'Malley Forbes :

  "Rules of Ethics for Arbitration and their Application", J. of Inter. Arb. Vol.9, No.3, Sept. 1992.

- Yasuhei Tanigucjhi :

  "Commercial Arbitration in Japan", Published in "Arbitration in Settlement of International Commercial disputes involving the Far East and Arbitration in combined transportation", edited by Pieter Sanders, Kluwer, Boston, 1989.

- Yves Derains :

  "International Commercial Arbitration in Civil Law Countries", P. 244, Published in "Arbitration in Settlement of International Commercial Disputes involving Far East and Arbitration in combined transportation," edited by Peter Sanders, Kluwer, Boston, 1989.