



جامعة القدس

كلية الدراسات العليا

المسؤولية المدنية للمحکم

سماح حسين سليمان الوحش

رسالة ماجستير

القدس/فلسطين

2015/1436هـ

المسؤولية المدنية للمحكم

إعداد الطالبة

سماح حسين سليمان الوحش

بكالوريوس في القانون من جامعة القدس

إشراف

الدكتور عبد الرؤوف السناوي

قدمت هذه الرسالة إستكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في

القانون - كلية الدراسات العليا في جامعة القدس / فلسطين

1436هـ/2015م



جامعة القدس

عمادة الدراسات العليا

برنامج ماجستير قانون خاص

إجازة الرسالة

المسؤولية المدنية للمحكم

اسم الطالب: سماح حسين سليمان الوحش

الرقم الجامعي: 20913455

المشرف: د. عبد الرؤوف السناوي

نوقشت هذه الرسالة وأجيزت بتاريخ 2015 / 1 / 4م

من لجنة المناقشة المدرجة أسماؤهم وتواقيعهم:

التوقيع:

التوقيع:

التوقيع:

1. رئيس لجنة المناقشة: د. عبد الرؤوف السناوي

2. ممتحناً داخلياً: د. ياسر زبيدات

3. ممتحناً خارجياً: د. محمد القيسي

القدس/ فلسطين

1436هـ - 2015

الإهداء

إلى

زوجي..... نعم الزوج والأنيس الصالحورفيق دربي وشريكي وسكني.....إلى من

سار معي نحو الحلم خطوة بخطوة.....إلى من رعاني بكرمه ودريني بحكمته

والدي.....إلى من أحمل اسمه بكل فخر.....إلى من كلت أنامله ليقدم لي لحظة

سعادة.....إلى من حصد الأشواك عن دربي ليمهد لي طريق العلم

والدتي.....معنى الحب والحنان والتفاني.....إلى بسملة الحياة وسر الوجود.....إلى من

كان دعائها سر نجاحي

إخواني.....سندي وقوتي وملاذي بعد الله سبحانه وتعالى

إبني.....قرة عيني.....حاضري ومستقبلي

شكر والعرفان

عملا بقول رسول الله - صلى الله عليه وسلم - " من لم يشكر الناس لم يشكر الله "

أتقدم بجزيل الشكر والتقدير إلى كل من ساهم في إنجاز عملي المتواضع وأخص بالذكر، أستاذي الفاضل ومشرفي الدكتور عبد الرؤوف السناوي، الذي أعانني على إختيار موضوع البحث وأنار لي الطريق فيه وشارك في وضع خطته والإشراف عليه ولم يبخل علي يوما أو ساعة بنصح أو إرشاد أو توجيه، نفعا الله بعلمه، وأطال في عمره وجزاه عني خير الجزاء.

وأتشرف بتقديم جزيل الشكر وفائق الإحترام لأساتذتي الأجلاء أعضاء لجنة المناقشة الدكتور ياسر زبيدات ممتحنا داخليا والدكتور محمد القيسي ممتحنا خارجيا، على تفضيلهم بالموافقة والإشتراك بعضوية لجنة مناقشة رسالتي وعلى تحملهم عناء البحث والتدقيق بين سطورها لغايات تصويبها، ووصولها لما هو أفضل نهجا وبحثا لهذا الجهد بالحقيقة العلمية.

كما يدعوني واجبي العلمي بالتوجه بالشكر والعرفان إلى جامعة القدس - كلية الحقوق وأخص بالذكر أساتذتي الذين إحتضنوني علميا وعشت بين أيديهم طالبا ينهل من معين علمهم الذي لا ينضب.

وأنتقدم بشكري المتواصل إلى الدكتور محمد خلف منسق برنامج الدراسات العليا لكلية الحقوق.

ولا يفوتني أن اتقدم بالشكر إلى مكتبة كلية الحقوق وأخص بالذكر الأستاذة ميسر غنام والأستاذ موسى أبو هليل.

كما وأنتقدم بجزيل الشكر إلى الأستاذ محمد أبو عجمية معلم اللغة العربية وذلك لتفضله بإجراء التدقيق اللغوي لرسالتي ووقوفه على كل كلمة فيها.

وأنتقدم بجزيل الشكر والعرفان إلى الأستاذ حسيب النشاشيبي ومعالي الوزير شوقي العيسة على ما وفراه لي من مصادر ومراجع هامة إرتكزت عليها هذه الدراسة بشكل كبير.

سماح الوحش

إقرار

أقر أنا مقدم الرسالة أنها قدمت لجامعة القدس لنيل درجة الماجستير، وأنها نتيجة أبحاثي الخاصة باستثناء ما تم الإشارة له حيثما ورد، وأن هذه الرسالة أو أي جزء منها لم يقدم لنيل أية درجة عليا لأي جامعة أو معهد.

الاسم: سماح حسين سليمان الوحش

التاريخ: 2015/1/4م

التوقيع:

الملخص

تناولت هذه الدراسة موضوع مسؤولية المحكم المدنية من حيث طبيعة عمل المحكم هل هي تعاقدية أو قضائية أو مختلطة أو مستقلة، إضافة إلى عقد المحكم وطبيعة إلزام المحكم، وتم دراسة أيضا مسؤولية المحكم العقدية والتقصيرية ونطاق الإلزامات التي تقع على المحكم سواء أكانت ناشئة عن الإخلال بالإلزام قضائي أو تعاقدية، وحصانة المحكم حيال تصرفاته، وفي النهاية تم الحديث عن دعوى مسؤولية المحكم المدنية من حيث طرفا الدعوى وسببها وتقادمها والتعويض عنها عند تحقق المسؤولية، ودفع المحكم بعدم المسؤولية بالإضافة إلى الإعفاء الإتفاقي في مسؤولية المحكم وتأمين مسؤولية المحكم المدنية.

هدفت هذه الدراسة إلى وضع محددات ومعالم واضحة لمسؤولية المحكم المدنية، ولتحقق هذا الهدف تم إتباع المنهج المقارن بجمع الحقائق والمعلومات عن المسؤولية المدنية بشكل عام وتحليلها والقياس عليها للوصول إلى مسؤولية المحكم المدنية.

وخلصت الدراسة إلى مجموعة من النتائج أهمها، أن مسؤولية المحكم العقدية تنشأ عند إخلاله بما إلتزم به إتجاه الأطراف المتنازعة في عقد المحكم، أما مسؤولية المحكم التقصيرية فتنشأ عند إخلاله بالإلتزام قانوني سابق بعدم الإضرار بالغير، ولقيام مسؤولية المحكم المدنية فلا بد من توافر أركانها وهي خطأ أو التعدي وضرر وعلاقة سببية، وإذا توافرت أركان المسؤولية وجب على المسؤول تعويض الضرر الذي أحدثه بخطأه.

وتوصلت الدراسة أيضا إلى جواز إتفاق المحكم مع الأطراف المتنازعة على الإعفاء من المسؤولية العقدية أو التخفيف منها أو التشديد ما دامت غير قائمة على العمد أو الخطأ الجسيم.

وتوصلت الدراسة إلى أنه يجوز التأمين عن مباشرة أي نشاط مهني ومن ذلك مهنة التحكيم فيجوز التأمين عن مسؤولية المحكم بإتجاه أخطائه المسببة أضرار للأطراف المتنازعة.

وفي النهاية أوصت الدراسة أن على الأطراف المتنازعة معالجة مسؤولية المحكم حال إنعقاد عقد المحكم وتحديد نطاقها على وجه من الوضوح بما لا يحمل معه نوع من اللبس أو الغموض، كما أوصت الجهات المختصة العمل على إضافة مادة قانونية يدرسها الطلبة في كليات القانون تتعلق بالتحكيم وخاصة مهنة المحكم، وكذلك العمل على إصدار دوريات وعقد مؤتمرات وندوات، كما

أوصت مشرعنا الفلسطيني أن يتجه إلى الإهتمام وتفعيل المادة (3/ي) من قانون التأمين الفلسطيني رقم (20) لسنة 2005 حيث نصت المادة على "1- تشمل أعمال التأمين الفروع التالية:...ي- التأمين ضد أخطار المهنة..."

Arbitrator's Civil Liability

Prepared: Samah Al-wahsh

Supervisor: Dr. Abdalraoof Sinnawi

Abstract:

This study has addressed the subject of arbitrator's civil liability with regard to the nature of their work whether it is contractual, judicial, mixed or independent. It also addresses the arbitrator's contract and the nature of his compliance. The study also has studied the contractual and negligence liability and the framework of commitments on part of the arbitrator whether they are as a result of breach of judicial or contractual compliance as well as the immunity of the arbitrator with regard to his actions. Finally, the study addressed the legal proceedings of the arbitrator's civil liability towards the parties of the lawsuit, cause, limitation and compensation when liability is achieved; it also dealt with the arbitrator's claim of non-liability in addition to reconciliatory exoneration of the arbitrator's liability and indemnity of the civil arbitrator's liability.

The study aimed to put forward clear limitations and characteristics of the civil arbitrator's liability. In order to achieve this goal, the analytical descriptive approach was adopted in the collection, analysis and comparison of facts and data about civil liability in general in order to attain and fulfill arbitrator civil liability.

The study arrived at several conclusions, the most significant of which are as follows. The arbitrator's contractual liability happens when he breaches his commitments to parties the dispute in the arbitrator's contract. As for the arbitrator's negligence liability, it takes place when he breaches a previous legal commitment not to inflict damage upon the other. In order to have a sound civil arbitrator liability, there must be firm foundations upon which this liability is constituted; the foundations are wrongful act, damage, and cause and effect relationship. If such elements are available, the initiator of this wrongful action shall be liable to compensate for the damage.

The study also concluded that it is acceptable for the arbitrator to reach an agreement with the parties in dispute to have an exoneration, mitigation or restriction of contractual liability as long as it is not purposeful or grave wrongful act.

The study concluded that it is permissible to have an insurance that covers the practice of any occupational activity including arbitration profession; it is permissible to insure the arbitrator's liability against his wrongful acts which cause damage and loss to parties in dispute.

Finally, the study recommended that parties in dispute have to tackle the arbitrator's liability in the event an arbitrator contract is made; they should clearly determine its framework to avoid any ambiguity or obscurity. It also recommended that competent departments should work on offering a legal subject on Arbitration and the profession of

Arbitrators to be taught in Law Faculties. The study also recommended special journals to be issued, conferences and forums to be held to this effect. They have also recommended that the Palestinian legislator to give more attention and activate article (3/j) in the Palestinian Insurance Law no. 20 for the year 2005; the article stated under statute Insurance business shall include the following divisions .J -Occupational hazards insurance”

المقدمة:

التحكيم نظام بدأ بسيطاً ببساطة المجتمعات البدائية ثم ظهرت له صور وإزداد تعقيداً بتعدد المجتمعات الحديثة، ويتطور الحياة البشرية وتحول المجتمعات الصغيرة إلى مجتمعات كبيرة أدى إلى خروج هذه المجتمعات من البساطة إلى التعقيد مما أدى إلى إتساع في المعاملات وكثرة المنازعات.

وقد استمد المحكم قوته من مجرد رضاء الأطراف به، ثم جاء التشريع ليسبغ عليه الحماية القانونية في الحدود التي ينظمها المشرع ويعترف بها، ويعد المحكم عصب العملية التحكيمية و يدير هذه العملية، وهو المحور الأساسي الذي تدور حوله خصومة التحكيم ويقدر دقة المحكم تكون سلامة إجراءات التحكيم وصحة الحكم الصادر منه وعدم انزلاقه إلى دائرة المساءلة، وقد شهدت الآونة الأخيرة نهاية القرن العشرين وبداية القرن الواحد والعشرين حركة تشريعية وفقهية نشطة في مختلف الدول، وقد أقرت كثيراً من الدول قانوناً مستقلاً للتحكيم.

أهمية موضوع الدراسة

تبرز الأهمية في عدم وضع محددات ومعالم لمسؤولية المحكم، وهذا يعني إمكانية إفلات المحكم من المساءلة بالرغم من تقصيره، وهذا يعني إستغلال واضح وإختلال في ميزان العدالة، بالإضافة إلى غموض الطريق الذي يسلكه المحكم حالة تأديته لوظيفته، لذلك لا بد من مخرج لهذا الغموض، ورسم طريق مضيئ أمام المحكم لممارسة مهنته التي يجب أن تقدم دوراً فاعلاً في تحقيق العدالة وليس الدور الذي يحقق بعض المصالح لبعض الأطراف المتنازعة دون البعض الآخر، وأن موضوع مسؤولية المحكم ما زال قضية خلافية إلى حد الآن لذلك لا بد أن تلاقي إهتماماً متزايداً لأنها تلعب دوراً رئيسياً في عملية التحكيم، وتزداد أهمية كون هذا الموضوع لم يحظ بالإهتمام الكافي ولم ينل ما يستحقه من بحث ودراسة لذلك إتسمت الكتابات الفقهية بالنسبة لهذا الموضوع بالندرة.

الإشكالية

من أكثر المشكلات التي يواجهها هذا الموضوع عدم وجود تنظيم قانوني لمسؤولية المحكم بل يتم تطبيق القواعد العامة، والندرة الشديدة لوجود مراجع أو كتابات تتحدث عن مسؤولية المحكم المدنية.

والمرجع الفلسطيني اغفل عن تنظيم مسؤولية المحكم وعليه تركت للقواعد العامة للمسؤولية المدنية والتي غالبا ما يؤدي الإعتماد عليها إلى نتائج مبهمه وغير واضحة؛ لأن القواعد والقوانين المدنية لا تفرق بين مسؤولية الأشخاص عن أخطائهم معتبرة أن الأخطاء متكافئة من حيث المسؤولية، وتناست أن أرباب المهن الحرة جديرون برعاية خاصة في محاسبتهم عن الأخطاء التي تقع منهم أثناء مزاولتهم لمهنتهم ومنها مهنة المحكم، ولذلك تثار مشكلة تتعلق، بمدى إمكانية مساءلة المحكم مدنيا عن الأخطاء التي يرتكبها أثناء ممارسته لوظيفته التحكيمية؟؟.

أسئلة الدراسة

- 1- ما المقصود بالمحكم وما هي شروط الواجب توفرها فيه وكيفية تعيينه؟
- 2- ما طبيعة عمل المحكم؟
- 3- ما هو العقد الذي يربط المحكم وغيره وخصائصه وأركانه وما هو محل العقد وسببه؟
- 4- ما طبيعة التزام المحكم هل هي تحقيق نتيجة أم بذل عناية؟
- 5- ما هي مسؤولية المحكم إتجاه الأطراف المتنازعة والغير؟
- 6- ما نوع المسؤولية التي تطبق على المحكم في حال خطأه هل هي عقدية أم تقصيرية؟
- 7- ما نطاق المسؤولية المترتبة على للمحكم بالنظر إلى الإلتزامات الملقاه على عاتقه؟
- 8- ما مدى الحصانة القضائية للمحكم من المسؤولية المدنية بالمقارنة مع حصانة القاضي؟
- 9- ما هي الدعوى التي ترفع على المحكم في حال تحقق مسؤوليته؟
- 10- هل يمكن الإتفاق على الإعفاء من مسؤولية المحكم؟
- 11- هل يمكن للمحكم أن يؤمن على مسؤوليته؟

أهداف الدراسة

تهدف هذه الدراسة للتعرف على مسؤولية المحكم وفي سبيل ذلك تسعى الدراسة لتعريف القارئ بما يلي:

- 1- بيان ما هية المحكم.
- 2- بيان طبيعة عمل المحكم وذلك بعرض النظريات التي تتحدث عنه.
- 3- بيان عقد المحكم من حيث خصائصه وأركانه ومحلّه وسببه.
- 4- بيان طبيعة إلتزام المحكم.
- 5- بيان مسؤولية المحكم العقدية أو المسؤولية التقصيرية.
- 6- بيان نطاق مسؤولية المحكم الناشئة عن الإخلال بإلتزام قضائي وإلتزام تعاقدية.
- 7- بيان طرفي دعوى مسؤولية المحكم وسببها وتقادمها والتعويض عن أخطاء المحكم.
- 8- بيان حالات دفع المسؤولية.
- 9- بيان حالة الإلتفاق على الإعفاء من المسؤولية المدنية ومدى تطبيقها على المسؤولية العقدية والتقصيرية.
- 10- بيان مدى إستفادة المحكم من التأمين على مسؤوليته للتملص من المحاسبه عن أخطائه التحكيمية.

منهجية الدراسة

سيتم في هذا البحث إتباع المنهج المقارن، حيث سيتم جمع الحقائق والمعلومات عن المسؤولية المدنية بشكل عام من مراجع وقوانين متعددة، وسيتم تحليلها والقياس عليها للوصول إلى مسؤولية المحكم المدنية، لتحقيق أهداف البحث ومحاولة إيجاد حل لمشكلة البحث وهي عدم وجود نصوص قانونية أو مراجع وكتب خاصة لمسؤولية المحكم.

مصطلحات الدراسة

1- التحكيم:

في اللغة: مصدر حكمه في الأمر والشيء أي جعله حكماً وفوض الحكم إليه¹، وفي قوله تعالى: " فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم"²

عرفت مجلة الأحكام العدلية التحكيم في المادة (1790) على أنه: " عبارة عن إتخاذ الخصمين حكماً برضاها لفصل خصومهما ودعواهما..."

وعرف قانون التحكيم الفلسطيني التحكيم في المادة (1) على أنه: " هو وسيلة لفض نزاع قائم بين أطرافه وذلك بطرح موضوع النزاع أمام هيئة التحكيم للفصل فيه.."

فالتحكيم هو إتفاق أطراف علاقة قانونية معينة عقدية أو غير عقدية، على أن يتم الفصل في المنازعة التي ثارت بينهم بالفعل، أو التي يحتمل أن تثور عن طريق أشخاص يتم إختيارهم كمحكمين³.

2- مشاركة التحكيم:

هو الإتفاق الذي يتم بعد نشوء النزاع أي أن الطرفين يقرران اللجوء إلى التحكيم لحسم النزاع الذي نشأ عن العقد بينهما⁴.

شرط التحكيم:

إتفاق الأطراف على أن ما ينشأ من نزاع بينهم حول تفسير عقد أو تنفيذه يفصل فيه بواسطة التحكيم⁵.

3- التعويض الإتفاقي:

هو إتفاق يتعهد به المدين بدفع مبلغ من المال معين في حالة عدم قيامه بتنفيذ ما تعهد به، أو تأخر

¹دسيد محمود، نظام التحكيم، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي الكويتي والمصري، 2000، ص19

² سورة النساء، آية رقم 65

³د.محمود بربري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، الطبعة الثانية، ص5

⁴د.فوزي سامي، التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2010، الطبعة الخامسة، ص109

⁵ ناصر جمعان، شرط التحكيم في العقود التجارية "دراسة مقارنة"، ص65

في تنفيذه ويكون هذا التعيين تحديدا مقطوعا مسبقا للتعويض¹.

4- التحكيم المؤسسي

يقصد به إتفاق الأطراف على أن يتم التحكيم في إطار مركز دائم للتحكيم أو مؤسسة تحكيمية دائمة، سواء كانت هذه المؤسسة وطنية أو دولية، وإتمام التحكيم وفقا لنظام هذا المركز أو تلك المؤسسة والإجراءات المعمول بها في المركز أو المؤسسة².

5- حجية الأمر المقضي:

هو أن الحكم يتمتع بنوع من الحرمة بمقتضاها تمتنع مناقشة ما حكم به في دعوى جديدة، فالقانون يفترض أن الحكم هو عنوان الحقيقة وأنه صدر صحيحا من حيث إجراءاته، وإن ما قضي به هو الحق يعينه من حيث الموضوع³.

6- الحقوق السياسية:

هي التي تكون للشخص بإعتباره عضوا في دولة معينة لتمكنه من المساهمة في حكم بلده، والدفاع عنها مثل الانتخابات⁴.

7- الحقوق المدنية:

هي التي تكون للشخص بإعتباره فردا يعيش في جماعة ليتمكن من التمتع بحريته ومزاولة لنشاطه الإجتماعي وهي بذلك تثبت لكل شخص ولا تقتصر على الوطنيين وحدهم⁵.

¹د. حسني الرب، التعويض الإتفاقي عن عدم تنفيذ الإلتزام أو التأخر فيه، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2007، ص25

²د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2007

³د. أحمد هندي، أصول قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2002، ص923

⁴د. سمير كامل، الدخول للعلوم القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص25

⁵د. سمير كامل، مرجع سابق، ص25

خطة الدراسة

إقتضت طبيعة موضوع البحث تناوله في فصلين يسبقه فصل تمهيدي لإعطاء فكرة عامة عن المحكم من حيث تعريفه وتمييزه عما يشته به والشروط الواجب توفرها به وتعيينه، ثم تم عرض الفصلين وهما:

الفصل الأول: الطبيعة القانونية لمسؤولية المحكم

المبحث الأول: التكييف القانوني لمسؤولية المحكم

المطلب الأول: طبيعة عمل المحكم

المطلب الثاني: أساس وظيفة المحكم

المبحث الثاني: التكييف القانوني لمسؤولية المحكم المدنية

المطلب الأول: المسؤولية العقدية للمحكم

المطلب الثاني: المسؤولية التقصيرية للمحكم

الفصل الثاني: أحكام مسؤولية المحكم المدنية

المبحث الأول: نطاق مسؤولية المحكم المدنية

المطلب الأول: نطاق الإلتزامات التي تقع على عاتق المحكم

المطلب الثاني: حصانة المحكم حيال تصرفاته

المبحث الثاني: آثار تحقق مسؤولية المحكم المدنية

المطلب الأول: دعوى مسؤولية المحكم المدنية

المطلب الثاني: إنتهاء مسؤولية المحكم المدنية

تمهيد: ماهية المحكم

المحكم هو شخص عادي من آحاد الناس يمارس مهنة في غاية الأهمية، وأساس قيام هذه المهنة هو حسم النزاعات بين الأطراف المتنازعة والوصول إلى حكم منهي للنزاع المطروح عليه بوقت وجهد أقل، ولا يمكن تصور وجود التحكيم دون وجود المحكم.

فالمحكم يشغل حجر الزاوية في عملية التحكيم ككل، والثقة بشخصه وصفته غالبا ما تكون هي الدافع لإستبعاد النزاع من ولاية القضاء.

وبما أن الدراسة تبحث في المسؤولية المدنية للمحكم، فلا بد من التطرق الى التطور التاريخي ماهية المحكم محور هذه الدراسة، و ماهية المحكم يتطلب بيان مفهوم المحكم وتمييزه عما يشبهه به وشروط تعيينه محكما بالإضافة إلى كيفية تعيين المحكم.

أولا: التطور التاريخي

من الناحية الدينية¹: كان أساس ظهور وظيفة المحكم إلى الكهنة حيث كان يتدخل في أغلب شؤون الحياة حتى في حالة المنازعات على حق أو ميراث أو جريمة وكان الكاهن يتدخل بحكم صادر منه ينهي الخصومة، لأن هناك معتقدا بصحة ما سوف يؤول إليه حكمه في النزاع وذلك لما يتمتع به الكهنة من مركز ديني يؤهلهم دون غيرهم إلى معرفة ما وراء القدرة العادية، وكان الكهنة يقومون بوظيفة المحكم على أساس أن ما ينطقون به من أحكام يعد إلهاما أو وحيا من الآلهة، وهذا الوحي يصدر لكل منازعة على حدة، فكل منازعة إلهام جديد ووحي جديد، ولم يكن العرب بباعدين عن اللجوء إلى الكهنة بل إنهم كانوا في جاهليتهم أكثر المجتمعات التي لجأت إلى الكهنة؛ لأنهم كانوا قبائل متفرقة، ولكن بعد ظهور الإسلام في جزيرة العرب حدث هناك تحول مؤثر في جميع مجالات الحياة ومنها أسلوب ووسيلة فض المنازعات فأصبحت وظيفة المحكم من الوظائف المشروعة لذلك أهتم العرب بتنظيم وظيفة المحكم للفصل في المنازعات، ومن الأدلة التي تثبت مشروعية وظيفة المحكم، قوله تعالى " إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل إن

¹ راجع: د. عبد الكريم نصير، التحكيم عند العرب كوسيلة لفض المنازعات بين الأفراد "دراسة في الأعراف والتقاليد القبلية العربية والشريعة الإسلامية"، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص58

الله نعمًا يعظكم به إن الله كان سميعًا بصيرًا"¹، ومن السنة النبوية ماورد في حديث أبي شريح أن قومه كانوا يُكنونه (أبا الحكم) فدعاه رسول الله (صلى الله عليه وسلم) وقال: إن الله هو الحكم وإليه الحكم فلم تكني أيا الحكم؟ فقال: إن قومي إذا اختلفوا في شيء أتوني فحكمت بينهم فرضي كلا الطرفين، فقال رسول الله: ما أحسن ذلك"².

من الناحية الاجتماعية: يعتبر رب الأسرة المحكم الأول في المجتمعات البشرية الأولى يفصل في المنازعات الناشئة بين أفراد أسرته، وعندما إتسعت دائرة الأسرة حتى أصبحت في شكل كيان العائلة الممتدى ومن بعد ذلك أصبحت في إطار كيان العشيرة ومنها إلى القبيلة، إذ جعل اللجوء إلى فض المنازعات يتم إلى شيخ القبيلة بإعتباره أحد الأشخاص للفصل فيها لما يتسم به من رجاحة العقل وقوة الشخصية وكمال التجربة المتوجة بكبر السن أيضا في أغلب الأحوال، وكان يفصل في المنازعات وفقا للأعراف والعادات الموروثة لديهم ويتمتع بسلطة معنوية قائمة على الإحترام وهيبة الشخص وماله ونسبه، وكان هناك صور تميز القبائل العربية هو إشتهار عائلات معينة بتوارث مهنة التحكيم في المنازعات وبعد ذلك ظهرت الدولة ووضعت القوانين التي تحدد وتنظم كيفية فض المنازعات المختلفة، ولم يكن لشيخ القبيلة دور في أغلب العصور في الدول الكبيرة لتطورها الاجتماعي السريع وظهور النظام الملكي بصورة سريعة لذلك كان الملك يقوم بوظيفة المحكم³.

من الناحية القانونية: كانت فلسطين جزءا من الأمبراطورية العثمانية بعد أن قامت تركيا بإحتلالها وقد استمر هذا الوضع حتى الحرب العالمية الأولى، وأهم ما يميز هذه الفترة وعلي الصعيد القانوني هو مجلة الأحكام العدلية والتي ما زالت مطبقة حتي اليوم هذا والتي اشتملت على الباب الرابع في بيان المسائل المتعلقة بالتحكيم فيما تضمنته مجلة الأحكام العدلية في المواد (من 1841 إلى 1851)، وبعد الإحتلال العثماني بدء الإنتداب البريطاني لفلسطين حيث صدر العديد من القوانين ومن بينها قانون التحكيم الصادر في 6 آذار سنة 1926، وقانون قرارات التحكيم الأجنبية لسنة 1930، وقانون قرارات التحكيم الأجنبية رقم (17) لسنة 1934، ومن الملاحظ أنه لم يشر في مواده إلي إلغاء الباب الرابع المتعلق بالتحكيم في مجلة الأحكام العدلية ، واستمر الوجود القانوني للتحكيم

¹ سورة النساء، آية رقم (58)

² سنن النسائي، كتاب أداب القضاة (5837)، وسنن داوود، كتاب الأدب (4955)

³ راجع: د. عبد الكريم نصر، التحكيم عند العرب، مرجع سابق، ص38

بعد إنتهاء الإنتداب البريطاني، وبعبر الجيش العربي الأردني نهر الأردن إلى فلسطين ووقعت تحت سيطرته الضفة الغربية ، وفي عام 1952 تم صدور الدستور الأردني حيث بدأت مرحلة تشريعية جديدة ومغايرة في الضفة والغربية عن التشريعات السارية المفعول حينذاك وعليه صدر قانون التحكيم الأردني رقم (18) لسنة 1953، ولكن في قطاع غزة الأمر مختلف حيث بقيت المنظومة البريطانية التحكيمية ذلك أن الحاكم الإداري المصري أبقى على كافة القوانين السارية المفعول بدون تغيير وعليه أصبح شطري الضفة الغربية وقطاع غزة يطبقان قوانين مختلفة أردنية في الضفة الغربية وبريطانية في قطاع غزة، إلى أن أصدر المشرع الفلسطيني قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000 وألغي بموجبه كافة قوانين التحكيم السابقة¹.

ثانيا: تعريف المحكم

أ-المحكم لغة : بتشديد الكاف مع الفتح هو من يفوض إليه الحكم، وهو المجرب المنسوب إلى الحكمة ومن أحكم الامر، واتقنه، وأحكمته التجارب على المثل²، وانه حَكَمَ بينهم يحكم بالضم (حُكْمًا) وحكم له وحكم عليه، وأما الحكم بفتحتيْن الحاكم و(حَكَمَه) في ماله إذا جعل إليه الحكم فيه³ و(حَكَمَه) ولاه وأقامه حاكما و(إحتكم في الأمر: قبل التحكيم و(المَحْكَم) المنصف من نفسه⁴.

ب- عرف الفقه المحكم: بأنه الشخص الذي يعهد إليه بمقتضى الإتفاق على التحكيم أو في إتفاق مستقل بفض نزاع بين طرفين أو أكثر، ويكون له نظر النزاع والإشتراك في المداولة بصوت محدود وفي إصدار الحكم والتوقيع عليه⁵.

وتعريف آخر للمحكم: هو شخص يتمتع بثقة الخصوم، قد عهدواإليه بعناية الفصل في منازعة قائمة بينهم، وقد يتم تعيينه من جانب المحكمة إذا كان التشريع قد أجاز ذلك للقيام بذات المهمة المتقدمة⁶.

¹ راجع: قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000، صدر بمدينة غزة 2000/4/5 ميلادية، الموافق 1/محرم/1421هجرية

² أبو الحسين بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، الجزء الثاني، دار الفكر، القاهرة، 1979، ص35، وأيضاً ومعجم الوسيط، الجزء الاول،أصدار مجمع اللغة العربية، القاهرة، 1998، ص190

³ الامام احمد الرازي، مختار الصحاح، ترتيب السيد محمد خاطر، نهضة مصر للطباعة والنشر، دون سنة نشر، ص148

⁴ المعجم الوجيز:لمجمع اللغة العربية، المطابع الأميرية، القاهرة، 1990 ص674

⁵المستشار معوض عبد النواب ،المستحدث في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، الطبعة الاولى، 1997، ص205

⁶د.احمد ابو الوفا، التحكيم الاختياري والاجباري، منشاة المعارف، الاسكندرية، الطبعة الخامسة، 2001، ص153

وعرف جانب من الفقه المحكم: بأنه شخص عادي يقوم بمهمة قضائية بناء على إختيار طرفي النزاع نفسيهما له للقيام بالفصل في النزاع وقبوله لهذه المهمة، في إطار شروط معينة، قد يكون أهمها في هذا الخصوص إتمام المهمة في بحر مدة معينة وهذا ما يجعل مسئوليته مختلفة عن مسئولية القاضي¹.

وبالرجوع الى نص المادة (1) من قانون التحكيم الفلسطيني نرى أن تعريف المحكم لم يكن مطلوباً؛ لأنه عرف هيئة التحكيم فكان عليه الإكتفاء بهذا التعريف؛ لأن هذه الهيئة وإن كانت مشكلة من محكم أو أكثر إلا أنهم جميعاً أشخاص طبيعيين بمن فيهم المرحج².

وعرفت محكمة النقض المصرية المحكم: ".... وهو على ذلك ليس طرفاً في خصومة التحكيم وإنما هو شخص يتمتع بثقة الخصوم ويفصل فيما شجر بينهم بحكم يحوز حجية الشيء المحكوم به بمجرد صدوره"³.

ويتبين من التعريفات السابقة بأن المحكم هو عبارة عن قاض خاص يقوم بحسم نزاع قائم بين أطراف الخصومة، وتم إختياره بإرادتهم ويكون حكمه ملزم للمحكّمين.

ثالثاً: تمييز المحكم عما يشته به

في ضوء تحديد معنى المحكم الذي سبق بيانه، فإن مهمة المحكم تختلف عن مهمة غيره من المهن كالقاضي والوكيل والخبير والوسيط في الصلح، لذا سنبين أوجه الاختلاف بين هذه الانظمة والمحكم.

¹ د. مصطفى جمال ود. عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، الطبعة الاولى، 1998، ص600

² نص قانون التحكيم الفلسطيني على ما يلي: "....المحكم:الشخص الطبيعي الذي يتولى مهمة التحكيم، هيئة التحكيم: شخص او اكثر يتولى مهمة الفصل في النزاع...." ويقابلها ونصت المادة (2) من قانون التحكيم الاردني على مايلي: "أ. يكون للعبارات التالية حيثما وردت في هذا القانون المعاني المخصصة لها أدناه ما لم تدل القرينة على غير ذلك: - هيئة التحكيم: الهيئة المشكلة من محكم واحد أو أكثر للفصل في النزاع المحال إلى التحكيم وفقاً لأحكام هذا القانون"، ويقابلها كذلك نصت المادة (4) من قانون التحكيم المصري على ما يلي "2- وتتصرف عبارة "هيئة التحكيم" إلى الهيئة المشكلة من محكم واحد أو أكثر للفصل في النزاع المحال إلى التحكيم أما لفظ "المحكمة" فينصرف إلى المحكمة التابعة للنظام القضائي في الدولة."

³ نقض مصري عن رقم 887 لسنة 59، موقع قاعدة التشريعات والإجتهادات المصرية www.arablegalportal.org

1- المحكم والقاضي

إن التحكيم سابق في نشأته على القضاء العادي للدولة، ويقول جانب من الفقه في هذا الخصوص: "أن القانون الطبيعي هو الذي فرض التحكيم على الإنسان وفرضته عليه طبيعته منذ الأزل، وقبل نشوء الدولة، فالتحكيم إذن هو طريق العدل الأول للإنسان يحقق بمقتضاه الأمن والسلام في المجتمع، فليس بغريب أن يفرض على الدول بعد أن فرض على الإنسان، والتحكيم هو قضاء سنته لنا الطبيعة¹".

وفكرة التحكيم- أي وظيفته في الحياة القانونية - لا تختلف عن فكرة القضاء، فالمحكم والقاضي يقدمان الحماية للنظام القانوني إذ ما حدث إعتداء على قواعده².

والتحكيم وإن كان قضاء خاصا إلا أنه يشبه القضاء العادي للدولة، فمن ناحية أن كل من القضاء والتحكيم يفصل في المنازعات بهدف تحقيق العدالة، كما أن القاعده الأساسية في القانون أن حكم التحكيم يخضع لذات الشكل المقرر للأحكام القضائية من حيث صدور حكم المحكمين بإسم السلطة العليا للبلاد، وعد حكم التحكيم ورقة رسمية شأنه في ذلك شأن الأحكام التي تصدر عن القضاء العادي³.

فهل المهمة القضائية المسندة للمحكم كافية بذاتها لأن يصبغ على المحكم صفة القاضي بما له من سلطات و ضمانات في مواجهة الخصوم وبما عليه من واجبات أزاءهم أم أن مركزه يتميز بالخصوصية والإستقلالية يميزه عن القاضي؟

للإجابة عن هذه التساؤلات سنقوم بتوضيح أوجه الاختلاف بين كل من المحكم والقاضي على النحو التالي:

¹ د. احمد ابو الوفا، التحكيم الاختياري والاجباري، مرجع سابق، ص16

² علي ابراهيم، ولاية القضاء على التحكيم، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة، ص91

³ أ. راغب فهمي، هل التحكيم نوع من القضاء؟، بحث منشور في مجلة القانون، الكويت، العدد17، 2001، ص16

- 1- إن القاضي موظف عام تعينه الدولة بشروط معينة ويأخذ سلطاته من إرادة الدولة التي تحدد سلفا سلطات وصلاحيات سلطة القضاء، ولا يتم تعيين أي شخص لهذا المنصب إلا من توفرت فيه الشروط التي فرضها القانون، بينما يكون المحكم شخصا طبيعيا لا يرتبط بوظيفة لدى الدولة¹.
- 2- لا يجوز للقاضي الجمع بين وظيفة القضاء ومهنة أخرى بعكس المحكم الذي يجوز له القيام بأعمال أخرى بجانب مزاويلته لمهمة التحكيم².
- 3- إن أحكام القضاء العادي لها حجية مطلقة يحتج بها على الكافة، وإن قرار القاضي له حجية الشيء المقضي به، وهو عنوان الحقيقة وله قابلية التنفيذ بحكم القانون، بينما أحكام التحكيم لا يتعدى أثرها أطراف النزاع³، ويكون حكم التحكيم وإن كانت له حجية الشيء المقضي به إلا أنه ليس له قابلية التنفيذ إلا بتدخل القضاء⁴.
- 4- يشترط في القاضي التمتع بالجنسية الوطنية وذلك بعكس المحكم الذي يمكن أن يكون اجنبيا،⁵ كذلك يلتزم فيمن يعين قاضيا اليمين المقرر في قانون السلطة القضائية قبل مباشرة المهمة القضائية، بعكس المحكم الذي لا يلتزم بذلك⁶.

¹ د. علي البياتي، التحكيم التجاري البحري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الاسكندرية، 2006، ص 144

² نصت المادة (28) من قانون السلطة القضائية الفلسطيني رقم (1) لسنة 2002 على ما يلي: "1- لا يجوز للقاضي القيام بأي عمل تجاري، كما لا يجوز له القيام بأي عمل لا يتفق واستقلال القضاء وكرامته، ويجوز لمجلس القضاء الاعلى ان يقرر منع القاضي من مباشرة أي عمل يرى أن القيام به يتعارض مع واجبات الوظيفة وحسن ادائها...." ويقابلها نص المادة (17) من قانون استقلال القضاء الاردني رقم (15) لسنة 2001 على ما يلي: "لا يجوز للقاضي الجمع بين وظيفة القضاء ومزاولة الاعمال التجارية او عضوية مجلي ادارة اي شركة او مؤسسة او سلطة او اي وظيفة او مهنة اخرى وذلك تحت طائلة المسؤولية."، ويقابلها كذلك نص المادة (72) من قانون السلطة القضائية رقم (46) لسنة 1972 على مايلي: "لا يجوز للقاضي القيام بأي عمل تجاري كما لا يجوز له القيام بأي عمل لا يتفق واستقلال القضاء وكرامته ويجوز لمجلس القضاء الاعلى ان يقرر منع القاضي من مباشرة اي عمل يرى ان القيام به يتعارض مع واجبات الوظيفة وحسن ادائها." كما نصت المادة (63) من القانون المصري على ما يلي: "لا يجوز للقاضي بغير موافقة مجلس القضاء الاعلى ان يكون محكما ولو بغير اجر ولو كان النزاع غير مطروح على القضاء....."

³ د. حسام ناصيف، قابلية محل النزاع للتحكيم في عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص 44

⁴ د. علي البياتي، التحكيم التجاري البحري، مرجع سابق، ص 145

⁵ نصت المادة (15) من قانون السلطة القضائية الفلسطيني على ما يلي: "يشترط فيمن يولى القضاء: 1- ان يكون فلسطينيا كامل الاهلية..." ويتطابق نص المادة (10) من قانون استقلال القضاء الاردني وكذلك نص المادة (38) من قانون السلطة القضائية المصري.

⁶ تنص المادة (21) من قانون السلطة القضائية على ما يلي: "يؤدي القضاة قبل مباشرتهم لعملهم في المرة الأولى اليمين الآتية: 2- (أقسم بالله العظيم أن احترم الدستور والقانون وأن أحكم بين الناس بالعدل). 3- يكون أداء اليمين من رئيس المحكمة العليا أمام رئيس السلطة الوطنية، ويكون أداء اليمين لباقي القضاة أمام رئيس مجلس القضاء الأعلى وبحضور وزير العدل في كلتا الحالتين"

وتطابق هذه المادة مع المادة (15) من قانون استقلال القضاء الاردني، كذلك حكم المادة (71) من قانون السلطة القضائية المصري.

5- للقاضي توقيع الجزاءات في حال رفض الشاهد الحضور على عكس المحكم، ولكن يستطيع المحكم أن يطلب من المحكمة المختصة إصدار أمر بتأمين حضوره في التاريخ المحدد في الطلب، وللمحكم أيضا أن يطلب من المحكمة المختصة إصدار قرار بالإثابة في سماع أقوال الشهود¹.

6- إن القضاء العادي يختص بالنظر في جميع النزاعات إلا ما أستمثى منها أعمال السيادة، أما التحكيم فلا يجوز اللجوء إليه إلا في المسائل التي يجوز فيها الصلح²، وبالتالي هناك بعض المنازعات التي لا يجوز فيها التحكيم مثل المنازعات المتعلقة بالنظام العام³.

7- يجوز الطعن في حكم المحكم بدعوى بطلان أصلية، على عكس حكم القاضي وذلك نظرا للطبيعة الخاصة للتحكيم وهكذا فإن حكم القاضي قد يكون ابتدائيا قابل للطعن العادي أو إنتهائيا قابل للطعن غير العادي أو باتا غير قابل لأي طريق من طرق الطعن، غير أن صلاحيات المحكم تزيد عن صلاحيات القاضي من نواح معينة فهو غير مقيد بقواعد القانون الإجرائية، بل وقد يعفى من التقيد بقواعد القانون الموضوعية إذا إتفق الخصوم على ذلك⁴.

وعلى ضوء ما سبق، إن الإختلاف بين المحكم والقاضي ناتج عن طبيعة كل من التحكيم والقضاء إذ يتميز التحكيم بأنه أداة خاصة للفصل في النزاع تتشكل في كل حاله على حده حسب مقتضيات الخاصة للنزاع، أما القضاء فهو أداة عامة لحماية الحقوق والمراكز القانونية تحكمه قواعد عامه ومجرده موضوعه سلفا لأي قضية، وأنه على الرغم من الإختلاف بين القاضي والمحكم يوجد تقارب وتعاون فيما بينهما وذلك من خلال رقابة القضاء على التحكيم سواء أكانت رقابه سابقه أو لاحقه على صدور حكم التحكيم بالإضافة إلى الهدف المشترك لتحقيق العدالة فيما بينهم.

¹ نصت المادة (28) من قانون التحكيم الفلسطيني على ما يلي:

"1- يحق لهيئة التحكيم بناء على طلبها أو طلب أي طرف من أطراف التحكيم أن تدعو أي شاهد للحضور للشهادة أو لإبراز أي مستند.
2- يحق لهيئة التحكيم إذا رفض الشاهد المثول أمام هيئة التحكيم أن تطلب من المحكمة المختصة إصدار أمر بتأمين حضوره في التاريخ المحدد للطلب."

وكذلك نصت المادة (29) على ما يلي:

"يحق لهيئة التحكيم أن تطلب من المحكمة المختصة إصدار قرار بالإثابة في سماع أقوال شاهد يقيم خارج دائرة اختصاص المحكمة وكان يتعذر مثول هذا الشاهد أمامها."

² راجع: نص المادة (4) من قانون التحكيم الفلسطيني

³ د. منير عبد المجيد، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 1995، ص135

⁴ د. ماجد الحلو، العقود الادارية والتحكيم، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2004، ص174

2- المحكم والوكيل

الوكيل هو شخص يقوم مقام آخر (في تصرف جائز معلوم) ويستمد نيابته هذه من عقد الوكالة¹.

وعرفت، مجلة الاحكام العدلية الوكالة في المادة(1449) بأنها" تفويض أحد في شغل لآخر وإقامته مقامه في ذلك الشغل ويقال لذلك الشخص موكل ولمن أقامه وكيل ولذلك الأمر موكل به"².

إذن الوكيل هو: شخص يلتزم بالعمل بإسم الأصل ولحسابه بحيث تتصرف آثار هذا العمل إلى الموكل دون الوكيل كما لو كان قد أجراه بنفسه .

والأصل أن التحكيم لا يشبه الوكالة على الرغم من أن كل من المحكم والوكيل يشتركا في الأصل الإتفاقي إذ يتولى كل منهما القيام بما عهد إليه بموجب إتفاق بين أطراف المحكم أو الوكيل، كما يقترب عقد المحكم عن عقد الوكالة في أن كل منهما يقوم بتصرف قانوني، فضلا عن تغليب الإعتبار الشخصي على مهمة كل منهما³، إلا إنهما يختلفان في نقاط جوهرية، حيث أن عقد المحكم عقد مبرم بين الأطراف المتنازعة والمحكم، وعندما يبدأ المحكم في مهمته التحكيمية لا يكون نائباً أو وكيلاً عن أحد الأطراف حتى لو كان الطرف الذي قام بتعيينه، والقول بأن المحكم وكيل عن الطرف الذي عينه يعني أنه يقوم بما يملئ عليه هذا الطرف من تعليمات، وهذا مخالف لما هو معلوم عن المهمة التحكيمية للمحكم، وهي الفصل في النزاع وفقاً لمقتضيات العدالة ومحايداً ومستقلاً في أداء مهمته عن جميع الأطراف⁴، وما يدل على عدم وكالة المحكم أنه يستطيع أن يرفض طلباً مقدماً من أي طرف فلو أنه كان وكيلاً لما صح له ذلك، فهو لا يعتبر ممثلاً له؛ لأنه يمنحه سلطة قضائية خاصة، أما عقد الوكالة فطرفاهما الوكيل والموكل، وموضوعه هو تحويل الوكيل ذاته سلطة النيابة عن الموكل في عمل من الأعمال القانونية⁵، والوكيل يستمد سلطانه من الموكل ويملك التتصل من عمل الوكيل

¹. علي البياتي، التحكيم التجاري البحري، مرجع سابق، ص142

² عرفت المادة (833) من القانون المدني الاردني لسنة 1976 الوكالة بانها : " عقد يقيم الموكل بمقتضاه شخصا اخر مقام نفسه تصرف جائز معلوم . "وعرفت المادة (699) من القانوني المدني الصري لسنة 1948 الوكالة بانها: "عقد يلزم الوكيل بان يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل"

³ راجع: محمد نظمي صعابنه، مسؤولية المحكم المدنية"دراسة مقارنة" الطبعة الاولى، 2008، دار النهضة العربية ، القاهرة، ص22

⁴ أحمد الملحم، عقد التحكيم المبرم بين المحكمين والخصوم، مقالة بمجلة الحقوق الكويتية، العدد الثاني، 1994، ص199

⁵. مصطفى الجمال ود.عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، مرجع سابق، ص31

إذا خرج عن حدود وكالته، ولا يقوم الوكيل كقاعده عامه إلا بما يمكن إن يقوم به الموكل¹، ففي الوكالة يقوم الوكيل بعمله بإسم موكله ويلتزم بتعليماته، وعلى الوكيل أن يقوم بالعمل لصالح موكله، ولهذا فإنه لا يمكن أن يكون وكيلا عن طرفين لهما مصالح متعارضة وليس للوكيل أي سلطة تختلف عن سلطة موكله²، ويكون إصدار المحكم حكما ملزما لأطراف التحكيم وفقا لما يراه عادلا وليس وفقا لما يراه الخصوم بينما يلتزم الوكيل بحسب القواعد العامه بالعمل باسم الأصيل ولحسابه ويتقيد في أداء عمله بتعليمات الأصيل وفي حدود الوكالة ولا يجوز للوكيل أن يمثل مصالح متعارضة³.

ونستنتج مما سبق، أن المحكم مستقلا تمام الإستقلال عن الخصوم فمجرد الإتفاق على التحكيم تصبح له صفة تشبه القاضي ولا يتمكن الخصوم من التدخل في عمله بل أن حكمه يفرض عليهما، على عكس الوكيل يعمل بإسم الأصيل ولحسابه ويخضع لتعليماته .

3- المحكم والخبير⁴

من الصعب الخلط بين التحكيم والخبرة التي ليس لها سوى قيمة الرأي، سواء بالنسبة للمحكم أو للأطراف، لأن التحكيم على الرغم من إختلاف الفقهاء حول طبيعته إلا أنه لا يوجد خلاف حول الدور الملزم للقرار الذي يصدره المحكم والأثر الإجرائي الذي يترتب وهو حجية الأمر المقضي⁵.

فالخبرة: هي المهمة التي يعهد بمقتضاها الخصوم إلى شخص متخصص في مهنة، أو في مجال معين بمهمة إبداء رأيه في مسألة فنية تدخل في مجال إختصاصه دون إلزام الخصوم بهذا الرأي⁶.

والخبرة بمعناها القانوني غير التحكيم، فالخبرة تتمثل بمجرد إبداء الرأي والمشورة من متخصص لمن يطلبها دون إلزام من هذا الأخير بإتباعها، أما التحكيم فهو فصل في النزاع من المحكم يلتزم به الأطراف المتنازعة⁷، والخبير يقدم رأيه في مسائل فنية تتم عن معرفه شخصية ولا تحسم نزاعا بين

¹.د. احمد ابو الوفاء، التحكيم الاختياري والاجباري، مرجع سابق، ص31

².د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، الاسكندرية، الطبعة الاولى، 2007، ص30

³.د. محمود هاشم، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الاولى، 1990، ص29

⁴ راجع: قانون البيئات في المواد المدنية والتجارية رقم (4) لسنة 2001، الباب الثامن

⁵.أ. علي ابراهيم، ولاية القضاء على التحكيم، مرجع سابق، ص163

⁶.د. خالد ممدوح ابراهيم، التحكيم الالكتروني في عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2008، الطبعة الاولى، ص40

⁷.د. مصطفى الجمال ود.عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، مرجع سابق، ص31

الخصوم من خلال تطبيق القانون أو فرض تسوية إن كان الأطراف قد أجازوا له ذلك صراحة¹، وإن رأي الخبير قاصر على المسائل الواقعية دون القانونية في حين نجد أن حكم المحكم يمتد إلى المسائل القانونية والواقعية مع أنه لا يكون بالضرورة شخصا قانونيا.

وينحصر دور الخبير في تقديم تقرير يساعد القاضي في تكوين اقتناعه للوصول إلى القرار الذي ينهي به الخصومة المطروحة عليه، ولا يجوز للخبير أن يتصدى للإدلاء برأيه في المسائل القانونية، أما بالنسبة للمحكم الذي يعتبر فردا عاديا قد يكون غير ملم لبعض المسائل القانونية الدقيقة فلا يكون أمامه من سبيل سوى الاستعانة بخبير قانوني²، ورأي الخبير غير ملزم للأطراف أو للقاضي غير أن رأي المحكم ملزم للأطراف وللقاضي إذا لم تشبه شائبة البطلان وإستكمل شكله التي يتطلبها القانون، ورأي الخبير غالبا يساعد على حل النزاع أو يساعد على تقرير قيمة ما يتحمله طرف من الأطراف أو كلاهما بعد حسم النزاع وتعيين جهة المسؤولية، فالمحكم يستعين بالخبير للقيام بمهمته بينما لا يستعين الخبير بمحكم للقيام بمهمته³.

وفي تقديرنا، أن الخبير يكلف فقط بإبداء الرأي فيما يطرح عليه من مسائل، ورأي الخبير لا يقيد المحكمة التي تنظر الدعوى، وندب الخبير مسألة جوازية ويتم ندب الخبير بناء على طلب الخصوم أو بناء على طلب القاضي، أما المحكم فإن القرار الذي يصدره يكون ملزما بالإضافة إلى أثر الإجراءات المترتبة على الحكم وهو حجية الأمر المقضي به، كما أنه يجوز الطعن في حكم المحكمين بينما لا يجوز الطعن في قرار الخبير، لأنه لا يصدر حكما، فالطعن لا يكون إلا في الأحكام أما رأي الخبير فهو مشورة وليس حكما.

¹Antione Kassis Problemes De Bas De Larbitrage, Tomei, L.G.D, 1987، مشار إليه: محمد صعبانه، المسؤولية المدنية

للمحكم، مرجع سابق، ص28

². أحمد أبو الوفاء، التحكيم الإختياري والإجباري، مرجع سابق، ص29

³. علي البياتي، التحكيم التجاري البحري، مرجع سابق، ص143

4- المحكم والوسيط في الصلح أو الموفق

عرفت مجلة الاحكام العدلية الصلح في المادة (1531): "هو عقد يرفع النزاع بالتراضي وينعقد بالإيجاب والقبول".¹

الصلح والتحكيم كلاهما عقدان يرفعان النزاع ويقطعان الخصومة²، ويخول القانون في الصلح الأطراف وسيلة تعاقدية، يستطيعون بها حل منازعاتهم بحيث لا تعود هناك حاجة للجوء إلى القضاء والصلح كالتحكيم يفترض نزاعاً بين الأطراف³، ويتمثل التحكيم مع الصلح في أن كل منهما أداة قانونية للتسوية الودية للنزاع الحال أو المحتمل حدوثه في المستقبل بعيداً عن ساحة القضاء، وبالتالي فوجود إحداها يعني عدم جواز عرض النزاع على القضاء، والدفع بحجية الشيء المحكوم فيه، كما أن كل منهما يتطلب وكالة خاصة وأهلية تصرف لإبرامه⁴، ويختلف الصلح عن التحكيم في أن الصلح عقد يتم بين أطراف الخصومة أنفسهم أو بمن يمثلوهم ويقومون بحسم خلافاتهم عن طريق نزول كل عن بعض ما يتمسك به، بينما في التحكيم يقوم المحكم بمهمة القضاء، فالتحكيم أشد خطورة من الصلح؛ لأن التجاوز عن الحق في الصلح معلوم قبل تمامه، بينما في التحكيم تتعذر معرفة ما قد يمكن أن يحكم به المحكم⁵، أن مهمة المحكم ليست هي التوسط أو التوفيق بين الخصوم لكي يتنازل كل منهم عن جزء من إدعائه ولكن مهمته أن يصدر حكماً ملزماً للأطراف، في حين أن الحل الذي يصل إليه الوسيط لا يلزم الأطراف إلا في حالة قبولهم له⁶، والصلح لا يخول كل ما يحققه التحكيم إذ أن حكم التحكيم على خلاف الصلح يحوز حجية الأمر المقضي، ولهذا فإن الصلح يمكن مهاجمته

¹ عرفت المادة (647) من القانون المدني الاردني الصلح بأنه: "الصلح عقد يرفع النزاع ويقطع الخصومة بين المتخاصمين بالتراضي"، وكذلك عرفت المادة (549) من القانون المدني المصري الصلح: "الصلح عقد يحسم به الطرفان نزاعاً قائماً أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً، وذلك بأن ينزل كل منهما على وجه التقابل عن جزء من ادعائه.

² د. علي البياتي، التحكيم التجاري البحري، مرجع سابق، ص 143

³ د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص 21

⁴ راجع: سيد محمود، مفهوم التحكيم وفقاً لقانون المرافعات الكويتي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص 35

⁵ د. احمد ابو الوفا، التحكيم الاختياري والاجباري، مرجع سابق، ص 30

⁶ راجع: Thomas clay "arbitrage et modes alternatives de reglement des litiges" Dalloz 16 dec 2004، jurisprudence P.3180 n 02. l'arbitre peut-il avoir ete precedemment conciliateur. محمد صعاينة،

مسؤولية المحكم المدنية "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، ص 31، راجع ايضاً: سحر امام، المركز القانوني للمحكم "دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص 42

كأي عقد بدعوى بطلان أصلية لعيب من العيوب التي تلحق العقد، أما حكم التحكيم فلا يجوز المساس بحجيته إلا بطرق الطعن التي يقررها القانون بالنسبة له¹.

يختلف أيضا التحكيم عن التوفيق الذي يقوم به شخص من الغير بغرض تحقيق الصلح بين الطرفين حتى ولو كان الغير الذي يكون ملزما بالوساطة هي المحكمة، علما أن المقصود بالتوفيق هو تقريب وجهتي النظر بين الخصوم وصولا إلى حل يرضى به الخصوم².

رأي الباحثة، أن الصلح هو تقريب وجهتي النظر بين الخصوم وصولا إلى حل يرتضيه الخصوم أما التحكيم فهو وسيلة لفض النزاع القائم الذي سيقوم بين أطراف التحكيم وصولا لحل هذا النزاع بغض النظر عن رضى الخصوم، وأن الحكم الذي يصدره المحكم يحوز حجية الأمر المقضي به بمجرد المصادقة، ومن ثم يعد سندا تنفيذيا متى صدر الأمر بتنفيذه من المحكمة المختصة وبذلك يختلف عن الصلح، إذ لا يكون سندا تنفيذيا إلا إذا ورد هذا الإتفاق في محضر موثق أو أقر به الخصوم أمام المحكمة وتم إثباته في محضر الجلسة.

5- المحكم والمقاول

عرفت المادة (124) من مجلة الاحكام العدلية " الاستصناع هو عقد مقالة مع أهل الصنعة على أن يعمل شيئا فاعامل صانع والمشتري مستصنع والشيء مصنوع"

وعرف القانون المدني الأردني عقد المقاول بأنه: " عقد يتعهد أحد طرفيه بمقتضاه أن يصنع شيئا أو يؤدي عملا لقاء بدل يتعهد به الطرف الآخر"³.

إن مهمة كل من عقد المقالة وعقد المحكم قائمة على تقديم خدمة وأداء عمل، وإن كل منهما يحصل مقابل ذلك أتعابا محدده سلفا⁴، ويختلف عقد المقالة عن عقد المحكم في أن مقتضى عقد المقالة وجود جانب وحده له هدف وجانب آخر يقوم بتحقيق الهدف، أما عقد المحكم فمن مقتضاه وجود

¹ د. فتحي الوالي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص 21

² د. وجدي راغب، مفهوم التحكيم وطبيعته، محاضرة مكتوبة في دوره تدريبية، كلية الحقوق، جامعة الكويت، 1992، ص 7

³ راجع: نص المادة (780) من قانون المدني الاردني رقم (43) لسنة 1976 ، ويتطابق معه نص المادة (646) من القانون المدني المصري

⁴ راجع: د. مصطفى الجمال ود. عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، مرجع سابق، ص 597

جانب له مصالح تتازعه مصالح الجانب الآخر وليس بمقدور المحكم إعمال مصالحهما معا، بل يقتضي لمن كان الحق لجانبه¹.

وبالتالي أن عقد المساواة ذو هدف واحد والمساوول يسعى إلى تحقيق هذا الهدف وتنفيذه على أرض الواقع، أما عقد المحكم فالطرف الثاني هما طرفان متنازعان، ولكل منهما هدف خاص به يدلي بطلباته وإدعاءاته وطلبات خصمه لذلك لا يستطيع المحكم أن يحقق هدف كل منهما في وقت واحد، بل مهمته قائمة على تحديد من هو صاحب الحق في هذا النزاع.

ويختلف عقد المساوول عن عقد المحكم أيضا في أن عقد المساواة يجوز للمستفيد من العقد أو صاحب المصلحة الإمتناع عن تسليم العمل إذا كان معيبا²، حيث أن صاحب العمل له رفض أو عدم قبول تسليم العمل إذا كان مخالفا للمواصفات المتفق عليها مع المساوول، لكن هذا غير مسلم به في عقد التحكيم فالأطراف لا تستطيع الإمتناع عن تسليم الحكم الصادر عن المحكم إذا كان يعتريه عيب بل أنه يتقاضى أتعابا دون نقصان، حتى ولو كان العيب ظاهرا وذلك؛ لأن المشرع حدد طرقا معينة يستطيع الأطراف اللجوء إليها لإبطاله³.

وكذلك يختلف عقد المحكم عن عقد المساوول في أن صاحب المصلحة في عقد المساواة إذا لم يقدم الأداء المطلوب منه فإنه يجوز للمساوول فسخ العقد، في حين المحكم وهو يمارس عمله بموجب عقد التحكيم إذا لم يقدم أحد طرفي النزاع دفاعه أو مستنداته من خلال المهلة المحددة له بل يجوز له الحكم بناء على مستندات الطرف الآخر⁴، وإن مهمة المساوول مهمة مادية أما المحكم فمهمته ذهنية (قانونية) وشخصيته لها إعتبار عند اختياره ليس كالمساوول الذي يقبل عطاؤه دون معرفة شخصيته⁵.

¹ محمد صعبانه، مسؤولية المحكم المدنية "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، ص 18

² د. عدنان سرحان، شرح القانون المدني "العقود المسماة في المساواة، الكفالة، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1996، ص 88

³ راجع: نص المادة (43) من قانون التحكيم الفلسطيني، وكذلك نص المادة (49) من قانون التحكيم الاردني، ونص المادة (55) من قانون التحكيم المصري.

⁴ راجع: نص المادة (36) من قانون التحكيم الفلسطيني، ونص المادة (33) من قانون التحكيم الاردني، ونص المادة (35) من قانون التحكيم المصري

⁵ د. احمد الجداوي، التحكيم في مواجهة الاختصاص القضائي "تنازع الاختصاص وتنازع القوانين" دار النهضة العربية، القاهرة، 1982،

وتقديرنا لما تقدم، أنه لا يوجد عقد أقرب من عقد المحكم مثل عقد المفاوض حيث أن التفرقة تضيق بينهما إلى حد ما، ومرجع ذلك أن المحكم والمفاوض كليهما يهدفان في مهمتهما إلى تحقيق نتيجة دون تبعية للطرف الآخر، ومهمة كل منهما قائمة على تقديم خدمة وأداء عمل.

رابعاً: الشروط الواجب توافرها في المحكم

إن مهمة المحكم في غاية الأهمية، ولإحساس المشرع بهذه الأهمية لم يترك لسلطان إرادة الأفراد حرية كاملة في إختيار أي شخص ليقوم بهذه المهمة، وإنما أشتراط شروطاً معينة وذلك لأن حسن أداء المحكم لمهمته يظل مرهوناً بشخصه وما يحمله من مؤهلات وخبرات، ف أطراف إتفاق التحكيم لا يقدموا على إختيار التحكيم كأسلوب لحسم النزاع إلا من خلال توقع معاملة عادلة وأسلوب متخصص في إدارة الإجراءات وتوافر مستوى أخلاقي وتخصص رفيع لدى المحكم، وهذا يلقي عبئاً على المحكم ليس ببسير، ويتطلب توافر عدة شروط ، وسأتحدث عنها فيما يلي:

1- يجب أن يكون المحكم شخصاً طبيعياً ولا يجوز أن يكون شخصاً معنوياً.

عرف قانون التحكيم الفلسطيني المحكم في المادة (1) "الشخص الطبيعي الذي يتولى مهمة التحكيم". فالشخص الطبيعي هو الذي يرى ويحس، وهو الذي يفكر ويقرر على ضوء ما يحيط به من ظواهر وحقائق، وما من شخص معنوي إلا له شخص طبيعي، يعبر عن إرادته ويكون لسان حاله، لذا فكما لا يتصور أن يكون القاضي - لسان العدالة - شخصاً معنوياً فإنه لا يتصور أيضاً أن يكون المحكم شخصاً معنوياً، لأنهما يقومان بمهمة واحدة هي الفصل في النزاع، وبيان وجه الحق فيه بحكم يكون عنواناً للحقيقة، ولا يتصور أن تأتي الحقيقة على لسان شخص معنوي لا يحس ولا يرى¹، وهذا الشرط يمكن استنتاجه من النصوص القانونية دون أن يرد ذلك صراحة، وذلك وفق ما نصت عليه المادة (10) من قانون التحكيم " بما لا يتعارض مع أحكام هذا القانون إذا عين اتفاق التحكيم مؤسسة تحكيم، فإنه يتم في إطار قواعدها تنظيم إجراءات التحكيم بما في ذلك صلاحية تعيين هيئة التحكيم

¹ د. حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي، ص 185

والإشراف عليها وتحديد النفقات اللازمة وكيفية توزيعها على الأطراف والبت في طلب رد هيئة التحكيم أو أحد أعضائها".

رأي الباحثة، إذا عين اتفاق التحكيم مؤسسة تحكيم، أي شخص المعنوي فإن مهمته تقتصر على تنظيم عملية التحكيم، فإن المحكم لا يكون إلا شخصا طبيعيا فهو وحده من يعمل فكره ويزن الأمور ويميز بين الحق والباطل وهو الذي يستشعر روح العدالة.

2- أن يكون المحكم متمتعاً بالأهلية المدنية.

إن مهمة التحكيم هي مهمة قضائية وقانونية، وبالتالي لا يمكن أن يتولى هذه المهمة إلا شخص كامل الأهلية لإكتساب الحقوق وتحمل الإلتزامات.

وقد نصت المادة (9) من قانون التحكيم الفلسطيني على أنه "يجب أن يكون المحكم أهلاً للتصرفات القانونية، ومتمتعاً بحقوقه المدنية غير محكوم عليه في جناية أو جنحة مخلة بالشرف أو الأمانة أو مفلساً ما لم يرد إليه اعتباره"¹.

ويقصد بالأهلية في هذا المقام الأهلية المدنية نظراً لأن التحكيم يبدأ بعقد، فيجب أن تتوفر فيه الأهلية اللازمة لصحة العقد وهي أهلية التصرف في الحقوق²، والأهلية هنا هي أهلية أداء³، فهي التي تقوم

¹ قرار مجلس الوزراء رقم (39) لسنة 2004 باللائحة التنفيذية لقانون التحكيم رقم (3) لسنة 2000 : مادة (7) "يشترط فيمن يقيد بقوائم المحكمين ما يلي: 1. أن يكون فلسطيني الجنسية ومتمتعاً بحقوقه المدنية. 2. أن يكون حسن السيرة والسلوك. 3. ألا يكون قد سبق فصله من الخدمة بقرار تأديبي، ما لم تمض على صدره مدة ثلاث سنوات على الأقل. 4. ألا يكون قد سبق الحكم عليه بعقوبة جنائية أو جنحة مخلة بالشرف أو الأمانة، أو محكوماً بإفلاسه ما لم يرد إليه اعتباره. 5. أن تتوفر لديه الخبرات العلمية والعملية وفقاً لهذه اللائحة."، ونصت المادة (1794) من مجلة الأحكام العدلية على مايلي: "يلزم أن يكون القاضي مقتدرًا على التمييز التام بناءً عليه لا يجوز قضاء الصغير والمعته والاعمى والاصم الذي لا يسمع صوت الطرفين القوي." أن المحكم هو بمنزلة القاضي المولى من طرف السلطان للحكم بين الطرفين، فذلك يجبان يكرن المحكم حائز للشروط المشروط وجودها في القاضي، ويشترط بقاء الاهلية للمحكم وقت التحكيم الى صدور الحكم، راجع: المحامي ناظم محمد عويضة، شرح قانون التحكيم، التعليق والشرح لنصوص التحكيم رقم 3 لسنة 2000، غزة، فلسطين، 2001، ص38

². فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص916

³ يكمن التمييز بين اهلية الوجوب واهلية الاداء، في ان أهلية الوجوب هي صلاحية الانسان لوجوب الحقوق الشرعية له واوليه، فكل انسان يكون صالحا لان تكون له حقوق وعليه واجبات وتثبت له هذه الاهلية من وقت ميلاده، بل وقبل ذلك عندما يكون جنينا الى وقت موته وبعد ذلك الى حين تصفية تركته وسداد ديونه، فأهلية الوجوب هي في الواقع الشخص ذاته منظورا اليه من الناحية القانونية فإذا انعدمت انعدمت الشخصية القانونية معها كالجنين الذي يولد ميتا أو كالميت بعد سداد ديونه، فالشخصية القانونية تثبت للانسان بمجرد ولادته حيا، فيكون الشخص صالحا لاكتساب الحقوق وتحمل الواجبات وقد يكون ذلك نتيجة مباشرة للشخص نفسه للتصرف القانوني، ومباشرة الشخص للتصرفات

على مدى ما يتوفر للشخص من قدرة إرادية لمباشرة التصرفات القانونية وهي التي ينصرف إليها لفظ الأهلية عند إطلاقه¹.

وهنا يثور السؤال حول نية المشرع الفلسطيني حين ذكر وجوب أن يكون المحكم أهلا للتصرفات القانونية، هل المقصود تمتعه بالحقوق المدنية فقط أم الحقوق السياسية أيضا؟

يقصد المشرع تمتعه بالحقوق المدنية فقط، ولا يشترط أن يكون المحكم متمتعاً بالحقوق السياسية على نحو يمكن أن يكون الأجنبي محكما حتى لو كان جاهلا لغة الخصوم².

ويسري على الأهلية المدنية للمحكم قانون الدولة التي ينتمي إليها المحكم بجنسيته³.

وقد نصت المادة (9) أيضا⁴، على أن لا يكون محكوما على المحكم جنائية أو جنحة مخرجه بالشرف أو الامانه أو مفلسا ما لم يرد إليه اعتباره، وكنا نرجو أن يحرم من يرتكب عملا مخرجا بالشرف سواء أكانت جنائية أو جنحة من تولي التحكيم ولو كان قد رد إعتباره أسوة بما نصت عليه المادة (16) من قانون السلطة القضائية بالنسبة للقضاة⁵.

=القانونية تستلزم صلاحية معينة لديه، وهذه الصلاحية تسمى بأهلية الاداء، وأهلية الاداء هي صلاحية الشخص لاستعمال الحق اي قدرته على التعبير بنفسه عن ارادته تعبيرا منتجا لاثاره القانونية في حقه. راجع: د. عبد الرازق احمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الاول، المجلد الاول، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981، ص160، راجع ايضا: د. محمود السيد احمد التحيوي، اركان اتفاق على التحكيم وشروط صحته، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، الطبعة الاولى، 2007، ص226

¹د. عبد المنعم فرج الصده، اصول القانون، ص441

²د. مصطفى الجمال ود. عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، مرجع سابق، ص613

³د. محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة في قانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص259

⁴تتطابق مع نص المادة (16) من قانون التحكيم المصري، ولكنها تختلف مع نص المادة (15/أ) من قانون التحكيم الاردني حيث نصت على ما يلي: "لا يجوز ان يكون المحكم قاصرا او محجورا عليه او محروما من حقوقه المدنية بسبب الحكم عليه بجنائية او جنحة مخرجه بالشرف او بسبب شهر افلاسه ولو رد اليه اعتباره"، فالمشرع الاردني لم يستبعد فقط ناقص الاهلية من تولي مهمة التحكيم، بل استبعد كل حكم عليه باحدى اشكال الجنابات او الجنح الواردة في النص حتى ولو رد اليه اعتباره، فلم يعتد المشرع الاردني برد الاعتبار، فلم يعتد المشرع الاردني برد الاعتبار، كما يشكك في حسن حكمه، راجع: انس محمود ارفاعية، تنازع القوانين في إجراءات التحكيم" دراسة مقارنه" رسالة ماجستير، جامعة الدول العربية، قسم البحوث والدراسات القانونية، القاهرة، 2004، ص80

⁵قانون السلطة القضائية رقم (1) لسنة 2002 نصت على ما يلي: "يشترط فيمن يولى القضاء: 1- أن يكون متمتعاً بالجنسية الفلسطينية

وكامل الأهلية، 2- أن يكون حاصلًا على إجازة الحقوق أو إجازة الشريعة والقانون من إحدى الجامعات المعترف بها، 3- ألا يكون قد حكم عليه من محكمة أو مجلس تأديب لعمل مخر بالشرف ولو كان قد رد إليه اعتباره أو شمله عفو عام، 4- أن يكون محمود السيرة وحسن السمعة ولائقا طبيا لشغل الوظيفة.

3- توافر الحيادة والإستقلال في المحكم

يلزم لكي يقوم المحكم بمهمته القضائية ويحوز ثقة الأطراف أن - محايدا ومستقلا- يكون شأنه شأن القاضي ويعتبر حيده المحكم وإستقلاله من الضمانات الأساسية في التقاضي، وذلك حتى يطمئن المتقاضي إلى قاضيه، وإلى أن قضاءه يصدر دون تحيز أو هوى فهما شرطان لمباشرة الوظيفة القضائية أي كان القائم بها قاضيا او محكما¹.

وقد أشار قانون التحكيم الفلسطيني في المادة (12) على أنه "1- يثبت قبول المحكم لمهمته كتابة أو بتوقيعه على إتفاق التحكيم، ويجب عليه أن يفصح عند قبوله مهمة التحكيم عن أية ظروف من شأنها إثارة شكوك حول استقلاليته أو حيده²."

ولكن ماهو المقصود بحيادة واستقلال المحكم؟؟

إن إعطاء تعريف لمفهوم الحيادة والإستقلال ليس سهلا، لأن الحيادة والنزاهة هما حالة ذهنية ونفسية لهما طابع ذاتي أكثر منه موضوعي، وإثبات عكس الحيادة والاستقلال أمرا ليس سهلا، لأن خروج المحكم عن الحيادة والنزاهة لا يظهر إلا في مسلكه وفي حالات استثنائية³.

والحياد هو كل ما يتعلق بعدم الميل العاطفي للمحكم كصلة القرابة، أو المصاهرة، أو صداقة، أو مودة، تجعل المحكم يميل إلى أحد الخصوم، أو أنه كان قد أبدى رأيا في الموضوع المعروض على التحكيم لحله، وبمفهوم المخالفة عرف بعض الفقه عدم الحيادية بإنحياز المحكم إلى أحد الطرفين أو ضد إحدهما لأسباب شخصية أو خاصة⁴، والحياد مسألة شخصية أو ذهنية أو معنوية ولا تثبت إلا بعد الممارسة للعملية التحكيمية⁵.

أما إستقلال المحكم فيقصد به: أن لا يرتبط المحكم برابط تبعية لأحد أطراف الخصومة، كذلك عدم تأثر إرادته أو خضوعها لإرادة أحد غيره، وأن يكون رأي المحكم نابعا من ضميره ومن فكره أي أنه

¹ د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص244

² يقابلها نص المادة (ج/15) من قانون التحكيم الاردني، والمادة (16/3) من قانون التحكيم المصري.

³ أ. ناظم عويضة، شرح قانون التحكيم، مرجع سابق، ص53

⁴ أنس أرفاعيه، تنازع القوانين في اجراءات الاثبات، مرجع سابق، ص66

⁵ راجع: د. عادل خير، حضانة المحكمين مقارنا بحضانة القضاء، الطبعة الاولى، 1990، ص89

غير موحى به من أي شخص غيره، فالإستقلال مسألة ليست عاطفية كما الحيادة إنما تتعلق بمركز واقعي أو قانوني يمكن أن يقدر موضوعيا، تتعلق بصلة المحكم بأحد الأطراف، كأن يكون المحكم مستشارا للشركة المدعية أو المدعى عليها¹، وبذلك لا يكون المحكم تابعا للخصم الذي اختاره أو الذي يمثله، بأن يكون مثلا خاضعا له بسبب وجود علاقة تبعية كالتي تنشأ عن عقد العمل، أو بسبب إنصياحه لأوامره ونواهيه في خصوص العمل المستند إليه كما هو الحال في عقد الوكالة، وهي أسباب لاتجعل المحكم مستقلا في مواجهة الخصم الذي يمثله².

وترتيباً على ذلك، لا يجوز أن يكون محكماً من كان خصماً في النزاع المعروض على التحكيم إذ كان طرفي التحكيم شخصاً معنوياً فلا يجوز أن يكون الشخص الطبيعي الذي يتولى تمثيله محكماً؛ لأن ممثل الشخص المعنوي هو بمثابة عضو لهذا الشخص يتولى ممارسة صلاحياته، لكن ليس هناك بالطبع ما يمنع من اختيار أحد العاملين لدى هذا الشخص من غير ممثليه³، وإذا كان من أسباب عدم صلاحية القاضي لنظر الدعوى أنه سبق الإدلاء برأيه كقاضي أو خبير أو محكم فإن هذه الأسباب ذاتها تعد من أسباب عدم صلاحية المحكم لنظر الخصومه في التحكيم مالم يكن الخصوم على علم بها قبل اختياره⁴.

ولا يتعلق شرط الحيادة والإستقلال بالنظام العام، وإنما بمصلحة الخصوم ولهذا إذا توافر عدم الحيادة وعدم الإستقلال في المحكم، فإن لذي المصلحة أن يتمسك بهذا العيب وإلا سقط حقه في التمسك به⁵.

وبالتالي إذا علم أو كان يعلم من كانت له مصلحة بعدم حيادة المحكم أو عدم إستقلاله ولم يتمسك به سقط حقه، ويعتبر متنازلاً عنه إذا لم يقم بطلب رد المحكم في الميعاد المحدد لذلك، أو إذا علم بوجود عدم الحيادة وعدم الاستقلال في المحكم عند اختياره سواء بارادته المنفردة أو اشتراكه في اختياره فيسقط حقه ويعتبر متنازلاً عنه إلا إذا كان لا يعلم بذلك وعلم لأسباب تم إكتشافها بعد تعيينه، وقد نصت على ذلك المادة (13) من قانون التحكيم الفلسطيني على أنه: " 1- لا يجوز طلب رد المحكم إلا إذا

¹. نبيل محمود ادعيس، خصومة الاثبات في خصومة التحكيم، رسالة ماجستير غير منشورة، مقدمة لمعهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، 2008، ص 67

². حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 183

³. مصطفى الجمال ود. عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، مرجع سابق، ص 607

⁴. احمد ابو الوفاء، التحكيم الاختياري والاجباري، مرجع سابق، ص 163

⁵. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص 252

وجدت ظروف تثير شكوكاً لها ما يبررها حول حيده أو استقلاله، ولا يجوز لأي من أطراف التحكيم رد محكم عينه هو أو اشترك في تعيينه إلا لأسباب اكتشفها بعد أن تم تعيين هذا المحكم، 2- لا يجوز تقديم طلب رد هيئة التحكيم أو تنحيها بعد إختتام بيانات الأطراف.

وفي تقديرنا، أن على المحكم أن يلتزم بمبدأ الحيادية والإستقلال وهي من أهم القواعد السلوكية التي يجب أن يتحلى بها المحكم، وأن عدم وجودهما يؤدي إلى تعطيل العدالة ويجعل مصداقية المحكم وحكمه مصدر شك.

4- الخبرة والكفاءة

أن من أهم مميزات نظام التحكيم حرية الأطراف في إختيار المحكم الذي يعتقدون أن له القدرة على حل نزاعهم، ويكون هذا الإختيار عادة نابع من عدة إعتبارات منها ما يتعلق بكفاية ذلك المحكم وخبرته في مجال النزاع، ليس بسبب علمه الشخصي بموضوع النزاع القائم فعلاً، بل لكونه من ذوي الخبرة والإختصاص في المجال الذي يتعلق النزاع به¹، إن خبرة المحكم وكفاءته هي مبعث الثقة في نفسه أولاً، وفي التحكيم ثانياً، فهي التي تمنحه ثقة المحكّمين فيه وبقدرته على تسوية النزاع والرضاء بحكمه والمبادرة إلى تنفيذه، مما يشجع المتنازعين اللجوء إلى التحكيم².

ولم يشترط قانون التحكيم الفلسطيني في المحكم خبرة معينة، رغم أهمية هذا الشرط في عملية التحكيم؛ لأنه يغني عن الإستعانة بالخبراء كإجراء قد يؤخر الفصل في الدعوى، ولا يحقق بالتالي الهدف المبتغى من التحكيم، وهو سرعة الفصل في المنازعات³.

ولكن هل يجوز تحكيم من يجهل القراءة والكتابة؟

هناك رأي لا يشترط ذلك في المحكم⁴، لأن المحكم في هذه الحالة يمكنه الإستعانة بغيره في الكتابة، ويوقع بالبصمة أو ختم؛ لأن أساس اختياره يرجع للخبرة والثقة، ومن الناحية العملية فالأطراف أحرار

¹ أ. انس ارفاعيه، تنازع القوانين في اجراءات الاثبات، مرجع سابق، ص75

² د. ابراهيم الجغبير، بطلان حكم التحكيم، دار الثقافة للنشر والتوزيع، القاهرة، 2009، ص218

³ أ. كرم النجار، المركز القانوني للمحكم، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2010، ص90

⁴ مراد عبد الفتاح، شرح نصوص قانون التحكيم المصري الجديد رقم (27) لسنة 1994 والتشريعات العربية، ص121

في إختيارهم¹، وهناك رأي آخر² يشترطون القراءة والكتابة لأن وظيفة التحكيم تستلزم في القائم بها أن يكون قادرا على الإطلاع على مستندات الخصوم وأوراقهم، وعلى كتابة الحكم وتوقيعه، وذكر أسبابه والإطلاع على القوانين والأنظمة وغير ذلك من الأمور التي تستدعي إلمام المحكم بالقراءة والكتابة، وإذا لم تكن الأنظمة قد نصت على ذلك لأنه شرط بديهي واجب التحقق دون حاجة للنص عليه.

ولكن هل الخبرة المطلوبة هي الخبرة الفنية أم القانونية؟

إن المحكم الذي يمتلك الخبرة الفنية بخصوص النزاع المعروض عليه قد يوفر على المحكّمين الإستعانة بالخبراء، وما يرتبه ذلك من جهد ووقت وأتعاب، إلا أن الواقع العملي يؤكد غير ذلك، فإذا كان الخبير الفني يمتلك الخبرة الفنية في الموضوع المتنازع عليه، لكنه بنفس الوقت جاهلا لأحكام القانون وتنظيم إجراءات الخصومة مهما توافرت له من خبرة عملية³، فالمحكم هو قاض خاص خلال حسمه للنزاع المعروض عليه، لا يختلف كثيرا عن قاضي الدولة، لذلك يفترض أن تتوافر فيه ما يتوافر في قاضي الدولة من كفاءة وتخصص وخبرة مهنية⁴، كذلك ان طبيعة النزاع هو الذي يوجه الاطراف نحو إختيار محكم كفء قادر على إدارة العملية التحكيمية بمهارة خاصة عندما يثير النزاع مسائل تتطلب درجة عالية من التخصص، وبالتالي يختار الأطراف المحكم المناسب، والذي غالبا ما يكون محاميا إذا ما كان النزاع يثير مسائل قانونية، أو شخص غير قانوني إذا كان موضوع النزاع يثير مسائل تتطلب كفاءة فنية أو مهنية مختلفة⁵.

وفي رأينا، أن الخبرة والكفاءة القانونية والفنية هي الأجدر بالإتباع وإن كانت تكلف المحكّمين أتعابا أكثر، فالمهم وما يصبوا إليه المحكّمون من إختيار المحكم المناسب سواء أكان على الصعيد العلمي أو العملي هو يرتب بالنتيجة صحة الحكم التحكيمي، وتنفيذه وعدم تعرضه للبطلان، بالإضافة إلى السرعة في حل النزاع وهو الهدف الرئيسي من لجوء المحكّمين إلى حل موضوع النزاع عن طريق التحكيم.

¹ د. نبيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، دار الجامعة الجديد، الاسكندرية، الطبعة الاولى، 2004، ص96

² د. مصطفى الجمال ود. عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، مرجع سابق، ص613

³ د. مهند الصانوري، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص "دراسة مقارنة"، دار النهضة للنشر والتوزيع، القاهرة، 2005، ص77

⁴ كرم النجار، المركز القانوني للمحكم، مرجع سابق، ص92

⁵ كرم النجار، مرجع سابق، ص93

إن المشرع الفلسطيني والأردني والمصري لم يشترط في المحكم أي شرط خاص، مثل الجنس أو الدين أو المؤهلات، أو غير ذلك من شروط وصفات، إذ يجوز كقاعدة عامة، تعيين أي شخص محكماً، بصرف النظر عن كفاءته ودينه وخبرته وعلمه وما إلى ذلك.

خامساً: تعيين المحكم

الأصل في التحكيم أن الأطراف هم من يقومون بتعيين المحكم؛ وذلك لأن مبعث الاتفاق على التحكيم جاء من الثقة في حسن تقدير المحكم وفي حسن عدالته، ويتم هذا التعيين من قبل الأطراف إما بتعيين شخصه أو صفته، فقد يشير الأطراف في عقد التحكيم مباشرة إلى شخص المحكم وتسميته أو أنها تعينه بصفته كأن تقول في حال وقوع نزاع ستلجأ إلى التحكيم لدى محام أو تاجر¹، فيستوي أن يتم الاتفاق على شخص المحكم في صلب عقد التحكيم شرطاً كان، أم مشاركة، أو يتم في اتفاق مستقل، ويستوي أن يكون هذا الاتفاق المستقل سابقاً لعقد التحكيم، أو تالياً له².

ومن الجائز أن يكون المحكم شخصاً واحداً ومن الجائز تعدد³، وهذا ما نصت عليه المادة (8) من قانون التحكيم على أنه: "1- تشكل هيئة التحكيم باتفاق الأطراف من محكم أو أكثر، 2- إذا لم يتفق على تشكيل هيئة التحكيم يختار كل طرف محكماً، ويختار المحكمون مرجحاً إلا إذا أُنفق الأطراف على خلاف ذلك"⁴.

وهذا يعني أن هناك طريقتين يتم من خلالهما تعيين المحكم أو المحكمين وهما:

1- أن يتم التعيين من قبل أطراف النزاع أنفسهم وهذا هو الأصل.

¹د. علي البياتي، التحكيم التجاري البحري، مرجع سابق، ص 121

²محمود التحيوي، التحكيم في المواد المدنية والتجارية وجوازه في منازعات العقود الادارية، دار الجامعة الجديد، الاسكندرية، 1999، ص 162

³د. احمد ابو الوفا، التحكيم الاختياري والاجباري، مرجع سابق، ص 154

⁴وكذلك مجلة الاحكام العدلية نصت المادة (1834) على انه " يجوز تعدد المحكم، يعني يجوز نصب حكمين أو ثلاثة أو أزيد لخصوص وجوز أن ينصب كل من المدعي والمدعى عليه حكماً."

2- يجوز للأطراف الإتفاق على تشكيل هيئة التحكيم بما فيهم المرحج، فإن إتفقوا على هذا التشكيل لا يكون للمحكمين إختيار المرحج؛ لأن الأصل في الإختيار يعود للأطراف، وإذا لم يتفقوا على تشكيل هيئة التحكيم يختار كل طرف محكما ويكون للمحكمين حق تعيين المرحج، فإن لم يتفقوا على ذلك تولت المحكمة المختصة التعيين، وهذا ما نظمته المادة (11) من قانون التحكيم الفلسطيني، إذ نصت على "1- بناء على طلب أحد الأطراف أو هيئة التحكيم تعين المحكمة المختصة محكما أو مرجحا من ضمن قائمة المحكمين المعتمدين من وزارة العدل"

وبالتالي يكون المشرع قد ترك لسلطان الإرادة عدم التقيد بقاعدة الوتر¹، فإذا إختار الأطراف محكمين يكون لهما صلاحية تعيين المرحج إذا رغبا في ذلك، أما إذا إتفقا على تعيين المرحج فيكون للأخير صلاحية إصدار القرار، بمعنى أن المشرع جعل من المرحج هيئة التحكيم التي تصدر القرار إذا كان رأيه مخالف لرأي المحكمين².

أ: من يجوز تعيينه محكما

1- لا خلاف في جواز أن تتولى المرأة مهمة التحكيم³، و تتمتع المرأة بالحقوق السياسية العامة التي للرجل، ومنها تقلد الوظائف العامة، فضلا عن أن فلسفة التحكيم ذاتها تقوم على ثقة الخصوم في شخص المحكم، وليس هناك ما يمنع من أن تحوز إمارة معينة على ثقتهم⁴، ولم يشر قانون التحكيم الفلسطيني في نصوصه إلى هذه المسألة⁵، ولكن بما أن النظام القضائي الفلسطيني يسمح للمرأة بتولي القضاء، فإنه من باب أولى أن يسمح لها بالعمل كمحكم⁶.

¹ نصت المادة (15) من قانون التحكيم المصري على ما يلي: "1- تشكل هيئة التحكيم باتفاق الطرفين من حكم واحد أو أكثر فإذا لم يتفقا على عدد المحكمين كان العدد ثلاثة. 2- اذا تعدد المحكمون وجب ان يكون عددهم وترا والا كان التحكيم باطلا."

² المحامي ناظم عويضة، شرح قانون التحكيم، مرجع سابق، ص37

³ د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص234

⁴ مصطفى الجمال ود. عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، مرجع سابق، ص612

⁵ نصت المادة (16) من قانون التحكيم المصري على ما يلي: "2.... لا يشترط ان يكون المحكم من جنس او جنسية معينة الا اذا اتفقا طرفا التحكيماو نص القانون على غير ذلك....."

⁶ انس ارفاعيه، تنازع القوانين في اجراءات الاتبات، مرجع سابق، ص84

- 2- وليس ثمة ما يمنع أن يكون المحكم موظفا في الحكومة¹، وإذ تطلب القانون حصول الموظف على إذن من جهة عمله لتولي التحكيم، فإن عدم الحصول على هذا الإذن يعرضه للمساءلة التأديبية²، ولكنه لا ينقص من صلاحيته لتولي التحكيم ولا يؤدي إلى بطلان الحكم الذي يصدره³.
- 3- جواز تولي غير المسلم مهمة التحكيم، يجوز أن يتولى من يدين بغير الإسلام أيا كانت ديانة أطراف النزاع⁴.
- 4- عدم اشتراط الحقوق السياسية في المحكم⁵ على نحو يمكن أن يكون الأجنبي محكما حتى ولو كان جاهلا لغة الخصوم⁶.
- 5- لا يلزم ان يكون المحكم رجل قانون أو ذا كفاءة فنية أو مهنية، رغم أن التحكيم عمل قضائي، فإنه لا يشترط في المحكم أن يكون من رجال القانون، فالمهم أن يحوز ثقة من أختاره أو ثقة الطرفين⁷.

ب: من لا يجوز تعيينه محكما

القاعدة الأساسية أنه لا يجوز تعيين أحد خصوم الدعوى محكما، إذ لا يتصور أن يكون الشخص خصما وحكما في وقت واحد وهذه القاعدة من النظام العام⁸، وكذلك لا يجوز للدائن أن يكون محكما في الخصومة بين المدين والآخر، وكذلك لا يجوز للمهندس الذي أشرف على عمله ما أو قام بتهيئتها للتنفيذ أن يكون محكما في الخصومة بين رب العمل والمقاول الذي نفذ هذه العملية؛ لأن المهندس قد أشرف على عمل المقاول، وأيضا لا يجوز للمساهم في شركة مساهمة أن يكون محكما

¹د. احمد ابو الوفا، التحكيم الاختياري والاجباري، مرجع سابق، ص155

² نصت اللائحة التنفيذية لقانون التحكيم الفلسطيني في المادة (4) على ما يلي: "يجوز ان يكون المحكم من بين موظفي الدولة بعد موافقة الجهة التي يتبعها".

³د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص234

⁴د. احمد ابو الوفا، التحكيم في القوانين العربية، منشأة المعارف، الطبعة الاولى، الاسكندرية، ص145

⁵ نصت اللائحة التنفيذية لقانون التحكيم الفلسطيني في المادة (3) على ما يلي: " يكون المحكم من الفلسطينيين من أصحاب المهن الحرة أو غيرهم، ويجوز أن يكون المحكم من الأجانب ممن أجاز لهم مزاوله مهنة التحكيم، وعند تعدد المحكمين يكون رئيسهم على دراية بالقواعد الشرعية والأنظمة التجارية والعرف والتقاليد السارية في فلسطين".

⁶د. مصطفى الجمال ود. عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، مرجع سابق، ص613

⁷د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص235

⁸د. احمد ابو الوفا، التحكيم الاختياري والاجباري، مرجع سابق، ص158

في نزاع بين الأخير والغير، لتعارض مصلحته مع ما قد تسفر عنه نتيجة التحكيم¹، وكذلك لا يجوز أن يكون المحكم قاصرا أو محجورا عليه أو محروما من حقوقه المدنية بسبب عقوبة جنائية أو مفسا ولم يرد له إعتباره².

أما بالنسبة للقضاء بالبعد عن موطن الشبهات وحرصا على كرامتهم وإستقلالهم، منع القاضي كأصل عام من تولي التحكيم في أي نزاع بين طرفين، وذلك إن تولي القضاة مهمة التحكيم إلى جانب عملهم القضائي من شأنه أن يعوقهم من التفرغ لعملهم، وإن المحكم يقوم بعمله مقابل أتعاب قد تغري بعض القضاة، لهذا فإن القاضي لا يتولى مهمة التحكيم³.

ويتضح مما سبق بأنه يجوز للموظف الحكومي أن يكون محكما، بشرط أن يحصل على إذن من جهة عمله، والقاضي يعد موظفا حكوميا، ويستطيع أن يأخذ إذن من جهة عمله وهو مجلس القضاء الأعلى.

ج: جزاء الإخلال بقواعد التعيين

لم يعالج المشرع الفلسطيني الأثر المترتب على مخالفة قواعد تعيين المحكم أو هيئة التحكيم أو المرجح، وطالما أن المشرع الفلسطيني قد جعل للمحكمة المختصة سلطة تشكيل هيئة التحكيم أو إستكمال النقص فيها، وفقا لنص المادة (11) من قانون التحكيم الفلسطيني⁴، فإن الأثر المترتب على مخالفة قواعد تعيين المحكم يقتصر على بطلان التعيين الذي أجراه الطرفان بحيث يكون لأي من الطرفين اللجوء إلى المحكمة المختصة⁵.

¹ راجع: د. فتحي والي، مرجع سابق، ص25، وراجع: د. احمد ابو الوفا، مرجع سابق، ص158، راجع ايضا: م. محمد خلوصي، اصول التحكيم الهندسي، مرجع سابق، ص459

² المهندس محمود خلوصي، اصول التحكيم في المنازعات الهندسية، دار الكتب القانونية، محلة الكبرى، مصر، 2007، ص71

³ د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص238

⁴ يقابلها نص المادة (16) من قانون التحكيم الاردني، والمادة (17) من قانون التحكيم المصري

⁵ نصت اللائحة التنفيذية لقانون التحكيم الفلسطيني في المادة (24) الفقرة(2) على مايلي: " . إذا لم يتفق الأطراف على اختيار المرجح يكون للمحكمن الذين تم اختيارهم حق اختياره وإذا لم يتفق على ذلك تتولى المحكمة المختصة تعيينه بناء على طلب من الأطراف"

الفصل الأول: الطبيعة القانونية لمسؤولية المحكم المدنية

قبل الشروع في الطبيعة القانونية لمسؤولية المحكم المدنية، لا بد من توضيح مفهوم المسؤولية. حيث تعرف المسؤولية لغة: بأنها حالة أو صفة من يسأل عن أمر تقع عليه تبعته، يقال أنه بريء من مسؤولية كذا.¹ وتستعمل مادة سأل للدلالة على التهديد والمؤاخذة، ومثال قوله تعالى " فوريك لنسئلكهم أجمعين"² والمسؤولية بوجه عام: محاسبة الشخص عن فعله الذي سبب به ضرراً للغير، ويفترض فيه أنه مخالف لقاعدة قانونية أو خلقية.³

وتعريف المسؤولية قانونياً: بأنها إلزام شخص بتعويض الضرر الذي سببه لشخص آخر ويكون الجزاء منها تعويض الضرر الذي ترتب على إخلاله بالإلتزام الذي يقع عليه⁴، وتعريف آخر للمسؤولية: هي إخلال الفرد بما يلتزم به من قبل الغير قانوناً أو إتفاقاً والجزاء فيها تعويض الضرر الناشئ عن هذا الإخلال.⁵

وتكون المسؤولية خلقية أو مسؤولية قانونية، والمسؤولية الخلقية هي حالة يوجد فيها الشخص مخالفاً لقاعدة من قواعد الأخلاق التي ترسم للإنسان سلوكه نحو نفسه والمجتمع ومعياريها إستناداً إلى قيم وقواعد إجتماعية معترف بها، في حين أن المسؤولية القانونية تأتي من الإخلال بالإلتزام تفرضه قاعدة قانونية أو إتفاق تنظم السلوك الذي يجب أن يلتزمه الإنسان تجاه غيره حتى يستقر التعايش في مجتمعه.⁶

والمسؤولية القانونية متعددة، فإن كانت بصدد جريمة فهي مسؤولية جنائية، وإذا كانت عن فعل يعبر عن إخلال بأمور أدبية تكون مسؤولية أدبية، وإن كانت عدم الإلتزام بمبدأ عام أو إخلال بشرط مقرر في ذمة المسؤول تكون مسؤولية مدنية، والمسؤولية المدنية إما مسؤولية عقدية أو تقصيرية.

¹ المعجم الوسيط، الجزء الأول، الطبعة الثانية، القاهرة، ص 411

² سورة الحجر، الآية (6)

³ د. عدنان السرحان ود.نوري خاطر، شرح القانون المدني مصادر الحقوق الشخصية "الالتزامات"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الاولى، 2005، ص 549

⁴ د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني (مصادر الإلتزام)، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، الطبعة الاولى، 1960، ص 1

⁵ المستشار حسن عامر وعبد الرحيم عامر، المسؤولية المدنية العقدية والتقصيرية، منشأة دار المعارف، الطبعة الثانية، 1979، ص 3

⁶ د. عدنان السرحان ود. نوري خاطر، شرح القانون المدني مصادر الحقوق الشخصية "الالتزامات"، مرجع سابق، ص 350

المبحث الأول: التكييف القانوني لمسؤولية المحكم

أرتبط تكييف عمل المحكم بالتكييف القانوني للحكم الذي يصدره، وبالتالي من الصعب تحديد الطبيعة القانونية لوظيفة المحكم¹، لذلك تقتضي دراسة طبيعة عمل المحكم التعرض للإتجاهات المختلفة التي إحتلت مكانا بارزا في المؤلفات الفقهية، لذا سنعرض في المطلب الأول طبيعة عمل المحكم.

أما المطلب الثاني سنعرض فيه أساس وظيفة المحكم التي تقوم على عقد المحكم، وأساس مسؤولية المحكم إتجاه الخصوم والغير، بالإضافة إلى طبيعة إلترام المحكم.

المطلب الأول: طبيعة عمل المحكم

نعرض في هذا المطلب النظريات الفقهية المختلفة التي تصدت لتكييف طبيعة عمل المحكم، فنخصص الفرع الأول للإتجاه الذي تبني نظرية الطبيعة التعاقدية لعمل المحكم، أما الفرع الثاني فندرس نظرية الطبيعة القضائية لعمل المحكم، كما نتناول في الفرع الثالث لنظرية الطبيعة المختلطة، وننتقل في الفرع الرابع لدراسة نظرية الطبيعة المستقلة لعمل المحكم.

الفرع الأول: الطبيعة التعاقدية لعمل المحكم

تقوم هذه النظرية على أساس أن إتفاق التحكيم يمثل حجر الزاوية ومركز الثقل في كل الأعمال التي يشكل منها التحكيم، وحكم التحكيم يستمد كل قيمته القانونية من إتفاق التحكيم ذاته ويشترك مع هذا الأخير في

سمته العقدية².

ونقوم هذه النظرية على أن إتفاق التحكيم ذو طبيعة عقدية، إنطلاقا من هذا الإتفاق الذي يعد عقدا كغيره من العقود حتى لو كان منتجا لحكم فهذا الحكم يعد أثرا من آثار إتفاق التحكيم³.

¹ كمال عبد الحميد فزاري، آثار حكم التحكيم في القانون الوضعي والفقه الاسلامي، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 2000، ص102

² د. عصام القصبي، النفاذ الدولي لاحكام التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993، ص16

³ لافي درادكة، اتفاق التحكيم في التشريع الاردني "دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير غير منشورة، الجامعة الاردنية، عمان، 1997، ص43

إن الإتفاق على التحكيم وحكم المحكم يكونان كلا واحداً، فعملية التحكيم تتمثل في شكل هرم قاعدته الإتفاق وقمته الحكم، ورغم أن حكم المحكم هو الهدف من عملية التحكيم برمتها من حيث كونه يسوي النزاع أو يفصل فيه إلا أنه يبدو مجرد عنصر تبعي في هذه العملية لأنه، مجرد تحديد لمحتوى العقد بمعرفة المحكمين¹، وحكم التحكيم يتمتع بحجية ملزمة ويستمد آثاره من إرادة أطراف النزاع لكونه تنفيذاً للعقد الذي بموجبه إتفق هؤلاء الأطراف على اللجوء إلى التحكيم لحل النزاع القائم بينهم، وهذا الحكم مرتبط بوجوده وصحته بوجود وصحة إتفاق التحكيم، فهو عنصر تبعي لأنه مجرد تحديد لمضمون العقد بواسطة المحكمين².

والتحكيم طالما يقوم على أساس إرادة الأطراف فتكون له الطبيعة العقدية، وإن الأطراف بإتفاقهم على التحكيم يتخلون عن بعض الضمانات القانونية والإجرائية التي يحققها النظام القضائي³.

ويستند أنصار هذا الإتجاه إلى عدة أسانيد أهمها⁴:

- 1- أساس اللجوء إلى التحكيم بوصفه وسيلة لحل النزاع هو إتفاق أطراف النزاع على ذلك سواء كان هذا الإتفاق شرطاً أم مشاركة تحكيم⁵، حيث تعد إجراءات التحكيم والحكم المنهي للنزاع والصادر بناء على هذه الإجراءات جزءاً لا يتجزأ من هذا الاتفاق¹.

¹د. عزت محمد البحيري، تنفيذ احكام التحكيم الاجنبية "دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص18
² مرجع :أشرف خليل روية : الطبيعة القانونية للتحكيم . بحث منشور على الموقع الالكتروني، التاريخ 24/9/2007، الساعة 8:00 صباحاً، ص2

<http://www.mohamoon.com/montada.>

³ وقد تبنى جانب من الفقه الفرنسي نظرية الطبيعة العقدية، استناداً إلى الطابع الإرادي للجوء إلى التحكيم، راجع: محمد صعابنه، مسؤولية المحكم المدنية "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، ص49.

⁴أخذت محكمة النقض الفرنسية في احكام قديمة لها، فذهبت إلى تقرير أن هيئات التحكيم تفنقر إلى ما للقضاء من طابع العمومية والديمومة وتتقي بذلك الطبيعة القضائية للتحكيم، راجع: هدى محمد عبد الرحمن، دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته، رسالة دكتوراه، عين شمس، دار النهضة العربية ، القاهرة، 1997، ص13.

⁵ نصت المادة (5) من قانون التحكيم الفلسطيني على ما يلي: "1- اتفاق التحكيم هو اتفاق بين طرفين أو أكثر يقضي بأحالة كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو قد تنشأ بشأن علاقة قانونية معينة تعاقدية كانت أو غير تعاقدية، ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم شرط وارد في عقد أو اتفاق منفصل.....5- يعتبر شرط التحكيم اتفاقاً مستقلاً ولا يتأثر ببطلان العقد أو فسخه وانتهائه..." ويقابلها نص المادة (10) من قانون التحكيم المصري، وكذلك نص المادة (11) من قانون التحكيم الأردني.

ويقصد بشرط التحكيم هو اتفاق التحكيم الذي يواجه منازعات احتمالية غير قائمة بالفعل وإنما يمكن أن تنشأ في المستقبل، ويرد الشرط عادة في نفس العقد الأصلي مصدر الرابطة القانونية، سواء كان عقداً مدنياً أو تجارياً أو إدارياً، فيتفق طرفا العقد مثلاً على أن ما ينشأ من نزاع حول تفسير هذا العقد أو حول تنفيذه يفصل فيه بواسطة التحكيم وعندئذ يرد التحكيم على أي نزاع يحدث في المستقبل حول هذا التفسير أو

2- إن ما له أهمية بالنسبة لتحديد طبيعة عمل المحكم هو رغبة الأفراد في حل منازعاتهم بطريقة ودية عن طريق إحلال تقدير شخص ثالث هو المحكم محل تقديرهم وقبولهم لتقدير هذا الشخص².

3- إن الأفراد باتفاقهم على التحكيم يتفقون ضمناً على التنازل عن الدعوى، ويخولون المحكم سلطة مصدرها إرادتهم، وهذه السلطة لا يمكن أن تكون سلطة قضائية، إذ إنها تقوم على إرادة ذوي الشأن³. ووفقاً لنص المادة (7) من قانون التحكيم الفلسطيني " 1- إذا شرع أحد أطراف التحكيم في اتخاذ أي إجراء قانوني أمام أية محكمة ضد الطرف الآخر بشأن أمر تم الإتفاق على إحالته إلى التحكيم، فيجوز للطرف الآخر قبل الدخول في أساس الدعوى أن يطلب من المحكمة وقف ذلك الإجراء وعلى المحكمة أن تصدر قرار بذلك إذا اقتنعت بصحة اتفاق التحكيم. 2- لا يحول رفع الدعوى المشار إليها في الفقرة السابقة دون البدء في إجراءات التحكيم والإستمرار فيه أو إصدار قرار التحكيم⁴."، قد أضفى المشرع الفلسطيني على إتفاق التحكيم قوة إلزامية من نوع خاص، وذلك لإستقرار التعامل وإلزام الأطراف بالوفاء بعهودهم، حيث منع أي طرف من أطراف إتفاق التحكيم اللجوء إلى المحكمة للفصل في نزاع متفق مسبقاً على إحالته للتحكيم، وفي المقابل منع المحكمة أيضاً من سماع الدعوى إذا أقتنعت بصحة إتفاق التحكيم⁵.

=التفويض فلا ينصب على نزاع معين، ان المشاركة تتميز عن شرط التحكيم في تبيانها بوضوح لموضوع النزاع اما الشرط فهو يريد عن نزاع محتمل، وفي المشاركة ينزل الخصم بالفعل عن الالتجاء الى القضاء بالنسبة الى النزاع القائم، اما الشرط فهو ينزل عن الالتجاء الى القضاء فيما لو نشأ نزاع عند تنفيذ العقد، وكثيرا ما تتم مشاركة التحكيم اثناء نظر الخصومة امام القضاء ويتفق اطرافها على وقف السير فيها حتى تنتهي لهم اللجوء الى التحكيم، اما اذا اتفق الخصوم على التحكيم اثناء نظر الخصومة امام القضاء ولم يتفقوا على بقائها ومع وقف السير من الاسباب، جاز التمسك بعدم قبول الدعوى اذا تم تعجيلها امام القضاء. راجع: د. مصطفى محمد جمال ود. عكاشة محمد عبد العال، التحكيم غي العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، الطبعة الاولى، 1998، ص324، راجع: د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، الناشر منشأة المعارف، الاسكندرية، الطبعة لاولى، 2007، ص91، راجع: د. احمد ابو الوفا، عقد التحكيم واجراءاته، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، الطبعة الرابعة، 2007، ص120

¹ د. أحمد محمد شتا، شرح قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 وتعديلاته، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص12
² كمال عبد الحميد فزاري، اثار حكم التحكيم في القانون الوضعي والفقه الاسلامي، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة، 2000، ص104

³ د. فتحي والي، قانون التحكيم بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص49

⁴ يقابلها المادة (13) من قانون التحكيم الاردني، والمادة (12) من قانون التحكيم المصري.

⁵ أ. ناظم عويضة، شرح قانون التحكيم، مرجع سابق، ص32

4- يبقى التحكيم متسماً بالطبيعة العقدية، ولا يمكن القول بأنه ذو طبيعة قضائية حتى في الحالة التي يعين فيها المحكم من قبل السلطة القضائية، لأن هذه السلطة عند تعيينها له تحل محل الأفراد في استعمال حقهم في إختيار هذا المحكم¹.

5- إن المحكمين يستطيعون رفض التحكيم دون أن يكونوا منكرين للعدالة، كما لا يخضعون لقواعد المخاصمة حيث أن المحكمين لا يعتبرون قضاة²، ولا يتمتعون بالتالي بالضمانات المقررة بالنسبة للقضاة ولا يلتزم الخصم بإتباع إجراءات المخاصمة عند مطالبتهم بالتعويض بسبب أخطاء ارتكبوها، وإنما شأنهم شأن أي شخص يسأل بالتعويض إذا أخطأ وترفع عليه دعوى بالإجراءات المقررة طبقاً لقواعد القانون³.

6- إن القضاء يفترض عدم إرادة الأطراف الإمتثال للقاعدة القانونية التي تحمي مصلحة إحداهما في مواجهة الآخر، في حين أنه في التحكيم يرغب الأطراف بإرادتهم إبعاد كل شيء حول نطاق حقوقهم⁴.

¹ د. إبراهيم حرب محيسن، طبيعة الدفع بالتحكيم في الخصومة المدنية دراسة مقارنة بين القانونين الأردني والمغارن ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، 1999، ص21

² اخذ المشرع الفلسطيني بمبدأ مخاصمة القضاء في المادة (153) من قانون اصول المحاكمات المدنية والتجارية حيث نصت على مايلي: (تجوز مخاصمة القضاء واعضاء النيابة العامة في الحالتين التاليتين: 1- اذا وقع من القاضي او عضو النيابة العامة في عملهم غش او تدليس او خطأ مهني جسيم لا يمكن تداركه. 2- في الاحوال الاخرى التي يقضي فيها القانون بمسؤولية القاضي والحكم عليه بالتعويضات). ويقابلها نص المادة (493) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري، اما المشرع الاردني لم ينص على كيفية مخاصمة القضاء مما يؤدي الى خضوع القضاء للقواعد العامة في المسؤولية عن الفعل الضار، والمخاصمة تعني مساءلة القاضي او عضو النيابة بقصد مطالبته بتعويض الضرر الناشئ عن حكمه او الاجراء الذي قام به اذا كان قد شابته غش او غدر او تدليس او خطأ مهني جسيم، والمخاصمة دعوى ترفع من خصم على قاض، لمسأله مدنيا عما ارتكبه من اخطاء، وافرد لها المشرع احكاما خاصة واجراءات معينة تسري جميعا على القضاء، فهي دعوى مسؤولية مدنية ولا تقبل الدعوى الا اذا ترتب على الفعل المنسوب الى القاضي ضرر ذات طابع خاص واجراءات خاصة فهي دعوى تعويضية ويترتب على صحتها بطلان الحكم او التصرف المنسوب الى القاضي والغائه، اذن دعوى المخاصمة هي دعوى مسؤولية اساسها الفعل الضار شأنها شأن اي دعوى مسؤولية يرفعها الافراد العاديون غاية ما هنالك ان المسؤولية حينما يكون عضوا في الهيئة القضائية ويكون الفعل الضار ناشئاً على الاجراء او العمل القضائي الذي قام به فان القانون يسميها مخاصمة ويضع لها اجراءات خاصة من حيث اقامتها والحكم فيها والمواعيد وذلك في الاحوال التي حددها القانون على سبيل الحصر. راجع: د.على عوض حسن، ريوخاصمة اعضاء الهيئات القضائية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، الطبعة الثانية، 1999، ص23، وراجع: د.احمد هندی، اصول قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديد للنشر، الاسكندرية، 2002، ص50، راجع: د.عثمان التكروري، الوجيز في شرح قانون اصول المحاكمات المدنية والتجارية، جامعة القدس، كلية الحقوق، 2002، ص53

³ كمال فزاري، اثار حكم التحكيم في القانون الوضعي والفقه الاسلامي، مرجع سابق، ص104

⁴ د. فتحي والي، قانون التحكيم بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص50

- 7- إن التحكيم يختلف في هدفه عن القضاء، فالقضاء يرمي إلى تحقيق مصلحة عامة، أما التحكيم فإنه يرمي إلى تحقيق مصلحة خاصة لأطراف عقد التحكيم، كما أن المحكمين ليسوا ممن لهم ولاية القضاء، وإنما مجرد أفراد عاديين فلا يعينون من قبل الدولة، ومن ثم لا تنطبق عليهم القواعد التي تسري على القضاء، ومنها مثلا القواعد المتعلقة بمخاصمة القضاة¹.
- 8- التحكيم يتطلب إتفاق بين الخصوم على اللجوء إليه، بينما القضاء حق عام يستعمله الخصوم دون الحاجة إلى الحصول على موافقة من خصمه².
- 9- المحكم عند الفصل في النزاع يمتلك سلطات أوسع من سلطات القاضي، لأنه لا يتقيد بأحكام القانون بإستثناء القواعد القانونية المتعلقة بالنظام العام والآداب بينما القاضي يفصل في النزاع مقيدا بقواعد القانون³.
- 10- وظيفة المحكم المكلف بالفصل في النزاع لاتعد وظيفة قضائية؛ لأن هذه الوظيفة تختلف عن وظيفة المحكم من الناحية المادية والشكلية⁴، فمن الناحية المادية ليس للمحكم سلطة الأمر التي يتمتع بها القاضي، فهو لا يستطيع مثلا إلزام شاهد بالحضور أمامه ولا أن يوقع عليه غرامه إن لم يحضر، ومن الناحية الشكلية فلا يلتزم بإتباع الإجراءات التي يتطلبها القانون إذ لا يلتزم بقواعد القانون إذا ما أعفاه الأطراف من التقييد بالإجراءات ولا بإجراءات المرافعة⁵.
- 11- إن حكم التحكيم بذاته لا يتمتع بقوة تنفيذية بل يلزم الأمر بتنفيذه من قبل قضاء الدولة⁶، لذلك لا يعتبر حكم التحكيم على أنه حكم قضائي، لأنه يتم تنفيذه على أنه عقد ليس له قوة تنفيذية، فهو إنعكاس لإتفاق التحكيم⁷.

وفي تقديرنا أنه لا مجال للخلط بين الحكم القضائي وحكم التحكيم وإن تشابها أو تطابقا بالإجراءات القضائية، لأن هذا التشابه لا يعني أن له طبيعة واحدة، فالقاضي يستمد قوته عند إصدار الحكم القضائي من القانون، في حين أن المحكم يستمد قوته في إصدار حكم التحكيم من الأطراف أنفسهم،

¹ احمد مطاوع، التحكيم في العقود الدولية للانشاءات، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، القاهرة، 1998، ص31

² د. محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، ص32

³ د. هشام خالد، أوليات التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر الجامعية، الاسكندرية، 2004، ص169

⁴ د. محمود التحيوي، الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، مرجع سابق، ص290

⁵ أ. كمال فزاري، اثار حكم التحكيم في القانون الوضعي والفقہ الاسلامي، مرجع سابق، ص105

⁶ احمد مطاوع، التحكيم في العقود الدولية للانشاءات، مرجع سابق، ص32

⁷ د. ابو زيد رضوان، الاسس العامة في التحكيم الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة، 1981، ص24

وأن المحكم فرد عادي ومصدر سلطته إتفاق التحكيم الذي إرتضاه أطراف التحكيم أي أنه ذو طابع تعاقدية.

الانتقادات الموجهة إلى النظرية العقدية:

لهذه النظرية فضل في إبراز الدور الذي يؤديه إتفاق الأطراف في مجال التحكيم، ولكن مبالغتهم في تقدير هذا الدور أدى إلى توجيه لها إنتقادات متعددة أهمها:

المبالغة في إعطاء الدور الأساسي لإرادة الأطراف، فالأطراف في التحكيم لا يطلبون من المحكم الكشف عن إرادتهم ، وإنما يطلبون منه الكشف عن إرادة القانون في الحالة المعنية¹، فالمحكم وهو يقوم بمهمة الفصل في النزاع مطبقا إرادة القانون لا يلقي بالا إلى ما قد تكون إرادة الأطراف قد إتجهت إليه².

أن المعيار الموضوعي والشكلي الذي إستند إليه في النظرية العقدية وتحديد الطبيعة القضائية لحكم التحكيم، يتجاهل العمل الذي يقوم به المحكم المكلف بالفصل في النزاع والدور الذي يجسده في حماية الحقوق والمراكز القانونية، حيث هناك الكثير من الأعمال التي تعد أعمالا قضائية دون أن تكون مرتبطة بخصومة قضائية³، ولعل مرجع هذا التجاهل هو إنطلاق من ظاهرة هيمنة الدولة الحديثة على الوظيفة القضائية وإحتكارها وإقامة العدل بين الناس بواسطة قضاة موظفين يختارون من قبلها، وهذا يحول دون الإعتراف لمحكم يختاره طرفا النزاع ويحددان صلاحيته بوظيفة قضائية، وهذا يؤدي الى البحث عن تفسير آخر لنظام التحكيم يتمثل بفكرة العقد التي ترتبط بالإرادة والقوة الملزمة للعقود بعيدة عن القضاء⁴.

¹ د. عزت البحيري، تنفيذ احكام التحكيم الاجنبية "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، ص 21

² د. فتحي والي، قانون التحكيم بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص 50

³ د. محمود التحيوي، الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، مرجع سابق، ص 306

⁴ د. مصطفى الجمال و د. عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، مرجع سابق، ص 39

يؤخذ على النظرية أيضا، تعذر تكييف نوع العلاقة العقدية التي تربط المحكم بالأطراف، فقد ذهب الفقه إلى مناحي شتى فكيفها البعض على أنها من قبيل الوكالة¹، والبعض الآخر على أنها من قبيل إجارة العمل²، كما حاولوا تكييفها بأنها عقد مقالة³.

إن إتفاق التحكيم يختلف اختلافا جوهريا عن كل الإتفاقيات، نظرا لعدم جواز التمسك ببطلان إتفاق التحكيم بشكل مستقل قبل صدور الحكم المنهي للتحكيم⁴.

¹ اشرنا الى الوكيل بالتفصيل في الفصل التمهيدي، ثانيا: المحكم وما يشته به، تحت عنوان المحكم والوكيل

² يعرف عقد العمل: بانه العقد الذي يتعهد بمقتضاه احد المتعاقدين بان يقوم بعمل لمصلحة المتعاقد الاخر، تحت ادارته واشرافه مقابل اجر يتعهد به المتعاقد الاخر، ويتفق عقد العمل مع عقد المحكم في ان كل منهما ينطوي على تقديم الخدمة من قبل العامل او المحكم لقاء اجر. ولكن مع ذلك يختلف عقد العمل عن عقد المحكم في ان عقد العمل يخضع العامل لادارة واشراف رب العمل وبعبارة اخرى في وجود رابطة التبعية بين العامل ورب العمل، وعرفت المادة (1) من قانون العمل الفلسطيني العامل: "كل شخص طبيعي يؤدي عملا لدى صاحب العمل لقاء اجر ويكون اثناء ادائه العمل تحت ادارته واشرافه.."، اما المحكم فهو يمارس عمله مستقلا عن الخصوم، فضلا عن ذلك فانه يجوز في بعض الاحوال ابرام عقد العمل مع من لم يبلغ سن الاهلية القانونية، بحيث تنص المادة (93) على مايلي: "يحظر تشغيل الاطفال قبل بلوغ سن الخامسة عشر"، خلافا للمحكم الذي ينبغي ان يكون متمتعا بالاهلية القانونية كاملة. راجع: د. عبد الحيد الاحدب، موسوعة التحكيم، دار المعارف، القاهرة، 1998، ص250. راجع: د. احمد عبد الرحمن الملحم، عقد التحكيم المبرم بين المحكمين والخصوم، مجلة الحقوق، العدد الثاني، 1994، ص200. راجع: محمد نظمي صعاينة، مسؤولية المحكم المدنية "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، ص20

³ المقاول شخص يتعهد بمقتضى عقد بينه وبين رب العمل بان يصنع شيئا او ان يؤدي عملا لقاء اجر يتعهد به صاحب العمل اي المتعاقد الاخر، وان عقد المقاول يتفق مع عقد المحكم فيبان المحل ينطوي في كل من العقدين على تقديم خدمة، اي اداء عمل وذلك مقابل اجر، ومقارنة علاقة المحكم والاطراف باطراف عقد المقاول قد ينطبق في بعض الوجوه اذا ما نظرنا الى مايتوفر في هذا العقد من عنصر الاستقلال الذي يتمتع به المحكم في ممارسته لمهمته دون الخضوع لراي الاطراف، الا ان الاختلاف بينهما يتضح في اختلاف الاعمال المادية التي يؤديها المقاول عن الاعمال الذهنية والقانونية التي يؤديها المحكم وانتفاء عنصر المضاربة بالنسبة للمحكم، كما ان شخصية المحكم محل اعتبار لانها اساس الثقة التي اولاهها له الاطراف وهذا نادر ما يتحقق بالنسبة للمقاول، و يختلف المحكم عن المقاول في انه لا يجوز للخصوم الامتناع عن تسلم الحكم الصادر من المحكم وان كان يعترضه عيب، حيث ان المشرع قد حدد طرق الطعن بالحكم في حالات وردت على سبيل الحصر، وذلك بالرجوع الى المادة (43) من قانون التحكيم الفلسطيني، في حين ان في عقد المقاوله يجوز لرب العمل الامتناع عن تسليم العمل اذا كان معيبا، ويلتزم المحكم بان يقوم بالعمل بنفسه، اما المقاول يستطيع ان ينفذ العمل بواسطة مقاول من الباطن، كذلك لا يمكن للمحكم ان يطلب فسخ عقد التحكيم اذا لم يقدم احد طرفي النزاع دفاعه او مستداته خلال المهلة المحددة لها بل يجوز له الحكم بناء على مستندات الطرف الاخر وذلك وفقا لنص المادة (26) من قانون التحكيم الفلسطيني، في حين اذا لم يقدم صاحب العمل المطلوب منه فانه يجوز للمقاول فسخ العقد. راجع محمد صعاينة، مسؤولية المحكم المدنية، مرجع سابق، ص17. وراجع: د. عدنان ابراهيم سرحان، شرح القانون المدني (العقود المسماة في المقاوله، الكفالة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الثانية، 1996، ص88، راجع: هدى محمد عبد الرحمن، دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته، مرجع سابق، ص32

⁴ د. احمد حشيش، طبيعة المهمة التحكيمية، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2007، ص106

كما نص قانون التحكيم الفلسطيني على قواعد خاصة بالطعن في قرار التحكيم تبين أسباب هذا الطعن، والتي من بينها بطلان إتفاق التحكيم¹، ولم يتضمن قواعد خاصة ببطلان هذا الإتفاق من شأنها أن تسمح لأطراف الإتفاق طلب بطلانه قبل صدور الحكم الفاصل في النزاع.

ويؤخذ على هذه النظرية أيضاً، أنه من الصعب النظر إلى التحكيم كعقد في حد ذاته فالعقد لا يحل نزاعاً، فإذا كان الإتفاق على اللجوء إلى التحكيم هو نقطة الأساس في هذا النظام إلا أنه يجب عدم الخلط بين الإتفاق وبين حكم التحكيم؛ لأن إسباغ الصفة العقدية على حكم التحكيم يجافي الحقيقة².

نستنتج مما سبق، أن النظرية العقدية تمحور تركيزهم على الإطار الإتفاقي الذي ينشأ في إطار مهمة المحكم في مرحلة الإتفاق على التحكيم، فهذا الإطار الإتفاقي يوجد تقارباً على الأقل ظاهرياً بين مهمة المحكم وغيرها من المهام ذات الطابع العقدي كالوكالة والمقاوله، وقد أدى هذا إلى الخلط بين مهمة المحكم وغيرها من المهام وكان لهذا أثر سلبي على مهمة المحكم الذي أضفى عليها كثيراً من الشك والغموض، وبصعب النظر إلى التحكيم كعقد، فالعقد في ذاته لا يحل النزاع بالتحكيم، وإن كنا لا ننفي وجود إتفاق بين الأطراف وبين التحكيم ككل، حتى لو تم وصف إتفاق التحكيم بالطبيعة التعاقدية فلا يجب مد هذه الصفة إلى حكم التحكيم الصادر، وبالتالي إرادة الأطراف لا تكفي وحدها للجوء إلى نظام التحكيم، وإنما تحتاج إلى تعيين من قانون التحكيم، وإن إجازة اللجوء إلى التحكيم ليست إجازة شاملة ومطلقة، وإنما مقيدة بالنظام العام والمسائل التي لا يجوز فيها الصلح وكل ما يتعلق بالأحوال الشخصية³، وهذا يدل على عدم إمكانية تحديد طبيعته القانونية لمهمة المحكم بفكرة العقد.

¹ نصت المادة (43) من قانون التحكيم الفلسطيني على ما يلي: "يجوز لكل طرف من اطراف التحكيم الطعن في قرار التحكيم لدى المحكمة المختصة بناء على أحد الاسباب الآتية: 4.....- بطلان اتفاق التحكيم او سقوطه بانتهاء مدته...."، ويقابلها نص المادة (49) من قانون التحكيم الاردني، ونص المادة (53) من قانون التحكيم المصري.

² د. عزت البحيري، تنفيذ احكام التحكيم الاجنبية "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، ص 23

³ قانون التحكيم الفلسطيني المادة (4) نصت على ما يلي "لا تخضع لأحكام هذا القانون المسائل الآتية: 1- المسائل المتعلقة بالنظام العام في فلسطين. 2- المسائل التي لا يجوز فيها الصلح قانوناً. 3- المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية."

ويقابلها نص المادة (9) من قانون التحكيم الاردني حيث نصت "...ولا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح" ان المشرع الاردني اكتفى بهذا الاستثناء فقط، ويتفق معه المشرع المصري في قانون التحكيم نص المادة (11) على انه "...ولا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح"

الفرع الثاني: الطبيعة القضائية لعمل المحكم

تقوم هذه النظرية على أن جوهر القضاء هو تطبيق القانون في حالة معينة بواسطة شخص لا تتوجه إليه القاعدة القانونية التي يطبقها، وبهذا يمكن اعتبار حكم المحكمين قضاء أيا كان المعيار الذي نعتد عليه في تحديد العمل القضائي¹.

وتنبه هذه النظرية إلى أن تحديد طبيعة نظام من النظم إنما يعتمد على معايير موضوعية تتعلق بأصل وظيفته وليس على معايير عضوية، أو شكلية تتعلق بشخص من يؤدي هذه الوظيفة أو بما هو عارض في آدائها²، أي يغلب المعايير الموضوعية أو المادية للمهمة التي توكل إلى المحكم والغرض من هذا النظام³، ففكرة المنازعة وكيفية حلها هي التي تحدد طبيعة العمل الذي يقوم به المحكم بإعتباره (قاضيا) يختاره الأطراف ليقول الحق أو حكم القانون بينهم⁴.

إن وظيفة المحكم لا تعدو أن تكون وظيفة قضائية، وإن ما يصدره فيها من أعمال تعد أعمالا قضائية سواء أكانت صادرة منه طبقا لقواعد القانون أو طبقا لقواعد العدالة⁵، إذ أن هذه الأعمال وإن كانت تستند في الأصل إلى إتفاق التحكيم إلا أن الأنظمة هي التي تعترف بها وتحدد ما يجب على المحكم مراعاته في إصدارها وما تطلبه استيفائها من بيانات محددة، وجوهر القضاء هو تطبيق القانون في حالة معينة بواسطة شخص لا تتوجه إليه القاعدة القانونية التي يطبقها، كما أن الأشخاص عندما يتفقون على التحكيم لا يتنازلون عن اللجوء إلى القضاء⁶.

إن النقطة الأساسية في التحكيم ليست إتفاق التحكيم نفسه، وإنما هي حكم التحكيم الذي يعد العمل الأساسي الذي يدور حوله النظام بأكمله ويمثل الهدف النهائي المراد من ورائه وهو تسوية المنازعات،

¹ د. إبراهيم محيسن، طبيعة الدفع بالتحكيم في الخصومة المدنية "دراسة مقارنة"، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 1999، ص23

² مصطفى الجمال و د. عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، مرجع سابق، ص40

³ أ. كمال إبراهيم، التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى، 1991، القاهرة، ص81

⁴ د. أبو زيد رضوان، الاسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة، 1981، ص26

⁵ أحمد مطاوع، التحكيم في العقود الدولية للاتشاءات، مرجع سابق، ص32

⁶ كمال فزاري، آثار حكم التحكيم في القانون الوضعي والفقه الاسلامي، مرجع سابق، ص107

والذي من أجله أبرم هذا الإتفاق، فإتفاق التحكيم هو عمل تحضيرى لهذه التسوية، ولا يمكن إعتبار العمل الأساسي في هذا النظام ثانويا أو امتدادا للعمل التحضيرى¹.

إن أصحاب هذه النظرية على عكس أنصار النظرية التعاقدية، إذ يقرون أن مركز الثقل أو الجاذبية في عملية التحكيم ليس هو إتفاق التحكيم بل هو حكم المحكمين وهو ذو خاصية قضائية مثل أحكام القضاء، فالمحكمون يؤدون العدالة في نطاق سيادة الدولة وبتفويض منها، وإذا كان حقا عملية التحكيم بإتفاق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم إلا أنه يجري بعد ذلك في مجرى الإجراءات القضائية، أو التي يمكن وصفها شبه قضائية²، والمحكم بوصفه قاضيا خاصا لا يملك سلطة الجبر في مواجهة الأطراف والغير³، والسبب في ذلك هو أن المحكم يقوم بوظيفة القاضي بصفة مؤقتة حين النظر في النزاع مما يتطلب عدم منحه كامل سلطات القاضي⁴.

وقد إختلف أنصار هذه النظرية حول أساس النظرية القضائية، فمنهم من يرى⁵ أن أساس سلطة المحكم في إقامة العدالة بين الخصوم هو التفويض من الدولة، يقوم المحكم بمقتضاه وبصفة مؤقتة بمباشرة هذه الوظيفة العامة، وهي إقامة العدل بين الخصوم⁶، ومن ثم فإن التحكيم يشكل إستثناء على سلطة الدولة⁷.

غير أن بعض أنصار الطبيعة القضائية⁸، يرفض تصور أن نشاط المحكم مجرد (بطانة) لقضاء الدولة، ويرون بالنظر لتطور التحكيم وشيوعه وتنظيم إجراءاته وإنتشار مراكزه، فضلا عما سبق ظهوره

¹ د. عصام القسبي، النفاذ الدولي لاحكام التحكيم، مرجع سابق، ص14

² عزت البحيري، تنفيذ احكام التحكيم الاجنبية "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، ص25

³ د. حفيظة حداد، مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الاجراءات الوقتية والحفظية في المنازعات الخاصة الدولية بشأنها على التحكيم، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2000، ص19

⁴ أ. شريف ناصر، التحكيم بين الشكلية والرضائية، رسالة ماجستير غير منشورة، الجامعة الاردنية، عمان، 1989، ص35

⁵ د. محمود محمد هاشم، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية، الجزء الاول، دار الفكر الجامعي، القاهرة، 1990، ص55

⁶ أ. احمد مطاوع، التحكيم في العقود الدولية للاتشاءات، مرجع سابق، ص34

⁷ لقد قضت محكمة النقض المصرية بانه: "التحكيم طريقا استثنائيا لفض المنازعات، قوامه الخروج على طريق التقاضي العادية، وماتكفله من ضمانات ومن ثم فهو يكون مقصورا حتما على ماتتصرف ارادة المحتكمين الى عرضه على هيئة التحكيم"، نقض مدني مصري، جلسة 1971/2/16 المجموعة (22) - 179، 1976/1/6، المجموعة (17) - 15، 1978/2/38، المجموعة (29) - 472، 1981/3/26 - طعن رقم (698) لسنة 47 راجع: د. محمود السيد التحيوي، الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، منشاة المعارف، الاسكندرية، 2003، ص230

⁸ أ. احمد مطاوع، التحكيم في العقود الدولية للاتشاءات، مرجع سابق، ص34

على قضاء الدولة فإنه يشكل جهة قضاء إلى جانب قضاء الدولة، أي أنه يوجد (قضاءان) بصفة متوازية وإن كان قضاء التحكيم قضاء خاصا، وقد أقرت محكمة النقض المصرية بالطبيعة القضائية لمهمة المحكم¹.

أسانيد الرأي القائل بقضائية عمل المحكمين ورفضهم المعيار الشكلي المبني على الإجراءات وكذا المعيار العضوي المبني على الشخص، وتغليبهم للمعيار الموضوعي المبني على فكرة المنازعة وفضها².

1- إختلاف الهدف بين نظام التحكيم ونظام القضاء في الدولة والذي نادى به أنصار النظرية العقدية لا يعد دليلا على الطبيعة العقدية لنظام التحكيم ونفي طبيعته القضائية لأن القضاء يهدف إلى حماية المصالح شأنه شأن التحكيم الذي يحقق مصالح للخصوم ومصالح عامة تتمثل في تخفيف العبء الكبير الملقى على عاتق المحاكم، بسبب كثرة القضايا المرفوعة أمامها³.

2- إن ثمة عناصر ثلاث يجب أن تتوافر في العمل القضائي وهي الإدعاء والمنازعة والعضو القائم بالعمل وهو الشخص الذي يملك قانونا صلاحية حسم النزاع، وإذا طبقنا المعايير الثلاثة على التحكيم لوجدنا أنها تتوافر جميعها، فعمل المحكم يعد قضائيا مادام جوهر القضاء هو تطبيق إرادة القانون⁴.

3- إن المحكم يقوم بتطبيق قواعد القانون الموضوعي، ويسمى قراره الذي يصدره حكما، وتكون لهذا الحكم حجية الأمر المقضي⁵، وإن كان لا بد من القيام بإجراء المصادقة.

¹ بإتفاق التحكيم يحل قضاء الدولة في حماية الحقوق ويكون إلزاميا كشأن قضاء الدولة، فالتحكيم إتفاق ثم إجراءات تحل محل الإجراءات القضائية بنص القانون ثم حكم له طبيعة أحكام القضاء، راجع: حكم محكمة النقض في الطعن رقم 2186 لسنة 52، صادر بتاريخ 6/2/1986، موقع قاعدة التشريعات والإجتهادات المصرية www.arablegalportal.org

² أ. كمال فزاري، اثار حكم التحكيم في القانون الوضعي والفقہ الاسلامي، مرجع سابق، ص 109

³ د. محمود السيد النحوي، الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، مرجع سابق، ص 325

⁴ د. هدى عبد الرحمن، دور المحكم في خصومة التحكيم و حدود سلطاته، مرجع سابق، ص 40

⁵ د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص 53

4- ظهور التحكيم الإجباري¹ في منازعات عديدة وهيئات التحكيم الإجباري تصدر أعمالاً قضائية بالمعنى الصحيح²، وهذا النوع من التحكيم يدل على أن الإرادة ليست أساس اللجوء إلى هذا النظام في جميع الأحوال فهي لا تصلح لتفسير الطبيعة القانونية للتحكيم الإجباري³.

الانتقادات الموجهة إلى النظرية القضائية:

إن هذه النظرية لم تعر إهتماماً للاختلاف الجوهرى بين وظيفة القاضي ووظيفة المحكم، فالقاضي وظيفته قانونية بحته تتمثل في حماية الحقوق والمراكز القانونية بصرف النظر عن وجود نزاع أو عدم وجوده، أما المحكم فإن وظيفته إجتماعية سليمة بحته وهي حل النزاع بقانون أو بغير قانون⁴.

وكذلك نجد أن قانون التحكيم الفلسطيني لا يجيز حكم التحكيم إلا بعد صدور أمر بتنفيذه من الجهة القضائية المختصة خلافاً للحكم القضائي الذي لا يتطلب مثل هذا الأمر، نظراً لصدوره من هذه الجهة، وهكذا قضت المادة (47) من قانون التحكيم الفلسطيني على أنه "يكون لقرار التحكيم بعد تصديقه من المحكمة المختصة القوة والمفعول التي لقرارات المحاكم ويتم تنفيذه بالصورة التي ينفذ فيها أي حكم أو قرار صادر عن المحكمة وفقاً للأصول المرعية"⁵.

¹ يكون التحكيم اختياريًا إذا لم يكن الالتجاء إليه أمراً مفروضاً على الخصوم، أي إذا كان اللجوء إليه بمحض إرادة الخصوم فهو إذن الاصل في التحكيم، ويكون التحكيم إجباريًا إذا نص المشرع على الالتزام بالالتجاء إليه كطريق لحل النزاع، فالمشرع يخضع الخصوم إلى اللجوء لحل النزاع. وإن الاصل في التحكيم أنه اختياري، ومرجع كل النزاعات هو القضاء والتحكيم طريق استثنائي لا يلجأ إليه إلا بإرادة الأطراف واختيارهم إلا أن هناك حالات يجبر فيها أطراف النزاع على اللجوء للتحكيم وهي حالات غالباً ما تكون الاداة فيها منشأة وشركات ووزارات الدولة فتشكل بعض الدول محاكم تحكيم خاصة لفض النزاعات بين هذه الجهات، وأن القانون ينظم أحياناً تحكيميا إجبارياً يجب على الأطراف الالتجاء إليه لحل المنازعات المتعلقة بروابط قانونية معينة وعادة ما يرد هذا التنظيم في قانون خاص ينص على هيئة تحكيم لها ولاية النظر في المنازعات الناشئة عن تطبيق هذا القانون فيلتزم الأطراف بالالتجاء إليها بدلاً من الالتجاء إلى القضاء العام. راجع: د.ناصر جمعان، شرط التحكيم في العقود التجارية، مرجع سابق، ص30. راجع: د.علي البيهاني، التحكيم التجاري البحري، مرجع سابق، ص46. راجع: د.شريف الطباخ، التحكيم الاختياري والإجباري في ضوء القضاء والفقه، مرجع سابق، ص28، راجع: د.فتحي والي، قانون التحكيم، مرجع السابق، ص32.

² أ. كمال فزاري، آثار حكم التحكيم في القانون الوضعي والفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص111.

³ د. منير عبد المجيد، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، مرجع سابق، ص9.

⁴ أ. كمال فزاري، آثار حكم التحكيم في القانون الوضعي والفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص112.

⁵ يقابلها نص المادة (52) من قانون التحكيم الأردني، والمادة (55) من قانون التحكيم المصري.

من الآثار التي يربتها الحكم القضائي حجية الأمر المقضي¹، والحقيقة أن حجية حكم المحكم على الخصوم تختلف في شروطها ومداهها عن حجية الأمر المقضي وهي الأثر الملازم للعمل القضائي، إذ أن حجية الأمر المقضي لا يطعن فيه إلا بطرق الطعن المقرره قانونيا ولا يجوز رفع دعوى أصليه ببطالانه، في حين أن حكم المحكمين يصدر نهائيا ولا يقبل الطعن فيه بأي طرق الطعن المقرره قانونيا، ولا يكون أمام من صدر في غير صالحه إلا أن يتمسك بدعوى البطلان الأصلية².

ومن خلال ما تقدم، إذا كان إتفاق التحكيم يبدأ بعقد فهو ينتهي بحكم، وإذا كان يخضع لقواعد القانون من حيث إنعقاده وإجراءاته وآثاره ونفاذه وإذا كان يبطل بما تبطل به العقود فإن حكمه يطعن فيه في كثير من التشريعات، كما يطعن في الأحكام وينفذ كما تنفذ الأحكام.

وحاولت النظرية القضائية تحديد الطبيعة القانونية لحكم التحكيم إستنادا للتشابه والتقارب بين مهمة كل من القاضي والمحكم، وأن التشابه لا يعني إصباغ الطبيعة القضائية لنظام التحكيم، لأن القول خلاف ذلك يعني أن المحكم محدود السلطات والصلاحيات والحكم الصادر عنه يعد حكما قضائيا، ولكن لا يتم تنفيذه إلا بعد صدور أمر بذلك من قاض يملك سلطات أوسع من السلطات التي يمتلكها القاضي الذي يصدر حكم التحكيم وهذا المعنى غير صحيح.

¹ متى صدر حكم من الجهة المختصة بالفصل في المنازعات بين الافراد وجب على الخصوم احترامه، فلا يجوز لاحد منهم ان يجدد النزاع مرة اخرى سواء امام نفس القاضي او امام غيره من القضاة ليفصل فيه من جديد واذا فرض وحدث ذلك لا تقبل دعواه ويكون للطرف الاخر ان يطلب الحكم بعدم جواز سماعها لسبق الفصل فيها، وتنتهي مهمة القاضي بصور الحكم بالدعوى، فإذا سمح القانون للخصم المحكوم عليه ان يعيد طرح النزاع على القضاء بدعوى مبتدأه لكان معنى ذلك ان تتأثر الخصومات والمنازعات بين الافراد. وقوة الامر المقضي هي المرتبة التي يصل اليها الحكم اذا اصبح نهائيا غير قابل للطعن عليه باي طريق من طرق الطعن غير العادية، فالحكم الحائز لقوة الامر المقضي يحوز في نفس الوقت حجية الشيء المحكوم فيه. راجع: د. مصطفى سيد صقر، حجية الامر المقضي، مطبعة جامعة المنصورة، 1995، ص5، المستشار ابراهيم سيد احمد، قانون الاثبات في المواد المدنية والتجارية والجنائية في ضوء الفقه والقضاء، الجزء الثاني، دار العدالة، القاهرة، الطبعة الاولى، 2007، ص961

² أ. كمال فزاري، اثار حكم التحكيم في القانون الوضعي والفقه الاسلامي، مرجع سابق، ص113

الفرع الثالث: الطبيعة المختلطة لعمل المحكم

تذهب هذه النظرية إلى القول بأن التحكيم له طبيعة مزدوجة فهو عقد بالنظر إلى إرادة الأطراف وقضاء من حيث أن الحكم ينتهي بقوة ملزمة تختلف عن القوة الملزمة للعقد¹، فهو يفرق عن العلاقة التعاقدية البحتة و العلاقة القانونية الإجرائية البحتة².

وتستند هذه النظرية إلى أن التحكيم لا يمكن أن يسبغ عليه الطبيعة التعاقدية البحتة، ولا الطبيعة القضائية الخالصة، بل أن التحكيم يعتبر مزيجاً بين النظريتين³، فوفقاً لأنصار هذه النظرية يرون أن التحكيم يمر بعدة مراحل فيبدأ بالاتفاق، ثم إجراء، وأخيراً حكم، فهو ليس إتفاقاً خالصاً، ولا قضاء محضاً⁴.

وإن كل من النظريتين العقدية والقضائية قد أصابتا جزءاً من الحقيقة إلا أن إطلاق الأخذ بإحدهما دون الأخرى يثير كثيراً من الصعاب ولهذا من الأصوب الجمع بينهما⁵.

وبالتالي تقف هذه النظرية موقفاً وسطياً بين النظرية التعاقدية والنظرية القضائية، بحيث أنه لا ينبغي إضفاء تكييف واحد على عملية التحكيم، فالتحكيم في الحقيقة نظام مختلط أو مركب يبدأ تعاقدياً وفي مرحلة لاحقه يصبح قضائياً بفضل تدخل الدولة عندما يلجأ الأطراف لإعطاء قرار التحكيم القوة التنفيذية، وبدءاً من صدور الأمر بالتنفيذ من قاضي الدولة يصبح قرار التحكيم حكماً قضائياً⁶.

¹ أ. كمال فزاري، مرجع سابق، ص114

² د. احمد الصلاحي، النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي "دراسة مقارنة"، مركز الدراسات والبحوث اليمني، صنعاء، 1994، ص32

³ نبيل ادعيس، خصوصية الاثبات في خصوصية التحكيم "دراسة تحليلية"، مرجع سابق، ص14

⁴ د. محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، ص20

⁵ أ. كمال فزاري، اثار حكم التحكيم في القانون الوضعي والفقه الاسلامي، مرجع سابق، ص114.

⁶ نصت المادة (47) من قانون التحكيم الفلسطيني على ما يلي: "يكون لقرار التحكيم بعد تصديقه من المحكمة المختصة القوة والمفعول التي لقرارات المحاكم ويتم تنفيذه بالصورة التي ينفذ فيها اي حكم او قرار صادر عن محكمة وفقاً للاصول المرعية" ويقابها نص المادة (52) من قانون التحكيم الاردني، ونص المادة (55) من قانون التحكيم المصري.

الانتقادات الموجهة للنظرية المختلطة:

أخذت النظرية المختلطة أسهل الحلول ولم تتصد للمشكلة، ويعاب عليها أخذها بالفكرة التحويلية للتحكيم (من عقد إلى قضاء) وإن ذلك يعد هروبا من المشكلة¹.

ويترتب على قبول هذه النظرية إهدار القيمة القانونية لحكم التحكيم الذي لا يصدر الامر بتنفيذه وهذا يتنافى مع قصد المشرع من إقرار نظام التحكيم، ففكرة التحكيم تكون أساسا على التنفيذ الاختياري لحكم المحكم الذي يكتسب الحجية فور صدوره دون أن يتراخى هذا الأثر لحين صدور الأمر بالتنفيذ.²

وإن أهم ما يوجه لهذه النظرية أنها خلطت بين حجية حكم التحكيم وبين قوته التنفيذية، فحجية الأمر المقضي تثبت لحكم التحكيم بمجرد صدوره، وهو أمر آخر غير القوة التنفيذية والتي لا يحوزها إلا بصدورها أمر تنفيذي قضائي له من السلطة القضائية المختصة³، وبالتالي ضعف التأصيل القانوني للحكم التحكيمي مما دفع بعض الفقهاء إلى تبني اتجاه آخر ينادي باستقلالية نظام التحكيم⁴.

ومن خلال ما تقدم، إذا كانت النظرية العقدية منتقدة والنظرية القضائية منتقدة فإن النظرية المختلطة التي تدمج النظريتين منتقدة أيضا ويجب عدم الأخذ بها من باب أولى، وأيضا الصعوبة في دمج نظامين مختلفين في نظام واحد لما يحدثه ذلك من تعارض وغموض متناقض، كما أن هذه النظرية لم تتطرق لعملية التحكيم ومراحلها المختلفة، ولم تقدم إطارا قانونيا يفسر السلطات القضائية للمحكم، والتي لم ينكر أنصار هذه النظرية تمتع المحكم بها استقلالا عن الأطراف.

¹ عزت البحيري، تنفيذ احكام التحكيم الاجنبية "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، ص33

² د. هدى عبد الرحمن، دور المحكم في خصومة التحكيم و حدود سلطاته، مرجع سابق، ص36

³ عزت البحيري، تنفيذ احكام التحكيم الاجنبية "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، ص34

⁴ أ. كمال فزاري، اثار حكم التحكيم في القانون الوضعي والفقہ الاسلامي، مرجع سابق، ص115

الفرع الرابع: النظرية المستقلة لعمل المحكم

تستند هذه النظرية إلى أن نظام التحكيم ذو طبيعة خاصة، ويجب النظر إليه نظره مستقلة، ولا يمكن تفسيره في ضوء المبادئ التقليدية لمحاولة ربطه بالعقد أو بالحكم القضائي الصادر عن القضاء في الدولة¹، وتأتي طبيعته المستقلة من كونه أداة خاصة تحقق الهدف الذي يسعى إليه الخصوم²، وبالتالي لا يمكن اعتبار طبيعة عمل المحكم عملاً تعاقدياً ولا قضائياً ولا مختلطاً، ولكنه ذو طبيعة خاصة ومستقلة.

كما أن إستقلال نظام التحكيم من خلال التأكيد على طبيعته الخاصة وذاتيته المستقلة التي تختلف عن العقود كما تفترق عن أحكام القضاء، ونادى أنصار هذه النظرية إلى أن التحكيم ليس نوع من القضاء، وإنما هم نظام مختلف في وظيفته وطبيعته وفي غاياته وبنائه الداخلي عن القضاء، وهو بذلك يمشي موازياً له³.

كما أن القضاء ذو سلطة عامة من سلطات الدولة يباشرها القاضي بهدف تحقيق سيادة القانون على المصالح المتنازعة في العلاقات الاجتماعية، بينما يهدف التحكيم إلى تحقيق وظيفة إجتماعية وإقتصادية والمتمثلة في التعايش السلمي بين أطراف النزاع في المستقبل فضلاً عن تحقيق العدالة⁴.

وتؤكد هذه النظرية على إستقلالية التحكيم بنظامه وأصالته في حل المنازعات، فهو أسبق في ظهوره على القضاء، فقد كان التحكيم هو الوسيلة المعتادة لإقامة العدل وفض المنازعات بين الناس قبل ظهور القضاء بالإضافة إلى شيوع الإلتجاء إلى التحكيم وإنتشاره حتى بعد ظهور قضاء الدولة في كل دول العالم⁵.

¹ د. محمود التحيوي، طبيعة شرط التحكيم وجزاء الاخلال به، دار الفكر العربي، الاسكندرية، 2003، ص24

² N.Saad, La Sentence arbitral, these, Paris, 1969. P . 53, مشار إليه: د. هدى عبد الرحمن، دور المحكم في خصومة التحكيم

و حدود سلطاته، مرجع سابق، ص37

راجع: محمد نظمي صعبانه، مسؤولية المحكم المدنية "دراسه مقارنة"، مرجع سابق، ص76

³ د. هدى عبد الرحمن، دور المحكم في خصومة التحكيم و حدود سلطاته، مرجع سابق، ص38

⁴ راجع: د. حسن المصري، التحكيم التجاري الدولية في ظل القانون الكويتي والقانون المقارن، مطبعة عباد الرحمن، الكويت، 1996، ص16،

راجع: د. احمد بن ناجي، النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي، مركز الدراسات والبحوث اليمن، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع،

الطبعة الاولى، 1994، ص32

⁵ احمد مطاوع، التحكيم في العقود الدولية للانشاءات، مرجع سابق، ص37

وإذا كان التحكيم أساسه عقد أو بالأحرى يبدأ بإتفاق فليس هو جوهر التحكيم، دليل ذلك أن هذا الإتفاق لا يوجد في التحكيم الاجباري، وكذلك في حالة ما إذا تم تعيين المحكم أو المحكمين من قبل المحكمة وليس من قبل الاطراف¹، كما لا يعد التحكيم نظاما مختلطا تحكمه القواعد المنظمة للعقود والقواعد المنظمة للقضاء في آن واحد، لأن تطبيق النظام المختلط يؤدي الى نتائج متعارضة، فالمحكم له إستقلاليته وذاتيته تميزه عن غيره من الأنظمة.

الانتقادات الموجهة للنظرية المستقلة:

إن تحديد الطبيعة القانونية لنظام التحكيم يتم من خلال تحديد الأصل الذي ينتمي إليه، وليس من خلال الأثر المترتب عليه أو الأساس الذي يقوم عليه، فإن كان هذا الأصل هو سلطان الإرادة، كان نظام التحكيم ذا طبيعة عقدية وإذا كان الأصل الذي ينتمي إليه نظام التحكيم هو سلطة القضاء كان نظاما قضائيا، أما إذا كان غير ذلك فإننا نكون أمام طبيعة مستقلة يجب تأصيلها الأمر الذي لم تفعله تلك النظرية²، كما وجه إلى هذه النظرية المستقلة أنه لا يمكن التسليم بأن نظام التحكيم يرمي إلى تحقيق وظيفة إجتماعية وإقتصادية، لأن المحكم إنما يسلك مسلك القاضي ليفصل في النزاع بتطبيق قواعد القانون الوضعي³.

مما سبق يلاحظ بأن المحكم يتمتع بوضع قانوني متميز يملك بمقتضاه سلطة حسم النزاع بين الاطراف اختاروه كقاض لهم في اطار نظام قضائي، وصفة القاضي الخاص تستمد من كون أن المحكم اثناء قيامه بالفصل في الخصومة يقوم بتطبيق قواعد القانون الموضوعي المحكوم بإرادة الاطراف دون مخالفة القواعد الآمرة، ولفظ خاص تعني أن المحكم لا يعد موظفا عاما ولا يباشر وظيفة القضاء العام، ومما يؤيد القول بأن التحكيم قضاء خاص أيضا أن المحكم يفتقد أهم سلطات القاضي، وهي سلطة الجبر فالمحكم لا يستطيع إجبار شاهد للحضور⁴، أو البت في سند تم الطعن

¹ د. عزت البحيري، تنفيذ احكام التحكيم الاجنبية "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، ص36

² محمود التحيوي، الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، مرجع سابق، ص642

³ راجع: د. هدى عبد الرحمن، دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطته، مرجع سابق، ص39، راجع: د. سحر يوسف، المركز القانوني للمحكم، مرجع سابق، ص31، راجع ايضا: محمود التحيوي، الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، مرجع سابق، ص640

⁴ نصت المادة (28) من قانون التحكيم الفلسطيني على ما يلي: "1- يحق لهيئة التحكيم بناء على طلبها او طلب اي طرف من اطراف التحكيم ان تدعو اي شاهد للحضور للشهادة او لابرار اي مستند. 2- يحق لهيئة التحكيم اذا رفض الشاهد المثل امام هيئة التحكيم ان تطلب من المحكمة المختصة اصدار امر بتأمين حضوره في التاريخ المحدد للطلب."

بتزويره، أو إلزام شخص خارج الخصومه من تقديم مستند تحت يده¹، مع ملاحظة أن تقرير الطبيعة القضائية للتحكيم لا تعني إندماجه في القضاء أو فقدته لذاتيته الخاصة في مواجهته، فالتحكيم ليس هو القضاء وإنما هو جزء من النظام القضائي يسير موازيا لقضاء الدولة ومعاوناً له في حسم المنازعات، طالبا مساعدته فيما يعجز عنه².

وبالتالي تميل الباحثة للنظرية التي ترجح الطبيعة القضائية لمركز المحكم³، بحيث أن المحكم يأخذ مركزاً مشابهاً إلى حد ما مع مركز القاضي، فكل منهما يفصل في منازعات قانونية، يطبق عليها قواعد قانونية ويفصل فيها بحكم يحوز الحجية، ويدخل في هذه المنازعات شخص ثالث ليحسم النزاع، وهذا التشابه أفرز قواعد مشتركة بينهما مثل قواعد رد القضاة واحترام حقوق الدفاع.

وترجيح الطابع القضائي للتحكيم ولمهمة المحكم وإعتباره بمنزلة قاض خاص يستمد سلطته من إتفاق الأطراف ومن القانون⁴، مما يعني على الأطراف إحترام وتنفيذ أحكامه إذا صدر بصورة صحيحة، وتوافرت في محكمهم صفات القاضي المستقل والمحايد والنزيه والشروط الأخرى كافة الواجب توافرها في المحكم التي سبق الحديث عنها في الفصل التمهيدي.

¹ نصت المادة (32) من قانون التحكيم الفلسطيني على مايلي "1- اذا طعن امام هيئة التحكيم بالتزوير في مستند جوهري ومرتببط بموضوع النزاع فيكلف الطرف الطاعن باثبات طعنه امام الجهات المختصة. 2- توقف اجراءات التحكيم لحين الفصل في الطعن بالتزوير اذا اثبت الطاعن انه تقدم بادعائه الى الجهات المختصة خلال اسبوع من تاريخ تكليفه بذلك."

² إن اللجوء إلى طريق التحكيم هو استثنائي وليس أساس الفصل في النزاع ويتأكد من ذلك بالنظر إلى القيود المفروضة عليه من خلال تحديد الاختصاص لهيئة التحكيم، فهئية التحكيم لا يجوز لها ان تنتظر في بعض النزاعات التي تم تحديدها في المادة (4) من قانون التحكيم الفلسطيني حيث نص على ما يلي: "لأحكام هذا القانون المسائل الآتية 1- المسائل المتعلقة بالنظام العام في فلسطين. 2- المسائل التي لا يجوز فيها الصلح قانوناً. 3- المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية."، وان قامت بالنظر إلى هذه المسائل يكون حكمها باطلاً، بالإضافة إلى كونها عاجزة عن مخالفة ما تم الاتفاق عليه من قبل أطراف النزاع وان خالفته يكون حكمها باطلاً أيضاً، فان هذا القضاء يعتبر مقيداً ومحدداً وهذا ما يؤكد أنه قضاء خاص يختلف عن القضاء العادي.

³ ان مراكز ومؤسسات التحكيم تروج للنظرية القضائية لاستعادة هيبة القضاء ومكانته وسمعته ونفوذه، وان نظمها تحتوي على بعض الضمانات القضائية بغرض جذب المتقاضين وإقناعهم انها تقدم ذات الخدمة التي تقدمها المحاكم، وانهم بذلك ينافسون القضاء على أرضه. راجع: د.محمود التحيوي، الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، مرجع سابق، ص381، وراجع أيضاً: هدى عبد الرحمن، دور المحكم وخصومة التحكيم وحدود سلطاته، مرجع سابق، ص46

⁴ وهذا ما ذهبت إليه محكمة الاستئناف الفلسطينية في إحدى أحكامها حيث قضت بأن: "التحكيم طريق استثنائي لفض الخصومات قوامه الخروج عن طريق التقاضي العادي وما تكلفه من ضمانات فيكون مقصوراً على ما تتصرف إرادة المحكّمين إلى عرضه على هيئة التحكيم...."، راجع: استئناف حقوق 86/35، المنشور في كتاب القاضي نصري إبراهيم عواد، مجموعة المبادئ القانونية الصادرة عن محكمة الاستئناف في الدعاوي الحقوقية لعام 1985، مطبعة المعارف، القدس، 1986، ص249

المطلب الثاني : أساس مهمة المحكم

سأتحدث في هذا المطلب عن عقد المحكم في الفرع الأول، أما الفرع الثاني فسأتحدث عن طبيعة التزام المحكم، والفرع الثالث عن مسؤولية المحكم إتجاه الخصوم والغير

الفرع الأول: عقد المحكم

إن خصوصية عقد المحكم لا تنتج إلا من تحليل خاص لمحتوى العقد المبرم بين الأطراف المتنازعه والمحكم، مع توضيح خصائص عقد المحكم وأركانه وصوره وبالنهاية تكييف عقد المحكم، وبهذا العقد يتلقى المحكم من الأطراف المتنازعه سلطة الفصل في النزاع الذي يثور بينهم وهذه السلطة القضائية تميز مهمته ويعترف له بها بإجماع.

أولاً: تعريف عقد المحكم

تعتبر فكرة العقد في معناها المألوف إتفاق شخصين على إنشاء إلتزام أو أكثر¹.

والعقد بشكل عام: هو توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني سواء أكان هذا الأثر هو إنشاء إلتزام أو نقله أو تعديله أو انهاءه، وإن قوام العقد هو توافق إرادتين بقصد إحداث أثر قانوني².

وقد عرفت مجلة الأحكام العدلية العقد في المادة (103) بأنه "اللتزام المتعاقدين وتعهدهما أمراً وهو عبارة عن ارتباط الإيجاب بالقبول"، وبالتالي يعرف عقد المحكم بأنه العقد الذي بموجبه يلتزم شخص وهو المحكم بإصدار حكم خلال مدة محددة في نزاع مطروح عليه من قبل الاطراف مقابل مبلغ من المال يؤديه إليه الاطراف³.

¹ د. مصطفى الجمال، النظرية العامة للالتزامات، الدار الجامعية، القاهرة، 1987، ص29

² د. احمد شرف الدين، نظرية الالتزام، الجزء الاول، الكتاب الاول، المصادر الارادية (العقد، الارادة المنفردة)، 2003، ص38

³ راجع: د. عبد الرحمن الملحم، عقد التحكيم التجاري المبرم بين المحكمين والخصوم، مقال بمجلة الحقوق الكويتية، السنة الثامنة عشر، العدد2، 1994، ص129، راجع ايضا: د. فوزي سامي، التحكيم التجاري الدول، مرجع سابق، ص227

يسمى العقد المبرم بين الأطراف والمحكم بعقد المحكم¹، حيث أن العلاقة بين المحكم والطرفين هي علاقة تعاقدية، فيوجد عقد بينهما يمكن تسميته تمييزاً له عن إتفاق التحكيم² أو عقد التحكيم بعقد المحكم، لأنها تمنع من الإلتباس الذي يحصل عند تسمية هذا العقد بعقد التحكيم والذي يطلق في كثير من الأحيان على إتفاق التحكيم، بل أحياناً يطلق على العقد المبرم بين الأطراف المتنازعه والمحكم وهو يقصد بذلك عقد المحكم³، وهذا الإزدواج قد يوقعنا في مشكلات نحن في غنى عنها، ويرجع هذا الإلتباس إلى أن إندماج عقد المحكم في إتفاق التحكيم ربما حاصله أن يتوارى عقد المحكم إلى الظل ويحظى عقد التحكيم أو إتفاق التحكيم بالإهتمام، بالإضافة إلى إتجاه الخصوم إلى التحكيم المؤسسي بدلاً من التحكيم الحر، مما يستتبع إحلال وتنفيذ قواعد وإجراءات التحكيم لدى مؤسسة التحكيم محل عقد المحكم المبرم بين الأطراف المتنازعه والمحكم⁴، ان طلب إبرام عقد المحكم يعني ضرورة بيان تكيفه وتحديد شروطه وآثاره، وهذا يعني إضافة مرحلة جديدة إلى منظومة التحكيم قد تتسم بالتعقيد، إذا لم يتم معالجتها تشريعياً على الوجه المطلوب ومن أسباب عدم وضوح عقد المحكم تعدد أساليب تعيين المحكم وتعدد طرق قبوله للتحكيم⁵.

رأي الباحثة، إن إستعمال تعبير عقد المحكم أكثر دلالة على المعنى المقصود من تعبير عقد التحكيم، لأنه قد يفهم منه مباشرة أنه إتفاق التحكيم فقط بصرف النظر عن كونه المحكم حاضراً فيه أم لا، أما اصطلاح "عقد المحكم" فيركز الإهتمام على العلاقة بين المحكم والأطراف المتنازعه، ويفيد مباشرة بإنتساب هذا العقد إليهم، وإن إتفاق التحكيم يتميز بإنشأ إلزام يقع على عاتق كل من طرفيه بحيث يكون حقه هو عين إلزامه. وليس إلزاماً يختلف من طرف إلى آخر كما الحال في عقد المحكم، فالإلزام المحكم يختلف عن إلزام الأطراف فيستطيع أي منهم على سبيل المثال الدفع بعد التنفيذ لإلزامه وهذا غير متحقق في إتفاق التحكيم⁶، بالإضافة إلى أن إندماج عقد المحكم في إتفاق التحكيم

¹ د. فتحي والي، قانون التحكيم، مرجع سابق، ص 277

² عرفت المادة (5) الفقرة 1 من قانون التحكيم الفلسطيني اتفاق التحكيم بأنه "هو اتفاق بين طرفين أو أكثر يقضي بإحالة كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو قد تنشأ بشأن علاقة قانونية معينة تعاقدية أو غير تعاقدية، ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم وارد في عقد أو اتفاق منفصل" ويقابلها نص المادة (11) من قانون التحكيم الأردني، ونص المادة (10) من قانون التحكيم المصري

³ راجع: د. احمد ابو الوفاء، التحكيم بالقضاء وبالصلح، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2007، ص 25

⁴ راجع: احمد ملحم، عقد التحكيم المبرم بين المحكمين والخصوم، مرجع سابق، ص 188

⁵ راجع: احمد ملحم، مرجع سابق، ص 188

⁶ راجع: د. مصطفى الجمال ود. عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، مرجع سابق، ص 325

تحت مسمى عقد التحكيم، يوقعنا في مشكلة حيث أن كل عقد مستقل عن الآخر فبطلان عقد المحكم لا يؤثر أبداً على إتفاق التحكيم، مع أن بطلان إتفاق التحكيم يؤدي إلى بطلان عقد المحكم وكذلك بطلان الحكم الصادر عن المحكم، لأنه ما بني على باطل فهو باطل، وهذا يتطلب منا بل أصبح من الأهمية بمكان توحيد المصطلحات على حسب مسمياتها وتصنيف كل على حده حتى لا يؤثر ذلك على مجريات عملية التحكيم وبالأخص حالة الإضطراب إلى إستخدام الترجمة على سبيل المثال.

ثانياً: خصائص عقد المحكم

لو قمنا بتحليل عقد المحكم لوجدنا أنه يحتوي على عدة خصائص أغلب العقود، لكنه يتميز عن غيره في بعض منها لطبيعة الوظيفة التي من أجلها أبرم هذا العقد ومن هذه الخصائص:

1- عقد المحكم رضائي

إن العقود الرضائية تكفي لإنعقادها التراضي دون توقف على إفراغها في شكل معين¹، بمعنى أنه يكفي التراضي لإنعقاد عقد المحكم فلا يحتاج إلى جانب التراضي أن يتم بشكل خاص، حتى ولو أشرت الكتابة لإثباته، فالكتابة شرط لإثبات العقد لا لوجوده²، وبناء على ذلك يرتبط عقد المحكم برضا الأطراف الواضح بالإيجاب والقبول، فالإيجاب يكون صادراً من الأطراف إلى المحكم بعرض النزاع عليه كي يفصل فيه، فإذا صادف هذا الإيجاب قبولا من المحكم إنعقد العقد، والقبول الذي تعنيه هنا هو ما يفهم منه قبول النظر في النزاع وإصدار حكم في المدة بالأسلوب الذي حدده الأطراف، إذا صدر القبول منه على نحو الإيجاب وإن العقد الرضائي هو ما يكفي تراضي المتعاقدين لإنعقاده دون حاجة لأن يصيب هذا التراضي في شكل خاص، والأصل بشكل عام هي رضائية العقود، ويجب عدم الخلط بين إنعقاد العقد وإثباته، فالعقد يظل رضائياً حتى لو أشرت القانون الكتابة لإثباته، لأن العقد غير المكتوب يكون موجوداً ويجوز إثباته بالإقرار أو اليمين، وهذا لا يمكن إذا كانت الكتابة ركناً شكلياً في العقد فتخلف الكتابة يؤدي إلى عدم وجود العقد³.

¹ د. جلال علي العدوي، أصول الالتزامات مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1997، ص 53

² راجع: د. احمد ابو الوفا، عقد التحكيم وإجراءاته، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2007، ص 26

³ راجع: د. عبد الودود يحيى، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات (المصادر، الاحكام، الاثبات)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص 23

ويثار التساؤل التالي، هل يعتبر عقد المحكم عقد إذعان¹ في حالة ترك تعيين المحكمين لمؤسسة التحكيم وفقا لقواعدها ولوائحها على الرغم من أن هذه المؤسسات لا تسمح للأطراف بتعديل الاتفاق على خلاف لوائحها؟

في الحقيقة أنه لا يمكن اعتبار هذا العقد عقد إذعان لأنه لا يمس خدمة ضرورية، والمؤسسة لا تعتبر محتكره هذه الخدمة، لأنه يوجد غيرها عشرات المؤسسات فلا يصدق عليها أي إحتكار سواء من ناحية قانونية أو فعلية، وأكثر ما يمكن قوله في هذا الصدد أن المقدرة التعاقدية لأطراف العقد قد لا تكون متوازنة، لأن هذه المؤسسات لا تسمح بتعديل الاتفاق على خلاف لوائحها، فإما أن يقبلوها كما هي أو يتركوها برمتها ولا يمكن هنا أن يقال أن مضمون الرضا لعقد المحكم قد أختل ولم يتحقق².

¹ ويقصد بعقد الإذعان: وهو العقد الذي لا يتمتع فيها أحد العاقدين بمركز مساو لمركز المتعاقد الآخر، بل إن أحدهما وهو الموجب يستقل بوضع شروط التعاقد كامله، ولا يكون أمام المتعاقد الآخر إلا أن يقبل هذه الشروط أو يرفضها دون مناقشة، أي يجب أن يقبل الطرف الذي وجه إليه الإيجاب بالعقد دون مناقشة أو اعتراض أو يرفض التعاقد، وعقود الإذعان تتعلق بعقد سلع أو مرفق أو خدمة تعتبر من الضروريات الأولية بالنسبة للمستهلكين أو المنتفعين واحتكار الموجب لهذه السلع احتكارا قانونيا أو فعليا أو على الأقل عدم تعرضه بالنسبة لها إلا لمنافسة محدده، وأن يكون الإيجاب موجها إلى الجمهور كافة، بشروط متماثلة ولمدة غير محدده والغالب أن تكون هذه الشروط مطبوعة ويقصد بها مصلحة الموجب، ولما كان الإيجاب في هذا النوع من العقود يتمثل فيما يقدمه الموجب من شروط مطبوعة ونهائية لا يقبل مناقشة فيها، فلن يكون أمام المتعاقد الآخر إلا أن يقبل أو يرفض، وهو لا يستطيع الرفض لأن الأمر يتعلق بسلعه أو خدمه لا يمكن الاستغناء عنها، لذلك فإنه سيكون مضطرا للقبول، الذي يتمثل في صورة إذعان للشروط المقدمة من الموجب. راجع: د. عبد الودود يحيى، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات (المصادر، الأحكام، الإثبات)، مرجع سابق، ص 46، وراجع أيضا: د. عدنان السرحان ود. نوري خاطر، شرح القانون المدني مصادر الحقوق الشخصية (الالتزامات) دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 46

² راجع: احمد ملحم، عقد التحكيم المبرم بين المحكمين والخصوم، مرجع سابق، ص 193

2- عقد المحكم عقد معاوضه

العقد إما ان يكون عقد معاوضة او عقد تبرع¹، فعقد المعاوضة يأخذ فيها المتعاقد مقابل لما يعطيه، أما عقد التبرع لا يأخذ المتعاقد مقابل لما يعطيه².

على ضوء ما سبق، إن عقد المحكم يقوم على مبدأ معلوم لدى كافة أن المتعاقد يأخذ لما أعطي - بمعنى اخر - أن يمنح الأطراف مقابل ما ديا لما يحصلون عليه من عمل من قبل المحكم يترجم في صورة حكم يفصل في النزاع، فالمحكم قدم خدمة يستحق عليها مقابل ما ديا، وغالبا ما يكون عقد المحكم قائما على أساس تعدد الأطراف، فمن ناحية الأطراف يفترض أن يكونوا أكثر من واحد، ومن ناحية المحكم على الأقل يكون واحدا وبذلك يكون الأطراف مسؤولين شخصا وتضامنيا إتجاه المحكم عن أداء المقابل المالي بناء على إتفاق أو نص قانوني، ما لم يقضي الإتفاق على خلاف ذلك، وفي تقديرنا ايضا أنه لا مانع من أن يكون عقد المحكم عقد تبرع، وذلك حالة تبرع المحكم بجهد ووقته للأطراف المتنازعه دون أخذ مقابل لذلك، ويختلف في كون المحكم متبرعا بأنه يعامل بصورة أخف من المحكم المعاوض.

¹ تتوقف التفرقة بين عقود المعاوضة وعقود التبرع على الهدف الذي يسعى اليه المتعاقدان، هل هو الحصول على مقابل ام بنية التبرع؟ ففي عقود المعاوضة يلتزم المدين بقصد الحصول من المتعاقد الاخر على ميزة مقابل لما يقدمه من اداء، فعقد المعاوضة هو الذي يأخذ فيه كل من المتعاقدين مقابل لما يعطي كالبائع، اما عقد التبرع فيلتزم فيه المتعاقد بقصد إثراء ذمة المتعاقد ايار الاخر او ان يؤدي اليه خدمة دون ان يأخذ مقابل مثل عقد الهبة، وبالتالي فان معيار التمييز بين عقود المعاوضة والتبرع معيار شخصي، وهو الرجوع الى نية التبرع، فإذا كان تبرعه مقابل خدمة او مصلحة مالية معينة، تنتفي عن العقد صفة التبرع ويكون عقد معاوضة، ويوجد ايضا معيار اقتصادي، وذلك بالنظر الى ما يعطيه المتبرع وما يحصل عليه، فبيع سيارة مثلا بثمن تافه لا يتناسب وسعرها الحقيقي قد يجعل العقد تبرعا على الرغم من انه في الظاهر عقد بيع ويعود الامر الى سلطة القاضي التقديرية، ومسؤولية المتبرع عن الاخلال بالتزامه اخف من مسؤولية المعاوض وان مسؤولية المتبرع له اشد من مسؤولية المعاوض، وبالنسبة للالتزام بضمان التعرض والعيوب الخفية نجده اوسع نطاقا في عقود المعاوضة عنه في عقود التبرع. راجع: د. فتحي عبد الله، العناصر المكونة للعقد كمصدر للالتزام في القوانين المصري والانجليزي المقارن، 1979، ص34، راجع ايضا: د. عدنان السرحان ود. نوري خاطر، شرح القانون المدني مصادر الحقوق الشخصية، مرجع سابق، ص43، راجع ايضا: د. انور سلطان، مصادر الالتزام الموجز في النظرية العامة للالتزام دراسة مقارنة في القانونين المصري ولبناني، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، 1983، ص13، راجع: د. عبد الودود يحيى، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات (المصادر، الاحكام، الاثبات)، مرجع سابق، ص21

² سمير تناغو، مصادر الالتزام، 1999، ص17

3- عقد المحكم عقد ملزم لجانبين

إذا نظرنا إلى العقود من حيث الآثار المترتبة عليها وجدنا أنها: إما أن تكون سببا لترتيب التزامات أو آثار قانونية متقابلة إلى كل من طرفيها مما يجعل منها عقود ملزمة لجانبين، وإما أن يكون سببا لترتيب التزامات تقع على أحد الطرفين دون أن تقابلها أي التزامات أو آثار قانونية تنصرف إلى الطرف الآخر مما يجعل منها عقود ملزمة لجانب واحد¹.

إن عقد المحكم هو عقد ملزم لجانبين بمعنى أنه يترتب إلتزامات متقابلة في ذمة كل من المتعاقدين، هي حقوق لكل منهما في ذات الوقت، فكل منهما يتمتع عليه اللجوء إلى القضاء في صدد النزاع المتفق طرحه على المحكم، وكل منهما يلتزم بطرحه على المحكم ويفرض عليه حكم الأخير²، وبالتالي عقد المحكم عقد ملزم لجانبين، لأنه يلزم بعدم طرح النزاع محل الإتيافاق على القضاء وبطرحه على هيئة التحكيم³.

ومن خلال ما سبق، يقرر عقد المحكم إلتزامات متقابلة في ذمة كل من أطراف العقد، فالمحكم يقوم بأعمال إتيافاق التحكيم المبرم بين الاطراف على أن ينتهي بذلك بإصدار الحكم، ويقوم الأطراف مقابل ذلك بالإنزام مهم وهو منح المحكم فرصة أداء إلتزاماته حيث يتم تقديم له كافة المستندات والدفع، ويعقب ذلك آدائهم مقابل الخدمة التي قدمها المحكم، وفي حال لم تقم الأطراف بتسديد الأتعاب للمحكم، فبمقدور المحكم الإحتفاظ بالحكم إلى حين استيفاء أتعابه من الاطراف، كما أنه في مقابل ذلك تستطيع الأطراف حجز أتعاب المحكم إذا أحجم عن إصدار الحكم خلال المدة المتفق عليها.

¹ العقد الملزم لجانب واحد هو العقد الذي يترتب الإنزاما في ذمة أحد المتعاقدين، فيكون أحدهما دائنا والآخر مدينا، ويجب عدم الخلط بين العقود الملزمة لجانب واحد والتصرفات القانونية الصادرة من جانب واحد، فما يهم في هذه الأخيرة أنها تتناول التصرف في ذاته ومن قام به دون آثاره، فإن كان قد أجراه شخص واحد كان تصرفا صادرا من جانب واحد كالوصية والوقف، أما العقد الملزم لجانب واحد فهو عقد كغيره من العقود لا يتم إلا بإرادتين وإن لا كان يترتب الإنزامات إلا في ذمة طرف العقد دون الآخر. راجع: د. جلال علي العدوى، أصول الإنزامات مصادر الإنزام، مرجع سابق، ص 58 وراجع أيضا: د. عدنان السرحان ود. نوري خاطر، شرح القانون المدني مصادر الحقوق الشخصية، مرجع سابق، ص 41

² د. أحمد أبو الوفا، عقد التحكيم وإجراءاته، مرجع سابق، ص 26

³ راجع: د. مصطفى الجمال ود. عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، مرجع سابق، ص 325

4- عقد المحكم عقد غير مسمى

العقود المسماه هي العقود التي خصها المشرع باسم معين وفصل احكامها لذيوعها بين الناس، مثل عقد البيع والايجار، اما العقود غير المسماة هي العقود التي لم يعالجها المشرع بتنظيم ولم يخصصها باسم معين لعدم شيوعها في المعاملات المالية بين الافراد¹، والعقود غير المسماة لا يمكن حصرها لأن الأصل أن الإرادة تنشئ ما تشاء من عقود بشرط أن تكون في حدود النظام العام والآداب، ويخضع العقد غير المسمى في تكوينه وفيما يترتب عليه من الآثار للقواعد العامة التي تسري على جميع العقود وقد يتدخل العرف لإضافة أحكام له².

إن المشرع الفلسطيني والأردني والمصري لم يتناولوا عقد المحكم بالتنظيم الخاص في قوانين التحكيم المستقلة أو القوانين المدنية أو التجارية وذلك بسبب إختزال عقد المحكم غالبا في إتفاق التحكيم مما يستتبع ظهور إتفاق التحكيم دون عقد المحكم، وإطلاق عقد المحكم على إتفاق التحكيم تحت مسمى عقد التحكيم ووصفه بأنه عقد مركب يشمل الإتفاق المبرم بين المحكم والأطراف³.

ترى الباحثة، أن اللجوء إلى مؤسسات التحكيم وقبول تطبيق قواعد وإجراءات التحكيم لهذه المؤسسات مما يعني أنها محل عقد المحكم المبرم بين المحكمين والأطراف المتنازعة.

وبما أن عقد المحكم عقد غير مسمى يفترض علينا إذا البحث عن اطراف هذا العقد بما حدده المشرع في قانون التحكيم أن وجد فيها أو العودة إلى القواعد العامة في نظرية العقد.

5- عقد المحكم عقد مؤقت

يبرم عقد المحكم من أجل الفصل في نزاع معين فإذا ما خلص المحكم إلى فحص المستندات والوثائق وسماع أقوال الأطراف وإنتهى إلى المداولة وإصدار الحكم فإنه يقدم نسخاً أصلية من الحكم لكل طرف⁴، ويقوم صاحب المصلحة بإجراءات التنفيذ عن طريق المحكمة إذا لم يتم التنفيذ طواعية من

¹ راجع: د.عدنان السرحان ود. نوري خاطر، شرح القانون المدني مصادر الحقوق الشخصية، مرجع سابق، ص45

² د.احمد شرف الدين، نظرية الالتزام، الجزء الاول، الكتاب الاول، المصادر الارادية (العقد، الارادة المنفردة)، مرجع سابق، ص48

³ راجع: د. احمد ملحم، عقد التحكيم المبرم بين المحكمين والخصوم، مرجع سابق، ص188

⁴ راجع: قانون التحكيم الفلسطيني، الفصل الرابع، اجراءات التحكيم، وكذلك الباب الرابع من قانون التحكيم المصري، واجراءات التحكيم من قانون التحكيم الاردني من المادة(24-35)

المحكوم عليه¹، فإذا تم التنفيذ طواعية يذهب كل إلى حال سبيله، وتستلم الاطراف المتنازعه فيما مضى الحكم ويتقاضى المحكم باقي أتعابه، وبهذا ينفذ مجلس هيئة التحكيم وتنتهي وظيفته، وقد تكون هذه المنازعة بالنسبة للمحكم الأولى والأخيرة فلا دوام لهيئة التحكيم.

6- عقد المحكم عقد تبعي

العقد التبعي هو الذي لا يقوم الا بالاستناد الى عقد اخر²، اما العقد الأصلي هو الذي يقوم بذاته دون إستناد إلى عقد آخر وهذا هو الغالب في العقود، وحكمه أنه لا يتأثر بوجود عقد آخر أو بصحته أو بطلانه³.

وبالتالي ترى الباحثة، أن عقد المحكم لا يقوم بذاته بل لا بد أن يكون تابعا لعقد سابق يبنى عليه، لذلك لا نستطيع أن نعقد عقد المحكم دون وجود إتفاق التحكيم وعلاقة سابقة نتج عنها نزاع مثل علاقة تجارية سابقة لعقد المحكم، لأنه من غير المتصور أن ينعقد عقد المحكم بين الأطراف والمحكم وليس بينهم أي علاقة قانونية أو نزاع، فهذه صورة غير منطقية، ويترتب على كون عقد المحكم عقدا تبعا أنه يتأثر بما يطرأ على العقد الأصلي أو بما يطرأ على اتفاق التحكيم فحالة كونها على سبيل المثال غير مشروعين أو باطلين لأي سبب كان نجد أن ذلك ينسحب على عقد المحكم.

7- عقد المحكم عقد قائم على الإعتبار الشخصي

أن العقود من حيث أطرافها منها ما يعتد بشخصية أحد المتعاقدين أو صفة من صفاته بحيث تعد هذه الشخصية أو تلك الصفة عنصرا جوهريا في التعاقد، بينما منها لا يعتد لا بشخصية المتعاقد ولا بصفة من

¹ راجع: نص المادة (45) من قانون التحكيم الفلسطيني، بقلبها نص المادة(52) من قانون التحكيم الاردني، ونص المادة(55) من قانون التحكيم المصري

² مثال: على العقد التبعي، عقد الصلح بشأن عقد البيع متنازع عليه، فإن الصلح يكون عقدا تابعا لعقد البيع ومعدلا لاحكامه بحيث لو ابطال الصلح او انفسخ يبقى العقد الاصلي قائما بجميع اثاره ولا ينال منه التعديل الذي اجري عليه بعقد الصلح طالما ان هذا الاخير قد ابطال او افسخ، ومهما بلغت التعديلات التي ادخلها الصلح على العقد الاصلي فإن ذلك لا يزيل العقد الاصلي ولا يجعله منحلا، بل يظل هو العقد الاصلي واجب العمل به طبقا للتعديلات التي ادخلها عليه عقد الصلح طالما بقي هذا قائما، فإذا فسخ الصلح او ابطال عادت للعقد الاصلي كافة اثاره. راجع: د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات، نظرية العقد والارادة المنفردة، المجلد الاول، دار الكتب القانونية، القاهرة، الطبعة الرابعة، 1987، ص120

³ د. سليمان مرقس، مرجع سابق، ص119

صفاته بحيث تعد هذه الشخصية وتلك الصفة عنصرا ثانويا في التعاقد¹.

وبالقياس على المحكم، أن الإعتبار الشخصي ذو قيمة في عقد المحكم ويظهر هذا جليا في التحكيم الحر أكثر منه في التحكيم المؤسسي، فعقد المحكم قائم على إختيار مبناه السمع والمعرفة الشخصية والتاريخ العملي لذا نجد في كثير من حالات الإختيار تحدد الصفة العلمية أو الوظيفة كأن يكون محاماً أو استاذاً جامعياً، لذلك نلاحظ في كثير من المنازعات ضرورة أن يوافق الطرف الآخر على المحكم المختار من قبل الطرف الأول وهذا إن دل على شيء فإنما يدل على ثقل قيمة وأهمية الإعتبار الشخصي في التحكيم، ويترتب على ذلك أن عقد المحكم قائم على الثقة أي إنه عقد محكوم بما يتضمن من بنود ومحكوم بمبدأ حسن النية وشرف التعامل، والثقة المقصود بها أداء العمل بما يمليه حسن النية وبما يقضيه سلوك العمل وينبثق عن هذه الثقة أي إجراء يتطلبه تنفيذ هذا العقد كالإفصاح عن أي علاقة قد تؤثر على سير عملية التحكيم.

¹ وإن تحديد ما اذا كانت شخصية أحد المتعاقدين أو صفة من صفاته تعد عنصرا جوهريا في التعاقد، إما ان يرجع الى طبيعة العقد كما هو الشأن في عقود التبرع، وإما ان يرجع الى اتجاه ارادة احد المتعاقدين الى ذلك على علم من التعاقد الاخر، راجع: جلال العدوي، اصول الالتزامات مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص49

8- عقد المحكم عقد محدود

تنقسم العقود من حيث مضمونها إلى عقود محددة وعقود احتمالية¹، والعقود المحددة هي العقود التي تكون

الالتزامات الناشئة عنها محددة القيمة، بحيث يعرف كل من المتعاقدين ما يعطيه وما يأخذه من المتعاقد²، فهي التي ترتب آثارا محددة القيمة لأنها لا ترتبط بأمر إحتمالي يؤثر في مقدارها أو وجودها، وبالتالي يستطيع كل من الطرفين ان يحدد وقت التعاقد ما سيعطيه وما سيأخذه³.

ومن خلال ما تقدم، أن عقد المحكم ينتهي عند صدور حكم يفصل في النزاع، إذن هذه نتيجة محددة وليست احتمالية، فكل طرف من أطراف عقد المحكم يعلم إلى أين سينتهي به الحال إذا تم إبرام العقد، فالمحكم يعلم أنه سيتقاضى أتعابه، والأطراف مقابل دفع هذه الأتعاب سيحصل كل منهما على نسخة من الحكم الفاصل في النزاع العالق بينهم بصرف النظر لمصلحة من كان الحكم.

9- عقد المحكم عقد فني

عقد المحكم عقد قائم على أداء عمل، لكن هذا العمل ذو طابع فني وهو الفصل في النزاع بموجب خبرة متخصصة بحيث يغني المحكم بما لديه من خبرة من أن يلجأ الى الخبراء، فقد يفصل في نزاع قانوني محام، أو يفصل في نزاع بين بعض التجار تاجر أو بين شركات الأدوية صيدلاني، فالناحية الفنية لها قدر مؤثر في وظيفة المحكم عند إبرام العقد⁴.

¹ العقود الاحتمالية هي التي تكون الالتزامات الناشئة عنها غير محددة القيمة، بحيث لا يعرف كل من المتعاقدين ما يعطيه وما يأخذه عند التعاقد، وبالتالي هي التي ترتب آثارا غير محددة القيمة وقت التعاقد، لأنها ترتبط بأمر إحتمالي يؤثر في مقدارها أو وجودها وبالتالي لا يستطيع أحد الطرفين أن يحدد وقت التعاقد ما سيعطيه أو ما سيأخذه ومثال على ذلك عقد التأمين الذي لا يمكن لأي من طرفيه ان يحدد وقت التعاقد ما سيعود عليه من غنم او من غرم نظرا لتوقف ذلك على وقوع الخطر من عدمه، وما دامت هذه العقود قائمة على الاحتمال فإن انعدامه يجعلها باطلة، فالتأمين على حياة شخص تبين فيما بعد انه مات قبل ابرام عقدالتأمين يجعل هذا الاخير باطلا. راجع: د.مصطفى الجمال ود.عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، مرجع سابق، ص328، وراجع: جلال العدوي، اصول الالتزامات مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص66، راجع ايضا: د.عدنان السرحان ود. نوري خاطر، شرح القانون المدني مصادرالحقوق الشخصية، مرجع سابق، ص45

² د. مصطفى الجمال ود.عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، مرجع سابق، ص238

³ د. جلال العدوي، اصول الالتزامات مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص66

⁴ راجع: احمد ملحم، عقد التحكيم المبرم بين المحكمين والخصوم، مرجع سابق، ص188

10- عقد المحكم بين الطابع المدني والطابع التجاري

أن العقود إما مدنية أو عقود تجارية، والعقود المدنية هي الأصل العام الذي يرتد إليه كل ما لا يدخل في طائفة العقود التجارية، والعقد التجاري هو العقد الذي يعقده تاجر لحاجة تجارية أو بمناسبة، أو يعقده شخص لا تتوفر فيه صفة التاجر ولكن بقصد جنى الربح الناتج عن تداول الثروة، والعقد يعتبر عقدا تجاريا في هذه الظروف لان القيام به يعتبر عملا تجاريا، وبخضع لبعض القواعد التي تناسب طبيعة الاعمال التجارية والتي تختلف عن مثيلتها في التنظيم المدني¹.

ولكون عمل المحكم عمل ذهني فإنه أعماله مستبعده من نطاق الأعمال التجارية فهي أعمال مدنية، وبالتالي يعد عقد المحكم عقد مدني.

11- عقد المحكم عقد زمني

العقود الزمنية² هي التي يكون الزمن عنصرا جوهريا في تنفيذها، أي الزمن لذاته وبه يتحدد المعقود عليه، فالغاية التي يراد بلوغها من العقد لا يمكن ان تتحقق إلا بالزمن، فهي تلك التي تكون سببا لترتيب إلزام يتدخل الزمن تدخلا جوهريا في تحديده، إما لأنه لا يمكن تحديده إلا على أساس الزمن كما هو الشأن في الالتزامات التي يكون محلها الانتفاع بشيء من الاشياء³.

وعليه فإنه يتحدد إلزام المحكم بإصدار الحكم الفاصل في النزاع خلال الفترة المحددة في إتفاق التحكيم من قبل الأطراف او من قبل القانون حالة عدم الاتفاق⁴، وبذلك تعتبر الفترة المحددة عنصرا جوهريا في عقد المحكم.

¹ د. مصطفى الجمال ود. عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، مرجع سابق، ص 321

² العقود الفورية هي تلك العقود التي تكون سببا لترتيب التزامات لا يتدخل الزمن في تحديدها، وإن كان يمكن أن يتدخل بصفة عرضية لتأجيل تنفيذها الى أجل او اجل متعاقبة، إذا العقود الفورية هي التي تتحدد التزامات المتعاقد بانعقاد العقد، اي بارتباط الإيجاب والقبول، حيث لا يدخل الزمن في تحديدها حتى لو تم التنفيذ على شكل دفعات مثل عقد البيع، فتسديد الثمن من قبل المشتري على شكل أقساط لا يؤثر على وصف عقد البيع بأنه فوري لأن الزمن لم يدخل في تحديد الثمن، وإنما إرادة طرفي العقد هي التي جعلت من الثمن مقسط الدفع والاجل فيه قد ضرب لتحديد وقت التنفيذ لا لتحديد مقدار الثمن. راجع: د. عندنان السرحان ود. نوري خاطر، شرح القانون المدني مصادر الحقوق الشخصية، مرجع سابق، ص 43، وراجع ايضا: د. جلال العدوي، اصول الالتزامات مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 69

³ راجع: د. عندنان السرحان ود. نوري خاطر، شرح القانون المدني مصادر الحقوق الشخصية، مرجع سابق، ص 44

⁴ نصت المادة (8) من قانون التحكيم الفلسطيني على ما يلي: "1- أ- على هيئة التحكيم إصدار القرار المنهي للخصومة خلال الميعاد الذي اتفق عليه الطرفان. ب- مالم يتفق الطرفان على خلاف ذلك يجب ان يصدر القرار خلال اثني عشر شهرا من تاريخ بدء اجراءات التحكيم،=

ثالثاً: أركان عقد المحكم

الركن الاول: تراضي طرفي عقد المحكم

يوجد التراضي بوجود إرادتين متوافقتين وإذا كان وجود هاتين الإرادتين يكفي لوجود العقد، فإنه لا يكفي لصحته، بل يجب حتى يكون العقد صحيحاً أن تكون الإرادتان المتوافقتان صحيحتين.¹

والتراضي هو تطابق إرادتين، والمقصود بالإرادة هنا الإرادة التي تتجه لإحداث أثر قانوني معين هو إنشاء الالتزام²، والإرادة صدورها من شخص لديه (القدرة الذاتية) التي يعتد بها القانون فالثابت هو أنه لا يتعاقد من لا يريد³، وطرفا عقد المحكم هما المحكم والأطراف المتنازعة.

والتعبير عن الإرادة هو مظهر خارجي يتخذه الشخص الطبيعي للكشف عن نيته في التعاقد، وتعد إرادة التعاقد جوهرية لوجود العقد، وهي عمل نفسي في أصله، إلا أنه لا يكتسب قيمة قانونية إلا بالتعبير عنه أي إظهاره الى العالم الخارجي⁴، والتعبير عن الإرادة قد يكون صريحاً وقد يكون ضمناً.

=وفي جميع الاحوال يجوز ان تقرر هيئة التحكيم مد الميعاد لمدة لا تزيد عن ستة أشهر . 2- اذا لم يصدر قرار التحكيم خلال الميعاد المشار اليه في الفقرة (1) أعلاه جاز لاي من طرفي التحكيم ان يطلب من المحكمة المختصة ان تصدر امرا لتحديد ميعاد اضافي او انتهاء اجراءات التحكيم ويكون لاي من الطرفين عنئذ رفع دعوى الى المحكمة المختصة. " يقابلها نص المادة (38) من قانون التحكيم الاردني، ونص المادة (45) من قانون التحكيم المصري

¹ د. عبد الرازق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، المجلد الاول، دار النهضة العربية، القاهرة، ص170

² د. عبد الرازق السنهوري، مرجع سابق، ص171

³ د. محمد أحمد، مصادر الالتزام في القانون المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الاولى، 1999، ص74

⁴ د. عدنان السرحان و. دنوري خاطر، مصادر الحقوق الشخصية، مرجع سابق، ص53

أولاً: إيجاب الأطراف وقبول المحكم

يتم العقد بتطابق إرادتي الإيجاب والقبول، يفترض العقد إيجاب يتبعه قبول ويجب أن يكون القبول مطابقاً للإيجاب حتى ينعقد العقد، والإيجاب والقبول هما كل لفظين مستعملين عرفاً لإنشاء العقد سواء كان ذلك باللغة العربية أم لغة أخرى يفهما المتعاقدان، وأي لفظ يصدر أولاً هو الإيجاب وما يصدر ثانياً هو القبول¹.

أ- إيجاب الأطراف المتنازعة

عرفت مجلة الأحكام العدلية الإيجاب في المادة (101) هو "أول كلام يصدر من أحد العاقدين لاجل إنشاء التصرف وبه يوجب ويثبت التصرف"، ويعرف الإيجاب - بصورة عامة - بأنه هو عرض جازم وكامل للتعاقد وفقاً لشروط معينة يوجه إلى شخص معين أو أشخاص غير معينين بذاتهم أو للكافة، ولا يكون إلا صريحاً وقد يكون باللفظ أو بالكتابة أو بإتخاذ أي موقف آخر لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالاته على الإيجاب²، وبذلك يكون العرض المقدم من الأطراف هو الإيجاب، ودائماً في عقد المحكم ما يكون مقدماً من الأطراف، وهذا العرض يحدد فيه ماهية النزاع وطبيعته، والإجراءات المراد إتباعها، ومدة فترة التحكيم، والقانون المطبق على موضوع النزاع، وتعيين المحكمين إذا تعددوا وأتعب كل منهم.

ب- قبول المحكم

عرفت مجلة الأحكام العدلية القبول في المادة (102) على أنه "ثاني كلام يصدر من أحد العاقدين لاجل إنشاء التصرف وبه يتم العقد"، إذن يقصد بالقبول هو التعبير الثاني لإنشاء العقد وبه يتم، وهو ثاني كلام يصدر من أحد المتعاقدين لإنشاء التصرف وبه يتم العقد³، وبالتالي لا بد لإنعقاد عقد المحكم أن يصدر من المحكم القبول وأن يكون مطابقاً للإيجاب لا يزيد فيه ولا يقيد ولا يعدل في

¹ د. أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني دراسة مفارقة بالفقه الإسلامي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، 2007، ص 53

² د. محمد لطفي، النظرية العامة للالتزام، دراسة تفصيلية في ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء، مطبعة القصر للطباعة، القاهرة، 2007، ص 31

³ د. عدنان السرحان ود. نوري خاطر، مصادر الحقوق الشخصية، مرجع سابق، ص 69

الإيجاب، لأن ذلك يستتبع وجود بنود في الإيجاب لم يتم القبول عليها، ويعتبر التعديل إيجاباً جديداً يحتاج إلى إثبات قبول جديد من الأطراف حتى ينعقد العقد.

ويشترط لإلزام المحكم بالقيام بمهمة التحكيم أن يقبل هذه المهمة كتابة، والكتابة هنا مشروطة لإثبات قبول المحكم لمهمة التحكيم، فهي ليست ركناً من أركانه، بل هي فقط لازمة لإثباته¹، وتطبيقاً لذلك بينت المادة (12) من قانون التحكيم الفلسطيني أنه " 1- يثبت قبول المحكم لمهمته كتابة...²

ويفترض أن يصدر القبول من المحكم في الميعاد المحدد كتابة أو الميعاد المحدد ضمناً وإلا سقط الإيجاب، ويعتبر القبول إيجاباً يلزم له من قبول الأطراف المتنازعة حتى ينعقد العقد ويمكن أن يأخذ القبول الصورة التي صدر بها الإيجاب، كأن يتم التصريح بالقبول بالفاكس أو التلكس أو بأي وسيلة حديثة ذات طابع توثيقي، ويمكن أن يأخذ صورة عن تلك التي بعث بها أطراف الإيجاب³، وفائدة تحديد وقت القبول أنه يتحدد بها بداية مهمة المحكم وعندها تحسب الفترة التي يجب على المحكم خلالها إصدار الحكم.

ثانياً: أهلية طرفي عقد المحكم

إن العقد عبارة عن تلاقي إرادتين فهو يقتضي إذن، وجود طرفين على الأقل وحتى يكون كل منهما طرفاً حقيقياً في العقد ينبغي أن يكون أهلاً للتعاقد⁴.

وينصرف اصطلاح الأهلية تارة إلى ما يسمى بأهلية الوجوب وتارة إلى ما يسمى بأهلية الأداء، وإن كان الغالب أن يقصد بكلمة الأهلية أو إنعدامها أو نقصانها أهلية الأداء لا أهلية الوجوب لأنه إذا إنعدمت أهلية الوجوب فلا يتصور البحث في أهلية الأداء⁵.

¹ د. محمود التحيوي، التحكيم في المواد المدنية والتجارية وجوازه في منازعات العقود التجارية، مرجع سابق، ص 160

² ويقابلها نص المادة (15) الفقرة (ج) من قانون التحكيم الأردني، والمادة (16) الفقرة (3) من قانون التحكيم المصري.

³ د. عزمي عبد الفتاح، قانون التحكيم، مرجع سابق، ص 183

⁴ د. أمين دواس، المصادر الإرادية (العقد والإرادة المنفردة)، دار الشروق للنشر والتوزيع، رام الله، الطبعة الأولى، 2004، ص 34

⁵ أهلية الوجوب: هي صلاحية الشخص للتمتع بالحقوق وتحمل الواجبات التي يقرها القانون وهي على هذا النحو تتصل بالشخصية القانونية لا بالإرادة ولذا تثبت للإنسان ومن وقت ولادته إلى حين وفاته وفي بعض الحالات تثبت له قبل الولادة أي عندما يكون جنيناً، والاصل في أهلية الوجوب أن تكون كاملة إلا أنها في بعض الحالات قد تكون منعدمة وفي حالات أخرى تكون ناقصة، وإذا انعدمت أهلية الوجوب انعدمت الشخصية معها كالجنين يولد ميتاً وكالميت بعد سداد ديونه، أما أهلية الأداء: فهي صلاحية الشخص لاستعمال الحق، فهي صلاحية الشخص لأعمال إرادته أعمالاً من شأنه ترتيب الأثر القانوني الذي ينشده وهذه الأهلية قد تكون كاملة أو ناقصة أو معدومة، فإذا كانت كاملة صلح

أهلية الأطراف المتنازعة: يسبق عقد المحكم عدة عقود منها عقد التحكيم والمتمثل في إتفاق التحكيم، وهذا الإتفاق استوجب المشرع لصحته عدة شروط هي ما يفرضه على باقي العقود المدنية في نصوص القانون المدني وفي قانون التحكيم بالأخص لأنه المرجع الأول في حكم ذلك، فلا بد أن يكون للأطراف المتنازعة أهلية التصرف؛ لأنه ينطوي على التزامات متقابلة مع المحكم، وإذا صدر إيجاب من شخص كامل الأهلية وفقا ما قرره قانون التحكيم يكون العقد قد انعقد¹.

أهلية المحكم: يتعين أن تتوافر في المحكم الأهلية الكاملة لإبرام عقد المحكم وفق قانونه الشخصي².

الركن الثاني: محل عقد المحكم

محل العقد³ هو العملية القانونية المراد تحقيقها منه، والعمليات التي تصلح أن تكون محلا للعقد غير محدودة؛ لأنه وفقا لمبدأ الرضائية يستطيع الأطراف أن يعقدوا من العقود ما شاءوا⁴، وبذلك يكون محل عقد المحكم هو القيام بعملية التحكيم لتسوية النزاع الناشئ عن عقد معين سابق بين أطرافه⁵.

التصرف الذي يجريه الشخص وإذا كانت ناقصة كان التصرف مطلقا البطلان، ويقع ان تتوافر للشخص أهلية الوجوب دون أهلية الاداء، فيكون مستمعا بالحق وهذه هي أهلية الوجوب، دون ان يستطيع استعماله بنفسه وهذه هي أهلية الاداء، ويتبين من ذلك انه يمكن فصل أهلية الوجوب عن أهلية الاداء فصلا تاما. راجع: أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الاردني دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي، مرجع سابق، ص35، وراجع ايضا: د. أمين دواس، المصادر الارادية (العقد والارادة المنفردة)، مرجع سابق، ص34، وراجع: د. عبد الرازق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مرجع سابق، ص268.

¹ نصت المادة (2) من قانون التحكيم الفلسطيني على ما يلي: "مع مراعاة أحكام المادة (4) من هذا القانون تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين اشخاص طبيعيين او اعتباريين يتمتعون بالأهلية القانونية للتصرف بالحقوق أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع، مع مراعاة الاتفاقيات الدولية التي تكون فلسطين طرفا فيها"، يقابلها نص المادة (9) من قانون التحكيم الاردني، و نص المادة (11) من قانون التحكيم المصري، ونلاحظ من هذه النصوص انها حددت في مضمونها من يكون اهلا او من يملك التصرف في حقوقه بمعنى ان يكون كامل الاهلية.

² لقد سبق الحديث في هذا الموضوع، راجع المقدمة، ثالثا: الشروط الواجب توافرها في المحكم.

³ محل العقد يختلف عن محل الالتزام والذي يتجسد في ان محل الالتزام هو الشيء الذي يلتزم المدين القيام به، والمدين يلتزم إما بنقل حق عيني او بعمل او بالامتناع عن عمل، وهذا بعيدا عن محل العقد الذي يتعلق بالعملية القانونية التي يراد إنشاؤها، والدليل على هذا الاختلاف ان محل الالتزام قد يكون صحيحا في ذاته ولكن العقد قد يقع باطلا، لان العملية القانونية التي يرمي اليها يحرمها القانون كما في تحريم التعامل في تركة مستقبلية لشخص على قيد الحياة، راجع: د. عبد الرازق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص375، وراجع ايضا: د. أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الاردني دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي، مرجع سابق، ص93

⁴ د. عدنان السرحان ود. نوري خاطر، مصادر الحقوق الشخصية، مرجع سابق، ص162

⁵ د. فوزي سامي، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص229

ومحل العقد لا يتطلب فيه إلا شرطاً واحداً، وهو أن يكون مشروعاً أي غير مخالفاً للنظام العام والآداب¹، وبالتالي جواز إبرام عقد المحكم لأن جواز ذلك قائم على جواز إتفاق التحكيم، ومشروعية عقد المحكم تتبع مشروعية إتفاق التحكيم، وهذه الأخيرة تتبع مشروعية العلاقة القانونية التي بين الأطراف التي على إثرها تم إبرام عقد التحكيم وعقد المحكم، وقد بين قانون التحكيم الفلسطيني المسائل التي لا يجوز فيها إبرام عقد المحكم.²

والجدير بالإشارة أن نجاح المحكم في عملية التحكيم لا تتوقف عليه فقط بل لا بد من مشاركة الأطراف بجدية وبحسن نية لتسير عملية التحكيم، وتخلص إلى حل ناجع يرضي جميع الأطراف ويحقق مصالحهم، ويتميز محل عقد المحكم أن جميع أطراف العقد لهم دور فاعل في القيام بهذه العملية، فهي غير مقصورة على المحكم فقط، فالأطراف تقدم ما لديها من مستندات ووثائق وطلبات ودفاع، والمحكم يسعى جاهداً في استخلاص الوقائع وينتهي بقفل باب المرافعة والتداول لإصدار الحكم.

الركن الثالث: سبب عقد المحكم

السبب هو الغرض المباشر الأول الذي يسعى المتعاقد إلى تحقيقه من وراء ارتضائه، وبالتالي من ارتضائه التحمل بالالتزامات التي من شأن العقد أن يرتبها في ذمته، وإلى جانب هذا الغرض المباشر تأتي المنفعة المشروعة لعاقديه، أي الهدف أو الباعث الدافع إلى التعاقد، ويبطل العقد إذا لم يكن له سبب أو كان سببه غير مباشر³، وهذا يعني أن رغبة الأطراف في تسوية النزاع العالق بينهم يمثل السبب الرئيس لعقد المحكم.⁴

إذن، إذا لم يتحقق النزاع فلسنا بصدد عقد محكم؛ لأنه لا تحكيم بلا نزاع، ويجب أن يكون النزاع على أمر مشروع غير مخالف للنظام العام والآداب، وإلا بطل عقد المحكم بطلاناً مطلقاً.

¹ د. انور سلطان، مرجع سابق، ص 93

² حيث نصت المادة (4) من قانون التحكيم الفلسطيني على أنه: " لا تخضع لأحكام هذا القانون المسائل الآتية: 1- المسائل المتعلقة بالنظام العام. 2- المسائل التي لا يجوز فيها الصلح قانوناً. 3- المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية."، راجع: نص المادة (9) من قانون التحكيم

الاردني، ونص المادة (11) من قانون التحكيم المصري

³ د. عدنان السرحان ود. نوري خاطر، مصادر الحقوق الشخصية، مرجع سابق، ص 191

⁴ د. فوزي سامي، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 229

الفرع الثاني: طبيعة إلزام المحكم

أولاً: إلزام المحكم بنتيجة

يكون إلزام المدين إلزام بتحقيق نتيجة أو ما يسمى إلزاماً بغاية، عندما يكون المدين ملتزماً بتحقيق نتيجة معينة محددة لا تبرأ ذمة المدين ما لم تتحقق النتيجة المطلوبة، بغض النظر عن الوسائل التي تؤدي إلى تحقيق تلك النتيجة¹، وإذا أخل المدين بإلزامه بتحقيق نتيجة، أكتفى الدائن بإثبات هذا الإلزام وتعين على المدين أن يثبت تحقيقه للنتيجة التي إلزم بها، فإن عجز عن ذلك أعتبر عدم تحقيقه تلك النتيجة إخلالاً بإلزامه موجبا مسؤوليته عن الضرر الذي ترتب على ذلك²، ولا يكون المدين قد نفذ إلزامه ما لم يحقق النتيجة المطلوبة والمحددة، لأن مثل هذه النتيجة هي الغاية التي يرمي الدائن إلى الحصول عليها من الإلزام، ولا شيء غير النتيجة المطلوبة يمكن أن يقنع الدائن بالعدول عن المطالبة بالتنفيذ، فمهما دافع المدين أو قدم من حجج بأنه حاول تنفيذ الإلزام، وأنه بذل قصارى جهده لتنفيذ الإلزام، وأنه قد سلك في سبيل تنفيذ الإلزام مسلك الرجل المعتاد، ولكنه لم يستطع أن يحقق النتيجة المطلوبة فلا يقبل منه³.

وبالقياس على عقد المحكم المبرم بين الأطراف المتنازعه والمحكم يرتب العقد التزامات متبادلة، يتلخص أهم إلزام فيها يقع على عاتق المحكم هو إنهاء النزاع العالق بين الأطراف المتنازعة وفي فترة محدده مسبقاً، وعلى المحكم أن يسعى إلى تحقيق هذا الفصل في النزاع، إذا هو يسعى إلى تحقيق نتيجة وهو إصدار حكم. وهذه الغاية المرجوة من عقد المحكم بين المحكم والأطراف بناء على نشاط يقوم به المحكم لتحقيق هذه النتيجة، وهذا النشاط ما هو إلا مجرد وسيلة وليس محل إلزام⁴.

ترى الباحثة، أن ليس هناك مؤشرات خارجية تؤثر على إرادة المحكم ذات طابع معين، كما هو الحال في إلزام الطبيب أو المحامي، فالشفاء متوقف على إرادة الله سبحانه وتعالى، وصدور الحكم لصالح المحامي متوقف على قناعة وعقيدة منصة المحكمة، أما المحكم فيسعى إلى إنهاء النزاع العالق بين

¹ د. ياسين الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، آثار الحقوق الشخصية، أحكام الالتزامات، الجزء الثاني، المجلد الأول، دار الثقافة للتوزيع والنشر، عمان، الطبعة الأولى، 2006، ص394

² د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات، نظرية العقد والارادة المنفردة، مرجع سابق، ص28

³ د. ياسين الجبوري، مرجع سابق، ص395

⁴ د. احمد ملحم، عقد التحكيم المبرم بين المحكمين والخصوم، مرجع سابق، ص190

الأطراف المتنازعة وهو إصدار الحكم وهذا الالتزام بتحقيق نتيجة وإلى هنا يتكيف إلتزام المحكم ببذل نتيجة فقط.

ثانيا: إلتزام المحكم بعناية

إذا كان الإلتزام ببذل عناية (الإلتزام بوسيلة)، فإن الأمر يتطلب تعيين القدر من العناية الذي كان يجب على المدين بذله للوفاء بالتزامه، ويكون تعيين هذا القدر بالرجوع الى مسلك الرجل العادي في مثل ظروف المدين التي من شأنها ان توحى إلى الدائن ان المدين سيسلك مسلكا معينا وتوصف هذه الظروف بأنها الظروف الظاهرة المحيطة بالمدين¹، ومضمون الإلتزام هو بذل العناية اللازمة لإنجاز ذلك العمل، فيكون إلتزام المدين بوسيلة او بذل عناية عندما لا يوجد تطابق بين ما يهدف الدائن الى تحقيقه وبين محل الإلتزام ، أي أن ما يلتزم به المدين وما يهدف الدائن الى تحقيقه والحصول عليه يكونان غير متطابقين، فالمدين يلتزم فقط ان يستخدم السبل المتاحة له كافة او يبذل الجهد والعناية اللازمين للوصول الى تحقيق نتيجة معينة دون ان يضم أو يلتزم بضمان تحقق تلك النتيجة، ويكون قد أوفى بالتزامه بصرف النظر عما إذا كانت النتيجة التي يبتغيها الدائن قد تتحقق ام لم تتحقق².

وبالقياس على مهمة المحكم عند قبولها يتعهد بالقيام بمهمته بعناية ويسعى لتحقيق ذلك بمزاولة نشاط يحقق ما تحققه عناية الشخص العادي أو العناية المطلوبة في تحقيق النتيجة، ويكون من ثم محل الإلتزام ليس تحقق النتيجة بل النشاط الذي يحتم على المحكم أن يبذله والذي يوصل في الغالب الى تحقيق النتيجة وهو إصدار الحكم³، فلا بد من ان تتوصل الخصومة الى حكم تحكيم صحيح، فما الفائدة من تحقيق نتيجة بصور حكم يوصف بالبطلان، كأن يصدر بعد انتهاء المدة المحددة في عقد المحكم، إذا لا بد من بذل عناية عند ممارسته لنشاطه، هادفا إلى تحقيق النتيجة والغاية المرجوة.

ومما تقدم ينبغي أن يبذل المحكم العناية التي تمكنه من وصول الحكم إلى الصورة التي يجب ان يكون عليها، وأي عيب يظهر في الحكم فيما بعد يجب ألا يخرج عن دائرة عناية الرجل العادي وإلا

¹ د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات، نظرية العقد والارادة المنفردة، مرجع سابق، ص 29

² د. ياسين الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، آثار الحقوق الشخصية، أحكام الالتزامات، مرجع سابق، ص 398

³ راجع: د. عادل محمد خير، حصانة المحكمين مقارنة بحصانة القضاء، دار النهضة العربية، الطبعة الاولى، 1996، ص 96

تعرض المحكم للمساءلة، والإلتزام بقانون أي المسؤولية التقصيرية دائماً يكون الإلتزام ببذل عناية، أما الإلتزام العقدي أي المسؤولية العقدية فإنها قد تكون إلتزاماً بتحقيق نتيجة أو بذل عناية.

الفرع الثالث: مسؤولية المحكم اتجاه الخصوم والغير

أولاً: مسؤولية المحكم إتجاه الأطراف المتنازعة

وهذه المسؤولية عقدية أساسها وجود عقد بين المحكم والأطراف، يضع على عاتق كل جانب إلتزامات معينة، وتلزم المحكم بإداء مهمته حتى إتمامها¹، ويسأل المحكم كذلك، وفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية، وذلك في حالات الخطأ الشخصي الجسيم في أدائه مهمته، وحالة الغش ونية الإضرار بأحد الأطراف، أو تواطئه معه أو تلقيه رشوة منه².

وتنشأ مسؤولية المحكم بسبب عدم تنفيذ الواجبات المفروضة عليه في مواجهة المحتكمين رغم قبوله التحكيم، وتحدد هذه الواجبات إما في إتفاق التحكيم أو بناءً على نص القانون، ويمكن تقسيم الإلتزامات التي تقع على عاتق المحكم إلى إلتزامات إتفاقية وإلتزامات قانونية، وتهدف تلك الإلتزامات في مجملها إلى تنفيذ الإلتزام الرئيسي للمحكم ألا وهو الفصل في النزاع محل التحكيم إذ يفرض عليه هذا الإلتزام القيام بالواجبات التي يملها القانون والتقيد بما ورد في العقد المبرم بينه وبين الخصوم³.

أما من ناحية الخطأ، يختلف تقرير الخطأ بحسب شخصية المحكم وثقافته ومدى علمه⁴، فما يتطلبه من رجل القانون يختلف عن غيره، وعلى هذا لا يعذر المحكم إذا كان من رجال القانون وأغفل عن تسبب الحكم مما ترتب عليه بطلانه، أما إذا كان من غير رجال القانون كالمهندس أو الطبيب فإنه يمكن أن يعذر إذا بطل حكم التحكيم لانعدام الاسباب⁵، فمعيار الخطأ هو معيار سلوك الشخص المهني العادي إذا ما وجد في مثل ظروف المدعى عليه بالخطأ، ومن ثم فإن قيام الخطأ في حق

¹ د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص 283

² د. احمد سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي "تنظير وتطبيق مقارنة"، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الاولى، ص 722

³ د. سحر يوسف، المركز القانوني للمحكم "دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص 218

⁴ أ. شريف الطباخ، التحكيم الاختياري والاجباري في ضوء مختلف آراء الشراح القانونيين وحكام محكمة النقض، مرجع سابق، ص 131

⁵ د. سحر يوسف، المركز القانوني للمحكم "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، ص 221

المحكم سوف يتوقف بالضرورة على ظروف الفصل في الدعوى المعروضة عليه ومن بينها مدى تخصصه الفني، فالمحكم الخبير في الأمور الفنية التي يثيرها النزاع غير المحكم البعيد عن هذا التخصص وهكذا.....¹.

ثانيا: مسؤولية المحكم إتجاه الغير

رغم أن الغير ليس طرفا في العقد المبرم بين المحكم والأطراف المتنازعة فإنه يمكن أن يطالب المحكم بالتعويض إذا لحق به ضرر من جراء الغش أو التدليس الذي قام به المحكم، ويسأل المحكم نحو الغير وفق قواعد المسؤولية التقصيرية²، وتقوم مسؤولية المحكم في مواجهة الغير رغم أن حكم المحكم لا حجية له إلا بالنسبة لأطرافه، وذلك إذا ترتب ضرر للغير من حكم التحكيم أو من سلوك المحكم فيه، وتتحدد هذه المسؤولية وفقا لقواعد المسؤولية التقصيرية³.

¹د. مصطفى الجمال و د. عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، مرجع سابق، ص 206

²أ. شريف الطباح، التحكيم الاختياري والاجباري في ضوء مختلف آراء الشراح القانونيين وحكام محكمة النقض، ص 131

³د. سحر يوسف، المركز القانوني للمحكم "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، ص 221

المبحث الثاني: التكيف القانوني لمسؤولية المحكم المدنية

لا توجد قواعد تنظم المسؤولية المهنية بشتى صورها، وقد أخذ القضاء على عاتقه مهمة خلق قواعد ونظام للمسؤولية المهنية يتجاوز القواعد العامة للمسؤولية التي يخضع لها العامة¹، وقد إستقرت أحكام المسؤولية المهنية في نطاق العديد من المهن كالطبيب والمحامي والقاضي².

والمسؤولية المهنية تعرف من خلال إعتبارات أكثر واقعية تتعلق بالتخصص المهني والجانب الفني عند الإخلال بالإلتزام، ويندرج التخصص المهني بتأثير الأعراف والقواعد المهنية، ويقاس السلوك المهني بسلوك مهني آخر من نفس التخصص والدرجة، فإن هذا المعيار سيكون واجب الإلتباع سواء في المجال العقدي أو خارجه أي التقصيري، فالخطأ في الحالتين خروج عن السلوك الذي يتبناه المهني الحريص من نفس التخصص والدرجة؛ لأن المهنة تكسب صاحبها من الخبرة مالا يتوافر لدى الشخص العادي وتكون بذلك سببا يبرر التشدد في تقدير خطئه ومسؤوليته³.

إذا كان الأصل التبرعي لمهمة المحكم قد أسهم في غياب مسؤولية المحكم لفترة طويلة مضت عن ساحات القضاء، فإن المبالغ الباهضة التي يتقاضاها المحكمون لا بد وأن تفرض عليهم مسلكا حريصا، فلم تعد الجزاءات اليسيرة مقابلا كافيا للمبالغ الضخمة التي يخسرها الأطراف على الأقل كأتعاب ومصروفات، والتطورات الأقتصادية المتغيرة التي شملت نواحي متعددة يجب أن يكون لها أثر على مسؤولية المحكم⁴، ويجب أن يسأل المحكم في مواجهة الأطراف عن الأضرار التي يمكن أن تلحق بهم من جراء أخطائه، ولردعه عن التحيز والنقاعس في أداء مهمته⁵.

¹ محمد عبد الرحمن، المسؤولية المدنية للأطباء وتطبيقاتها، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة، 1985، ص26

² هدى عبد الرحمن، دور المحكم في خصومة التحكيم و حدود سلطاته، مرجع سابق، ص38

³ أ. وفاء حسني، مسؤولية المحكم "دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة، ص286

⁴ د. هدى عبد الرحمن، دور المحكم في خصومة التحكيم و حدود سلطاته، مرجع سابق، ص38

⁵ أ. كرم النجار، المركز القانوني للمحكم، مرجع سابق، ص262

إن القاعدة العامة في المسؤولية المدنية بأنواعها، أن كل خطأ سبب ضرراً للغير يؤدي إلى مسؤولية فاعله عن تعويض المضرور عما حاق به من ضرر¹، وأساس هذه القاعدة هو المبدأ الشرعي " لا ضرر ولا ضرار"².

ومن ثم لا يتصور إكمال وجود نظام التحكيم بدون تقرير مسؤولية المحكم أو إذا كان تقرير مبدأ المسؤولية في ذاته لا يجب أن يكون محل للجدل إلا أن نوع المسؤولية التي يخضع لها المحكم كانت وما زالت محل جدل، لذا سوف أقسم هذا المبحث الى مطلبين، المطلب الأول: المسؤولية العقدية للمحكم، والمطلب الثاني المسؤولية التقصيرية للمحكم.

المطلب الأول: المسؤولية العقدية للمحكم

المسؤولية العقدية هي الإخلال بالتزام عقدي، فكل إخلال بالعقد من قبل المدين يترتب مسؤوليته عن الضرر الذي يلحق بالدائن³، وتتحقق المسؤولية العقدية بشكل عام إذا إمتنع المدين عن تنفيذ إلتزامه العقدي أو قام بتنفيذه بشكل معيب وأدى هذا إلى إلحاق الضرر بالدائن، وهذا يستوجب بداية وجود عقد صحيح حصل الإخلال به⁴.

المحكم ليس قاضياً يتولى وظيفة عامة، وإنما شخص عادي يقوم بعمل قضائي، بموجب عقد مبرم بينه وبين الأطراف (قبول مهمة التحكيم أو توقيعه على مستند المهمة)⁵، وبالتالي فإن مسؤولية المحكم العقدية تنشأ عند إخلال بما إلتزم به إتجاه الأطراف في عقد المحكم، فدائماً ما يبنى هذا العقد مسؤولية المحكم على شروط التحكيم أكثر مما يبنيتها على الوظائف التي يقوم بها المحكم، ولكي تتحقق هذه المسؤولية العقدية فلا بد من تحقق شروط وأركان معينة لهذه المسؤولية يمكن ان نقول ان المسؤولية مسؤولية عقدية.

¹ د. مصطفى الجمال و د. عاكشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، مرجع سابق، ص 599

² مجلة الاحكام العدلية في المادة (16)

³ د. عدنان السرحان ود. نوري خاطر، مصادر الحقوق الشخصية، مرجع سابق، ص 354

⁴ د. محمد وحيد الدين سوار، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص 7

⁵ د. يوسف محمد شندي، التحكيم الداخلي والدولي في ظل قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000 "دراسة مقارنة"، الطبعة الاولى،

شروط المسؤولية العقدية للمحکم

تتحقق المسؤولية العقدية بتوافر الشروط التالية:

1- وجود عقد صحيح بين المحکم والأطراف المتنازعة

يشترط لقيام المسؤولية العقدية وجود عقد صحيح بين الدائن والمدين فإذا لم يوجد عقد أصلا كما في حالة النقل على سبيل المجاملة، وكما في حالة الخطأ الواقع في مرحلة المفاوضة السابقة على إتمام التعاقد، أو كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال وتقرر بطلانه، فلا تقوم المسؤولية العقدية بل المسؤولية التقصيرية¹، فإذا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا يعود المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد ويزول العقد بأثر رجعي متى حكم ببطلانه، أما إذا كان العقد قابلا للإبطال لنقص في الأهلية أو لوجود عيب من عيوب الإرادة، فإن ذلك لا يمنع من المطالبة بالتعويض وفقا لقواعد المسؤولية العقدية إذا توافرت أركانها، ويرجع ذلك الى أن العقد القابل للإبطال هو عقد صحيح منتج لآثاره إلى أن يحكم ببطلانه².

وفي تقديرنا أنه لا يمكن أن تعتبر مسؤولية المحکم عقدية إلا إذا تم التعاقد بين المحکم والأطراف المتنازعة على قيامه بالوظيفة التحكيمية، والفصل في النزاع القائم بين الاطراف بحكم التحكيم، حيث أن هناك رابطة تعاقدية بين المحکم والأطراف بغض النظر عن الاختلاف الوارد في طبيعة هذا العقد ومسماه.

ولا مجال للمنازعة حول مدى تحقق العقد بين أصحاب المهن الحرة وعملاتهم بصفة عامة والتي تعتبر وظيفة المحکم إحدى هذه المهن، حيث أن هناك اتجاها قديما ينكر على المهن الحرة ان تكون مجالا لعقود مدنية ملزمة باعتبار أنها أعمال تتصف بالطابع العقلي، وهذا يتعارض مع طبيعة القول بوجود عقد وهذا المآل مرجعه إلى التأثير بما كان سائدا لدى الرومان بشأن الفصل بين الأعمال العقلية والأعمال المادية³.

¹ د. انور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الاردني دراسة مفارقة بالفقه الاسلامي، مرجع سابق، ص286

² د. إياد الحق، النظرية العامة للإلتزام، غزة، الطبعة الثانية، 2011، ص295

³ راجع: د. محمد عبد الظاهر حسين، المسؤولية المدنية للمحامي تجاه العميل، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993، ص254

ومما لا يدع مجالاً للشك أنه في وقتنا الحاضر لم يعد هناك تفرقه مثل هذه قائمة، وهذا يؤكد قناعتنا أنه لا مجال للمنازعة في وجود عقد بين اصحاب المهن الحرة وعملاتهم بصفة عامة، وبين المحكم والأطراف المتنازعة بصفة خاصة، لأن مجرد قبول المحكم لنظر المنازعة كتابة يكون ذلك في مقام العقد، بل إن وضع المحكم والأطراف المتنازعة خطة لسير إجراءات النزاع والتوقيع عليها قبل نظر النزاع أو أثناء أول جلسة يعتبر ذلك كله في مقام العقد.

بالإضافة الى وجود عقد بين المحكم والاطراف المتنازعة يشترط أن يكون هذا العقد صحيحاً، وعلى هذا قد يظهر من المحكم ما يستتبع بطلان هذا العقد، ويكون للأطراف في مثل هذه الحالة عزل المحكم، ومثال ذلك أن يحتال المحكم على الأطراف في إخفاء العمر الحقيقي له الذي لم يصل بعد الى السن القانوني، ومعلوم أن هذا من النظام العام وهذا يعني بطلان عقد المحكم وقيام المسؤولية على المحكم لإخفائه السن الحقيقي له.

2- أن يكون الضرر ناشئاً عن عدم تنفيذ العقد

يشترط لترتيب المسؤولية العقدية أن يكون الضرر الذي لحق المضرور راجعاً الى عدم تنفيذ المدين لإلتزام فرضه عليه العقد¹، وعلى ذلك إذا كان الضرر الذي سببه المحكم لا يرجع إلى عدم تنفيذ إلتزام عقدي فلا تقوم مسؤولية المحكم العقدية.

3- أن يكون العقد قد أبرم بين المحكم والأطراف المتنازعة

وفي تقديرنا يعتبر هذا الشرط الأخير لإعتبار مسؤولية المحكم مسؤولية عقدية، لا بد أن يبرم العقد بين المحكم والأطراف المتنازعة وهو المضرور، فأثر العقد لا ينصرف إلا إلى المتعاقدين فقط ولا يلتزم غير أطراف العقد بما ورد فيه من إلتزامات وكذلك يقتصر أثر العقد على المحكم والأطراف المتنازعة.

الأصل أن يكون المحكم مسؤولاً عن خطأه العقدي؛ لأن المسؤولية هي جزاء الإخلال بالإلتزامات الناشئة عن العقد، ولكي تقوم هذه المسؤولية لا بد من توافر أركانها وهي:

¹ د. انور سلطان، مصادر الإلتزام في القانون المدني الاردني دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي، مرجع سابق، ص 286

الفرع الأول: الخطأ العقدي

الخطأ العقدي أو (الإخلال بالالتزام عقدي) هو الركن الأول من أركان المسؤولية العقدية.

هناك عدة تعريفات للخطأ العقدي، فهناك من يعرف الخطأ العقدي بأنه إنحراف في سلوك المدين بهذا الالتزام لا يأتيه الرجل المعتاد إذا وجد في نفس ظروف المدين العادية، فالإنسان سوي لا يمكن أن يخل بالالتزامه إلا لإسباب خارجه عن إرادته¹، وهذا التعريف يقصر الخطأ العقدي فقط على معيار واحد وهو معيار الرجل العادي، في حين أن الخطأ قد يكون معياراً شخصياً.

وتعريف آخر بأنه إنحراف إيجابي أو سلبي في سلوك المدين يؤدي إلى مؤاخذته²، وهذا التعريف يدخل فيه الخطأ التقصيري، كما يدخل فيه المسؤولية بأركانها الثلاثة، فالخطأ العقدي لا يؤدي في ذاته إلى المؤاخذه، في حين أن التعريف يفيد أن الخطأ يؤدي إلى المؤاخذه، فالمؤاخذه تحتاج إلى توافر الأركان الثلاث للمسؤولية.

ويعرف الخطأ العقدي أيضاً بأنه عدم تنفيذ المدين لالتزامه الناشئ عن العقد، فالمدين قد يلتزم بالعقد فيجب عليه تنفيذ التزامه، وذلك لأن العقد شريعة المتعاقدين فإذا لم يقم المدين في العقد بتنفيذ التزامه كان هذا هو الخطأ العقدي³، وبستوي أن يرجع السبب في عدم تنفيذ المدين لالتزامه إلى عمد أو إلى إهماله أو دون عمد أو إهمال، كما يوجد الخطأ العقدي حتى ولو كان عدم تنفيذ المدين لالتزامه راجعاً إلى سبب أجنبي لا يد له فيه، إلا أنه في هذه الحالة إذا توافر الخطأ العقدي فإن علاقة السببية بين الخطأ والضرر كركن ثالث في المسؤولية العقدية لا يتوافر ولا تنشأ المسؤولية العقدية بناء على ذلك⁴، وفي تقديري أن هذا التعريف الأكثر دقة من غيره، فهو من جهة تعريف جامع يعبر عن ماهية الخطأ العقدي الذي هو ذاته عدم التنفيذ، ومن جهة أخرى تعريف مانع بحيث أنه يقتصر على العقد دون غيره من مصادر الالتزام.

¹ د. عدنان السرحان ود. نوري خاطر، مصادر الحقوق الشخصية، مرجع سابق، ص 302

² د. انور سلطان، مرجع سابق، ص 210

³ راجع: د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 656

⁴ د. إياد الحق، النظرية العامة للالتزام "مصادر الالتزام"، مرجع سابق، ص 296

ومن خلال ما تقدم، يمكن القول أن العلاقة بين المحكم والأطراف المتنازعة علاقة عقدية حسب الأصل، وبغض النظر عن الخلاف الدائر حول طبيعة هذا العقد، وليبان خطأ المحكم العقدي ينبغي بالضرورة أن نبحث عن الإلتزامات الناشئة عن هذا العقد والموصوفة بالإلتزامات العقدية، والتي إذا تجاوزها المحكم تتم مساءلته، ولا يشترط إرتكاب خطأ من جانب المحكم إنما مجرد الإخلال يحقق المسؤولية العقدية، ويمكن القول بأن خطأ المحكم العقدي هو عدم التنفيذ الكلي لمحل عقد المحكم أو عدم التنفيذ الجزئي له أو التنفيذ بصورة ناقصة أو معيبة أو التنفيذ بصورة متأخرة عن الموعد المحدد، وسواء أكان عدم التنفيذ قد حدث عمداً أو ترتب على إهمال دون أن يكون مقصوداً، فمجرد عدم تنفيذ إلتزام ناشئ عن العقد يعتبر خطأ تترتب عليه مسؤولية من يقع على عاتقه الإلتزام الذي لم ينفذ، حتى ولو لم يعلم سبب عدم التنفيذ، إلا إذا توفرت أسباب خارجية عن إرادته كقوة القاهرة مثلاً فإنه لا يكون مسؤولاً.

إذن يجوز القول أن نطاق المسؤولية العقدية للمحكم تحددها الأطراف المتنازعة بما تفرضه في العقد المبرم بينهما، وبما لا يخالف النظام العام والآداب، فإذا وجد من بين هذه الإلتزامات ما يخالف النظام العام والآداب فإن هذه الإلتزامات لا يتم مساءلة المحكم عنها عقدياً، وذلك لبطلانها أصلاً فلا أثر قانونياً لإرادة الأطراف المتنازعة في ذلك ولا تعويض في ذلك أصلاً.

والسؤال الذي يفرض نفسه هنا: هل تقف حدود المسؤولية العقدية للمحكم عند الإلتزامات المفروضة عليه في العقد المبرم أم أن هناك إمكانية توسيع هذا النطاق؟

هناك إلتزامات لا يذكرها الأطراف المتنازعة حالة إبرام العقد مع المحكم؛ لأن لها من القوة بما لا يدع مجالاً للشك في سريانها، ولذلك لا فائدة من توصيفها بذاتها لأنه تحصيل حاصل، مثال ذلك الإلتزامات التي تفرضها أعراف أصحاب المهن الحرة في نطاق مهنة معينة فهذه الإلتزامات تفرض نفسها بموجب ما تعارف عليه أهل المهنة أو بموجب القانون أو بموجب مبادئ العدالة، بحيث تكون لها قوة ملزمة لا تحتاج إلى النص عليها¹، ولكن هناك اتجاهين بالنسبة لهذه الإلتزامات وهما:

¹ د. حمدي عبد الرحمن، الوسيط في النظرية العامة للإلتزام، المصادر الإرادية للإلتزام، العقد والإرادة المنفردة، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية، 2010، ص 497

أولاً: إن الإلتزامات التي يخضع لها المحكم بناء على ما فرضه القانون بنصوص متعلقة بالنظام العام والآداب تعتبر إلتزامات عقدية، وتساوي الإلتزامات المتفق عليها من قبل الأطراف المتنازعة؛ لأن القواعد الآمرة تعتبر إلتزامات عقدية وفي ذلك مطابقة لإرادة الأطراف المتنازعة، ولأنها تقبل ضمناً كل الأحكام التي يفرضها قانون التحكيم للعقد بمجرد انعقاده، ولو أن الأطراف المتنازعة ترفض ذلك لما لجأت إلى التحكيم وأبرمت العقد مع المحكم، ولا يصح القول بأن هذه القواعد الآمرة ذات أهمية ومن الضروري تحققها ثم عند المساءلة عليها يتم إخراجها من إطار الإلتزامات التعاقدية وتطبيق المسؤولية التقصيرية عليها¹.

ثانياً: إن الإلتزامات التي يخضع لها المحكم بناء على قواعد آمرة في قانون التحكيم يتم مساءلته حال إخلاله بها في نطاق المسؤولية التقصيرية لأنها لا تفقد صفتها لمجرد قصر توجيه هذه القواعد الآمرة على طائفة مهنية مثل المحكمين دون غيرهم، إذ أن القانون هو مصدر الإلتزام وليس العقد فتكون المسؤولية التي تترتب على الإخلال بهذه الإلتزامات هي مسؤولية تقصيرية².

بالإضافة إلى ما تقدم، أن الإلتزامات المفروضة على المحكم بموجب القانون والتي لو لم ينص عليها القانون لنص عليها الأطراف في عقد المحكم، تعتبر لها ذات المركز القانوني للإلتزامات المتفق عليها، لأن الأطراف تريد من تحديد هذه الإلتزامات هو نجاح العقد، ونجاح ما يعهد إلى المحكم من مهمة وجميع ما يصيب في نجاح ذلك تقتضيه إرادة الأطراف ولو ضمناً بل ويمكن التصريح بذلك لو تم مواجهة الأطراف بذلك، والباحثة لا توافق هذا الرأي وهو الرأي الأول وذلك لأن القواعد الآمرة يكون مصدرها القانون والإخلال بالإلتزامات القانونية يترتب عليها المسؤولية التقصيرية.

¹ راجع: محمد زهرة، المصادر غير الإرادية للإلتزام، في قانون المعاملات المدنية لدولة الامارات العربية المتحدة، مطبوعات جامعة الامارات، الطبعة الاولى، ص46

² راجع: المستشار حسين عامر وعبدالرحيم عامر، المسؤولية المدنية، التقصيرية والعقدية، دار المعارف، الطبعة الثانية، 1979، ص78، وراجع7 ايضاً: أ. شريف الطباخ، المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، التطبيق العملي لدعاوي التعويض، دار الفكر والقانون، المنصورة، الطبعة الاولى، 2009، ص53

طبيعة خطأ المحكم العقدي

أ: معيار خطأ المحكم العقدي

إن الالتزامات نوعان وهما الإلتزام بتحقيق نتيجة والإلتزام ببذل عناية.

القاعدة أن تنفيذ الإلتزام بتحقيق نتيجة أو غاية معينة، لا يتم إلا بتحقيق هذه النتيجة أو هذه الغاية¹، ففي التزامات يلتزم فيها المدين بتحقيق نتيجة معينة تعتبر محلاً للإلتزام، ولا يتم تنفيذ الإلتزام إذا لم تتحقق النتيجة ويعتبر المدين في هذه الحالة مخلاً بتنفيذ التزامه، كإلتزام المقاول بإقامة مبنى وإلتزام الناقل بموجب عقد النقل بتوصيل البضاعة²، وتنفيذ هذه الإلتزامات لا يكون إلا بتحقيق النتيجة أو الغاية المذكورة، فمتى تحققت هذه النتيجة أو الغاية فإن الإلتزام يكون قد نفذ، أما إذا لم تتحقق بقي الإلتزام بدون تنفيذ³، وهناك إلتزام لا يرمي إلى تحقيق غاية معينة، بل هو إلتزام بعمل ولكنه عمل لا تضمن نتيجته⁴، والمهم فيه أن يبذل المدين لتنفيذه مقداراً معيناً من العناية، والأصل أن يكون هذا المقدار هو العناية التي يبذلها الشخص العادي⁵، ويزيد هذا المقدار أو ينقص تبعاً لما ينص عليه القانون أو يقضي به الاتفاق، فمتى بذل المتعاقد العناية المطلوبة منه يكون قد نفذ إلتزامه، حتى لو لم يتحقق الغرض المقصود، فالمستأجر يجب عليه أن يبذل من العناية في استعمال العين المؤجر وفي المحافظة عليها ما يبذل الشخص العادي⁶.

أما بالنسبة للمحكم ومن خلال دراستنا لنوعي الإلتزام ، فإن الأطراف المتنازعة تفرض على المحكم إلتزامات معينة تجاه النزاع العالق بينهم وتختلف طبيعة هذه الإلتزامات فمنها ما يعتبر إلتزاماً بتحقيق نتيجة، ومنها ما يعتبر إلتزاماً ببذل عناية، وعلى هذا قد يقع المحكم في خطأ بإخلاله لإلتزام عقدي قد

¹ د. أحمد شرف الدين، نظرية الإلتزام، المصادر الإرادية (العقد، الإرادة المنفردة)، مرجع سابق، ص 234

² د. إياد الحق، النظرية العامة للإلتزام "مصادر الإلتزام"، مرجع سابق، ص 297

³ د. أحمد شرف الدين، نظرية الإلتزام، المصادر الإرادية (العقد، الإرادة المنفردة)، مرجع سابق، ص 234

⁴ د. عبد القادر الفار، مصادر الإلتزام، مصادر الحق الشخصي في القانون المدني، مصدر سابق، ص 142

⁵ تنص المادة (358) من القانون المدني الأردني على أنه " 1- إذا كان المطلوب من المدين هو المحافظة على الشيء أو القيام بأدائه أو توكي الحيلة في تنفيذ التزامه فإنه يكون قد وفى بالالتزام إذ بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي، ولو لم يتحقق الغرض المقصود هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك. 2- وفي كل حالة يبقى المدين مسؤولاً عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم." ويقابلها نص المادة (211) من القانون المدني المصري.

⁶ د. عبد الرازق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الإلتزام بوجه عام، مرجع سابق، ص 656

تكون طبيعته تحقيق نتيجة كالإلتزام بإصدار حكم يفصل في النزاع، ومعياره هو تحقيق النتيجة وعدم تحقيقها يعني أن المحكم قد أخل بالإلتزام عقدي¹، وفي تقديرنا يعتبر هذا الإلتزام هو الإلتزام الرئيسي في عقد المحكم، ولا ينظر هنا إلى سلوك المحكم في ذلك، فهذا غير مهم البتة، إنما ينظر إلى النتيجة المرجوة هل تحققت أم لا، وقد يكون إلتزام المحكم في بعض الإلتزامات ببذل عناية وهنا يكون المعيار الذي يسري على الخطأ هو معيار رب المهنة العادي، فيجب على المحكم أن يبذل عناية رب المهنة العادي من الحرص واليقظة في مزاولة الوظيفة مما هو مفروض بين المحكمين، وحالة الإخلال بذلك يكون قد أرتكب خطأ؛ لأنه لم يبذل عناية رب المهنة العادي مثل أن يتم إصدار حكم تحكيم صحيح غير قابل للإبطال لأي سبب من الأسباب، وعند رفع دعوى بطلان على هذا الحكم فإن مصيرها يكون عدم القبول فهنا نقول إن المحكم قد بذل عناية رب المهنة العادي حالة نظر النزاع، وانتهى بإصدار حكم التحكيم بما يفرض عليه من حرص ويقظة في إطار حكم التحكيم، وعلى هذا نجد أن مضمون الإلتزام في عقد المحكم إما أن يكون بتحقيق نتيجة وأما أن يكون ببذل عناية، وأي خلل في عدم تنفيذ أي من هذه الإلتزامات تتحقق المسؤولية العقدية للمحكم.

صفة خطأ المحكم العقدي

غالبا ما يقدم الخطأ في عدة صفات وبالذات لدى أصحاب المهن الحرة² بصفة عامة والتي تعتبر مهنة التحكيم إحدى هذه المهن.

ويتم تقسيم الخطأ الذي تتعقد به المسؤولية إلى خطأ عاديا وخطأ مهنيًا، فالخطأ العادي هو الذي يقع من رب المهنة في غير تخصصه من حيث الأصول العلمية والفنية، والخطأ المهني هو الخطأ الذي يرتكبه أصحاب المهن أثناء ممارستهم لمهنتهم ويخرجون بها عن السلوك المهني المألوف طبقاً للأصول الثابتة، وهذا الخطأ ينجم عن الإخلال بأصول المهنة وقواعدها المتعارف عليها³، فالخطأ المهني يعرف من خلال اعتبارات أكثر واقعية تتعلق بالتخصص المهني والجانب الفني في تنفيذ

¹ نقض مدني 1998/4/18م، الطعن رقم 2557 لسنة 66 قضائية، قاعدة التشريعات والإجتهادات المصرية www.Arab.legalportal.org

² د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في الإلتزامات، نظرية العقد والارادة المنفردة، مرجع سابق، ص386

³ د. محمد شريم، الأخطاء الطبية بين الإلتزام والمسؤولية، عمال المطابع التعاونية، عمان، 2000، ص159

الإلتزام وتدرج التخصص المهني وتأثير الأعراف والقواعد المهنية¹، وبداية هذه التفرقة كانت لدى المسؤولية الطبية ورائدها سافاتييه²، فالخطأ العادي للطبيب يقع منه باعتباره إخلال بالإلتزام الحرص المفروض على الناس كافة كأن يترك قطعة من الشاش في بطن المريض الذي أجريت له عملية جراحية، وأما الخطأ المهني للطبيب فهو الإخلال بالأصول العلمية والفنية لمهنة الطب كالخطأ في التشخيص، وارتبط بهذه التفرقة تقسيم آخر وهو أن خطأ الطبيب العادي تقوم مسؤوليته سواء أكان الخطأ جسيما أو يسيرا، أما الخطأ المهني فلا يسأل الطبيب عن نطاقه إلا عن الخطأ الجسيم³.

وما يمكن السؤال عنه هنا هل تتحقق هذه التفرقة لدى أصحاب المهن الأخرى كمهنة المحكمين أم لا تتحقق؟

ان التقسيم ما بين خطأ عادي وخطأ مهني ليس له أهمية كما هو في نطاق مسؤولية الطبيب وبمناسبة إثبات الخطأ؛ لأن القاضي لا يستطيع بمفرده حسم أمر توافر خطأ الطبيب دون الاستعانة بخبير طبي، ولا أهمية لهذا التقسيم في مهنة المحاماه حيث أن نطاق مسؤولية المحامي ومجال تقدير الخطأ في جانبه هو المجال الأساس لتخصص القاضي ولا يحتاج إلى خبير لمساعدته في إستخلاص مدى توافر الخطأ لدى المحامي من عدمه؛ لأن جميع أخطائه بالإمكان أن ترتبط بالمهنة جميعا فلا فائدة من التقسيم السابق⁴، وفي تقديري أن مهنة المحكمين أشد قربا وشبها بمهنة القضاة، قد يصل الى حد التطابق، وبهذا لن يحتاج القاضي إلى خبير ليستعين به لبيان مدى خطأ المحكم المهني من عدمه وهذا يعني أن لا فائدة للمفارقة بين الخطأ العادي والمهني للمحكم.

¹ وفاء حسني، مسؤولية المحكم "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، ص 285

² راجع: د. عبد الرازق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الإلتزام بوجه عام، مرجع سابق، ص 787

³ الخطأ العادي هو الخطأ الذي يرتكبه الطبيب عند مزاولته لمهنته دون أن تكون له علاقة بالاصول الفنية لمهنة الطب، أي مخالفة قواعد الحيلة والحذر المفروضه على كل الناس، كما وأعتبر نسيان أشياء في جسم المريض أثناء العمل الجراحي من الأخطاء العادية أو الموضوعية التي لا حاجة فيها إلى التقدير الفني، والخطأ المهني هو الخطأ اللصيق بالعمل الفني البحث وهو الخروج عن القواعد العلمية والاصول الفنية التي تحكم مهنة الطب وحقايقه الثابتة ومخالفة المسلمات العلمية المعترف بها. راجع: فريحة كمال، المسؤولية المدنية للطبيب، رسالة ماجستير، جامعة مولود معمري، الجزائر، 2010، ص 187، وراجع ايضا: محمود دودين، مسؤولية الطبيب الفردية المدنية عن أعماله المهنية، رسالة ماجستير، جامعة بيزيت، 2006، ص 100، وراجع ايضا: احمد سعد، مسؤولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب ومساعديه، رسالة دكتوراه، جامعة المنصورة، 1983، ص 272

⁴ راجع: د. طلبه وهبه خطاب، المسؤولية المدنية للمحامي، مكتبة سيد وهبه، 1986، ص 144، وراجع ايضا: د. عبد الباقي سوادي، مسؤولية المحامي المدنية عن اخطائه المهنية، مرجع سابق، ص 92

وللباحثة إضافة في هذه الجزئية: حيث يمكن القول أن التقسيم بين الخطأ العادي والخطأ المهني وارد في مهنة المحكمين؛ لأن هناك أخطاء قد لا ترتبط بطبيعة المهنة التي يقوم بها المحكم، وقد ينتج عن إخلال المحكم لبعض الإلتزامات مساءلته عليها على الرغم أنها ليست من الإلتزامات المهنية، على سبيل المثال: أن يباشر إحدى جلسات التحكيم وهو في حالة من الضيق أو الألم الشديد من جراء مرض، أو أن يباشر الجلسة وهو في حالة سكر.

أن للقاضي سلطة تقديرية عند النظر إلى مدى تخصص المحكم ومستوى مؤهلاته وثقافته والظروف التي وقع اثناؤها الخطأ ومدى ارتباطها بالأصول الفنية للتخصص أو لمهنة التحكيم، ولا يمكن حصر أخطاء المحكم الجسيمة واليسيرة إنما يترك ذلك للقضاء ليقدره؛ لأن ما هو يسير عند محكم يعتبر جسيما عن غيره ويمكن العكس كذلك.

الفرع الثاني: تضرر الأطراف المتنازعة من خطأ المحكم (الضرر)

يعتبر الركن الثاني لمسؤولية المحكم هو تضرر الأطراف، وهذا الركن يقف جنبا إلى جنب مع ركن الخطأ وعلاقة سببية، فإذا لم يكن ثمة ضرر فليس هناك من مسؤولية، فلا دعوى بغير مصلحة، وركن الضرر هو الركن الذي لا خلاف عليه في أركان المسؤولية المدنية، فهو يعتبر البداية الأولى التي ينصرف إليها التفكير في مساءلة من يتسبب فيه¹.

إن عدم تنفيذ الإلتزام لا يكفي بحد ذاته لقيام مسؤولية المدين، وإنما يجب أيضا أن يترتب على ذلك ضرر يلحق بالدائن، فإذا أخل المدين بإلتزامه، دون ضرر يصيب الدائن، فإنه لا يسأل المدين عن ذلك، كما لو تأخر المدين عن تسليم الدائن السيارة التي سيشارك بها في السباق، وتبين بعد ذلك تأجيل هذا السباق أو إلغائه، فلا يكون الدائن قد لحقه ضرر من جراء هذا التأخر والأصل أن يلتزم الدائن بإثبات الضرر الذي لحق به² فلا يكفي منه إذن مجرد إثبات خطأ المدين في تنفيذ إلتزامه ببذل

¹ راجع: د. عبد الرازق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الإلتزام بوجه عام، مرجع سابق، ص 686

² د. أمين دواس، المصادر الإرادية (العقد والإرادة المنفردة)، مرجع سابق، ص 34

عناية أو أن المدين لم يقدّم بتنفيذ إلتزامه بتحقيق نتيجة¹، ويختلف عبء اثبات الضرر بحسب ما إذا كان الدائن يرجع على المدين مطالبا بالتنفيذ العيني، أو أنه يرجع عليه بالتعويض وهو التنفيذ بمقابل، فإذا كان يطالب بالتنفيذ العيني فإنه لا يطالب بإثبات الضرر؛ لأن عدم التنفيذ يؤدي إلى ثبوت الضرر حتما بل ولا يستطيع المدين أن ينفي مسؤوليته بإثبات عدم حدوث الضرر للدائن من جراء عدم التنفيذ العيني، أما إذا كان الدائن يطالب بالتنفيذ بمقابل أي التنفيذ بطريق التعويض، فإن عليه في هذه الحالة أن يثبت الضرر الذي أصابه من عدم قيام المدين بتنفيذ إلتزامه أو من تأخيره في القيام بتنفيذه²، وتهدف المسؤولية العقدية جبر الضرر الذي يلحق بالدائن من جراء الإخلال بالإلتزام العقدي، ولذلك تقوم المسؤولية العقدية على وجوب تعويض المضرور "الدائن في المسؤولية" عما يلحقه من ضرر، فالخطأ وحده لا يكفي لقيام المسؤولية العقدية وإنما يجب أن يترتب على الخطأ وقوع ضرر للدائن، وبالتالي يعتبر الضرر هو الركن الثاني من أركان المسؤولية العقدية³، فمن يبيع سيارته لآخر ولم يسلمها له في الوقت المتفق عليه بل بعده فهذا خطأ منه لكن مسؤولية البائع هنا لا تتحقق بالخطأ الذي حدث وحده ولكن ينبغي أن يكون هناك ضرر ترتب على ذلك⁴.

ومن خلال ما تقدم، يعرف الضرر عموماً: هو الأذى الذي يصيب المضرور في جسمه أو ماله أو شرفه أو عواطفه⁵.

¹ على سبيل المثال: " أن على الدائن اثبات تكبد دفع قيمة الآلات المصنعة لغايات العطاء إذ لا يكفي مجرد قيام المديونية لثبوت الضرر الفعلي للضمان، لان المديونية يمكن ان تسوى برد المبيع او باستبداله او بتسويته"، تمييز حقوق أردني 87/383، موقع التشريعات الأردنية www.lob.gov.jo

² وهناك حالة واحدة لا يلتزم فيها الدائن بإثبات الضرر، وهي الخاصة باستحقاق الفائدة عن الإلتزامات النقدية، فان الفائدة مقرره باعتبارها تعويضاً عن الضرر الذي اصاب الدائن من عدم حيازته للنقود التي يستحقها والدائن لا يطالب بإثبات وقوع هذا الضرر والمدين لا يملك نفي وقوع هذا الضرر، وهناك حالة ينتقل فيها عبء الإثبات من الدائن الى المدين وهي الحالة التي ينقذ فيها على مقدار التعويض في العقد وهذا ما يسمى بالشرط الجزائي، بالرغم من هذا الاتفاق فان التعويض لا ينبغي ان يزيد عن الضرر، فاذا ادعى المدين ان التعويض المتفق عليه يزيد عن الضرر الذي اصاب الدائن او انه لم يصيب الدائن اي الضرر، وطالب بتخفيض التعويض الى قدر الضرر او عدم الحكم به اطلاقاً، فعليه ان يثبت هذا الادعاء. راجع: د. سمير نتاغو، مصادر الإلتزام، مرجع سابق، ص 179

³ د. أحمد شرف الدين، نظرية الإلتزام، المصادر الارادية (العقد، الارادة المنفردة)، مرجع سابق، ص 340

⁴ د. امجد منصور، النظرية العامة للإلتزامات، مصادر الإلتزام، مرجع سابق، ص 169

⁵ المستشار: محمد عابدين، التعويض بين الضرر المادي والادبي والموروث، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1990، ص 54

ويقصد بالضرر الناشئ عن إلتزام عقدي: هو ما يصيب الدائن من أذى نتيجة لإخلال المدين بإلتزامه العقدي، وهو يشمل الضرر المباشر المتوقع الذي يسببه المدين للدائن¹.

أنواع الضرر الواقع على الأطراف

الضرر ينقسم إلى ضرر مادي وضرر معنوي²، أما المادي فهو الضرر الذي يمكن تقويمه بالنقود، وهو الأكثر شيوعاً في المسؤولية العقدية من الضرر الأدبي، ونظراً لأن العقود تنظم العلاقات المالية بين الأفراد، فإن عدم تنفيذها يؤدي في أغلب الأحيان إلى ضرر مادي يلحق الدائن بإلتزام الذي لم يتم تنفيذه³، والضرر المادي هو ما يصيب الدائن في ذمته المالية من جراء خطأ المدين، كما لو تأخر المدين في تسليم باصات النقل التي طلبها المشتري (متعهد النقل) لاستخدامها في نقل طلاب الجامعة وسبب له هذا التأخير دفع غرامات تأخيرية للجامعة عن كل يوم تأخر فيه عن تنفيذ إلتزامه بالنقل، فهذا يشكل ضرراً مادياً⁴، ويتمثل هذا الضرر في الخسارة التي تلحق المتعاقد بسبب إخلال المتعاقد الآخر بالعقد مما يسبب ضرراً مادياً فتنهض المسؤولية العقدية إذا توفرت علاقة سببية بينه وبين الخطأ⁵، أما الضرر الأدبي هو كل مساس بحق للمدين أو بمصلحة مشروعة له لا يسبب له خسارة مالية⁶، كالآلم الذي يصيبه في شعوره أو كرامته أو في عاطفته كفقْد عزيز عليه أو في سمعته كما لو

¹ أشار القانون المدني الأردني إلى عناصر التعويض عن الضرر عموماً ومنه الضرر الناشئ عن الإخلال بإلتزام في نصوص متفرقة، دون أن يبين مفهوم الضرر، وأهم هذه النصوص المادة (360) والمادة (363) فقد نصت الأولى على أنه: "إذا تم التنفيذ العيني أو أصر المدين على رفض التنفيذ حددت المحكمة مقدار الضمان الذي تلزمه المدين مراعية في ذلك الضرر الذي أصاب الدائن والعنت الذي بدا من المدين"، وتقضي الثانية بأنه: "إذا لم يكن الضمان مقدراً في القانون أو في العقد فالمحكمة تقدره بما يساوي الضرر الواقع فعلاً حين وقوعه"، ولم يعرف النصاب للضرر بشكل واضح، راجع: د. عدنان السرحان ود. نوري خاطر، مصادر الحقوق الشخصية، مرجع سابق، ص 311.

² الضرر الجسدي هو الأذى الذي يصيب الإنسان في جسمه، كما لو تعاقدت امرأة مع طبيب على إجراء عملية تجميل ولم تنجح العملية مما سبب لها تشوهات في الوجه، فهنا يحكم لها بالتعويض عن الضرر الجسدي الذي أصابها، وقد يكون ضرر جسدي مميت يعطل جميع وظائف الجسد ويفضي إلى إزهاق الروح كما لو قام الطبيب بتوليد الحامل وجذبه لراس المولود بقوة ففصله عن جسده، وقد يكون ضرر جسدي غير مميت يعطل بعض وظائف الجسد ويلحق الأذى بالحق في السلامة الجسدية للمضروب ويصاب بالعاهة البدنية مثل إخلال الناقل بعقد النقل الجوي بشروط عقد النقل وارتكابه لخطأ أدى إلى حصول ضرر جسدي كالكسر في الساق أو اليد. راجع: د. عدنان السرحان ود. نوري خاطر، مصادر الحقوق الشخصية، مرجع سابق، ص 312، وراجع أيضاً: د. منذر الفضل، النظرية العامة للإلتزام، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية الوضعية، مصادر الإلتزام، الجزء الأول، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الثانية، 1992، ص 302.

³ د. سمير تناغو، مصادر الإلتزام، مرجع سابق، ص 179.

⁴ د. عدنان السرحان ود. نوري خاطر، مصادر الحقوق الشخصية، مرجع سابق، ص 312.

⁵ د. منذر الفضل، النظرية العامة للإلتزام، مرجع سابق، ص 302.

⁶ د. سمير تناغو، مصادر الإلتزام، مرجع سابق، ص 552.

أحدث الناشر تغييرات في الكتاب الذي وضعه مؤلفه فهنا قد لا يصيب المؤلف ضرراً مادياً، ولكن المحقق إصابته بضرر أدبي وكذلك إذا تعاقد فنان مع شخص على عمل فني ثم فسخ التعاقد مع الفنان العقد فسحاً تعسفياً، ففي هذا الفسخ التعسفي ضرر أدبي يصيب الفنان في سمعته¹، فهو مساس بمصلحة أدبية غير اقتصادية وعادة ما يجتمع الضرر الأدبي والمادي في آن واحد للمضروب، والضرر المادي هو الأكثر والأغلب وقوعاً في نطاق المسؤولية العقدية، أما الضرر الأدبي فإن وقوعه في نطاق هذه المسؤولية غير كثير، ذلك أن الشخص يتعاقد أساساً على شيء ذي قيمة مالية، وبالتالي إذا أصابه ضرر فيكون ضرراً مادياً في الأغلب، إلا أن هذا لا ينفي قد يكون للتعاقد مصلحة أدبية في تنفيذ العقد، بحيث إذا أخل المدين بالتزامه لحق الدائن من جراء ذلك ضرر أدبي².

والتعويض عن الضرر بنوعيه المادي والأدبي ممكن في المسؤولية التقصيرية والعقدية³.

¹ د. أحمد شرف الدين، نظرية الالتزام، المصادر الإرادية (العقد، الإرادة المنفردة)، مرجع سابق، ص 344.

² راجع: د. عدنان السرحان ود. نوري خاطر، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية (الالتزامات) دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 312، وراجع أيضاً: د. أمجد منصور، النظرية العامة للالتزامات (مصادر الالتزام)، مرجع سابق، ص 180، وراجع: د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مرجع سابق، ص 686.

³ وقد كان قديماً لا يعتد بالضرر الأدبي في المسؤولية العقدية ويقصران تعويض الدائن على ما يسببه له عدم وفاء المدين بالتزامه من ضرر مادي خلافاً لحكم المسؤولية التقصيرية، فإذا قيل أن العقد يقع في دائرة تبادل المنافع المادية وأنه يرد على شيء ذي قيمة مالية ولا يصح أن يكون محله مصلحة أدبية أمكن الرد عليه بالقول أن المصلحة الأدبية قد ترتبط ارتباطاً وثيقاً بالمصلحة المادية لتكون للتعاقد مصلحة أدبية في تنفيذ العقد، وإذا قيل أن الضرر الأدبي ليس خسارة مالية كي يتسنى للتعويض أن يزيلها وهو إزالة جميع الأضرار فيرد عليه بأن التعويض عن الضرر الأدبي في المسؤولية التقصيرية وفيها لا يزيل التعويض عن الضرر الأدبي وإنما يعد ترضية تخفف من وقعه ووجود خير من عدمه، وإذا قيل أن تقدير الضرر الأدبي يعتبر تحكماً ولا يقاس بمقيار دقيق، أمكن الرد على ذلك أن صعوبة تقديره لا تجيز عدلاً عدم التعويض عنه، هذا فضلاً عن أن صعوبة التقدير لا تنهض في دائرة المسؤولية العقدية وإنما تقوم في دائرة المسؤولية التقصيرية كذلك، وإذا قيل أن انزال الشرف والعاطفة منزلة الأموال المادية أمر لا نقره المثل العليا، فإن هذه الحجة تنهض في دائرة المسؤولية التقصيرية ولم يقل أحد بعدم التعويض عن الضرر الأدبي في نطاقها، وإذا قيل الضرر الأدبي نادر الوقوع في دائرة المسؤولية العقدية أمكن القول أن الندرة لا يعني عدم تصور الوقوع وانها لا تبرر عدم التعويض، وقد اعتنق المشرع الأدنى مبدأ التعويض عن الأضرار المادية والأدبية ونص على ذلك في القانون المدني المادة (267) على ما يلي: "يتناول حق الضمان الضرر الأدبي كذلك"، ووافقه المشرع المصري فيس المادة (222) من القانون المدني حيث نصت على ما يلي: "1- يشمل التعويض الضرر الأدبي"، راجع: د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات، نظرية العقد والإرادة المنفردة، مرجع سابق، ص 553، وراجع أيضاً: د. أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 240، وراجع: د. عبد الباقي سواي، مسؤولية المحامي المدنية عن أخطائه المدنية، مرجع سابق، ص 95، راجع أيضاً: د. أحمد شرف الدين، نظرية الالتزام، المصادر الإرادية (العقد، الإرادة المنفردة)، مرجع سابق، ص 345، راجع: د. منذر الفضل، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص 303.

مما سبق يمكن القول بأنه قد يظهر من المحكم ما يحقق ضررا أدبيا للأطراف المتنازعة كمخالفة المحكم لإلتزام الحفاظ على سرية النزاع، فإذا أخل المحكم بهذا الإلتزام وقام بإفشاء أسرار هذا النزاع وما يتعلق به من أسرار تجارية مثلا وسواء أكان عن عمد أو بحسن نية فهنا يتحقق الضرر الأدبي للأطراف المتنازعة والذي يستوجب التعويض؛ لأنه مس سمعة الأطراف مما يؤثر على علاقتهم بعملائهم وبمكانتهم في الوسط والنشاط الذي ينتمون إليه، ويكون للقاضي تقدير ذلك التعويض على حساب ما قد يمس الأطراف من أثر بعيدا عن نفقات التحكيم؛ لأن السمعة متعلقها واحد لدى اختلاف النزاعات أو تخصصها فلا ارتباط بذلك، لان في أغلب الأحيان يكون السبب الرئيس والجوهري للجوء الى التحكيم هو الحفاظ على سرية النزاع، أما إذا ظهر للمحكم أن ذلك لم يكن ذا بال للأطراف، إنما السبب الرئيس هو صرعة الفصل في النزاع فإن حجم التعويض يختلف وكل حالة تقدر بقدرها.

شروط الضرر الواقع على الأطراف

اولا: أن يكون الضرر حالا أو مستقبلا متحقق الوقوع

الضرر سواء أكان ماديا أم ادبيا يجب أن يكون حالا أي وقع فعلا أو محقق الوقوع في المستقبل¹، حيث يشترط في الضرر الذي يطالب الدائن بالتعويض عنه سواء أكان ضررا ماديا أو ضررا أدبيا، أن يكون ضررا محققا والضرر يكون محققا إذا كان حالا أي وقع فعلا، أما إذا كان مستقبلا فقد يكون محقق الوقوع وقد يكون محتملا، فإذا كان الضرر محقق الوقوع فيجب التعويض عنه، ولا يتعين في هذه الحالة انتظار وقوعه لرفع دعوى المسؤولية المدنية إذا كانت عناصر تقدير التعويض متوافرة في الحال، كما لو تعاقد صاحب مصنع على استيراد خامات سيحتاج إليها بعد نفاذ ما خزنها، فإذا لم ينفذ المدين إلتزامه كان لصاحب المصنع الرجوع عليه بتعويض ما سيبصيه من ضرر مستقبل؛ لأنه ضرر محقق الوقوع²، أما إذا كان الضرر محتمل الوقوع لا هو قد تحقق فعلا، ولا هو محقق الوقوع في المستقبل، أي قد يقع وقد لا يقع في المستقبل فلا يعوز عن هذا الضرر إلا إذا وقع فعلا، فإذا

¹ د. عدنان السرحان ود. نوري خاطر، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية (الالتزامات) دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 313

² وفي هذا تقول محكمة التمييز المصرية حقوق 1981/10/5 " إذا لم يقم الدعي عليه بالتزامه المتمثل في تسليم باقي كمية الحديد المتعاقد عليها فإن من حق المدعي بعد إعداره ان يطالب إما بتنفيذ العقد عينا او التنفيذ بطريق التعويض عن الضرر الناشئ عن عدم الوفاء بالتزام ويكون التعويض المستحق في هذه الحالة هو المقدار الثابت من الضرر والخسارة اللاحقين فعلا بالمدعي من جراء النكول (وهو الفرق بين قيمة الحديد الفعلية بالتاريخ المحدد في العقد للتسليم وقيمته بتاريخ تبليغ الاخطار على اساس ان المدعي عليه ملزم عند تبليغه الاخطار بتسليم المبيع عينا)" راجع: د. انور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الاردني دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي، مرجع سابق، ص 241

أحدث المستأجر بالعين المؤجرة خلا يخشى معه تهدم العين، فإن الخلل ضرر حال يحق للمؤجر التعويض عنه فوراً، لكن تهدم العين ضرر محتمل وبالتالي لا يعوض عنه إلا إذا تحقق¹، ويتصل بالضرر المحتمل ما يسمى بفوات الفرصة، مثل تقويت الفرصة عن المشاركة في سباق الخيل أو الدخول في الامتحان، أو فوات الفرصة على المدعي (الموكل) لعدم قيام المحامي (الوكيل) بالطعن في الحكم في الوقت المحدد قانوناً للطعن، فقد يفوز الحصان في السباق أو لا يفوز وقد ينجح الطالب في الامتحان وقد لا ينجح وقد يكسب المحامي الدعوى وقد لا².

ونستنتج مما تقدم، إن عدم صدور حكم المحكم رغم إنتهاء ميعاد صدوره مما يعني تحمل الأطراف المتنازعة ضياع الوقت وتحمل التكاليف ونفقات التحكيم دون جدوى وكانوا هم في غنى عنها، أو تنحي المحكم عن نظر النزاع بسبب غير جدي بعد قطع شوط لا بأس به في إجراءات التحكيم مما ينتج عنه ضرر للأطراف فهذه الواقعة تفرض التعويض؛ لأن المصلحة المالية التي كان ينتظرها الأطراف المتنازعة لم تحقق بل إنها أثرت على الكسب المأمول منه لو تم حسم النزاع، وقد يكون الضرر محققاً حدوثه بالمستقبل كان يرفض المحكم سماع شهود في النزاع مما قد يغير من مسار الخصومة تماماً، فهنا كيف رفض المحكم على أنه خطأ لأن سماع هذه الشهادة من الإلتزامات المفروضة على المحكم عرفاً وقانوناً وبمقتضى مبدأ العدالة، فعليه المساواة بين الأطراف حال تقديم طلباتهم ودفاعهم، فهنا بالإمكان رفع دعوى المسؤولية العقدية على المحكم، باعتبار أن عدم سماع الشهود قد يؤدي إلى صدور حكم ليس في صالح هذا الطرف المتضرر من فعل المحكم، والمحقق الوقوع في المستقبل بلا جدال.

وترى الباحثة، بالنسبة للضرر الإحتمالي ذلك الضرر الذي يمكن وقوعه ولا يمكن التأكد من أنه سيقع، فالأمر في شأنه متردد بين احتمال الوقوع وعدمه، ومن هذا القبيل أن يغيب أحد المحكمين عن بعض الجلسات بصورة متتابعة فهنا يوجد إحتمال أن ينتهي موعد إصدار الحكم دون صدوره ويمكن كذلك أن يصدر خلال الموعد المحدد رغم التعطيل الناتج من هذا المحكم، فلا يمكن رفع دعوى المسؤولية على هذا المحكم؛ لأن الضرر محتمل وليس متحقق الوقوع فلا تعويض على ضرر محتمل.

¹ د.أحمد شرف الدين، نظرية الإلتزام، المصادر الإرادية (العقد، الإرادة المنفردة)، مرجع سابق، ص347

² د.عدنان السرحان ود.نوري خاطر، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية (الإلتزامات) دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص313

ثانياً: أن يكون الضرر مباشراً

تتشترك المسؤولية العقدية مع المسؤولية عن الفعل الضار (التقصيرية) في إشتراط أن يكون الضرر واجب التعويض مباشراً، وهو الضرر الذي يكون نتيجة طبيعية للفعل الضار، وهو يعد كذلك في المسؤولية العقدية إذا كان نتيجة طبيعية لإخلال المدين بالتزامه العقدي¹، ويعد الضرر نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالتزام أو للتأخير في الوفاء به، وهو يعد كذلك إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتفاه ببذل جهد معقول².

ويقاس جهد الدائن بمعيار الرجل المعتاد إذا وجد بنفس ظروف الدائن، مثال ذلك إذا اشترى رجل عجلاً مصاباً بوباء وأدى ذلك إلى نفوقه ونفوق العجول التي وضع معها، مما سبب للمشتري صدمة نفسية أودت بحياته فالمدين (البائع) هنا يكون مسؤولاً عن الضرر المباشر فقط، وهو نفوق العجل لمرضه والعجول الأخرى ولا يسأل عن وفاة المشتري؛ لأنه ضرر غير مباشر³.

ثالثاً: أن يكون الضرر متوقعاً

يجب على المدين توقع الضرر، لا في سببه فحسب بل أيضاً في مقداره فإذا تعهدت شركة نقل طردكم ضاع في الطريق، وتبين أنه يحتوي المخل بالتزامه على أشياء ثمينة لم تكن الشركة تتوقعها عند إبرام العقد، فلا تكون الشركة مسؤولة عن كل القيمة بدعوى أنها كانت تتوقع سبب الضرر، وهو وقوع خطأ من عمالها قد يسبب ضياع الطرد، بل لا تكون مسؤولة إلا عن القيمة المعقولة للطرد، إذ هي لا تسأل إلا عن الضرر الذي كانت تتوقعه في سببه وفي مقداره⁴، بحيث يسأل المدين المخل بالتزامه عن الضرر المتوقع عند وقت العقد فلو أن المدين لم يتوقع الضرر في هذا الوقت ثم توقعه بعد ذلك، فإنه لا يكون مسؤولاً عنه، لأنه لم يلتزم به وقت إبرام العقد، إلا إذا كان عدم الوفاء راجعاً إلى غش أو خطأ جسيم من المدين، فلا يشترط حينئذ أن يكون الضرر متوقع الحصول عادة وقت العقد⁵.

¹ د. عدنان السرحان ود. نوري خاطر، مرجع سابق، ص 314

² د. جلال العدوي، أصول الالتزامات مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 276

³ د. عدنان السرحان ود. نوري خاطر، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية (الالتزامات) دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 314

⁴ د. عبد الرازق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مرجع سابق، ص 686

⁵ د. سمير تناعو، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 555

ويقاس الضرر الواقع على الأطراف المتنازعة بالمعيار الموضوعي وليس الشخصي بمعنى أن الضرر المتوقع هو ذلك الضرر الذي يتوقعه الشخص المعتاد في مثل الظروف المحيطة التي وجد فيها المدين لا الضرر الذي يتوقعه المدين بالذات، ولكن يجب أن يوضع الشخص المعتاد في الوسط الاقتصادي والاجتماعي الذي ينتمي إليه الأطراف، كما يجب أن يؤخذ في الاعتبار درجة التخصص الحرفي للمحكم حالة تحدد مقدار التعويض¹.

ومن خلال ما تقدم لشروط الضرر فإن للباحثة إضافة، من الأمور التي يتفق عليها المنطق أن لا يجوز تعويض المضرور أكثر من مرة لإصلاح ضرر واحد بعينه، فإذا قام محدث الضرر بما يجب عليه من تعويض اختيار فيعتبر أنه قد أوفى بالتزاماته، وبالتالي يشترط أن لا يكون قد سبق تعويض الأطراف المتنازعة، على سبيل المثال: لو أن المحكم استنفد الفترة المحددة دون إصدار الحكم، ثم تنازل عن جميع حقوقه وأتعبه تجاه الأطراف على سبيل تعويضهم عن ما تم إنفاقه خلال إجراءات التحكيم، فإنه يعتبر تعويضاً عما فات الأطراف من نفقات وأوقات فلا محل في هذه الحالة للمطالبة بالتعويض تجاه ذلك الضرر، إلا إذا كانت أتعاب المحكم غير كافية للتعويض فإنه يمكن رفع دعوى المسؤولية العقدية بما يوفي التعويض المفروض بما يناسب ذلك الضرر.

ويشترط أيضاً أن يكون الضرر لصيقاً بالأطراف المتنازعة، وهذا الشرط ينصرف القصد فيه إلى أنه إذا كان طالب العويض هو المضرور أصلاً فيجب عليه أن يثبت ما أصابه شخصياً من ضرر، وإذا كان طالب التعويض ممن تلقى هذا الحق فيكون أثبات الضرر على قدر الضرر الذي حل به شخصياً، فهنا يثبت الأطراف المتنازعة أو أحدهم حصول الضرر من خطأ المحكم العقدي.

وأخيراً، يشترط أن يمس الضرر حقاً ثابتاً للأطراف المتنازعة، لا تتم المساءلة إلا عن الخطأ الذي يمس حقاً ثابتاً يحميه القانون، وحصول الأطراف المتنازعة على حكم يفصل في النزاع وفقاً لما أملوه على المحكم، ووفقاً لما قرره القانون يعتبر حقاً ثابتاً يحميه القانون، لذلك إذا تم المساس بهذا الحق وتراخي المحكم مثلاً في إصدار الحكم حتى انتهاء المدة المعينة، فإن المساس بهذا الحق المحمي ينتج عنه ضرر يستوجب التعويض عنه، فإذا كان الضرر ناتجاً عن خطأ المحكم في إلزام لا يحميه القانون وليس مشروعاً فلا يطالب الأطراف المتنازعة بالتعويض عن إخلاله بهذا الإلتزام غير المشروع

¹ راجع: د. عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 686، وراجع أيضاً: د. حسام الاهواني، النظرية العامة للإلتزام، مرجع سابق، ص 634، وراجع: د. امجد منصور، النظرية العامة للإلتزامات (مصادر الإلتزام)، مرجع سابق، ص 180

أو المطالبة بالتعويض لعدم صدور الحكم في منازعة غير مشروعة كأن تكون تجارة مخدرات أو ممنوعات، فهنا لا يعتبر الضرر تحقق ولا خطأ، لأن القانون لا يحمي مثل ذلك ولا يعتبر بها ولا يقيم لها ورزنا، وقاضي دعوى المسؤولية يكون له تقدير التعويض عن الضرر وفقا لحجم الضرر الذي أصاب الأطراف المتنازعة من خطأ المحكم، سواء كان الضرر تحقق وقوعه أو محتملا مستقبلا أو عن فرصة فانت فهذه الأنواع تعود للسلطة التقديرية للقاضي.

الفرع الثالث: علاقة سببية بين خطأ المحكم وتضرر الأطراف

فكما أن عدم تنفيذ الإلتزام العقدي وحده لا يكفي لقيام المسؤولية، فكذلك لا يكفي لقيامها تحقق الضرر، بل يجب أن يكون الضرر الذي لحق بالدائن ناتجا عن عدم تنفيذ المدين لإلتزامه بتحقيق نتيجة أو عن خطئه في تنفيذ إلتزامه ببذل عناية، وبعبارة أخرى يجب لقيام المسؤولية العقدية توافر علاقة سببية بين عدم التنفيذ من قبل المدين والضرر الذي أصاب الدائن¹.

أما إذا وقع خطأ من المدين، وفي ذات الوقت لحق الدائن ضرر، دون ان يكون ذلك الخطأ هو السبب في هذا الضرر، فلا تقوم المسؤولية العقدية، وذلك لإنقضاء علاقة سببية بين الخطأ والضرر².

والأصل أنه يجب على الدائن، الذي يطالب بالتعويض عن الضرر الذي أصابه، أن يثبت أن الضرر نتج عن عدم تنفيذ المدين لإلتزامه، ويكفي من الدائن في هذا المجال أن يثبت أن الضرر كان نتيجة معقولة لعدم تنفيذ المدين إلتزامه؛ لأنه لا يعقل إفتراض أن كل ضرر يصيب الدائن يكون ناتجا عن عدم تنفيذ المدين لإلتزامه، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية لعدم تنفيذ الإلتزام إذا لم يكن في الاستطاعة توقيه ببذل جهد معقول، ولكن حتى لو اثبت الدائن أن الضرر كان نتيجة معقولة لعدم تنفيذ المدين لإلتزامه³، فإنه يظل لهذا الأخير أن يرفع المسؤولية عن نفسه بإثبات السبب الأجنبي، وإذا أثبت

¹ د. أمين دواس، القانون المدني/مصادر الإلتزام، المصادر الارادية (العقد والارادة المنفردة)، مرجع سابق، ص215

² د. أحمد شرف الدين، نظرية الإلتزام، المصادر الارادية (العقد، الارادة المنفردة)، مرجع سابق، ص358

³ د. أمين دواس، القانون المدني/مصادر الإلتزام، المصادر الارادية (العقد والارادة المنفردة)، مرجع سابق، ص215

المدين عدم تنفيذه لالتزامه الذي أدى إلى الإضرار بالدائن كان يعود للسبب الأجنبي فإنه لا يكون مسؤولاً¹.

وتطبيقاً لما سبق، لا بد من توافر علاقة سببية بين خطأ المحكم وبين الضرر الذي أصاب أحد الأطراف المتنازعة أو كليهما معا حتى تتحقق المسؤولية العقدية للمحكم، فإذا كان هناك خطأ من المحكم وضرر لحق بالأطراف فلا بد أن يكون هذا الخطأ هو سبب هذا الضرر وبغير هذا لا تترتب أية مسؤولية على المحكم، فإذا أشيع خبر النزاع بسبب لجوء أحد الأطراف إلى المحكمة المختصة لطلب الأمر بالتدابير التحفظية بعد عدم موافقة المحكم للأمر بالتدابير على اعتبار أن قانون التحكيم الفلسطيني لم يمنحه سلطة ذلك، فإن الضرر الناتج عن شيوع خبر النزاع العالق بين الأطراف لا يرتبط بعلاقة سببية بينه وبين عدم موافقة المحكم بالأمر بالتدابير التحفظية، رغم أن له صلاحية ذلك، لكن لا إرتباط بين خطأ المحكم والضرر الذي لحق بالطرف المنازع، لأن المحكم لم يسع إلى إفشاء خبر النزاع، إنما حصل ذلك بسبب لجوء الطرف المنازع إلى القضاء مما سهل على أجهزة الإعلام مثلاً أن تتلق خبر النزاع واسبابه وتقوم بنشره كمادة إعلامية، مما يؤثر سلباً على الأطراف وعلاقة السببية تستقل تماماً في كيانها عن الخطأ، فلا تدخل في تقدير التعويض وفي المسؤولية العقدية الناشئة عن الاختلال بالالتزام بنتيجة، أو التي يقرر القانون افتراض توافر مسؤوليته، فلا يقبل منه نفي الخطأ وإنما عليه أن يثبت انتفاء علاقة السببية، وتتقي العلاقة السببية إذا كان الضرر قد وقع بسبب أجنبي لا يد للمحكم فيه وقد يكون هذا السبب ناتجاً عن فعل الأطراف المتنازعة أو احدهم أو قوة قاهرة أو فعل الغير.

يقع على عاتق الأطراف المتنازعة عبء إثبات توافر علاقة السببية بين الضرر الذي لحقهم وبين خطأ المحكم، فلا يكفي إثبات خطأ المحكم وإثبات الضرر بل ينضم إلى ذلك ضرورة إثبات علاقة سببية مباشرة بين الخطأ المحكم والضرر الحال بهم ويتم إثبات ذلك بأي قرينة كانت فتثبت العلاقة السببية بتحقيق الأدلة المؤكدة وليست المحتملة.

¹ د. سمير تناغو، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 184

المطلب الثاني: المسؤولية التقصيرية للمحکم

ذكرنا في بداية هذا الفصل إن المسؤولية المدنية تنقسم إلى مسؤولية عقدية وأخرى تقصيرية¹، أما المسؤولية العقدية فهي الإخلال بالتزام عقدي، فكل إخلال بالعقد من قبل المدين يرتب مسؤولية عن

¹ إذا كانت المسؤولية العقدية تفترض عقدا بين المسؤول والمضروب كما قدمنا فإن المسؤولية التقصيرية تقوم في حالة الإخلال بالتزام الذي يفرضه القانون على الكافة، بعدم الإضرار بالآخرين، فإن حدث هذا الإخلال قامت المسؤولية التقصيرية لمن أحدث الضرر بالغير وذلك بتعويض هذا الغير عن الأضرار التي أصابته، ولا ريب أن أحكام المسؤولية العقدية تختلف عن التقصيرية في أمور كثيرة بالرغم من أوجه التشابه التي بينهما وتتمثل الفروق بينهما فيما يلي:

أولاً: من حيث مدى الضمان "التعويض": يسأل المسؤول بموجب المسؤولية العقدية عن تعويض الضرر المتوقع عند التعاقد فقط، في حين أن المسؤول في المسؤولية التقصيرية يسأل عن الضرر المتوقع وغير المتوقع، وحكمة ذلك أنه في ظل العقد المتعاقدين قد اتفقا على بنود العقد وحددا ظروفه ومن ثم فمن المنطقي أن يلتزما بما توقعاه في هذا الشأن أما في ظل المسؤولية التقصيرية فإن القانون هو الذي أنشأها ولي المتعاقدان.

ثانياً: من حيث الأهلية: لا يشترط في المسؤولية عن الفعل الضار بالغير بلوغ سن الفاعل سن الرشد بل يشترط فيه التمييز فقط، أما السن اللازم لقيام المسؤولية العقدية هي بلوغ الرشد كقاعدة عامة.

ثالثاً: من حيث عدم سماع الدعوى: لا تسمع الدعوى في إطار المسؤولية العقدية إلا بمرور خمس عشرة سنة، أما المسؤولية التقصيرية فإن دعوى الضمان الناجمة عن الفعل الضار لا تسمع بعد انقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المضروب حدوث الضرر وبالمسؤول عنه وفي كل الحالات بانقضاء خمس عشرة سنة منذ حدوث الفعل الضار.

رابعاً: من حيث التضامن: فالتضامن في حالة تعدد المسؤولين تعاقدية لا يفترض، وإنما يكون بناء على اتفاق أو نص في القانون، على أنه ثابت قانوناً في حالة تعدد المسؤولين في المسؤولية التقصيرية إذا وقع الفعل الضار من عدة أشخاص، دون استطاعة تعيين من أحدث الضرر حقيقة منهم، أو تحديد نصيب كل منهم في إحداثه.

خامساً: من حيث الإعذار: فالإعذار كقاعدة عامة شرط لقيام المسؤولية العقدية وللمطالبة بالضمان، أما المسؤولية التقصيرية فلا حاجة إلى الإعذار.

سادساً: من حيث الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية: يجوز في القانون المصري كقاعدة عامة يجوز الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية العقدية على حين أن مثل هذا الاتفاق يقع باطلاً بالنسبة للمسؤولية التقصيرية، أما في القانون الأردني فلا يجوز الاتفاق على الإعفاء في أي من المسؤوليتين، بينما في قانون المخالفات لم يرد فيه الإعفاء من المسؤولية التقصيرية ولكن لا يعني ذلك أنها معفية وذلك لارتباط المسؤولية التقصيرية بالنظام العام، بينما المسؤولية العقدية فيجوز الإعفاء منها لأن العقد شريعة المتعاقدين.

سابعاً: من حيث عبء الإثبات: في المسؤولية العقدية يكون عبء الإثبات على المدين إذ ينبغي أن يثبت أنه قام بالتزامه التعاقدية أو يثبت السبب الأجنبي الذي حال دون قيامه بهذا الالتزام، أما المسؤولية التقصيرية فيقع عبء الإثبات على الدائن "المضروب" بأن يثبت أن المدين قد خالف الواجب العام الذي يقضي بعدم الإضرار بالغير، ومن ثم أتى عملاً غير مشروع أدى إلى الإضرار به، وهو يطالب بالتعويض عن هذه الأضرار.

هل يجوز الجمع والخيرة بين المسؤوليتين؟

قد يشكل الفعل الواحد إخلالاً بالتزام عقدي، وإخلالاً بالتزام تقصيري في نفس الوقت وهنا تتور مسألة الجمع بين المسؤوليتين كما تنور مسألة الخيرة بينهما، فأما مسألة الجمع بين المسؤوليتين فلا خلاف بين الفقهاء على عدم جوازها، فلا يجوز للدائن مثلاً المطالبة بتعويضين على أساس المسؤولية العقدية وآخر على أساس المسؤولية التقصيرية، لأنه لا يتصور التعويض مرتين عن الضرر الواحد، كذلك لا يجوز للدائن وأن طالب بتعويض واحد أن يجمع في دعواه المدنية خصائص المسؤولية العقدية وخصائص المسؤولية التقصيرية وفقاً لما يفيد من كل منهما، كأن

الضرر الذي يسببه للدائن، وتحقق المسؤولية العقدية بشكل عام إذا أمتنع عن تنفيذ إلتزامه العقدي أو قام بتنفيذه بشكل معيب أو أدى هذا إلى إلحاق الضرر بالدائن، وهذا يستوجب بداية وجود عقد صحيح حصل الإخلال به.

أما المسؤولية التقصيرية فهي تنشأ عن إخلال بإلتزام قانوني، بعدم الإضرار بالغير، ويكون الإضرار غير المشروع مصدراً للمسؤولية في حدود النصوص القانونية التي تحكمها¹.

تناول قانون المخالفات المدنية المسائل التي ترتب ضرراً والتعويض عن هذا الضرر، ويلاحظ أنه استخدم لفظ "المخالفات المدنية"²، بينما القانون المدني الأردني استخدم لفظ "الفعل الضار" للتعبير

بتمسك بعدم سماع الدعوى بمضي خمس عشرة سنة في المسؤولية العقدية وإيضاً ان يتمسك بالتضامن المفترض في المسؤولية التقصيرية، والا ظهرت دعوى غير معروفة لا هي بالعقدية ولا هي بالتقصيرية، أخيراً لا يجوز للدائن اذا دفع احدى الدعوتين فخرها ان يلجأ إلى الدعوى الأخرى.

أما مسألة الخيرة بين المسؤولين، بمعنى اختيار الدائن لأصلح الدعويتين له متى توافرت شروطها فقد اثار الخلاف في الفقه والقضاء، فمن الشراح من يرى جواز الخيرة بين المسؤولين، على اساس أن الدعوى يجوز رفعها متى توافرت شروطها، فإذا توافرت شروط المسؤولية العقدية وشروط المسؤولية التقصيرية كان للدائن الخيار بينهما، ولكن اذا تخير احدى الدعويتين فخرها فلا يجوز له بعد ذلك اللجوء الى الأخرى، ومنهم من يرى ان دعوى المسؤولية العقدية تجب دعوى المسؤولية التقصيرية لان العلاقة بين الدائن والمدين مرجعها العقد وحده. راجع: د. انور سلطان، مصادر الإلتزام في القانون المدني الأردني دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي، مرجع سابق، ص 289، وراجع ايضاً: د. امجد منصور، النظرية العامة للإلتزام مصادر الإلتزام، مرجع سابق، ص 251، راجع: د. بشار ملكاوي ود. فيصل العمري، مصادر الإلتزام الفعل الضار، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الاولى، 2006، ص 21، راجع: د. محمد احمد، مصادر الإلتزام في القانون المدني دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي، مرجع سابق، ص 194، راجع: د. جلال العدوي، اصول الإلتزام، مرجع سابق، ص 340

¹ د. عدنان السرحان ود. نوري خاطر، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية (الإلتزامات) دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 354

² لم يتطرق الفقهاء أو الشراح لشرح قانون المخالفات المدنية رقم (36) لسنة 1944 وبالتالي لم يتطرقوا لتبيان ماهية المخالفة المدنية لإمكان معرفة ما إذا كان اساس المسؤولية الضرر أم الخطأ، وكذلك فقد ورد في المادة الثانية من هذا القانون تفسير بعض المصطلحات الواردة فيه دون التعرض لمفهوم المخالفة المدنية، مع ان واضعي القانون كان الاجدر بهم أن يوضحوا مفهوم المخالفة المدنية، ومن الجدير ذكره أن هذا القانون هو من وضع الإنجليز وبالتالي تم مراعاة ما هو مأخوذ به في إنجلترا، "ومن المعروف أن القوانين البريطانية تمتاز بصفة عدم وجود تشريع مقنن وثابت تعتمد المحاكم في بناء أحكامها عليها، وبناءً على ذلك فقد أثر في الفقه الإنجليزي خلاف شديد حول ما إذا كان هناك - وإلى حد ما - مبدأ واضح ومحدد يتخذ كأساس للمسؤولية عن الفعل الضار، فقد اعتبرت الأكثرية - ومنهم الفقهاء سالوموند وجينكيس - أن القانون البريطاني لم يتضمن مبدأ عاماً يحكم أساس المسؤولية في القوانين الأنجلوسكسونية وأن كل مخالفة مدنية وبالعودة لقانون المخالفات المدنية فقد وجدنا أنه تناول بعض المسائل التي هي مبدأ قائم بذاته" تكون بذاتها مسؤولية تقصيرية وعالج هذه المسائل كل على حدة، فقد تناول موضوع القذف، الإفتراء، الاعتداء، الحبس بغير حق والمقاضاة الكيدية، الاحتيال والحجز غير الشرعي وغير ذلك من الأمور التي تؤلف مخالفة مدنية. ومما يمكن أخذه على هذا القانون أنه كثير التعرض

لوضع التعاريف مع أن هذا ليس من اختصاص المشرع، بل إن الفقه هو صاحب الاختصاص الأصيل في هذا المجال. راجع: ربيع أبو حسن، مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه في مشروع القانون المدني الفلسطيني "دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، نابلس،

2008، ص 41

عن المسؤولية التقصيرية¹، أما القانون المدني المصري فإنه استخدم لفظ "العمل غير المشروع" للحديث عن المسؤولية التقصيرية².

سبق وأن بينا أن المسؤولية المدنية للمحكم يمكن أن تكون مسؤولية عقدية وتتطلب بذلك علاقة تعاقدية بين المحكم والأطراف المتنازعة نتج عنها ضرر بالأطراف لإخلال المحكم بالتزام متولد عن هذا العقد، وحال عدم وجود عقد تكون مسؤولية المحكم تقصيرية.

أن المحكم لا يختلف عن أرباب المهن الأخرى بصفة عامة حيث لا يتحمل المسؤولية التقصيرية إلا على سبيل الإستثناء؛ لأنه كما ذكرنا في المطلب السابق أن مسؤولية المحكم اتجاه الأطراف دائماً ما تكون عقدية؛ لأنه يرتبط معهم بعقد، بصرف النظر عن طبيعة هذا العقد.

ولقيام المسؤولية التقصيرية للمحكم لا بد من توافر الأركان الثلاثة لها وهي: خطأ المحكم التقصيري (التعدي) والضرر الواقع على الأطراف المتنازعة وعلاقة سببية بين التعدي والضرر الواقع.

الفرع الأول: الخطأ التقصيري للمحكم (التعدي)

لم يكن سهلاً وضع تعريف محدد للخطأ، فهذه الكلمة يندرج تحتها أعداد لا حصر لها من السلوك الإنساني، ولذلك يبدو من الصعوبة بمكان وضع محكم يفصل بين ما يعتبر خطأ وما لا يعتبر كذلك في سلوك الإنسان³.

ويمكن تعريف الخطأ بأنه انحراف في سلوك الشخص مع إدراكه لهذا الانحراف، وهذا التعريف كما هو ظاهر يبني الخطأ على ركنين: أحدهما مادي وهو الانحراف والتعدي، والآخر معنوي وهو الإدراك⁴.

¹ عالج المشرع الاردني المسؤولية التقصيرية في القانون المدني الاردني رقم 34 لسنة 1976 في الفصل الثالث من الباب الاول تحت عنوان الفعل الضار وخصص لها المواد (256 الى 291)، وقد وضع المشرع الاردني قاعدة عامة للمسؤولية التقصيرية في المادة (256) حيث جاء فيها "كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بالضمان

² عالج المشرع المصري المسؤولية التقصيرية في القانون المدني لسنة 1948 في المواد من (163 الى 177).

³ د. سمير تناغو، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 226

⁴ أهتم المشرع المصري بفكرة الخطأ حتى أنه ذكرها في أول مادة تتعلق بالمسؤولية التقصيرية وهي المادة (163) من القانون المدني، حيث نصت على أن "كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض"، ويبني الخطأ على ركنين: وهما الركن المادي و هذا الركن يكفي

فالمسؤولية التقصيرية إخلال بالالتزام قانوني كما أنه في المسؤولية العقدية إخلال بالالتزام عقدي، غير أن الإلتزام القانوني الذي يعتبر الإخلال به خطأ في المسؤولية التقصيرية هو إلتزام ببذل عناية دائماً، وهو أن يصطنع الشخص في سلوكه اليقظة والتبصر حتى لا يضر بالغير ، فإذا انحرف عن هذا السلوك الواجب، وكان من القدرة على التمييز بحيث يدرك أنه قد إنحرف، كان هذا الإنحراف خطأ يستوجب مسؤوليته التقصيرية، فهو إخلال بواجب قانوني مقترن بإدراك المخل إياه¹.

وبالتالي يفترض هنا أن لا تكون ثمة صلة عقدية بين المدين والمضروب، لكن ذلك لا يمنع من قيام المسؤولية التقصيرية على المحكم رغم وجود العقد وذلك حالة إخلال المحكم بالالتزام غير عقدي، إذ تنهض مسؤوليته حينئذ لخروجه عن السلوك المألوف للشخص العادي الذي يفرضه القانون وهذا يعتبر إلتزام على الكافة عدم وجود العلاقة التعاقدية بين من أخل بهذا الإلتزام والمضروب أياً كان، ومن ثم يقوم الخطأ في المسؤولية التقصيرية على ركنين: ركن مادي وآخر معنوي.

أولاً: الركن المادي

أن الخطأ في عنصره المادي هو كل إنحراف عن السلوك المألوف للرجل العادي، وفكرة الإنحراف في السلوك يمكن قياسها بمعياري ذاتي المرجع فيه هو نفس الشخص الذي صدر منه الإنحراف، أو بمعياري موضوعي المرجع فيه هو الشخص العادي² أو الشخص اليقظ³.

بمفرده لقيام المسؤولية التقصيرية في القانون المدني الاردني، والآخر الركن المعنوي، ويوافق قانون المخالفات المدنية القانون المصري في هذه النقطة حيث نص على عدة حالات تقوم المسؤولية فيها، فقد نص قانون المخالفات المدنية: الاعتداء ونص عليه في المادة (24)، والمقضاء الكيدية ونص عليها في المادة (30)، والاحتيال في المادة (34)....الخ. راجع: . انور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الاردني دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي، مرجع سابق، ص229

¹ راجع د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مرجع سابق، ص686، راجع ايضاً: د.محمد احمد، مصادر الالتزام في القانون المدني دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي، مرجع سابق، ص196

² د.سمير تناغو، مصادر الإلتزام، مرجع سابق، ص226

³ يقصد بالشخص العادي شخص مجرد يمثل ما هو وسط بين الاشخاص من حيث الحرص والعناية، والذكاء والفتنة، والعلم والخبرة والنزاهة والأمانة، ومؤدى ذلك أن تحديد الشخص العادي يقوم على اساسين : الاول التجريد، الثاني الوسيطة، فأما التجريد فيقصد به استبعاد الصفات الذاتية التي يتصف بها من تسبب في الضرر، والوقوف عند الصفات العامة التي تتوافر في مجموع الاشخاص الذين يمثلهم الشخص العادي وهذا ما يجعل منه معياراً موضوعياً وليس ذاتياً، وأما الوسيطة فمبناها أن المستوى المتوسط من الحرص والعناية واليقظة وغيرها من الامكانيات هي التي تتوافر لدى غالبية الاشخاص والمعايير القانونية ينبغي ان تبنى على الغالب، ولهذا فإن الشخص المجرد الذي تعد مخالفة سلوكه معياراً للخطأ ليس الشخص الحريص المتبصر المتيقظ وإنما الشخص العادي. راجع: د.جلال العدوي، اصول الالتزامات" مصادر الالتزام"، مرجع سابق، ص360

أن المعيار الذاتي أو الشخصي ينظر إلى الفعل من خلال شخص الفاعل فإن كان شخصا عاديا حاسبناه ، كما نحاسب الشخص العادي، وإن كان أعلى تشددنا في محاسبته، ومع أن المعيار الشخصي معيار عادل إلا أنه غير منضبط لذلك لم يصادف نجاحا¹، وبالتالي أن الأخذ بالمعيار الشخصي يؤدي إلى أن الفعل قد يعتبر إنحرافا بالنسبة لشخص معين ولا يعتبر كذلك بالنسبة لشخص آخر، فإذا كان الشخص شديد اليقظة فإن أي إنحراف ولو يسير من جانبه يعتبر خطأ، أما إذا كان الشخص مهملا فلا يعتبر الفعل إنحرافا بالنسبة له إلا إذا كان على درجة كبير من الخطورة، ويؤدي هذا المعيار إلى أن استحقاق المضرور للتعويض أو عدم استحقاقه يتوقف في المقام الأول على طبيعة الشخص الذي سبب له الضرر بفعله، وهو ما لا يبدو مقبولا، ومن ناحية أخرى فإن هذا المعيار يؤدي إلى تشديد المسؤولية على الشخص اليقظ الحريص، وإلى تخفيفها عن الشخص المهمل غير المكتثر، وهذه نتيجة تصدم بأي تقدير سليم للأمور، وتدعو في الحال إلى رفض المعيار الذاتي للخطأ²، أما المعيار الموضوعي فينظر إلى شخص مجرد، يقال له رب الأسرة الحريص، فما هو خارق الذكاء ولا ببالغ الغباء فهو الشخص المتوسط من الناس، ثم يقاس سلوك محدث الضرر به فإذا لم يكن قد خرج عن سلوك هذا الشخص العادي المتوسط (من نفس طائفة الشخص الذي وقع منه الإعتداء، وفي نفس ظروفه الخارجية لا الداخلية) فهو غير معتمد إن خرج فقد ثبت خطئه وتحققت مسؤوليته، وهذا المعيار هو واحد بالنسبة إلى جميع الناس وهو يجنبنا الخوض في خبايا النفس وما تخفى الصدور³، ولكن لكي يكون مفيدا يجب الإعتداد بالظروف الخارجية للشخص الموصوف برب الأسرة الحريص لا الظروف الداخلية⁴.

¹ د. محمد أحمد، مصادر الالتزام في القانون المدني دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي، مرجع سابق، ص 197

² د. سمير تناغو، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 227

³ د. محمد أحمد، مصادر الالتزام في القانون المدني دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي، مرجع سابق، ص 198

⁴ أن الظروف الخارجية التي أحاطت بسلوك المتسبب في الضرر هي وحدها التي تجب مراعاتها عند قياس هذا السلوك على سلوك الشخص العادي، بحيث تكون العبرة بما كان يسلكه الشخص العادي في مثل تلك الظروف الخارجية، ويعتبر ظرفا خارجيا ما لا يتصل بالشخص المتسبب في الضرر ذاته من الصفات كما هو الشأن في الظروف المكانية والزمانية التي وقع فيها الفعل الضار بحيث يعتد مثلا بوقوعه ليلا أو في طريق مزدحم أما الظروف الداخلية التي تتصل بذات الشخص الذي وقع منه الفعل الضار بحيث يعتد مثلا بوقوعه ليلا أو في طريق مزدحم ، اما الظروف الداخلية التي تتصل بذات الشخص الذي وقع منه الفعل الضار كالتطبع الشخصية والحالة النفسية والصحية والاجتماعية والسن والجنس فلا ينظر إليها عند قياس سلوكه على ما كان يسلكه الشخص العادي. راجع: د.جلال العدوي، اصول الالتزامات" مصادر الالتزام"، مرجع سابق، ص 362

ثانيا: الركن المعنوي " الإدراك "

لا يكفي توافر العنصر المادي فقط بل يجب أيضا تحقق العنصر المعنوي المتمثل في الإدراك أو التمييز أو قصد الإضرار بالغير، فالصبي والمجنون والسكران لا تتقرر مسؤوليتهم، ولكن إشتراط الإدراك للخطأ لم يسلم من النقد، ذلك أنه قد يكون عديم التمييز غنيا والمضروور فقيرا، فليس من العدل تحميل الفقير وزر الغني لمجرد فقدان الإدراك، لذلك لجأ أنصار هذه الفكرة إلى القول بأن الإدراك من الأمور الداخلية التي لا تؤخذ بعين الاعتبار كالسن والصحة¹، وتتص المادة (8) من قانون المخالفات المدنية على أنه " لا تقام دعوى على شخص لمخالفة مدنية إرتكبها وهو دون سن الثانية عشرة من عمره"، وبالتالي ليسأل هذا الشخص يجب أن يكون مميزا، وفي حالات أخرى لم يشترط التمييز وبالتالي في هذه الحالة يكفي ركن الضرر لتحقيق الخطأ مثل نص المادة (4/14) " إذا حدث أن وقع ضرر بسبب فعل أو ترك....".

وبتطبيق القواعد السابقة على موضوع الدراسة، يمكن القول بأنه حتى يتوافر ركن الخطأ في حق المحكم فإنه يجب توافر الإنحراف والإدراك، وبمعنى آخر فإنه يلزم توافر العنصر المادي والعنصر المعنوي للخطأ.

معيار الخطأ التقصيري (التعدي) للمحكم

إذا كان الإلتزام الجوهري في وظيفة المحكم هو حسم النزاع وكان الإخلال به إخلالا بالإلتزام عقدي معياره تحقيق نتيجة، فإنه يوجد إلى جانب هذا الإلتزام عدة إلتزامات عقدية دائما ما تكون إلتزامات ببذل عناية، ولا يختلف هذا في حالة المسؤولية التقصيرية للمحكم فنجد أن حسم النزاع هو الإلتزام الجوهري له لكنه غير مرتبط بعقد مع الأطراف، وتكون أحكام المسؤولية التقصيرية هي المعمول بها رغم أنه إلتزام بتحقيق نتيجة، ويقف إلى جانب ذلك الإلتزام إلتزامات كثيرة للمحكم تكون إلتزامات ببذل عناية ومحكومة أيضا بأحكام المسؤولية التقصيرية، إذا يمكن القول بأن إلتزامات المحكم في المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية منها إلتزامات بتحقيق نتيجة (حسم لنزاع) ومنها إلتزامات ببذل عناية وفقا لما تتطلبه الأصول العلمية والفنية التي تخص مهنة التحكيم، ولا تقتصر على واحد فقط، لهذا لو

¹ و هذا الإتجاه يقترب من النظرية المادية التي تنظر في المسؤولية إلى الضرر لا إلى الخطأ كما يفعل الفقه الاسلامي والقانون الاردني، وأخذ

القانون المصري في حالات ضيقة واستثنائية راجع: د. محمد أحمد، مرجع سابق، ص198

تخلى المحكم مثلاً عن بذل العناية سواء في إطار وجود عقد المحكم أو حال وجوده يكون الخطأ متحققاً؛ لأنه يكون قد انحرف عن سلوك الرجل العادي من أواسط مهنة التحكيم، أي من أواسط المحكمين إماماً بأصول مزاولتها علمياً وفنياً.

درجة الخطأ التقصيري للمحكم

أولاً: الخطأ الجسيم والخطأ اليسير

يبدو للوهلة الأولى أن الخطأ الجسيم واضح حيث يسهل التعرف عليه بمجرد إلقاء نظرة على سلوك الشخص الذي يراد تقدير سلوكه ومعرفة ما إذا كان قد اقتترف هذا النوع من الخطأ أو لم يقتترفه¹، والخطأ الجسيم هو ذلك الخطأ الذي يقع من شخص قليل الذكاء، ولا يتصور وقوعه إلا من شخص عديم الإكتراث²، وهو أيضاً الخطأ الذي لا يرتكبه أقل الناس حظاً من الفطنة والحرص والتبصر³.

وفي تقديري أن الخطأ الجسيم هو خطأ غير عمد يتخلف فيه قصد الإضرار من جانب المحكم ولكن السلوك يتسم بدرجة كبيرة من الجسامة والفجاجة غير المقبولة فهو لا يصدر من أقل الناس تبصراً، إنما تتحقق معه عدم الاكتراث والاهتمام.

أما الخطأ اليسير فيقصد به الخطأ الذي لا يقترفه شخص عادي في حرصه وعنايته⁴.

وبالتالي فإن الخطأ اليسير أقل درجة من الخطأ الجسيم ويتمثل في الإهمال والرعونة وسوء الاختيار وعدم توقع احتمال الضرر أو توقعه بدرجة غير كبيرة دون إتخاذ التدابير الضرورية لتجنب وقوعه.

¹ د. حسن الدنون، الميسوط في المسؤولية المدنية (2) الخطأ، مرجع سابق، ص 159

² د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات، نظرية العقد والارادة المنفردة، مرجع سابق، ص 318

³ د. حسن الدنون، مرجع سابق، ص 160

⁴ أ. حسين عامر وأ. عبد الرحيم عامر، المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، مرجع سابق، ص 183

ثانياً: الخطأ العمد والخطأ غير العمد.

يقصد بالتعمد تعمد الضرر ولا تعمد الفعل، بمعنى أن يكون المتسبب قد قام بالفعل بقصد عمدي للإضرار بالغير، أي أن نتيجة الإرادة إلى إحداث الضرر، أي أن الأمر الذي لابد من ملاحظته هو توافر نية الإضرار لدى الفاعل¹.

ويتحقق عندما يتعمد المحكم بسلوكه إحداث ضرر بالغ بالأطراف المتنازعة بتوافر سوء نية وقصد الإضرار من جهة ونية إتيان الفعل الذي يسبب الضرر من جهة أخرى، فالإرادة تتجه إلى إحداث الفعل وإحداث الضرر، ولا يمكن التأمين من هذا الخطأ، وغالباً ما يحكم بالتعويض فيه أكثر مما يحكم في الخطأ غير المتعمد، ويأخذ الغش حكم الخطأ العمد لأن قصد التحايل على القانون أو الاتفاق متحقق.

والخطأ غير العمد فهو الإخلال بواجب قانوني سابق مقترن بإدراك المخل ودون قصد الإضرار بالغير ويبدو هنا أن الخطأ غير العمدي يتطلب عنصراً مادياً وهو الإخلال بواجب وعنصر معنوي وهو الإدراك².

إذا الخطأ غير العمدي هو إنحراف المحكم عن السلوك المعتاد دون قصد النتيجة ولا تتجه إرادته إلى الإضرار المتنازعة، ويمكن تسميته الخطأ بإهمال أو بالرعونة أو عدم التبصر أو عدم الاحتياط وهذه الأوصاف المذكورة سلفاً يتصور حدوثها في أي خطأ قد يصدر من المحكم إضافة إلى وصف الإيجابية والسلبية وهو الفعل أو الامتناع عن الفعل.

¹ د. بشار ملكاوي ود. فيصل العمري، مصادر الإلتزام الفعل الضار، مرجع سابق، ص 44

² د. خالد فهمي، المسؤولية المدنية للصحفي عن أعماله الصحفية، مرجع سابق، ص 135

الفرع الثاني: الضرر الواقع على الأطراف المتنازعة في المسؤولية التقصيرية للمحکم

إن مسؤولية المحکم المدنية لا تتحقق بمجرد ثبوت الخطأ إزاء المحکم بل لا بد من تحقق الضرر للأطراف المتنازعة، ولهذا لا يمكن الحديث عن المسؤولية دون تحقق الضرر.

يعد الضرر ركنا هاما من أركان المسؤولية التقصيرية، إذ لا تقوم تلك المسؤولية بدونه بل إنه الركن الجوهری في المسؤولية عن الفعل الضار "التقصيرية"، فإذا لم يوجد الضرر فلا تقبل دعوى المسؤولية من المدعي، فلا مسؤولية بغير ضرر¹.

ومفهوم الضرر الذي يجب التعويض عنه هو الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه، أو بمصلحة مشروعة له سواء كان ذلك الحق، أو تلك المصلحة متعلقة بسلامة جسمه أو عاطفته أو بحالة أو حريته أو شرفه أو اعتباره أو غير ذلك²، وقد كان الضرر محط اهتمام الفقه الإسلامي منذ القدم ولقد كان حديث الرسول صلى الله عليه وسلم "لا ضرر ولا ضرار" بمثابة الركيزة الأساسية التي إنطلق منها الفقهاء في هذا الصدد³، ولذلك فقد أخذ عن هذا الحديث الشريف العديد من القواعد منها "الضرر يزال"⁴، وأیضا "الضرر يدفع بقدر الإمكان"⁵

والضرر سواء كان ماديا أو أدبيا فإنه يلزم له شروطا معينة كي يتم التعويض عنه، نبينها ثم نتحدث عن أنواع الضرر.

أولا: الإخلال بمصلحة مشروعة للمضرور

يشترط في الضرر حتى يكون قابلا للتعويض أن يصيب حقا أو مصلحة مشروعة للمضرور، ويعتبر هذا الشرط بديهيا، ومثال الاعتداء على النفس أو المال⁶، فلا يشترط أن يكون الحق المعتدى عليه حقا ماليا كحق الملكية مثلا ولكن أي حق يحميه القانون، كحق الإنسان في الحياة وفي سلامة

¹ د. أمجد منصور، النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 283

² د. بشار ملكاوي ود. فيصل العمري، مرجع سابق، ص 71

³ وأخذت مجلة الأحكام العدلية في المادة (19) "لا ضرر ولا ضرار" من الحديث الشريف

⁴ مجلة الأحكام العدلية المادة (20)

⁵ مجلة الأحكام العدلية المادة (31)

⁶ د. بشار ملكاوي ود. فيصل العمري، مصادر الإلتزام الفعل الضار، مرجع سابق، ص 76

أعضائه وحقه في الحرية الشخصية¹، بل يكفي أن يقع الإعتداء على مصلحة مشروعة للشخص إلا أنه لا يلزم أن ترقى المصلحة المشروعة إلى مصاف الحق، وإنما يكفي أن تكون غير مخالفة للقانون أو الآداب، فالإخلال بمصلحة مشروعة لا ينحصر في الإعتداء على الحقوق وإنما يتسع للإعتداء على أي مصلحة غير مخالفة للقانون والآداب، حيث يكون الإخلال إخلالا بحق من الحقوق، فلا حاجة للتحقق من توافر شرط مشروعية المصلحة، لأن الحق لا يتقرر إلا لمن له مصلحة مشروعة، أما من حيث لا يكون الإخلال بحق وإنما بمصلحة، فإنه يلزم التحقق من أنها ليست مصلحة غير مشروعة لمخالفتها للقانون أو الآداب².

يتمثل هذا الضرر في مساس بمصلحة مالية مشروعة، مثل تكبد الأطراف المتنازعة مصاريف ونفقات كبيرة في التحكيم رغم عدم صدور الحكم، أو صدوره في غير ميعاده بعد الميعاد الإضافي، أو حالة تفرق المحكمين في الحكم وانتهاء المنازعة بدون حكم حاسم للنزاع.

ثانيا: أن يكون الضرر محقق الوقوع

يشترط لقيام المسؤولية أن يكون الضرر الذي لحق بالمدعي محقق الوقوع، والمقصود بذلك أن لا يكون إفتراضيا، ولا أن يكون إحتماليا، بل يجب أن يكون قد وقع فعلا، وهذا الوصف من الوقوع الفعلي هو ما يجيز المطالبة بالتعويض، يشمل ذلك الضرر المستقبل الذي سيتحقق وقوعه، أي أن موجباته ستؤدي بالحثم إلى تحققه، كإصابة العامل بما يؤكد عجزه عن العمل³، والضرر المحقق قد يكون حالا أي وقع فعلا كموت المصاب، وقد يكون مستقبلا والضرر المستقبل على عكس الضرر المحتمل ضرر محقق الوقوع وإن لم يقع بعد ويستطاع تقديره فورا وقد لا يستطيع ذلك فإذا كان من المستطاع تقديره فورا حكم القاضي بتعويض كامل عنه، أما إذا لم يكن من المستطاع تقديره فورا، وهذا هو الغالب كإصابة عامل من شأنها أن تؤدي بحياته أو تنتهي بعجزه عن العمل كليا أو جزئيا فيكون القاضي بالخيار بين الحكم بتعويض مؤقت على أن يحفظ للمضرور حقه في التعويض النهائي بعد أن يستبين مدى الضرر، وبين تأجيل الحكم بالتعويض حتى هذا الوقت⁴.

¹ د. أمجد منصور، النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 329

² د. جلال العدوي، اصول الالتزامات مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 430

³ د. أمجد منصور، النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 330

⁴ د. أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الاردني دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي، مرجع سابق، ص 330

أما اضرار الإحتمالي فهو ضرر لم يقع وليس من المحقق أنه سيقع في المستقبل، فهو قد يقع وقد لا يقع ومن ثم يكون وقوعه لا مجرد مداه احتماليا، وفي هذا يختلف الضرر الاحتمالي عن الضرر المستقبل الذي قد يحيط الإحتمال بمداه لا بوقوعه¹، كمن يحرق ورقة يانصيب مملوكة لآخر، فلا يستطيع القول أنه أفقده قيمة الجائزه، لان هذا الضرر إحتمالي يتوقف تحققه أو عدمه على نتيجة السحب، فإذا ربح الورقة عند السحب كان الضرر محققا أو عدمه على نتيجة السحب، فإذا ربح الورقة عند السحب كان الضرر محققا وإلا إنتفى وجوده أصلا²، وهذا الضرر الاحتمالي لا تقوم المسؤولية عنه؛ لأن المسؤولية تبنى على إحتمال قد يقع وقد لا يقع، وما دام الضرر ركنا من أركان المسؤولية، فلا أقل لقيامها من أن يكون هذا الركن محققا، ولهذا فإن الضرر الإحتمالي يستبعد من عناصر الضرر عنها³.

أما تقويت الفرصة، وإن كان أمرا محتملا غير أن تقويتها أمر محقق ولذا يتعين التعويض عنها، والتعويض لا يكون عن موضوع الفرصة؛ لأنه أمر احتمالي وإنما يكون عن تقويت الفرصة ذاتها ويراعي في تقدير التعويض مدى إحتمال الكسب الذي ضاع على المضرور جراء تقويت الفرصة عليه، مثل ضياع المحكم المستندات والوثائق المتعلقة بالنزاع التحكيمي⁴.

ثالثا: أن يكون الضرر مباشرا

فالضرر الواجب التعويض عنه هو الضرر المباشر الذي يكون نتيجة طبيعة للفعل الضار، وهو يعد كذلك إذا لم يكن في استطاعة المضرور أن يتوقاه ببذل جهد معقول⁵، وإصطلاح النتيجة الطبيعية أقرب إلى المقصود من اصطلاح الضرر المباشر⁶.

¹ د. جلال العدوى، اصول الالتزام مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص430

² د. بشار ملكاوي ود. فيصل العمري، مصادر الإلتزام الفعل الضار، مرجع سابق، ص74

³ د. جلال العدوى، مرجع سابق، ص430

⁴ د. أنور سلطان، مرجع سابق، ص331

⁵ د. جلال العدوى، اصول الالتزام مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص440

⁶ فقد نصت المادة (266) على ما يلي: "يقدر الضمان في جميع الأحوال بقدر ما لحق الضرر وما فاتته من كسب بشرط أن يكون ذلك نتيجة طبيعة للفعل الضار"، ويقابلها نص المادة (221) من القانون المدني المصري

أنواع الضرر

أولاً: الضرر المادي

الضرر المادي هو الضرر الذي يلحق بالذمة المالية للشخص ويصيب الأموال، ويسمى الضرر الإقتصادي أو الضرر المالي، والمثال على ذلك من تتلف سيارته عند تعرضها لحادث إصطدام، والضرر المادي قد يكون عن طريق نقص قيمة الشيء الإقتصادية دون إصابة تلف مادي، كما إذا لحق بالسيارة أضرار جزئية نتيجة لتعرضها لحادث إصطدام¹.

فالضرر المادي هو الإخلال الذي يلحق بحق أو مصلحة لشخص ما شريطة إمكان تقويم هذا الحق أو تلك المصلحة بالنقود²، والضرر المادي يمكن أن يشمل كل صور الخسارة المالية الناجمة عن فعل من أفعال التعدي الذي ينسب للغير، كالمنافسة غير المشروعة أو القطع التعسفي لعلاقة الخطوبة من قبل المخطوبة بعد النفقات والهدايا التي بذلها الخاطب على مخطوبته، أو إنقطاع الإعالة بسبب طلاق تعسفي، كما قد يحصل الضرر المادي نتيجة الإعتداء على حقوق الملكية الفكرية والأدبية والصناعية، كطبع كتاب بدون إذن المؤلف أو إستغلال براءة إختراع مسجلة بإسم المتضرر³.

مما سبق، يتمثل الضرر المادي في الضرر الذي يلحق بالذمة المالية للشخص ويصيب الأموال، مثل تكبد الأطراف المتنازعة مصاريف ونفقات كبيرة في التحكيم رغم عدم صدور الحكم، أو صدوره في غير ميعاده بعد الميعاد الإضافي، أو حالة تفرق المحكمين في الحكم وانتهاء المنازعة بدون حكم حاسم للنزاع، أو بطلان حكم التحكيم لسبب يرجع إلى المحكم، وقد يتمثل الضرر في مجرد ضياع الوقت بالنسبة للأطراف المتنازعة، وقد يكون الضرر في النفقات أو المصروفات اللازمة لإنجاز مهمة التحكيم بواسطة محكم آخر إذا تنحى المحكم بدون سبب جدي أو أهمل في إنجاز مهمته.

والجدير بالإشارة إن الضرر يختلف جسامته باختلاف الخطأ فهو أشد وضوحاً حالة الخطأ العقدي أو القانوني ويكون أقل وضوحاً حالة الخطأ المهني؛ لأنه يحتاج إلى جهد مكثف لإثباته، على سبيل المثال لو أخطأ المحكم في تناول مسائل النزاع بين الأطراف والمتفق عليها في مذكرة الشروط فإن

¹ د. بشار ملكاوي ود. فيصل العمري، مصادر الإلتزام الفعل الضار، مرجع سابق، ص 71

² د. أمجد منصور، النظرية العامة للإلتزامات مصادر الإلتزام، مرجع سابق، ص 288

³ د. عدنان السرحان ود. نوري خاطر، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية (الإلتزامات) دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 397

الضرر الذي يلحق الأطراف واضح بمجرد مخالفة هذا الإلتزام، ولو أن المحكم لم يسلم نسخاً أصلية للأطراف من الحكم وأبلغهم بالحكم شفاهة فإن الضرر يكون واضحاً، لكن لو أن المحكم انحاز إلى أحد الأطراف لمصلحة ما، فإن هذا خطأ الضرر فيه غير واضح ويحتاج إلى عدة وسائل لإثباته.

ثانياً: الضرر الأدبي

هو الضرر الذي يلحق الشخص في مصلحة غير مالية، فهو لا يشكل إعتداء كما في الضرر المادي على الذمة المالية، ومن ذلك أن يقع الإعتداء على حق غير مالي للشخص كالعواطف والمشاعر والكرامة والسمعة وكذلك المعتقدات الدينية أو الإعتداء على الشخص بإنتحال اسمه أو لقبه أو كليهما، وغير ذلك من الأضرار المعنوية أو الأدبية التي من الممكن أن تصيب الشخص¹، وهذا المعنى للضرر يشمل صوراً عديدة يجب الإشارة إليها وهي:

صور الضرر الأدبي

تقسم الحقوق إلى حقوق مالية وحقوق غير مالية، أما الحقوق المالية فهي حقوق عينية وحقوق شخصية²، ويسبب الإعتداء على هذه الحقوق ضرراً مادياً فلا مجال للتردد في منح المضرور الحق في المطالبة بالتعويض، وحقوق غير مالية وتشمل مختلف الحقوق اللصيقة بالشخصية ويترتب على الإعتداء عليها ضرراً أدبياً، ويمكن أن تجمع صور الضرر الأدبي تحت العناوين التالية:

أولاً: أضرار أدبية متصلة بأضرار مادية

كما هو الشأن في حالة الإعتداء على الشرف وما يترتب على ذلك من فقد المضرور لعمله نتيجة لسوء سمعته، وما قد يترتب على وقوع حادث من إصابة الجسم بتشوه مصحوب بنقص في القدرة على

¹ د. أمجد منصور ، النظرية العامة للالتزامات مصادر الإلتزام، مرجع سابق، ص289

² الحق العيني حق يتمثل في سلطة لشخص تنصب مباشرة على شئ مادي معين، وهو مجال القيمة التي تثبت لصاحب الحق بمقتضى القانون، فيؤدي هذا إلى وجود سلطة مباشرة للشخص على الشئ حيث يستطيع الشخص بمقتضاها أن يفيد من الشئ على مختلف مدها بحسب مضمون الحق كحق الملكية والانتفاع، أما الحق الشخصي هو حق يتمثل في رابطة قانونية بين شخصين، بمقتضاها يقوم أحدهما وهو المدين قبل الآخر وهو الدائن بإداء مالي معين، فهذا الأداء المالي وهو دائماً عمل يقوم به المدين وهو القيمة التي تثبت للدائن بمقتضى القانون، فيؤدي هذا إلى قيام رابطة بين الدائن والمدين، حيث يستطيع الدائن بمقتضى القانون فيؤدي هذا إلى قيام رابطة بين الدائن والمدين، حيث يستطيع الدائن بمقتضاها أن يطالب المدين بالأداء الواجب عليه. راجع: د. عبد المنعم الصده، أصول القانون، مرجع سابق، ص330

العمل، كفقْد المضرور لإحدى عينيه¹، فهو الضرر الذي يصيب الشخص في جسمه فيسبب له ألماً أو جرحاً أو تشويهاً فإذا ترتبت على الإصابة أضراراً مالية كمصروفات العلاج وإضعاف القدرة على الكسب، فإن الضرر يكون مادياً وأدبياً في نفس الوقت².

ثانياً: أضرار أدبية مجردة

وتتجلى هذه الصورة في الأضرار الأدبية المجردة من أي أضرار مادية، وتشمل هذه الطائفة الأضرار الأدبية الناتجة عن المساس بالجانب العاطفي للذمة الأدبية³، فهو كل ما يؤدي الشخص في شرفه أو إعتباره أو عاطفته أو مشاعره أو ذاتيته أو خصوصيته أو ابتكاره أو حرياته، والإعتداء على الشرف أو الإعتبار ضرر أدبي؛ لأن الشرف لا يقوم بمال والتعويض عنه يكون تعويضاً رمزياً مهما كانت القيمة، والإعتداء على المشاعر بما يبعث الحزن والأسى في النفس ضرر أدبي موجب للتعويض، كما هو الشأن فيما يتولد من حزن وغم وأسى كالآلم الذي يصيب الوالدين في عاطفتها بسبب فقد طفلها⁴، أو غير من الحقوق والحريات، والإعتداء على ذاتية الشخص بإستخدام إسمه في عمل أدبي أو فني يمكن أن يعد ضرراً أدبياً إذا التبت لدى الرأي العام الشخصية المصورة في العمل الأدبي بشخصية مدعي الضرر، والإعتداء على الخصوصية بنشر دوائر الشخص أو التنصت عليه أو إستخدام صورته دون رضاه، يعد ضرراً أدبياً يمكن أن تؤسس عليه دعوى المسؤولية، والإعتداء على ابتكارات الشخص بنسبة مصنف إلى غير مؤلفة إعتداء على الحق الأدبي للمؤلف وبالتالي يعد ضرراً أدبياً⁵.

ويشترط في الضرر الأدبي، أن يكون مباشراً متوقعاً كان أم غير متوقع سواء نشأ لوحده مستقلاً أم مع الضرر الأدبي، وأن يكون محققاً غير احتمالي؛ لأن الضرر الإحتمالي قد يقع وقد لا يقع، وأن يصيب

¹ د.أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الاردني دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي، مرجع سابق، 331

² د. سمير تناعو، مصادر الالتزام، مرجع سابق، 249

³ د.أنور سلطان، مرجع سابق، 331

⁴ راجع: د.عدنان السرحان ود.نوري خاطر، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية (الالتزامات) دراسة مقارنة، مرجع سابق،

ص400، راجع: د.محمد أحمد، مصادر الالتزام في القانون المدني دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي، مرجع سابق، ص222

⁵ د. جلال العدوي، اصول الالتزام مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص427

حقاً أو مصلحة مشروعة للمتضرر، وأن يكون شخصياً لمن يطالب بالتعويض عنه، وأن لا يكون قد سبق التعويض عنه¹.

ومن خلال دراستنا للضرر الأدبي يمكن القول بأنه قد يلحق الأطراف المتنازعة ضرراً أدبياً بسبب خطأ المحكم، وهذا الضرر قد يصيب مصالح أدبية لهم تستوجب التعويض عنها، مثال ذلك إفشاء أسرار المعاملة الناشئة بين الأطراف المتنازعة والتي توصل إليها عن طريق نظر النزاع، وقد يتحقق الضرر الأدبي بمعاملة الأطراف المتنازعة معاملة غير لائقة أو قذفهم بما يهين، أو أن يخلف وعوده تجاه الأطراف كإعادة إستجواب شاهد أو تغيير كاتب الجلسات أو إجراء المعاينة للمرة الثانية ومع ذلك لا يعتد بالضرر الأدبي إلا ما كان ضرراً مباشراً لخطأ المحكم أما غير ذلك فلا يعتد به، كأن يرفع ابن أحد الأطراف المتنازعة دعوى تعويض عن إفشاء المحكم لأسرار المنازعة التي والده المتوفى طرفاً فيها.

الفرع الثالث: علاقة السببية بين خطأ المحكم التقصيري والضرر الواقع

لا يكفي لقيام المسؤولية أن يكون هناك فعل ضار صدر من أحد وضرر أصاب غيره، بل لا بد أن يكون ذاك الفعل هو السبب في وقوع هذا الضرر، وهذا ما يعبر عنه بضرورة وجود علاقة السببية بين الأثنين².

تحديد فكرة السببية

من أدق الأمور في المسؤولية تحديد فكرة السببية، ومرجع ذلك إلى عاملين، أولاً: أن الضرر لا ينشأ عادة من سبب واحد بل من أسباب متعددة يكون فعل المدعى عليه واحد منها فالى أي حد يمكن القول في هذه الحالة بقيام علاقة السببية بين هذا الفعل والضرر، ثانياً: أن الضرر قد يعقبه ضرراً

¹ د. بشار ملكاوي ود. فيصل العمري، مصادر الإلتزام الفعل الضار، مرجع سابق، ص 78

² د. عدنان السرحان ود. نوري خاطر، شرح القانون المدني مصادر الحقوق الشخصية الإلتزامات دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 425

آخر، فإذا تعاقبت الأضرار فإلى أي حد يسأل المدعى عليه، هل يسأل عن الأضرار جميعا أم عن بعضها فقط، وهذه هي مسألة الضرر غير المباشر¹.

أولاً: تعدد الأسباب

إن معرفة العلاقة السببية بين الفعل والضرر مسألة في غاية الدقة، والسبب في ذلك أن الضرر يقع نتيجة لعدة أسباب وليس لسبب واحد (غالبا)، فإذا تداخلت عدة أسباب في وقوع الضرر فأى سبب من الأسباب يعول عليه؟ أم أنه يعول على الأسباب جميعا؟ ففي هذه الحالة حاول الفقه الرد بإيراد عدة نظريات تبين الحل وهي:

1- نظرية تعادل (تكافؤ) الأسباب

تتجه نظرية تعادل الأسباب إلى أن الأسباب كافة التي لولاهما وقع الضرر تكون متكافئة فيما بينها، ولهذا يعتد بها جميعا حيث لا مسوغ للاختيار بينهما ما دام تخلف أحدها كان من شأنه عدم حدوث الضرر، ومؤدى هذه النظرية أنه لا يشترط شرطا خاصا في حال تعدد الأسباب، وإنما يكفي أن يكون الفعل لازما لحدوث الضرر²، إلا أن تعادل الأسباب يرد عليها قيدان يحدان من الأسباب التي يعتد بها لتعادلها، أما القيد الأول فهو أن الأسباب لا تعتبر متعادلة أو متكافئة إلا إذا كان كل منها مستقلا عن غيره أي أنه لا يوجد بينها ما يعتبر نتيجة حتمية لغيره، أما إذا كان أحد العوامل التي تتابععت عند إحداث الضرر ليس إلا نتيجة حتمية لعامل سابق عليه فلا يعتبر العامل اللاحق السبب الحقيقي في حدوث هذا الضرر ومهما بعد، ما دام لولاه ما وقع الضرر وعلى العوامل اللاحقة كلها ويستغرقها ويعتبر هو السبب الحقيقي في حدوث الضرر³، وأما القيد الثاني فهو ألا يكون من بين الظروف أو العوامل المتعددة التي تداخلت في إحداث الضرر ما يقتصر دوره على إضفاء خصوصيات معينة ملموسة على الضرر، دون أن يكون قد استحدث وقوعه أو أثر في مداه، فمثل هذا الظرف لا يعد

¹ د.أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الاردني دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي، مرجع سابق، 334

² د.جلال العدوى، اصول الالتزام مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص445

³ د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات، مرجع سابق، 458

معادلا للأسباب اللازمة لإحداث الضرر¹، وهذه النظرية وإن كانت سهلة التطبيق إلا أنها تهتم بالمبالغة، فهي تؤدي في الحقيقة إلى الأخذ بنظر الاعتبار جميع الأسباب، وإن كانت على علاقة بعيدة مع الضرر الواقع كلما صار مؤكداً أن الضرر ما كان ليوقع لولا هذه الأسباب، كذلك فإن من نتائجها أن عدداً غير محدود من الأشخاص يمكن أن يسأل عن ضرر واحد².

2- نظرية السبب الأقرب

هذه النظرية تختلف عن سابقتها التي أخذت بالأسباب جميعاً، فهذه النظرية تعتد بالسبب الأقرب زمنياً إلى الضرر، بمعنى أن هذه النظرية لا تعتد إلا بالسبب الذي يعتبر الضرر النتيجة الحالة أو المباشرة له، إلا أن هذه النظرية تعرضت للنقد؛ لأنها تؤدي إلى استبعاد أسباب قد تكون مؤثرة ولعبت دوراً مهماً في أحداث الضرر لمجرد أنها بعيدة زمنياً³.

3- نظرية السبب المنتج أو الفاعل⁴

ومؤدى هذه النظرية أنه إذا تعددت الأسباب المؤدية إلى الضرر، ولم يستغرق أي واحد منها غيره فإنه لا يعتد مع ذلك إلا بالسبب المنتج من هذه الأسباب، وهو السبب الذي أدى بحسب المؤلف من الأمور إلى وقوع الضرر، ويشترط لقيام مسؤولية الشخص أن يكون الخطأ الذي صدر منه هو الخطأ المنتج المسبب للضرر⁵، وبطبيعة الحال فإنه لا يمكن تصور أن سبباً واحداً هو الذي يطلق عليه السبب المنتج بصفة دائمة، ولكن من الممكن وجود أكثر من سبب ينطبق عليه هذا الوصف وعندئذ يعد كل سبب من هذه الأسباب سبباً منتجاً في إيقاع الضرر، ولا ريب أن هذه النظرية أقرب إلى تحقيق العدالة في تأييدها لفكرة السببية بين الفعل والضرر، وذلك حينما تعدد الأسباب التي أدت إلى

¹ د. جلال العدوي، أصول الالتزام مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 445

² د. عدنان السرحان ود. نوري خاطر، شرح القانون المدني مصادر الحقوق الشخصية الالتزامات دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 426

³ د. بشار ملكاوي ود. فيصل العمري، مصادر الإلتزام الفعل الضار، مرجع سابق، ص 82

⁴ تعتبر نظرية السبب المنتج هي أقرب النظريات إلى الواقع وهي ما أخذت به مجلة الأحكام العدلية في المادة (90) حيث نصت على مايلي: "إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر...." معنى ذلك أن هذا النص يلقي بعبء المسؤولية على المباشر أي مباشر الضرر إذا اجتمع من المتسبب مما يدل على أن المباشرة تشكل السبب المنتج للضرر، وتتطابق هذه المادة مع المادة (258) من القانون المدني

الأردني وكذلك نص المادة (221) من القانون المصري

⁵ د. سمير تناعو، مصادر الإلتزام، مرجع سابق، ص 258

الضرر، أو حينما تتعاقب الأضرار التي نجمت عن الفعل فالبحث عن السبب المنتج يحل المشكلة في هذه الحالات¹.

ثانياً: الضرر غير المباشر

معيار التمييز بين الضرر المباشر والضرر غير المباشر، أن الضرر المباشر يعتبر نتيجة طبيعية للفعل الضار ، ومعيار الضرر المباشر هو الضرر الذي لم يكن في وسع المصاب أن يتوقاه ببذل جهد معقول².

ومن خلال دراستنا ، فإن يشترط لقيام المسؤولية التقصيرية للمحکم أن يكون الضرر ناشئاً مباشرة عن الخطأ ويرتبط به إرتباط السبب بالمسبب، ويعتبر ركناً جوهرياً على الرغم من أن هذه العلاقة بديهية، إلا أن القانون قد يشترط في النصوص الخاصة بالمسؤولية المدنية، ومرجع الإهتمام بذلك يعود إلى مبررات إنسانية تتمثل في عدم مساءلة الشخص إلا عن تلك الأضرار المباشرة التي يحدثها للغير دون سواها من الأضرار التي يمكن أن تحدث دون أن تكون نتيجة مباشرة لهذا الخطأ، ولعنصر العلاقة السببية دور هام في مسؤولية المحكم، فهذا العنصر هو الذي يحدد الخطأ الذي سبب الضرر من بين الأخطاء المتعددة، وفي حالة تعدد الأضرار تقوم العلاقة السببية ببيان مدى تحمل الشخص جميع الأضرار بخطئه أم أن خطئه أنتج أحد هذه الأضرار دون غيرها، مثال ذلك صدور حكم التحكيم بعد فوات الأوان بسبب عدم بت المحكمة المختصة في مسألة الطعن بتزوير بعض المستندات إلى ما بعد فوات ميعاد التحكيم، هاهنا لا يمكن مساءلة المحكم على الرغم من أن الضرر قد لحق بالأطراف المتنازعة، وتأخر المحكم في إصدار الحكم، لكن ذلك عائد ومتعلق بالمحكمة المختصة، فهي المتسببة في تأخير المحكم عن أداء مهمته في ميعادها، وقد تكون علاقة السببية واضحة في بعض الحالات إذا وضحت الصلة بين الخطأ والضرر، إلا أن تحقق رابطة السببية قد يكون أمراً شاقاً في حالات كثيرة، لأن الخطأ قد يأخذ صورة فعل أو ترك أو إمتناع عن فعل صادر من المحكم وهو ما يجعل

¹ د.أمجد منصور ، النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص296

² وهذا ما نص عليه المشرع الأردني في القانون المدني المادة (266) حيث نصت على ما يلي: "يُقدر الضمان في جميع الأحوال بقدر ما لحق المضرور من ضرر وما فاتته من كسب بشرط أن يكون نتيجة طبيعية للفعل الضار" ووافقه المشرع المصري في القانون المدني في المادة (221)، راجع: دبشار ملكاوي ود.فيصل العمري، مصادر الإلتزام الفعل الضار، مرجع سابق، ص84

تحديد آثار الخطأ أمراً عسيراً، إذ قد يرجع الضرر في وجوده إلى عوامل متعددة فيكون من الصعب تحديد الأثر الذي ساهم به كل من العوامل والتي من بينها خطأ المحكم، لكننا لن نعتد إلا بالسبب المنتج لهذا الضرر فقط، أما دونها من الأسباب فلن يعتد بها، مثال ذلك أن يمتنع أحد الأطراف عن المثول أمام المحكم مما اضطر المحكم إلى نظر النزاع وإصدار الحكم وفقاً للوثائق المقدمة إليه من قبل الطرف النشط، ولكن الحكم صدر لصالح الطرف الممتنع عن المثول مشوباً بعدم الدقة في بعض المسائل المالية من تعويض وغرامة وفوائد مما أصابه بأضرار جسيمة في مثل هذه الحالة لا يستطيع هذا الطرف الممتنع أن ينسب هذا الضرر الواقع به للمحكم، لأن هذا الطرف بامتناعه عن المثول وعن المشاركة بتقديم المستندات والوثائق المتعلقة بالنزاع والتي لو تم تقديمها ما تحقق الضرر الذي يدعيه كانت هي السبب الحقيقي في حدوث هذا الضرر.

الفصل الثاني: أحكام مسؤولية المحكم المدنية

إن قوام التحكيم هو المحكم، وبقدر كفاءة المحكم تكون سلامة التحكيم و إلا فلا قيمة للتحكيم، ويؤدي المحكم بلا شك وظيفة في غاية الأهمية، وطبيعة هذه الوظيفة تؤثر في تحديد نطاق المسؤولية المدنية للمحكم، أي تؤثر في نطاق الإلتزامات التي تقع على عاتقه، وعلى حصانته، وهذا ماسأتحدث عنه في المبحث الأول، أما المبحث الثاني فسأتحدث عن آثار المسؤولية المدنية للمحكم، أي الجزاءات القابلة للتطبيق على المحكم سواء برفع دعوى بدون رفع دعوى.

المبحث الأول: نطاق مسؤولية المحكم

سبق بينا أن وظيفة المحكم هي وظيفة قضائية من طبيعة خاصة، وهذه الطبيعة تؤثر بلا شك في تحديد نطاق مسؤوليته، لذا قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين، المطلب الأول يتحدث عن نطاق الإلتزامات التي تقع على عاتق المحكم، أما المطلب الثاني فيتحدث عن حصانة المحكم حيال تصرفاته.

المطلب الأول: نطاق الإلتزامات التي تقع على عاتق المحكم

قسمت هذا المطلب إلى فرعين، تناولت في الفرع الأول المسؤولية المدنية للمحكم الناشئة عن الإخلال بالالتزام قضائي أو قانوني، وتحدثت في الفرع الثاني عن المسؤولية المدنية للمحكم الناشئة عن الإخلال بالالتزام تعاقدى أو إتفاقي

الفرع الأول: المسؤولية المدنية للمحكم الناشئة عن الإخلال بالالتزام قضائي أو قانوني

يقوم المحكم بالفصل في النزاع بموجب العقد المبرم بينه وبين الأطراف المتنازعة ومن ثم يستمد ولايته وسلطته من العقد، ونظرا للطبيعة القضائية للمهمة الموكلة إليه بموجب هذا العقد فإنه يلتزم بالالتزامات معينة مصدرها القانون أو القضاء تتناسب مع طبيعة ذلك العمل المسند إليه بجانب الإلتزامات العقدية بموجب هذا التحكيم، وتتمثل الإلتزامات القضائية أو القانونية بما يلي:

أولاً: إلزام المحكم باحترام المبادئ الأساسية للتقاضي

من المبادئ الجوهرية في التقاضي وجوب حصول الإجراءات في مواجهة الخصوم، اذ يتعين على كل خصم إطلاع خصمه الاجراءات كافة وعناصر الخصومة الواقعية والقانونية التي يرتكن إليها، ومبدأ المواجهة لا يحقق فاعلية ان لم يكن مقترباً بحرية الدفاع، إذ أن مبدأ المواجهة وحرية الدفاع وجهان لعملة واحدة، بحيث لا يجوز الحكم على الخصم دون سماع دفاعه أو على الأقل دعوته للدفاع عن نفسه فيما يوجه إليه من طلبات، كما لا تقبل مذكرة أو أي ورقة من الخصم إلا بعد إطلاع خصمه عليها أو على الأقل تمكينه من الإطلاع¹.

وقد يحدث الإخلال بحق الدفاع بالنسبة لإجراءات الإثبات، فإذا قررت الهيئة مثلاً الإستعانة بخبير، فإن الأطراف يجب أن يعلموا بمهمة الخبير المنتدب من هيئة التحكيم، وبموعد مباشرته مهمته وأن يمكنوا من مناقشة تقريره أمام الهيئة إن طلبت ذلك، وقد نصت المادة (1/31) من قانون التحكيم الفلسطيني على ما يلي " ترسل هيئة التحكيم نسخة من تقرير الخبير إلى كل طرف مع إتاحة الفرصة لمناقشة الخبير أمام هيئة التحكيم في جلسة تحددها لهذا الغرض"²، ولهذا يبطل حكم التحكيم الذي يستند إلى تقرير خبير فني لم يعلن إلى الطرفين للإخلال بمبدأ المواجهة وعلى العكس، إذا كان الحكم لم يستند إلى هذا التقرير فإنه لا يلحقه البطلان إذ لا يعتبر عدم إعلان التقرير للطرفين إخلالاً بحق الدفاع³.

فاحترام حقوق الدفاع يقتضي من المحكم تمكين كل خصم من الإدلاء بما يعن له من طلبات ودفع قبل النطق بحكمه، ومراعاة مبدأ تواجدية التقاضي يلزمه أن تكون الإجراءات في مواجهة الخصوم⁴، ويبطل الحكم إذا كانت هيئة التحكيم لم تمكن كل خصم من عرض دعواه وطلباته وتقديم مستنداته، أو من إثبات ما يدعيه ونفي ما يثبتته خصمه، أو إذا لم يتخذ الإجراءات في مواجهة الطرفين، أو لم يخبر أحد الطرفين بالجلسة المحددة للمرافعة، أو لم يمكنه من تقديم ما لديه من مستندات، أو من إتخاذ

¹ د. أحمد أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، منشأة المعارف، القاهرة، 1990، ص 59

² يقابلها نص المادة (30) من قانون التحكيم الأردني، ونص المادة (31) من قانون التحكيم المصري

³ د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص 591

⁴ د. سحر يوسف، المركز القانوني للمحكم، مرجع سابق، ص 113

إجراءات الإثبات، أو إذا خالف الحكم الإجراءات التي إتفق عليها الطرفان¹، إذ لا بد من أن يقوم نظام التحكيم على توفير الضمانات الأساسية للتقاضي كحق الدفاع ومعاملة الطرفين على قدم المساواة، لذلك يعد المحكم مخلاً بمبدأ المساواة إذ أذن لأحد الخصوم على سبيل المثال بتوكيل محام ومنع الآخر من ممارسة هذا الحق أو إذا سمح لأحدهما بالحضور أمامه في غيبة الآخر².

لذلك يلتزم المحكم بإتباع القواعد المنصوص عليها في التحكيم، فضلاً عن مراعاة المبادئ الأساسية في التقاضي، ويأتي مبدأ المواجهة في مقدمتها لإرتباطها بحماية حقوق الدفاع، ودائماً ما يثيره الأطراف ضمن أوجه الطعن، ويبطل حكم التحكيم لعدم مراعاة المبادئ الإجرائية، ويترتب على إبطال الحكم لمخالفة المبادئ الإجرائية الأساسية تحقق مسؤولية المحكم لإخلاله بالإحترام الواجب لهذه المبادئ³.

ثانياً: إلزام المحكم بالإفصاح (حيده المحكم واستقلاله)

نصت المادة (1/12) من قانون التحكيم الفلسطيني على أنه "يثبت قبول المحكم لمهمته كتابة أو بتوقيعه على اتفاق التحكيم، ويجب عليه أن يفصح عند قبوله مهمة التحكيم عن أية ظروف من شأنها إثارة شكوك حول استقلاليته أو حيده⁴". يجب على المحكم أن يفصح عن أي ظروف من شأنها إثارة شكوك حول إستقلاليته وحيده، وذلك أن المحكم يفترض فيه أن يكون خالي الذهن عن موضوع النزاع، فالمطلوب من المحكم أن يعلن بوضوح عن هذه الظروف وغيرها مثل إرتباطه بعلاقة عمل أو قرابة مع أحد الخصوم، فذلك أدنى للريبة وأظهر لعملية التحكيم، ويترتب على موافقة المحكم وإقراره

¹ د. فتحي والي، مرجع سابق، ص 591

² بالرجوع إلى قانون التحكيم الأردني حيث نصت المادة (25) على ما يلي: "يعامل طرفا التحكيم على قدم المساواة وتهيأ لكل منهما فرصة كاملة ومتكافئة لعرض دعواه أو دفاعه" ويقابلها نص المادة (26) من قانون التحكيم المصري، نجد أن كلا من القانونين نصا على مبدأ المساواة بشكل صريح على عكس قانون التحكيم الفلسطيني الذي لم يشر بشكل صريح الى هذا المبدأ، ولكنه إكتفى فقط الى الإشارة بنصوص متفرقة في قانون التحكيم الى معاملة الأطراف على قدر من المساواة في سماع البيانات وتقديم المستندات، مثل نص المادة (27) على أنه: "تستمع هيئة التحكيم الى بيانات الأطراف وتدون وقائع كل جلسة في محضر توقعه حسب الاصول وتسلم نسخة منه الى كل طرف بناء على طلبه"، ويمكن الرجوع الى القانون الأساسي الفلسطيني لسنة 2005 حيث نجد أن المادة (9) منه كرست وعالجت مبدأ المساواة أمام القضاء والقانون بإعتباره من مبادئ التقاضي الجوهرية والاساسية، حيث تنص المادة على ما يلي: "الفلسطينيون أمام القانون والقضاء سواء لا تمييز بينهم بسبب العرق أو الجنس أو اللون أو الدين أو الرأي السياسي أو الإعاقة".

³ د. هدى عبد الرحمن، دور المحكم في خصومة التحكيم و حدود سلطاته، مرجع سابق، ص 413

⁴ يقابلها المادة (15، ج) من قانون التحكيم الاردني، والمادة (16، 3) من قانون التحكيم المصري

بعدم وجود أي ظروف تحول دون حيده، عدم قدرة المحكم بالتخلي عن هذه العملية إذ من وقت موافقته تبدأ عملية التحكيم في العد ويصبح على عاتق هيئة التحكيم البدء في الإجراءات¹، إن عدم الإفصاح عن العلاقات أو المصالح التي تربط المحكم بأحد الأطراف يعد سببا لرد المحكم، فإذا لم تنجح دعوى الرد²، أو لم يكتشف هذا العيب إلا بعد صدور الحكم، يكون سببا لطلب إبطاله³. تفترض الباحثة، لو أن المحكم تعتمد إخفاء العلاقات أو المصالح التي تربطه بأحد الأطراف، ومضى في إجراءات التحكيم وفصل في الدعوى وتم الطعن في الحكم على أساس تعتمد المحكم إخفاء تلك العلاقات أو المصالح التي تربطه بالطرف الآخر وتم إبطال الحكم، فإن إبطال الحكم يترتب عليه عودة الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل الفصل في الدعوى وضياح نفقات التحكيم والمصاريف التي تحملها الأطراف هدرًا، فلو قام المحكم بالتزامه تجاه الخصوم بالكشف عن تلك الوقائع والظروف، لكان للخصوم بعد ذلك حرية تقرير فيما إذا كان المحكم في نظرهم مستقلا عن عدمه، فإذا لم يعترض أحد الخصوم على الظروف التي تم الإفصاح عنها، عين المحكم تعيينا نهائيا، وأن إعتراض أحد الخصوم أو كلاهما على تلك الظروف، فيصار الى تعيين محكم بدلا عنه، وبالتالي تنتقل العملية التحكيمية لمحكم آخر مستقل وغير متحيز ودون حاجة لمثل هذه التبعات غير المرغوبة. وفي هذا المجال يثار التساؤل حول الجزاء المترتب على اخلال المحكم بالتزامه بالكشف عن هذه الظروف؟

فالمحكم يقوم بتقديم خدمة إلى الخصوم تنطوي على فض النزاع وبالمقابل يقوم الخصوم بإداء الأتعاب إلى المحكم، فإذا أبطل الحكم لسبب يرجع إلى المحكم فإنه لا يستحق الأتعاب على أساس أنه لم يقم بتنفيذ الخدمة المتفق عليها.

والى جانب ذلك، دعوى المسؤولية المدنية، فالمحكم يلتزم بتعويض الأطراف عن الوقت والمشقة لعدم التزامه بواجب الإفصاح، كما ان إفصاح المحكم عن علاقاته التي قد تثير شبهة التحيز وقبول

¹ أ.ناظم عويضة، شرح قانون التحكيم، مرجع سابق، ص50

² تنص المادة (13) من قانون التحكيم الفلسطيني على انه: "1- لا يجوز طلب رد المحكم إلا إذا وجدت ظروف تثير شكوكا لها ما يبررها حول حيده وإستقلاله، ولا يجوز لاي من اطراف التحكيم رد محكم هو او اشترك في تعيينه الا لاسباب او استقلاله، ولا يجوز لاي من اطراف التحكيم رد محكم عنه هو او اشترك في تعيينه الا لاسباب اكتشفها بعد ان تم تعيين هذا المحكم. 2- مع مراعاة ما تضمنه الفقرة (1) اعلاه لا يجوز تقديم طلب رد هيئة التحكيم او تحيها بعد اختتام بينات الأطراف." ويقابلها نص المادة (17) من قانون التحكيم الاردني، والمادة (18) من قانون التحكيم المصري.

³ د.هدى عبد الرحمن، دور المحكم في خصومة التحكيم و حدود سلطاته، مرجع سابق، ص421

الأطراف، لا يحول دون الطعن على الحكم ومطالبته بالتعويض إذا ما ثبت تأثر الحكم بهذه العلاقات، فالقبول يفسر الثقة في أن هذه العلاقات رغم وجودها فلن تؤثر على عدالة المحكم وحياده¹.

وبالتالي يواجه المحكم المسؤولية المدنية وتحمله النفقات والمصاريف التي تكبدها الخصوم نظرا لكونه قد أهدر وقت الخصوم وجهدهم من جراء فعله الخاطئ وعدم كشفه عن هذه الظروف².

ثالثا: إخلال المحكم بالتحكيم بالعدل والإنصاف (الغش والتدليس)

منذ أن اهتدى الفكر البشري إلى التحكيم أفترض في المحكم النزاهة والعدالة، وأفتقاد النزاهة والعدالة يثير مسؤولية المحكم، ويعد متعارضا مع نزاهة وعدالة المحكم إستغلاله لعدم خبرة أحد المتقاضين أو محاميه من خلال حرمانه من الإطلاع على المستند المقدم من الخصم الآخر أو البحث في أمر في حضور أحد الخصوم وغياب الخصم الآخر³، وإن تحايل المحكم بإختيار مكان تحكيم غير المتفق عليه أو تعمد اختيار مكان معين لتطبيق قانون يعرفه أو يحقق مصلحة لأحد الخصوم أو لتجنب مسؤوليته، أو للتهرب من الرقابة القضائية في مكان التحكيم يعد سببا لمسؤوليته وأيضا عند تواطؤه مع أحد الأطراف⁴.

ومما يتعارض مع نزاهة وعدالة المحكم أيضا، ارتكاب غش بحق أحد الخصوم ويقصد بالغش إنحراف المحكم في عمله بسوء نية بقصد الإضرار بأحد الخصوم أو لتحقيق مصلحة خاصة له أو لأحد الخصوم، ويفترض في الغش أن يكون الخطأ الواقع في الحكم مقصودا أو ناشئا عن سوء النية، مما يجعل سوء النية لازما لتوافر الغش، فإذا انتفى هذا القصد فلا نكون أمام حالة من حالات الغش⁵، ويعد غشا قيام المحكم بتصرف يضر بأحد الخصوم متأثرا بهدية من الخصم الآخر⁶، وإذا ثبت أن

¹ د. هدى عبد الرحمن، دور المحكم في خصومة التحكيم و حدود سلطاته، مرجع سابق، ص 421

² د. احمد ابو الوفا، التحكيم الاختياري والاجباري، مرجع سابق، ص 320

³ محمد صعبانة، مسؤولية المحكم المدنية، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 86

⁴ د. هدى عبد الرحمن، دور المحكم في خصومة التحكيم و حدود سلطاته، مرجع سابق، ص 423

⁵ محمد صعبانة، مسؤولية المحكم المدنية، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 88

⁶ وهذا ما نصت عليه المادة (7/43) من قانون التحكيم الفلسطيني حيث جاء فيها بأنه: "يجوز لكل طرف من أطراف التحكيم الطعن في قرار التحكيم لدى المحكمة المختصة بناء على أحد لأسباب التالية: 7- إذا استحصل على قرار التحكيم بطريق الغش والخداع ما لم يكن قد تم تنفيذ القرار قبل الغش أو الخداع"، ان المشرع الاردني والمصري لم يعالجا كل منهما هذه الحالة الوارد ذكرها في المادة 7/43 من قانون التحكيم الفلسطيني.

المحكم قد أخذ هدية أو هبة لمصلحة طرف معين، أو إذا وقع منه إهمال فادح، أو تسبب أو وقع منه خطأ جسيماً في تقدير الوقائع أو الحلول النظامية التي إعتد عليها النزاع أو في أدائه في تسيير إجراءات التحكيم بشكل خاطئ، فكل ذلك يستدعي محاسبة المحكم¹.

رابعا: إلزام المحكم بتسبب الحكم

يعد تسبب الحكم من الإلتزامات الجوهرية التي تقع على عاتق المحكم، إذ يلتزم ببيان الحجج والأدلة القانونية والواقعية التي إعتد عليها في إصدار حكمه، وقد نصت المادة (1/39) من قانون التحكيم الفلسطيني على أنه: "1- يجب أن يشمل قرار التحكيم على ملخص لإتفاق التحكيم وأطرافه وموضوعه والبيانات المستمعة والمبرزة وأسباب القرار ومنطوقه وتاريخ ومكان صدوره وتوقيع هيئة التحكيم..²، ولا شك أن التسبب يعد ضمانه هامة للأطراف، إذ يمكن التحقق من قيام المحكم بتنفيذ كل حجج الخصوم والرد عليها، والتأكد من إحترام حقوق الدفاع ومراعاة مبدأ المواجهة، والتأكد من حياد المحكم وعدم إنحيازه لأي من الطرفين، والتيقن من إلزام المحكم بنطاق المهمة المنوط به القيام بها، وتسبب الحكم يتعلق بالنظام العام فيلتزم المحكم بالتسبب³، ويترتب على مخالفة إلزام المحكم بتسبب الحكم بطلان قرار التحكيم والبطالان يمتد ليس فقط في حالة عدم وجود الأسباب لكن أيضا عند تناقضها أو عدم كفايتها أو صلاحيتها لتفسير الحكم، فغموض أو تداخل الأسباب أو الإشارة شديدة العمومية يعد تسببا ناقصا، وأيضا عدم بحث النزاع بحثا كافيا، والتلاعب بالوقائع والمستندات، وعدم كفاية الأسباب القانونية، أو عدم ذكر القواعد القانونية المطبقة، أو عدم تعلقها بالحكم يعد سببا للطعن بالحكم ويعد تعويل على قصور الأسباب كسبب لمساءلة المحكم أكثر إلحاحا لوجوب إبداء

¹د. عبد الحميد الاحدب، مسؤولية المحكم، مجلة التحكيم، العدد الثاني، 2000، ص34

² ويقابلها نص المادة (41/ج) من قانون التحكيم الأردني، والمادة (3/43) من قانون التحكيم المصري، وأيضا نصت المادة (41/ب) من قانون التحكيم الاردني على ما يلي: "ب- يجب أن يكون حكم التحكيم مسببا إلا اذا اتفق طرفا التحكيم على غير ذلك او كان القانون الواجب التطبيق على اجراءات التحكيم لا يشترط ذكر أسباب الحكم."، ويقابلها نص المادة (2/43) من قانون التحكيم المصري، وقد خلا قانون التحكيم الفلسطيني من النص على مثل هذه المادة.

³ د. سحر يوسف، المركز القانوني للمحكم، مرجع سابق، ص121

الأسباب الكافية¹، وبناء على وقوع بطلان في حكم التحكيم أو بناء على تحقق إجراءات باطلة في التحكيم بطلانا أثر في الحكم، ومن تلك عدم التسبب وبالتالي يكون الحكم باطلا².

خامسا: مخالفة النظام العام

إن فكرة النظام العام تقوم على المبادئ الأساسية التي يقوم عليها نظام الدولة السياسي والديني والإقتصادي والإجتماعي، فإذا كان قرار التحكيم مخالفا لأحد هذه المبادئ اعتبر مخالفا للنظام العام ويكون معرضا للفسخ، والنظام العام يختلف من دولة إلى أخرى³.

يتعين على المحكم مراعاة اعتبارات النظام العام ويقصد بها المسائل التي تستهدف حماية المصالح العليا في المجتمع⁴، ويجب على المحكم أن لا يسعى بنفسه إلى إبطال حكمه الصادر منه في نزاع ما، وذلك حالة مخالفته للنظام العام والمقصود به مخالفة القواعد التي تحمي المصالح العليا للمجتمع، وهذا ما أكدته قانون التحكيم الفلسطيني بأنه يجوز لكل طرف من أطراف التحكيم الطعن في قرار التحكيم لدى المحكمة المختصة في حال مخالفته للنظام العام في فلسطين، وبالتالي إذا رفعت دعوى بإبطال حكم التحكيم في الحالات المنصوص عليها في القانون وتبين للمحكمة أثناء نظرها لهذه الدعوى أن حكم التحكيم ينطوي على مخالفة النظام العام في فلسطين فإنها تقضي من تلقاء نفسها ببطلان حكم التحكيم دون أن تتوقف على طلب الخصم⁵.

تعد مخالفة النظام العام سببا عاما للإبطال، وقد تنأت من نصوص إتفاق التحكيم أو من الإجراءات، أو عند الفصل في مسائل تدخل في نطاق الإختصاص المقصور على قضاء الدولة، وبصفة عامة

¹ د. هدى عبد الرحمن، دور المحكم في خصومة التحكيم و حدود سلطاته، مرجع سابق، ص 419
² حيث نصت المادة (6/43) على أنه: "يجوز لأي طرف من أطراف التحكيم الطعن في قرار التحكيم لدى المحكمة المختصة بناء على أحد الأسباب التالية... 6- إذا وقع بطلان في قرار التحكيم، أو كانت إجراءاته باطلة بطلانا أثر في الحكم.."

³ أ. ناظم عويضة، شرح قانون التحكيم، مرجع سابق، ص 154

⁴ د. سحر يوسف، المركز القانوني للمحكم، مرجع سابق، ص 115

⁵ حيث نصت المادة (3/43) من قانون التحكيم الفلسطيني على أنه "يجوز لكل طرف من أطراف التحكيم الطعن في قرار التحكيم لدى المحكمة المختصة بناء على الأسباب الآتية: 3- مخالفته للنظام العام في فلسطين..". ويقابلها نصت المادة (49/ب) من قانون التحكيم الأردني على ما يلي: "تقتضي المحكمة المختصة التي تنتظر دعوى البطلان من تلقاء نفسها ببطلان حكم التحكيم فيما تضمن ما يخالف النظام العام"، ويقابلها أيضا نص المادة (2/53) من قانون التحكيم المصري. لم ينص المشرع الفلسطيني في قانون التحكيم بشكل صريح على سلطة المحكم بإبطال حكم التحكيم المخالف للنظام العام بنفسها، ولكنه يبيهي ولا يحتاج إلى نص صريح.

من عدم تطبيق المحكم قاعدة من النظام العام واجبة التطبيق، يستوي في ذلك أن تكون قاعدة إجرائية أو موضوعية، إذ يتعذر تنفيذ الحكم الذي ينطوي على إعتداء صارخ على النظام العام، ويترتب على مخالفة المحكم لهذه القاعدة بطلان حكمة طبقا لما يقضي به النظام القانوني المطلوب تنفيذ الحكم في ظله، وتثور أيضا مسؤوليته¹، فلو كان إتفاق التحكيم باطلا مثلا لمخالفته للنظام العام وأعتد المحكم بهذا الإتفاق أو صدر على أساسه حكم التحكيم مخالفا للنظام العام، فإن المحكم يكون قد أخطأ في التقدير لمخالفته للنظام العام مما يستتبع القضاء الغاء ذلك الحكم²، وبالتالي يتحمل المحكم المسؤولية والتعويض عما سببه من ضرر.

سادسا: إلزام المحكم بالبحث عن مدى إختصاصه

يتفق المحكم مع القاضي في أن كلا منهما يختص بالفصل في الدفوع المتعلقة بعدم إختصاصه، وقد أصبح هذا المبدأ من المبادئ المعترف بها عالميا والأكثر شيوعا في التطبيق³.

ومما يلتزم به المحكم قبل الشروع في نظر النزاع، ومن أوائل ما يجب مراعاته و التحقق من توافر سلطته والشروط اللازمة لإنجاز مهمته، حتى يصل إلى حسم الخلاف بصورة قاطعة، وتظهر أهمية تحقق المحكم من توافر سلطته أنه في كثير من الأحيان يكون الإتفاق على التحكيم قد تم في صورة بند في العقد الأصلي المبرم بين الأطراف، فعندئذ على المحكم أن يتحقق من حصول النزاع ويتحقق من أنه ذات النزاع المتفق فيه على تحكيمه، وهذا يستتبع أن يحدد المحكم إختصاصه في أول محضر من محاضر جلسة اليوم الأول والتي طرحت الخصومة فيها⁴.

وتظهر أهمية ذلك في أنه قد يمثل أحد الأطراف أمام المحكم لإنكار مثل هذا الإتفاق وإنكار حق المحكم في الإختصاص بهذا النزاع المعروف من قبل الطرف الآخر، لهذا يكون لزاما على المحكم

¹ د. هدى عبد الرحمن، دور المحكم في خصومة التحكيم و حدود سلطاته، مرجع سابق، ص 414

² حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 502

³ محمد صعبانة، مسؤولية المحكم المدنية، مرجع سابق، ص 93

⁴ راجع: د. أحمد أبو الوفاء، التحكيم والقضاء، مرجع سابق، ص 213، وراجع أيضا: عزمي عبد الفتاح، قانون التحكيم، مرجع سابق، ص 153

البحث عن إختصاصه في ما تم عرضه بين يديه، وأن يبذل أقصى عناية حتى يكون ناتجه صحيحا وسليما ولا يتعرض للبطلان¹.

أن منح المحكم سلطة التصدي لبحث مسألة إختصاصه بنظر النزاع هو أثر للطبيعة القضائية لمهمته، فطالما أن المحكم قاض فإنه يملك سلطة التحقق من حدود إختصاصه ويكون مختصا ببحث كافة الدفوع المتعلقة بعدم إختصاصه، ولا يقصد بسلطة المحكم في الفصل في إختصاصه سلطته فقط في التصدي للدفوع التي تثار بشأن إختصاصه، وإنما تقع على عاتقه مهمة تقرير إختصاصه كمسألة أولية لازمة قبل الفصل في النزاع حتى لو لم ينازعه الخصوم فيها²، وبالتالي ينبغي على المحكم عدم تجاهل هذا الإنعدام أو البطلان وتقريره من تلقاء نفسه، والحكم بعدم إختصاصه بنظر النزاع توفيراً لمشقة الإستمرار في إجراءات طويلة ومكلفة سيحكم على نتيجتها بالبطلان³.

الفرع الثاني: المسؤولية المدنية للمحكم الناشئة عن الإخلال بالترام تعاقدي أو إتفاقي

تستند العديد من الإلتزامات التي تقع على عاتق المحكم إلى العقد المبرم بينه وبين الأطراف المتنازعة، إذ يستمد المحكم ولايته في التحكيم من إتفاق الخصوم على تحكيمه، بإعتبار أن إرضاء طرفي الخصومة هو أساس التحكيم بما يتضمنه من تفويض أشخاص ليست لهم ولاية القضاء فيما شجر بينهم من نزاع، ومن ثم فإن ولاية المحكم مقصورة على ماتتصرف إرادة المحتكمين إلى عرضه على هيئة التحكيم، ويولد العقد المبرم بين المحكم والأطراف المتنازعة إلتزامات على عاتق المحكم يتعين القيام بها وتتمثل تلك الإلتزامات في ما يلي:

¹ وقد أعرفت أحكام قانون التحكيم الفلسطيني للمحكم بسلطة الفصل في الإختصاص عندماقررت المادة (1/16) صراحة للمحكم سلطة الفصل في الدفوع المتعلقة بإختصاصه حيث تنص على أنه: " تختص هيئة التحكيم في الفصل في الأمور التالية: 1- المسائل المتعلقة بالإختصاص.."، يقابلها نص المادة (21) من قانون التحكيم الاردني، والمادة (22) من قانون التحكيم المصري.

² محمد صعبانة، مسؤولية المحكم المدنية، مرجع سابق، ص94

³ د. هدى عبد الرحمن، دور المحكم في خصومة التحكيم و حدود سلطاته، مرجع سابق، ص414

أولاً: قيام المحكم بمباشرة المهمة التحكيمية بنفسه

بموجب عقد المحكم المبرم بين المحكم والأطراف المتنازعة يتولى المحكم مهمة الفصل في النزاع المعروف عليه، ولا شك أن شخص المحكم محل إعتبار المحكّمين والتي على أساسها تم إختياره، فالنقطة في شخص المحكم هي مبعث الاتفاق عليه ومن ثم لا يجوز للمحكم أن يفوض السلطة المخولة إليه بموجب عقد المحكم إلى الغير¹، فلا يملك المحكم أن يتعهد لشخص آخر بالفصل في النزاع بإسمه، فولاية المحكم مستمدة من اتفاق الأطراف عليه، وبالتالي من يباشر هذه السلطة دون اتفاق فإن ما يصدر عنه من حكم يكون باطلاً².

ثانياً: إلزام المحكم بالإستمرار في عمله حتى إنتهاء مهمته

أن طبيعة العقد المبرم بين المحكم والأطراف المتنازعة تفرض على المحكم إصدار حكم في النزاع محل التحكيم، ولا شك أن القيام بهذا الإلتزام يقتضي الإستمرار في عمله حتى نهايته وذلك بإصدار حكم في المنازعة محل التحكيم، وبالتالي يعد الإخلال بهذا الإلتزام إخلال يستوجب مسؤولية المحكم³.

فحين يقبل المحكم مهمته فإنه ملزم بالسير في العملية التحكيمية في طريق عادل وإصدار الحكم التحكيمي، ويبنى عليه أن انسحابه من العملية التحكيمية أو رفضه المساهمة الإيجابية في إجراءات التحكيم عند تعدد المحكّمين دون مسوغ مشروع يوجب مسؤوليته⁴، ولا شك أن وجود قواعد من أجل إستبدال المحكم في حالة انسحابه أو عزله في حالة رفضه المساهمة في إجراءات التحكيم يمثل علاجاً مناسباً للتخفيف من الأضرار التي تلحق بالأطراف من جراء انسحاب المحكم أو رفضه المساهمة في إجراءات التحكيم⁵.

¹ حيث نصت المادة (2/12) من قانون التحكيم الفلسطيني على أنه: "لا يجوز للمحكم بدون عذر أن يتخلى عن إجراءات التحكيم بعد قبوله مهمته"، وتتطابق هذه المادة مع المادة (15/ج) من قانون التحكيم الأردني، كذلك نص المادة (3/16) من قانون التحكيم المصري.

² د. سحر يوسف، المركز القانوني للمحكم، مرجع سابق، ص126

³ د. سحر يوسف، مرجع سابق، ص109

⁴ محمد صعابنه، مسؤولية المحكم المدنية، مرجع سابق، ص100

⁵ تنص المادة (15) على ما يلي: "1- إذا إنتهت مهمة المحكم بوفاته أو برده أو تنحيه أو لأي سبب آخر وجب تعيين خلف له بذات الطريقة التي تم فيها تعيين المحكم الأول، أو طبقاً للإجراءات المنصوص عليها في المادة (11) من هذا القانون. 2- توقف إجراءات التحكيم لحين تعيين محكم جديد" يقابلها المادة (20) من قانون التحكيم الاردني، والمادة (21) من قانون التحكيم المصري

لكن هذا العلاج كثير ما يؤدي ثماره عند إنسحاب المحكم في بداية عملية التحكيم، ولكنه يفقد فاعليته إذا حصل بعد قطع شوط طويل من إجراءات التحكيم، فالمحكم الجديد الذي حل محل المحكم المنسحب ملزم بإعادة إجراءات التقاضي من أولها، كما أن المحكم الجديد سيحتاج إلى الوقت ليستوعب تحكما كان المحكم المنسحب يسير به منذ البداية، ليتفهم كل معطياته، وبالتالي فإن إنسحاب المحكم قبل إنتهاء عملية التحكيم دون أسباب معقولة يدل على سوء تصرفه، ويشكل خرقاً للإلتزام تعاقدى وبالتالي يوجب مساءلة المحكم مدنيا عن الأضرار التي لحقت بأحد الأطراف أو كليهما من جراء ذلك¹، ومثال على ذلك أن يترك المحكم عملية التحكيم بسبب الإختلاف حول الأتعاب والمصروفات، أو إختلاف في وجهات النظر مع المحكمين الآخرين، أو تعمد الأضرار بأحد الأطراف أو إحتجاجا على عدم إستجابة الأطراف لما يراه هو ملائما، فإن هذا يعد تعسفا في استعمال حقه، وإمتناع على نحو غير مشروع عن إصدار الحكم يستوجب مساءلته، فضلا عن حرمانه من أتعابه أو ما بقى له منها، فهذه الأتعاب لا تستحق له إلا نظير إتمامه مهمته ومالم يتمها فلا حق له في الأتعاب².

ثالثا: إلتزام المحكم بإصدار الحكم خلال الأجل المتفق عليه

يلتزم المحكم بتنفيذ إلتزامه في إصدار الحكم في الميعاد المحدد في إتفاق التحكيم أو بنص القانون في حالة عدم الإتفاق، ولا شك أن تحديد مهلة إصدار الحكم التحكيمي يتفق مع أهم خصائص التحكيم وتميزه وهي سرعة البت في النزاع، وذلك أن الخصوم لم يلجؤوا إلى التحكيم إلا هروبا من بطء إجراءات التقاضي وتعقيداته، بالإضافة إلى تراكم القضايا أمام القضاء العادي على عكس التحكيم الذي يتم الإتفاق على ميعاد محدد للحكم وإنهاء النزاع³.

¹ د. محمود بربرى، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية، 1999، ص178

² د. هدى عبد الرحمن، دور المحكم في خصومة التحكيم و حدود سلطاته، مرجع سابق، ص423

³ لذلك نصت المادة (38) من قانون التحكيم الفلسطيني على ما يلي: "1- أ) على هيئة التحكيم إصدار القرار المنهي للخصومة خلال الميعاد الذي اتفق عليه الطرفان. ب) ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك يجب أن يصدر القرار خلال إثني عشر شهرا من تاريخ بدء إجراءات التحكيم، وفي جميع الأحوال يجوز أن تقرر هيئة التحكيم مد الميعاد لمدة لا تزيد على ستة أشهر. 2- إذا لم يصدر قرار التحكيم خلال الميعاد المشار إليه فب الفقرة (1) أعلاه جاز لأي من طرفي التحكيم أن يطلب من المحكمة المختصة أن تصدر أمرا لتحديد ميعاد إضافي أو لإنهاء إجراءات التحكيم، ويكون لأي من الطرفين عندئذ رفع دعوى إلى المحكمة المختصة. - تصدر هيئة التحكيم قرارها الفاصل في موضوع النزاع خلال ثلاثة أشهر من تاريخ حجز القية للحكم، ويجوز للهيئة تمديد هذه المدة إذا دعت الضرورة إلى ذلك. 4- يصدر قرار التحكيم بالاجماع

يتعين على المحكم القيام بالمهمة الموكلة إليه بإصدار حكم منهيًا للخصومة كلها خلال الأجل الذي إتفق عليه الطرفان، وفي حالة عدم قيام الطرفين بتحديد أجل معين يتعين أن يصدر الحكم خلال الأجل القانوني وهو اثنا عشر شهراً، ويتم إحتساب الأجل من تاريخ بدء إجراءات التحكيم، ويملك طرفا الخصوم مد الأجل أو قد يكون الاتفاق على المد صريحاً وقد يستفاد ضمناً من حضور الطرفين أمام هيئة التحكيم والمناقشة في الخصومة محل النزاع بعد الميعاد على ألا تزيد فترة المدة عن ستة أشهر ما لم يتفق على غير ذلك¹، فإن لم يصدر القرار خلال هذه المدة أعطي للمحكمة المختصة حق التدخل كطلب أي من الأطراف لتقرر إما إعطاء الهيئة ميعاداً إضافياً للفصل في الموضوع أو لإصدار قرار إنهاء إجراءات التحكيم، فإن قررت الهيئة إنهاء إجراءات التحكيم يكون لأي طرف حق اللجوء إلى المحكمة المختصة بنظر النزاع²

وبالتالي إذا صدر حكم التحكيم بعد إنتهاء المهلة المحددة إتفاقاً أو قانوناً لصدوره فإنه يكون قد صدر بعد إنتهاء ولاية المحكم بالنزاع، وبالتالي يجوز لأي من الطرفين وعادة ما يكون الطرف الذي صدر ضده الحكم رفع دعوى بطلانه، حيث يستمد المحكم ولايته من ذلك الإتفاق الذي حدد مدة هذه الولاية أو ترك تحديدها لنص القانون، حيث يعتبر النص القانوني المحدد لمهلة صدور الحكم مكملًا لإرادة الطرفين³، وتثبت مسؤولية المحكم بإنتهاء الميعاد دون إصدار الحكم، ولا تجدي الموافقة على مد الميعاد بعد إنتهائه وبتأخر المحكم في إصدار الحكم يفترض تحقيق الضرر، وتترتب مسؤولية المحكم دون حاجة لإثبات خطأ المحكم، إذ تقع على عاتق المحكم الإستيثاق من عدم إنتهاء الميعاد قبل إصدار الحكم وتبنيه الأطراف إلى مراعاة البرنامج الزمني المتفق عليه، وطلب مد الميعاد وأثارة هذه المسألة في مرحلة مبكرة، والتحقق من موافقة الأطراف على مد ميعاد التحكيم صراحة أو ضمناً، والإمتناع عن الإستمرار في الإجراءات إذا فشل في مد الميعاد، وبالتالي تقرر مساءلة المحكم عن التعويضات نتيجة لتأخر المحكم في إصدار الحكم⁴.

أو الأكثرية الآراء بعد المداولة إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من أكثر من محكم واحد، أو بقرار من المرجح عند تعذر الحصول على الأكثرية." ويقابلها نص المادة (37) من قانون التحكيم الاردني، والمادة (45) من قانون التحكيم المصري.

¹ د. سحر يوسف، المركز القانوني للمحكم، مرجع سابق، ص 127

² أ. ناظم عويضة، شرح قانون التحكيم، مرجع سابق، ص 132

³ د. حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 491

⁴ د. هدى عبد الرحمن، دور المحكم في خصومة التحكيم و حدود سلطاته، مرجع سابق، ص 411

رابعاً: إلزام المحكم في المحافظة على أسرار الخصوم

لا شك أن التحكيم، كآلية خاصة لفض المنازعات له إيجابيات ومزايا متعددة، منها ما يتعلق بمصلحة خاصة، وهي مصلحة الخصوم، كالفصل السريع في النزاع المطروح على هيئة التحكيم، ومراعاة الخبرة والتخصص والمحافظة على أسرارهم ، ومنها ما يتعلق بمصلحة عامة وهي مصلحة الدولة في تخفيف العبء على كاهل محاكمها بسبب تكدس القضايا أمامها¹.

ويقصد بإلتزام المحكم بالسرية الإبقاء على كل ما يتعلق بالأطراف أو بموضوع النزاع بعيداً عن النشر أو الإفصاح عنه للغير، وهذا الإلتزام يمتد لما بعد صدور الحكم ويشمل كل ما يتعلق بالنزاع وأطرافه، ويمتد الإلتزام بالسرية إلى كافة المكاتبات والمناقشات والمرافعات والحكم، وأيضا كل ما يطالبه الخصوم بالإحتفاظ بسريته ولو لم يكن كذلك بطبيعته، غير أن هذا الإلتزام ليس مطلقاً ولا يتعلق بالنظام العام، فيمكن للأطراف الإتفاق على إعفاء المحكم منه².

وكذلك تتسم إجراءات التحكيم بأنها سرية إلا على أطراف النزاع وممثليهم، بحيث يمكن القول أن مثل هذه السرية تعتبر من الأعراف التحكيمية التي يجب مراعاتها، وإذا كانت الدولة تجيز التحكيم فذلك بقصد التيسير على الخصوم، ولكي يفصل في النزاع هيئة فنية أو دولية أو لتفادي علنية جلسات القضاء وإجراءاته الطويلة مع توفير الوقت والجهد في كل الأحوال³.

كما تعتبر السرية أمراً بالغ الأهمية من الناحية الاقتصادية؛ لأن الأمر يتعلق بأسرار مهنية أو إقتصادية قد يترتب على علنيته الإضرار بمصالح الأطراف، والإضرار بمصالح الدولة خاصة من المشاريع و الإستثمارات الإقتصادية الكبيرة⁴.

و قد يبدو للوهلة الأولى وجود تعارض بين الإلتزام المحكم بالإفصاح و بين إلتزامه بالسرية ، إلا أن النظرة المتأنية تتبأ عن أن إلتزام المحكم بالسرية يوجه صوب الغير فلا يفصح عن أسرار الخصم لخصمه الآخر أو للغير، أما إلتزام المحكم بالإفصاح فيوجه صوب الأطراف و يتحدد بعلاقة المحكم

¹د.محمود التحيوي، أركان الاتفاق على التحكيم - وشروط صحته، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 1998، ص13

²د.هدى عبد الرحمن، دور المحكم في خصومة التحكيم و حدود سلطاته، مرجع سابق، ص161

³د.احمد ابو الوفا، عقد التحكيم واجراءاته، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2007، ص16

⁴د.كرم النجار، المركز القانوني للمحكم، مرجع سابق، ص18

ذاته بالأطراف، ويجمع بين هذين الإلتزامين وجود الجانب الأخلاقي، فيلتزم المحكم بالسرية وأيضا بالإفصاح إحتراما لثقة الخصوم فيه، وأيضا إحتراما لمهنته و مقتضياتها فطبيعة مهمة المحكم تتيح له الوقوف على كثير من أسرار الخصوم، وما يدفعهم إلى اللجوء إلى التحكيم هو نقادي علنية القضاء¹، و ميزة السرية ليست مقصورة على التحكيم التجاري الدولي وإنما أيضا التحكيم التجاري الداخلي، وتحقيقا للسرية تتفق نصوص قوانين التحكيم الحديثة في حظر نشر القرارات التحكيمية أو أجزاء منها دون موافقة أطرافها أو المحكمة المختصة، ونصت المادة(41) من قانون التحكيم الفلسطيني على ما يلي: "بما لا يتعارض مع أحكام القانون لا يجوز نشر قرار التحكيم أو أجزاء منه إلا بموافقة أطراف التحكيم أو المحكمة المختصة"².

وبالتالي أن المحافظة على سرية جميع الأمور ذات العلاقة بين المحكم والخصوم تعد في حكم الشرط الضمني في العقد المبرم بين المحكم والخصوم، فالخصوم لا ينتظرون من المحكم أن يمنحهم قدرته الفنية فقط، بل ينتظرون منه أيضا أن يحرص على إحترام سرية الوقائع والمعلومات التي تصل إلى علمه في أثناء مباشرته لأعباء مهمته³

وعلى ذلك، فإن هذا الإلتزام الواقع على عاتق المحكم لا يقتصر على كونه إلتزاما إتفاقيا فقط و لكنه يعد من الإلتزامات العامة التي ترتبط بمهمة المحكم، ولا شك أن إخلال المحكم بهذا الإلتزام يستوجب مسؤولية المحكم طبقا لقواعد المسؤولية العقدية؛ لأن عقد التحكيم الذي أبرمه المحكم مع الأطراف المحتكمة يوجب عليه المحافظة على سرية التحكيم وبالتالي عدم إحترامه لهذا الإلتزام يستوجب مسؤوليته عن ذلك⁴.

بالإضافة لما تقدم، أنه يعتبر إفشاء المحكم لأي معلومة قد حصل عليها من خلال نظره لهذا النزاع يعتبر مخلا بمبدأ السرية، كأن يمارس نشاطا تجاريا وينافس نفسه نوع النشاط التجاري المتنازع عليه على إعتبار أنه يحقق أرباحا مجزية، فهو بذلك يعتبر مخلا بمبدأ السرية.

خامسا: إلتزام المحكم بما ورد في إتفاق التحكيم وعقد المحكم

¹ د. هدى عبد الرحمن، دور المحكم في خصومة التحكيم و حدود سلطاته، مرجع سابق، ص 161

² يقابلها المادة (42/ب) من قانون التحكيم الاردني، وكذلك نص المادة (2/44) من قانون التحكيم المصري.

³ محمد صعبانة، مسؤولية المحكم المدنية، مرجع سابق، ص 110

⁴ د. سحر يوسف، المركز القانوني للمحكم، مرجع سابق، ص 131

ينتقد المحكم بالمسائل الواردة في إتفاق التحكيم فلا يتطرق إلى غيرها، وإنما يلتزم بعناصر النزاع المحددة في الإتفاق، وبالتالي إذا كان الإتفاق على التحكيم في شأن النزاع حول عقد معين فإنه لا يمتد الى عقد آخر ولو كان مرتبطا به وبين نفس الخصوم، فإذا كان هذا الإرتباط لا يقبل التجزئة كان نظر الدعويين من إختصاص المحاكم، فمهمة المحكم تحدد بموجب إتفاق التحكيم وينتقد بموضوع النزاع الذي يتحدد في ضوء إدعاءات الأطراف، وعلى ذلك لا يمتد نطاق التحكيم إلى عقد آخر لم تنصرف إرادة الطرفين إلى فضه عن طريق التحكيم أو إلى إتفاق لاحق¹، وكل إتفاق تحكيم يجب أن يتضمن أسماء أطرافه وموضوع النزاع المعروض على التحكيم وجملة من الأمور التي أرتضاها أطراف النزاع والتي يجب على هيئة التحكيم مراعاتها وتطبيقها، فإذا خرجت الهيئة عن ذلك و/أو عن موضوع النزاع أو أصدرت حكما أو قرارا بحق شخص غير مختصم في النزاع فإن قرارها يكون معرضا للفسخ من قبل القضاء².

أما إذا كان إتفاق التحكيم في صورة شرط التحكيم يحدد الموضوعات التي يمكن أن يثور حولها النزاع والتي يجري التحكيم بشأنها، فإنه لا يخضع له أي نزاع يتعلق بموضوع آخر، ولهذا إذا إتفق الطرفان على خضوع ما يتعلق بتنفيذ أحد الإلتزامات للتحكيم فلا يخضع له ما يتعلق بتنفيذ إلتزام آخر، وإذا حدث الإتفاق في صورة مشاركة فإنها تنصب على نزاع أو منازعات حدثت بالفعل، ولا يصح التحكيم إلا فيما تتضمنه المشاركة على وجه معين من منازعات، ولا يجوز أن يقضي المحكمون في منازعه خارج حدود الإتفاق³.

إذا يعد المحكم متجاوزا حدود مهمته إذا حكم بما لم يطلبه الخصوم، أو إذا تصرف على نحو ما كان يجب عليه إتيانه، أو أمتنع عن تصرف كان يجب عليه القيام به، وأيضا عند ممارسة حق محظور عليه، ويبطل حكم التحكيم إذا تجاوز حدود مهمته وتثور مسؤولية المحكم عن تجاوز حدود مهمته ولو لم يلحق الخصوم ضرر إذ أن الضرر مفترض لمجرد مخالفة المحكم لإتفاق الأطراف أو إستبعاد القانون الواجب التطبيق أو عندما يحكم وفقا لمقتضى العدالة عندما يكون ملزما بالفصل طبقا للقانون⁴.

¹ د. سحر يوسف، مرجع سابق، ص 171

² ناظم عويضة، شرح قانون التحكيم، مرجع سابق، ص 157

³ د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص 587

⁴ د. هدى عبد الرحمن، دور المحكم في خصومة التحكيم و حدود سلطاته، مرجع سابق، ص 414

وإذا أٌبطل حكم التحكيم لتجاوزه حدود صلاحيته فإن البطلان يقتصر على الطلبات التي تجاوز فيها المحكم مهمته، ويكون صحيحاً فيما هو داخل في مهمته، وهذا البطلان لا يتعلق بالنظام العام يجب أن يتمسك به الخصوم¹.

وللباحثة رأي في ذلك، بأنه تكمن فائدة إتفاق التحكيم في أنه يرسم للمحكم الخطى التي يسير عليها بحيث لا يحيد عنه، ودائماً ما يشتمل إتفاق التحكيم على المسائل التي يجب على المحكم الفصل فيها، وبهذا لا يتطرق المحكم إلى المسائل الأخرى غير المحددة في الإتفاق، ولا يتطرق إلى عقد آخر بين الأطراف مرتبط بذات النزاع، وما دام الأطراف لم تطرحه من ضمن المسائل المعروضة للفصل فيها منذ بداية النزاع، وبالطبع تحدد مهمة المحكم على ضوء إدعاءات الأطراف وطلباتهم دون الخروج عليها، وعند تجاوز المحكم حدود المسائل المتفق عليها فإن المشرع قرر جزاء لذلك وهو إمكانية رفع دعوى بطلان حكم تحكيم، وهذا ما نصت عليه المادة (5/43) من قانون التحكيم الفلسطيني على أنه: "يجوز لأي طرف من أطراف التحكيم الطعن في قرار التحكيم لدى المحكمة المختصة بناء على أحد الأسباب التالية...5- إساءة السلوك من قبل هيئة التحكيم أو مخالفتها لما أُنقِص عليه الأطراف من تطبيق قواعد قانونية على موضوع النزاع أو خروجها عن إتفاق التحكيم أو موضوعها.."²

المطلب الثاني: حصانة المحكم حيال تصرفاته

بينما في المطلب الأول من هذا المبحث مجموعة من الإلتزامات والقيود التي تفرض على المحكم سواء أكانت بموجب القانون أو العقد، والإخلال بها يؤدي إلى ترتب المسؤولية على المحكم عن الأخطاء التي يرتكبها أثناء أداء مهمته التحكيمية، وكما هو معلوم بأن المحكم يقوم بمهمة قضائية، فهل يمكن القول بأن له الحصانة المقررة للقاضي أم لا حيال تصرفاته؟ لمعرفة ذلك لا بد من التعرض لحصانة

¹ د. نجيب الجبلي، التحكيم في القوانين العربية "دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي والانتظمة الوضعية"، المكتب الجامعي الحديث، صنعاء،

2006، ص506

² يقابلها المادة (6/49) من قانون التحكيم الاردني، والمادة (53/و) من قانون التحكيم المصري

القاضي ومعرفة أحكامها، وكيف يمكن للمحكم الإستفادة من مثل هذه الحصانة، وهل يسمح المشرع له بمثل هذه الحصانة؟

الفرع الأول: الحصانة القضائية المقررة للقضاة

مما لا يخفى أن القاضي عضو من أعضاء المجتمع المدني ويعيش حياته الطبيعية كفرد عادي بين الناس، وله تصرفاته ونشاطاته ومعاملاته، ويبرم ما يحتاج من عقود تخص مصلحته الشخصية، ويمارس حياته بصورة طبيعية، وقد ينتج عن هذه التصرفات بعض الأخطاء سواء بقصد أو بدون قصد حيال الآخرين من وقع عليه الضرر، وفي هذه الحالة يتساوى المركز القانوني للقاضي مع أي فرد آخر في المجتمع، وأما على الصعيد الآخر يمارس نشاطه الخاص بعمله كقاضي ويقوم بمهام الوظيفة القضائية بناء على ما هو محدد من القانون مسبقاً، إلا أن القاضي قد يرتكب خطأ يخص عمله القضائي مما يسبب ضرراً للخصوم، فعلى أي مدى يكون مسؤولاً عن هذا الخطأ القضائي؟ الأمر الذي يثير مسألة حصانته من المسؤولية.

أولاً: معنى وأهمية الحصانة القضائية

لا يسأل القاضي في الشريعة الإسلامية عن خطئه، فالقاعدة أن القاضي مجتهد فإذا أصاب فله أجران وإذا أخطأ له أجر واحد، وعدم مسؤولية القاضي مشروطة بأن يكون الخطأ غير متعمد¹، ويقصد بمبدأ الحصانة تحديد المسؤولية، أي أن الحصانة القضائية تحدد المسؤولية المدنية للقاضي تجاه الأخطاء التي تصدر عنه أثناء عمله أو بسبب قيامه بوظيفته القضائية²، ويقوم مبدأ الحصانة القضائية على إعفاء القاضي من المسؤولية المدنية أو تحديدها بخصوص الأخطاء التي يرتكبها في أثناء أو بسبب ممارسته لوظيفة القضائية، وتكمن الحكمة من الحصانة القضائية من المسؤولية المدنية في توفير

¹ أما إذا كان الخطأ غير متعمد وفي حق من حقوق الله كحد الزنا وشرب الخمر، يبطل القضاء في بيت مال المسلمين إذا كان الحكم نفذ، وإذا كان الخطأ غير متعمد وفي حق من حقوق العباد ونفذ الحكم وكان بسبب تدليس من المدعي كان الضمان في مال المقضي له، وإذا كان خطأ القاضي في الإجتهد فلا يبطل قضاء ولا ضمان، أما إذا كان القاضي تعمد الخطأ والجور فإنه يكون ملزماً بالضمان في ماله ويعزر ويعزل من القضاء. راجع: د. فاروق الكيلاني، استقلال القضاء، المركز العربي للطبوعات-دار المؤلف، بيروت، 1999، ص134

² د. هدى عبد الرحمن، دور المحكم في خصومة التحكيم، مرجع سابق، ص392

الطمأنينة للقضاة في أداء واجباتهم، وأحاطتهم بسياسات كاف من الحماية يجعلهم في مأمن من كيد العابثين الذين يحاولون النيل من كرامتهم وهيبتهم برفع دعاوي كيدية لمجرد التشهير بهم¹.

إذا، القضاة كبشر عرضة كغيرهم لإرتكاب أخطاء تلزمهم بالتعويض تجاه من أصابه الضرر تطبيقاً للقواعد العامة في المسؤولية المدنية، فلو طبقت هذه القواعد بإطلاق على القاضي في علاقته بالخصوم لتعرض لكثير من دعاوي التعويض التي يرفعها عليه، فلا شك أن كثيراً من المحكوم عليهم يعتقدون أنهم ضحايا لأخطاء القضاة، ولو ترك القاضي تحت تهديد دعاوى التعويض، فإنه لن يشعر بالاستقلال عند إصدار أحكامه كما أنه سينشغل بالدفاع عن أداء واجبه مما يؤدي إلى تعطيل مرفق القضاء².

وللباحثة إضافة في هذه الجزئية، فضلاً عن ذلك إن تطبيق القواعد العامة للمسؤولية إهدار لحكم القاضي وتجريح له وإخلال بحجيته؛ لأن رفع دعوى المسؤولية على القاضي يمس حجية الشيء المقضي به، ولهذا لا يسمح القانون ببحث مسؤولية القاضي إلا في حالات معينة، وإضافة إلى ذلك فإن تطبيق القواعد العامة في مسؤولية القاضي يؤدي إلى الإخلال بما يسير عليه العمل القضائي؛ لأنه يؤدي إلى تحويل القاضي أقل درجة بالنظر في تقدير عمل قاض أعلى منه مرتبة فليس من العدالة أن يعامل القاضي كما يعامل أي موظف إداري وتطبق عليه قواعد المسؤولية التي تطبق على الموظفين.

ثانياً: نطاق الحصانة القضائية للقاضي

القاضي فرد من آحاد الناس ليس معصوماً من الخطأ يصدر منه عمداً أو سهواً، وقد يسأل القاضي عن هذا الخطأ أياً كان، سواء صدر أثناء ممارسته حياته العادية، أو أثناء أداء وظيفته، فهو مسؤول عن إرتباطاته الشخصية مع الآخرين من إتفاقات وعقود ومعاملات تخصه، ومسؤول كذلك عن كل خطأ ناتج عن هذه الممارسة التي تخرج عن دائرة وظيفته أو عمله القضائي، وهنا يعامل القاضي معاملة الشخص العادي ولا حصانة له إذا أخل القاضي بالتزام عقدي يجوز مقاضاته لهذا السبب وفقاً

¹ محمد صعبانة، مسؤولية المحكم المدنية، مرجع سابق، ص 165

² د. عاشور مبروك، الوسيط في قانون القضاء المصري (دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية)، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، الطبعة الثانية،

القواعد العامة، وإذا أرتكب خطأ يجوز رفع دعوى تعويض من الغير ضده وفقا للقواعد العامة¹، أما على الوجه المقابل يتعذر علينا تطبيق قواعد المسؤولية الإدارية على القاضي؛ لأن دور القاضي يختلف عن دور الموظف الإداري، فالأخير يتدخل في سير المرافق العامة أما القاضي فموقفه موقف سلمي إذ يتولى الخصوم الدعوى².

والقاضي كذلك مسؤول عن تصرفاته المتعلقة بجناية، فإذا صدر من القاضي عمل يعد جريمة ينبغي توجيه المساءلة الجنائية له وفقا لمبدأ المساواة أمام القانون، ويعامل بذات المعاملة بالنظر إلى طبيعة مركز الفرد أو وظيفته، ومع ذلك فإن المشرع قد يخرج على قاعدة المساواة في المعاملة أمام القانون الجنائي إذا كان الجاني أو مرتكب الفعل قاضيا، وهذا الخروج يراعى فيه نوع الجريمة وطبيعتها ومدى إتصالها بعمل القاضي الوظيفي، وهذا الخروج ليس تقرير إمتياز لرجال القضاء، وإنما القصد منه في الدرجة الأولى المحافظة على هيبة القضاء وكرامته مما يتطلب الحيلولة دون التنكيل بالقضاة أو التشهير بهم³.

يتمتع القضاة بحصانة ضد الإجراءات التأديبية منعا من تطاول الخصوم إليهم بالشكاوي الكيدية ومنعا للسلطة التنفيذية من إتخاذ الإجراءات التعسفية ضدهم، تمكينا لهم من تحقيق رسالتهم في أداء العدالة بحياد وإستقلال، ووجود هذه الحصانة لا يعني عدم جواز محاكمة القاضي تأديبيا على أفعال التقصير والأهمال التي يرتكبها وإنما يعني إحاطة القاضي بالضمانات اللازمة التي تمنع الكيد له والنيل منه بسبب أحكامه وحماية لإستقلاله وحرصا على منعته وحياده، وحفاظا على صرح القضاء من إفتراء الخصوم ومكائدهم⁴.

¹ راجع: د. فاروق الكيلاني، استقلال القضاة، مرجع سابق، ص344 وراجع أيضا: د. صلاح الدين الناهي، مبادئ التنظيم القضائي والنقاضي والمرافعات، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1996، ص36

² راجع: د. علي حسن، رد ومخاصمة أعضاء الهيئات القضائية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003، ص20

³ د. مصطفى عياد، الأصول في التنظيم القضائي والمحاكمات المدنية والتجارية، كلية الشريعة والقانون جامعة الأزهر، الطبعة الثانية، 1998، ص148

⁴ د. فاروق الكيلاني، استقلال القضاة، مرجع سابق، ص359

وإضافة إلى ذلك يسأل القاضي عن تصرفاته أثناء تأديته عمله عن الأعمال المادية حتى ولو كانت مرتبطة بطبيعة وظيفته أو حدثت أثناء تأديته لعمله فهنا يخضع للقواعد العامة، مثال ذلك أن يصدّم شخصاً بسيارته وهو ذاهب إلى موقع للمعاينة فهنا تطبق عليه القواعد العامة¹.

مما سبق يمكن القول، بأنه لا يمكن إطلاق عدم مسؤولية القاضي، لأن هذا قد يؤدي به إلى عدم الحيطة والحذر من إصدار أحكام ما دام يعلم أنه بمنجاة من كل تعقيب عن خطأ قد يقع فيه، وفي الوجه المقابل لا يمكن مساءلة القاضي عن خطئه في جميع الأحوال، لأن هذا يجعل القاضي متردداً عن الفصل في الدعاوى خشية المسؤولية فضلاً عن انشغاله بالدفاع عن تصرفاتهم بدلاً من التفرغ لعمله، لهذا لا بد من جعل نطاق الحصانة معيناً ومحدداً حتى يقوم القاضي بمهمته، وهنا يفرض السؤال نفسه كيف تتم مساءلة القاضي عن أخطائه الوظيفية؟

لقد اتجهت التشريعات إلى وضع نظام خاص يكفل حماية القاضي من دعاوى الخصوم، ويسمح في نفس الوقت بمساءلة القاضي مدنياً، وهذا النظام هو مخاصمة القضاة².

والمخاصمة تعني مساءلة القاضي بقصد مطالبته بتعويض الضرر الناشئ عن حكمه أو الإجراء الذي قام به إذا كان قد شابه غش أو غدر أو تدليس أو خطأ مهني جسيم³ على نحو ما سنذكره تفصيلاً في الفقرات التالية. فدعوى مخاصمة القاضي أو دعوى التعويض التي يرفعها الخصم المضرور على القاضي لسبب من الأسباب التي نص عليها القانون، هي نظام خاص لمساءلة القضاة مدنياً عن أعمالهم الوظيفية، فالمشرع حرص على أن يهيئ للقاضي جو صالح يكفل له العمل في إطمئنان حتى لا يتردد في التصرف والحكم ويؤدي رسالته على خير وجه، لذلك لم يتركه كباقي موظفي الدولة ليكون مسؤولاً مسؤولية مدنية عن أي خطأ يرتكبه أثناء تأديته لوظيفته، بل قصر هذه المسؤولية على حالة إخلال القاضي بواجبه إخلالاً جسيماً، وأحاطه في هذه الحالة بضمانات حتى لا تتخذ مقاضاته وسيلةً للتشهير به⁴، فدعوى مسؤولية القضاة هي دعوى مسؤولية مدنية من نوع خاص ونظام قانوني يهدف إلى التوفيق بين مبدأ حصول الخصم المتضرر على حقه في التعويض نتيجة

¹ راجع: د. فتحي والي، الوسيط قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، 2001، ص 170

² د. عاشور مبروك، الوسيط في قانون القضاء المصري، مرجع سابق، ص 163

³ د. علي حسن، رد ومخاصمة أعضاء الهيئات القضائية، مرجع سابق، ص 23

⁴ د. عثمان التكروري، الوجيز في شرح قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (3) لسنة 2001، الجزء الأول، 2002، ص 53

الضرر الذي لحق به من الخطأ القضائي، وبين ضمان كرامة القاضي وسمو وظيفته وعدم التشهير به وذلك بإحاطته بالضمانات القوية التي تمنع الدعاوي الكيدية ضده¹، وقد أخذ التشريع الفلسطيني بهذا الأسلوب بالإضافة إلى التشريع المصري أما الاردني لم يتضمن نصا يقرر هذه المسؤولية²، وأهم ما في نظام المخاصمة أن الخطأ الصادر من القاضي لا يخرج عن الحالات التي نص عليها المشرع الفلسطيني وهي على النحو التالي:

الحالة الأولى: إذا وقع من القاضي في عمله غش أو تدليس أو خطأ مهني جسيم لا يمكن تداركه

يقصد بالغش والتدليس³ الإنحراف الذي يرتكبه القاضي أثناء أداء وظيفته بسوء نية، إما محاباة لأحد الخصوم أو نكاية بخصم أو تحقيقا لمصلحة شخصية للقاضي، كالتغيير في وقائع الدعوى، أو تحريف أقوال الخصوم أو وصف مستند في الدعوى على غير حقيقته لخداع باقي أعضاء المحكمة، إذ إن الخطأ المقصود هو بحد ذاته دليل على قصد الإضرار وسوء النية، والتميز بين الغش والتدليس يقوم على أساس أن الغش يتم بإستعمال الحيلة والخداع فهو أشد خطورة من التدليس⁴.

أما الخطأ المهني الجسيم فهو الخطأ الفاحش الذي يرتكبه القاضي لوقوعه في غلط فادح ما كان يجب أن يقع فيه القاضي الذي يهتم إهتماما عاديا بعمله كالجهل بالمبادئ الأساسية للقانون، أو بالوقائع

¹ د. عباس العبودي، شرح أحكام قانون أصول المحاكمات المدنية المعدل بالقانون رقم (14) لسنة 2001 والقانون رقم (26) لسنة 2002 (دراسة مقارنة ومعززة بالتطبيقات القضائية لمحكمة التمييز الاردنية)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2006، ص 71

² نصت المادة (153) من قانون أصول الماكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم (3) لسنة 2001 على ما يلي: "تجوز مخاصمة القضاة وأعضاء النيابة العامة في الحالتين الاتيتين: 1- إذا وقع من القاضي أو عضو النيابة العامة في عملهم غش أو تدليس أو خطأ مهني جسيم لا يمكن تداركه. 2- في الأحوال الأخرى التي يقضي فيها القانون بمسؤولية القاضي والحكم عليه بالتعويضات."، ويقابلها المادة (464) من قانون المرافعات المصري المدنية والتجارية المصري، أما في القانون الأردني فإنه لم ينص على حالات وإجراءات مخاصمة القضاة مكتفيا بخضوع القاضي للقواعد العامة للمسؤولية المدنية عقديا وتقصيريا.

³ وقد أضاف قانون المرافعات المصرية في نص المادة (1/494) الغدر ويقصد به إنحراف القاضي أو عضو النيابة بقبول أو الأمر بقبول منفعة مالية لنفسه أو لغيره لا يستحقها، أو هو ارتكاب جريمة الغدر وهي تتحقق بأن يطلب رسوما أو غرامات ليست مستحقة أو تريد على المستحق مع علمه بذلك، والغش والتدليس والغدر يجمعهما جامع واحد وهو أنها تصدر عن سوء نية، وأن النص على الغدر في هذا القانون لا ضرورة له لان الهدف من المعاقبة عليه هو مواجهة ما كان يأمر به القاضي من رسوم يتقاضاها لنفسه زيادة عما مقرر، بينما لم يعد جائزا في الوقت الحالي للقاضي أن يحصل من الخصوم أية رسوم لنفسه فهو يتقاضى مرتبه من الدولة والرسوم تكون إيراد للخزينة وليس للقاضي. راجع: د.علي حسن، رد ومخاصمة أعضاء الهيئات القضائية، مرجع سابق، ص 177، وراجع أيضا: د.فاروق الكيلاني، إستقلال القضاء، مرجع سابق، ص 346، وراجع: د.عاشور مبروك، الوسيط في قانون القضاء المصري، مرجع سابق، ص 165

⁴ د. فاروق الكيلاني، إستقلال القضاء، مرجع سابق، ص 346

الثابتة بملف الدعوى¹، والفارق بين الغش والخطأ الجسيم، أن يفترض العمد ويلزم لتوافره سوء النية وهو أمر عسير الإثبات، بينما الخطأ يفترض الإهمال ولا يشترط فيه سوء النية لذلك يسهل إثباته، فيكفي أن يثبت المتقاضي أن القاضي قد ارتكب خطأ جسيماً، كما إذا امتنع عن الفصل في قضية صالحة للحكم أو الإجابة على طلب قدم له أو سها في تسبیب حكم أصدره وترتب على ذلك بطلان الحكم².

ويشترط لتوافر الخطأ المهني ثلاثة شروط هي:

1- أن يكون مهنياً، إن الخطأ المهني هو الذي يرتكبه القاضي أثناء قيامه بواجبات وظيفته القضائية وبسببها ولذلك لا يكون القاضي مسؤولاً من الناحية المدنية عن الإخطاء التي يرتكبها خارج هذه الحدود إذ لا تكون هذه الأخطاء مهنية، فالخطأ المهني يجب أن يكون بصدد دعوى معينة ينظرها القاضي بسبب عمله الرسمي أو أثرائه ولكن دون أن يتعلق هذا الخطأ بدعوى معينة فلا يشكل ذلك خطأ مهنياً يستوجب المساءلة³

2- أن يكون الخطأ جسيماً، هو الخطأ الفاحش الذي لا ينبغي أن يقع من القاضي، أو هو الخطأ الذي لا يغتفر للقاضي إذا وقع منه لأنه غلط فاضح ما كان ليقع فيه القاضي لو أنه أهتم بواجباته إهتماماً عادياً⁴.

3- أن يلحق ضرر بأحد الخصوم، يجب أن يترتب على الخطأ الجسيم الذي يرتكبه القاضي أثناء أدائه وظيفته وقوع ضرر بأحد الخصوم حتى يمكن مخاصمة القاضي قانوناً، فإذا كان الخطأ الجسيم لم يترتب أي ضرر فحسب صاحب المصلحة أن يطعن بالقرار بالطرق المقررة قانوناً فالخطأ المجرد ولو كان جسيماً لا يبرر مسؤولية القاضي المدنية⁵.

4- إن لا يمكن تدارك الخطأ، اشترط المشرع لمساءلة القاضي عن الخطأ المهني أن يكون هذا الخطأ جسيماً لا يمكن تداركه، وبذلك وضع معيار يمكن بموجبه التفرقة بين الخطأ المهني الجسيم ومجرد الخطأ المهني، فإذا كان يمكن تدارك هذا الخطأ يكون مجرد خطأ مهني لا مسؤولية عنه، أما إذا

¹ د. عاشور مبروك، الوسيط في قانون القضاء المصري، مرجع سابق، ص 165

² د. عثمان التكروري، الوجيز في شرح قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (3) لسنة 2001، مرجع سابق، ص 54

³ د. فاروق الكيلاني، إستقلال القضاء، مرجع سابق، ص 348

⁴ د. فتحي والي، الوسيط قانون القضاء المدني، مرجع سابق، ص 171

⁵ د. فاروق الكيلاني، إستقلال القضاء، مرجع سابق، ص 349

كان لا يمكن تداركه فإنه يكون خطأ مهنيا جسيما موجبا للمسؤولية المدنية والمخاصمة، وعلى ذلك فإن القاضي لا يكون مسؤولا إذا أخطأ في التقدير أو في إستخلاص الوقائع أو تفسير القانون، فسيبيل تدارك الخطأ في هذه الحالة هو الطعن في الحكم بطريق الطعن المناسب¹.

الحالة الثانية: في الأحوال الأخرى التي يقضي فيها القانون الفلسطيني بمسؤولية القاضي والحكم عليه بالتعويضات².

نصت المادة (2/153) من قانون المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني على ما يلي: "تجوز مخاصمة القضاة وأعضاء النيابة العامة في الحالتين الاتيتين: 2....- في الأحوال الأخرى التي يقضي فيها القانون بمسؤولية القاضي والحكم عليه بالتعويض"، ويشترط في هذه الحالة أن يكون هناك نص في القانون يرتب مسؤولية على القاضي لسبب معين، وأن يقرر هذا النص صراحة أن جزاء هذه

¹ د. عثمان التكروري، ، الوجيز في شرح قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (3) لسنة 2001، مرجع سابق، ص 54

² ويوجد حالة ثالثة وهي إنكار العدالة ولقد نصت عليها المادة (2/494) من قانون المرافعات المصري حيث نصت على ما يلي: "تجوز مخاصمة القضاة وأعضاء النيابة في الأحوال الآتية: 2....- إذا امتنع القاضي عن الإجابة على عريضة النيابة في الأحوال الآتية: 2....- إذا امتنع القاضي عن الإجابة على عريضة قدمت له أو عن الفصل في قضية صالحة للحكم وذلك بعد إعدار مرتين على يد محضر يتخللها ميعاد أربع وعشرين ساعة بالنسبة إلى الأوامر على العرائض وثلاثة أيام بالنسبة إلى الأحكام في الدعاوي الجزئية والمستعجلة والتجارية وثمانية أيام في الدعاوي الأخرى ولا يجوز رفع دعوى المخاصمة في هذه الحالة قبل مضي ثمانية أيام على آخر إعدار..."، وإنكار العدالة هو إستتلاف القاضي عن إحقاق الحق كإمتناعه عن فصل الدعوى بعد أن تكون قد تهيأت للفصل، أو إمتناعه عن الإجابة على عريضة قدمت له، ويجب أن يثبت أن هذا الأمتناع قد تم بسوء نية فلا يعتبر القاضي، منكرا للعدالة إذا كان تأخير الفصل في الدعوى أو العريضة له ما يبرره كالمريض أو الإجازة ولا يجوز للقاضي أن يتعذر بعدم وجود النص أو غموضه فله في هذه الحالة أن يجتهد حتى يقطع عليه سبيل النكول عن القضاء، وتعتمد المسؤولية المدنية في إنكار العدالة على أن القاضي خالف واجبا جوهريا من واجبات وظيفته، من تحقق وإقامة للعدل وتوفير للحماية القانونية للخصوم ويشترط لمساءلة القاضي على إنكار العدالة إمتناعه عن إصدار حكم، مع عدم تحقق ما يبرر هذا الإمتناع، ولم ينص على هذه الحالة في قانون اصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني لأن هذه الحالة نظرية إذ من الصعب أن يحدث عملا إمتناع للقاضي عن الحكم في قضية صالحة للفصل فيها مهما كان النص غامضا وحتى لو لم يوجد نص بل أنه يسعى إلى تفسير النص الغامض والبحث عن القاعدة الواجبة التطبيق، فلو تصورنا عدم وجود نص في التشريع يحكم المسألة المطروحة على القاضي ولو سلمنا بعدم وجود قاعدة عرفية تحكمه وإذا إفترضنا جدلا أن مبادئ الشريعة الإسلامية أيضا قد خلت من النص على حكم لهذه المسألة فإنه من غير المتصور ولا المعقول ألا تكون هناك مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة ولهذا فالقاضي لا يعذر إطلاقا تحت أي ظرف من الظروف إذا امتنع مع الفرض الجدلي عن الحكم أو الإجابة على عريضة ما دامت لديه كل هذه المصادر يستقي منها الحكم في المسألة وإلا أعتبر منكرا للعدالة وجازت مخاصمته لهذا السبب، على ان القاضي لا يعتبر منكرا للعدالة فإذا كان تأخير الفصل في الدعوى راجعا إلى ما يبرره قانونا كما لو كانت الدعوى لم يتم تحقيقها بعد أو كانت تثير مشاكل معقدة تتطلب وقتا للتفكير في حلها أو حل بالقاضي سبب شخصي كمرض منعه من الفصل في الدعوى. راجع: د. علي حسن، رد ومخاصمة الهيئات القضائية، مرجع سابق، ص 190، وراجع أيضا: د. فاروق الكيلاني، إستقلال القضاء، مرجع سابق، ص 350، د. عاشور مبروك، الوسيط في قانون القضاء المصري، مرجع سابق، ص 164، وراجع: د. نبيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية دراسة تحليلية وتطبيقية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008، ص 507

المسؤولية هو الحكم على القاضي بالتعويضات، ولا يوجد في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني نصا من هذا القبيل¹.

ثالثا: الأسباب التي تؤيد أو تعارض الحصانة القضائية للقضاة

أولا: الأسباب التي تؤيد الحصانة القضائية للقضاة من المسؤولية المدنية

يوجد العديد من الأسباب التي تؤيد وتدعم حصانة القاضي من الدعاوي المدنية المرفوعة عليه ويمكن إيجاز هذه الأسباب في ما يلي:

السبب الأول: حماية أعضاء السلطة القضائية

من الأسباب المهمة والمؤيدة للحصانة القضائية للقضاة من المسؤولية المدنية الناشئة عن الوظيفة القضائية، حماية أعضاء السلطة القضائية وإستقلالهم، فالمشرع حرص على أن يهيئ للقاضي جوا صالحا يكفل له العمل في إطمئنان حتى لا يتردد في التصرف والحكم ويؤدي رسالته على خير وجه²، وضمان حريتهم في الفصل في الدعاوي المعروضة عليهم بشكل مستقل، وذلك لأن من شأن تقرير مسؤولية القاضي المساس بإستقلاله والحيلولة بينه وبين تأدية واجباته، فلا شك ان إحتمال تهديده بدعاوي المسؤولية المدنية من قبل أحد الأطراف المتقاضين قد تدفع بالقاضي إلى التردد كثيرا قبل الفصل في القضايا خوفا من المسؤولية، بالإضافة إلى مغبة تضییع وقتهم الثمين للدفاع عن أنفسهم بدلا من الفصل في القضايا التي تعرض عليهم، وأيضا حتى لا يمضي القاضي نصف عمره في إصدار الأحكام والنصف الآخر في الدفاع عنها ضد إدعاءات المتخاصمين³.

¹ بينما تقتضي المادة (175) من قانون المرافعات المصري بالحكم على القاضي بالتضمينات إذا لم يودع مسودة الحكم المشتملة على أسبابه في الميعاد الذي حدده القانون إذا ترتب على ذلك بطلان الحكم، ونرى أن هذه الحالة يمكن أن تدخل تحت حالات الخطأ الجسيم دون حاجة إلى نص خاص بها. راجع: د. عثمان التكروري، الوجيز في شرح قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (3) لسنة 2001، مرجع سابق، 54.

² عثمان التكروري، الوجيز في شرح قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (3) لسنة 2001، مرجع سابق، ص52.

³ محمد صعبانة، مسؤولية المحكم المدنية، مرجع سابق، ص180.

السبب الثاني: ضمانات الخصوم في مواجهة السلطة القضائية

إن حسن إدارة العدالة وآداء القضاء لوظيفته يتوقف على حسن إختيار القضاة وتحري الخلق فيهم من ناحية، وحسن قيامهم بعملهم وأبعادهم عن كل المؤثرات من ناحية أخرى، وذلك حتى يتوفر للقائمين بهذه المهمة الصعبة صبغة النزاهة التي إن تحققت كانت أحكامهم موضعاً للثقة والإحترام، فالنزاهة فضيلة تتحلّى بها النفوس الصالحة عند وزنها للمصالح المتعارضة، وليس بأحوج من القضاء إليها وهو ميزان العدالة في حياتنا اليومية¹.

ولذلك يجب أن يقرر ضمانات متعددة تكفل نزاهة القضاة وحسن أدائهم لوظائفهم، ومن ذلك تطلب شرطاً ومؤهلات معينة في المرشحين لمنصب القضاء، بالإضافة إلى ذلك يحيط المشرع الوطني العمل القضائي نفسه بضمانات متنوعة ويضع من الإجراءات ما يكفل عدم التسرع في الأحكام، وتقادي الوقوع في الأخطاء، كما ينظم طرق الطعن في الأحكام، ومثل هذه الضمانات والإجراءات تسيطر بفعالية على سوء التصرف القضائي وتحمي حقوق الأفراد، وتقلل من الحاجة لمخاصمة القضاة².

السبب الثالث: حماية العملية القضائية

الحصانة القضائية من شأنها حماية العملية القضائية نفسها، إذ أن نظام الطعن في الأحكام يوفر ضمانات كافية للخصوم للحصول على حكم عادل في النزاع، وأن من شأن مساءلة القاضي مدنياً عن أخطائه تقويض نظام الطعن في الأحكام وفقدانه أهميته؛ لأن السماح للمتقاضين بأن يقيموا دعوى تعويض على القاضي لكل خطأ أو إهمال يقع منه أو يتصورون أنه وقع في أثناء قيامه بوظيفته يعني إعادة نظر الدعوى وإهدار حجية الحكم وقرينة الصحة المفروضة فيه³.

¹ د. عاشور مبروك، الوسيط في قانون القضاء المصري، مرجع سابق، ص 99

² محمد صعبانة، المسؤولية المحكم المدنية، مرجع سابق، ص 181

³ محمد صعبانة، مرجع سابق، ص 181

ثانيا: الأسباب التي تعارض الحصانة القضائية للقضاة من المسؤولية المدنية

يترتب الأخذ بالحصانة القضائية للقضاة من المسؤولية المدنية عن الأخطاء التي يرتكبها القضاة في أثناء قيامهم بوظيفتهم من شأنها أن :

السبب الأول: الحيلولة دون ردع التصرفات القضائية الخاطئة

أن المخاصمة طريق صعب من الناحية العملية؛ لأن فرض قبول دعوى المخاصمة نادرة الوقوع، فالقضاء يراعى عادة إحاطة القاضي بسياج كاف من الحماية القضائية حتى لا يتهيب التصرف مستقبلا ، فيما قد يعرض عليه إتخاذ قرارات هامة تتطلب جانبا من الإقدام الحميد مع الثقة الكافية في حماية القانون له حتى عند التسرع أو عند الوقوع في خطأ مغتفر من أخطاء الفهم أو سوء التقدير، وأن هذه الضمانات جعلت من نظام المخاصمة طريقا لحماية القضاة لا لمخاصمتهم¹.

وبالتالي أن فكرة الحصانة للقضاة من المسؤولية المدنية تشجع القضاة على الإهمال واللامبالاة وعدم أخذ الحيطة والحذر في أثناء قيامهم بوظيفتهم.

السبب الثاني: حرمان المتضرر من حقه في مطالبة القاضي بالتعويض عن الضرر الذي يلحق به من جراء الحكم الخاطئ.

من حق الأفراد ضحايا الأحكام الخاطئة الصادرة عن القضاة المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي أصابتهم من جراء الأحكام الخاطئة، فمثلا قد يرتكب القاضي في أثناء قيامه بوظيفته خطأ ويقضي لغير المالك بالملكية، ويصبح الحكم حائزا لقوة الأمر المقضي به لتأييد من المحكمة الأعلى درجة أو لفوات مواعيد الطعن في الحكم، فيضيع على المالك الحقيقي ملكه وقد يكون كل ما يملك، ومن المسلم به أن تخصيص القاضي بميزة الحصانة القضائية يتنافى مع حق المتضرر في مقاضاة القاضي ومطالبته بالتعويض عن الضرر الذي لحق به من جراء الخطأ أو الإهمال الذي وقع من القاضي في أثناء قيامه بوظيفته².

¹ د.علي حسن، رد ومخاصمة أعضاء الهيئات القضائية، مرجع سابق، ص40

² محمد صعبانة، مسؤولية المحكم المدنية، مرجع سابق، ص182

وفي تقديري، أن المشرع لم يأخذ بالحصانة المطلقة للقضاة عن المسؤولية المدنية وفي نفس الوقت لم يجعل القضاة مسؤولين عن أي خطأ أو إهمال يقع منهم في أثناء قيامهم بوظائفهم، وإنما جعلهم مسؤولين في حالات معينة حددها المشرع على سبيل الحصر وفقاً لنظام يقرره ويحدد معالمه سلفاً، وهذا المنهج الذي تبناه المشرع الفلسطيني والمصري ولم يأخذ به المشرع الأردني.

الفرع الثاني: حصانة المحكم من المسؤولية المدنية

سوف أتناول في هذا الفرع فكرة مفترضة أحاول إسقاط حصانة القاضي على المحكم بحيث يتم الاستفادة منها بناء على مقدار التشابه أو التماثل بين وظيفة القاضي ووظيفة المحكم، بإعتبار قيامها بمهمة قضائية واحدة وهي الفصل في النزاع، وسبق وأن تحدثت عن مهمة المحكم وأنه يمارس وظيفة قضائية قائمة على الفصل في النزاع وهذا هو جوهر العمل القضائي، ويكون الفصل في النزاع بحكم حاسم وفق أحكام القانون إن أتفق الأطراف على ذلك، ويصدر المحكم حكمه بعد التحقق من وجود وصحة إتفاق التحكيم ومشروعيته، ويقوم بدراسة وقائع النزاع، وما قدم إليه من مستندات وأدلة ويتثبت من وجودها وصحتها، ويسقط عليها القواعد الموضوعية ليصدر الحكم لمن كان له الحق، ويصدر هذا الحكم بناء على إجراءات حددها القانون، ويكون لهذا الحكم أثر لا يقل شأنًا عن ما للحكم القضائي من أثر، حيث يحوز حجية الأمر المقضي به ويستنفذ المحكم ولايته فيه، فالمحكم قاض بالمعنى الفني البحت وتحقق الوظيفة القضائية في مهمته.

أولاً: مضمون الحصانة القضائية للمحكم من المسؤولية المدنية¹

بما أننا خلصنا إلى أن وظيفة المحكم وظيفة تماثل وظيفة القاضي في أغلب معطياتها وأن المشرع قرر حصانة للقاضي حدد فيها مسؤوليته، ولا يستطيع أي من الخصوم مساءلته إلا وفقاً لما رسمه المشرع في نظام المخاصمة، فإنه يتبادر إلينا تساؤل، هل بالإمكان قياس المحكم على القاضي في كل ما قرره المشرع من حماية ومن ضمانات؟ وهل بالإمكان مساءلة المحكم بما يسأل به القاضي أم أن الوضع غير ذلك؟

¹ تقوم فكرة الحصانة القضائية للمحكم من المسؤولية المدنية، والتي هي من بدع النظام الأنجلو أمريكي، على أساس تحديد مسؤولية المدنية، بحيث لا يجوز مساءلة المحكم عن أي خطأ يرتكبه في أثناء مباشرته لعمله، وإنما يسأل فقط عن أخطاء معينة شأنه في ذلك شأن قاضي الدولة، راجع: راجع محمد صعبانة، مسؤولية المحكم المدنية، مرجع سابق، ص 185

أن مصدر الحصانة للمحكم ليس العقد بين الأطراف والمحكم، بل إن مصدرها سلطته القضائية التي منحها الأطراف للمحكم بموجب هذا العقد، ولذلك مد الحصانة إلى المحكم بسبب الطبيعة شبه القضائية للأعمال التي يقوم بها هذا المحكم، والحاجة إلى إستقلال هذه الأعمال وبصورة جوهرية، فإن الحد من المسؤولية له ما يبرره بسبب التشابه الوظيفي للمحكم مع القضاء¹.

وهناك حالة أخرى هي أن منح المحكم جميع ما تم منحه للقاضي من ضمانات وأساليب حماية يتوقف على كيفية معالجة كل تشريع لحصانة المحكم، فإن قررت هذه التشريعات حصانة المحكم بتشريع مستقل فيكتفي بما قرره هذا التشريع، وإن كان هذا التشريع على إفتراض لم يمنح القاضي حصانة تجاه أخطائه فمن باب أولى أن لا يتم منح المحكم ذلك، وأن كان ما تم منحه للقاضي قد تم منحه للمحكم فتعمل ذات الحصانة بموجب التشريع، وإن قُدر للقاضي حصانة ولم يتدخل لإقرار حصانة المحكم بأية نصوص فإن إمكانية تمتع المحكم بذات الحصانة التي يتمتع بها القاضي نظرا للدور المتشابه لكل منهما، وأوجه التشابه تعتمد على عما إذا كان هناك نزاع وعما إذا كان هناك حكم صادر من المحكم، حصول جلسات إستماع، طرح ومناقشة الأدلة من الأطراف كما يفعل القاضي²، وهذه هي الدلالات القضائية التي يمارسها المحكم إنشاء عمله، وعلى هذا فإن دائرة الحصانة تتسع وتضيق على المحكم على حسب ما يتمتع به القاضي من حصانة.

وتؤكد هذه الحالة أنه في حالة عدم إقرار حصانة للقاضي مع تحقق وجود قانون لمساءلة الموظفين العموميين فإنه يفضل تطبيق قواعد مساءلة الموظف على القاضي، على أن تطبيق القواعد العامة على مساءلة القاضي بإعتبارها شديدة الوقع على القضاة لكن في مثل هذه الحالة لا يمكن تطبيق ذلك على مساءلة المحكم بإعتباره أنه لا يأخذ وصف الموظف في كل أحواله ولا يقاس بهذا القياس³، وبالمقابل يمكن القول أن المحاكم دائما ما تعارض سد الخلل الموجود في التشريعات وترى بأنه يجب على المشرع القيام بتغيير مرغوب فيه حيث لا يكفي التماثل ليكون سببا في منح المحكم حصانة⁴.

¹ د. عبد الحميد الأحديب، موسوعة التحكيم، دار المعارف، القاهرة، 1998، ص 236

² د. أحمد ملحم، عقد التحكيم المبرم، مرجع سابق، ص 256

³ د. عبد الحميد الأحديب، موسوعة التحكيم، مرجع سابق، ص 237

⁴ د. أحمد ملحم، عقد التحكيم المبرم، مرجع سابق، ص 262

خلاصة القول، إن الغرض الذي يشكل أساس مبدأ الحصانة ليس هو إتفاق الأطراف في كل الظروف، فلا يعني الإتفاق على الحصانة يعني تقديس الحكم الذي قد يصدر من خلال التطبيق غير الفعال لمبادئ القانون، أو الحكم الناتج من الإجراءات التي لم يتم تطبيقها بصورة فعالة.

ثانيا: الخلاف القائم حول حصانة المحكم من المسؤولية المدنية

هناك ثلاثة آراء حول حصانة المحكم من عدمه في حال عدم النص على ذلك في القانون، ومنتصور أن هذه الآراء لم تخرج عن كون بعضها يمنح المحكم حصانة مطلقة، والبعض لا يمنحه حصانة مطلقا، والبعض الآخر يتخذ موقفا وسطا، يحدد بعض الأعمال ليتم مساءلة المحكم على إثرها حال ثبوت خطأ فيها، واللافت للنظر أن جميع الآراء غايتها هو تحقيق فاعلية أفضل لنظام التحكيم، وسنحاول الوقوف على هذه الآراء فيما يلي:

الرأي الأول: المحكم يتمتع بحصانة مطلقة

ويذهب هذا الرأي إلى أن المحكم يتمتع بحصانة مطلقة تجاه الدعاوي المدنية المرفوعة عليه من الأطراف، وأيا كان الخطأ يسيرا أو جسيما سواء تعلق بأسلوب إحتيالي أو كان بحسن نية¹.

وفي تقديرنا، أن هذا الإتجاه يظهر فيه التشديد في حصانة المحكم بإعتباره يقوم بمهمة قضائية، فلا يمكن للأطراف مقاضاة المحكم حتى في الحالات المتعلقة بإصدار الحكم الخاطئ بسبب خطأ واضح أو بسبب خطأ قانوني بين، وسواء أكان يتصرف مشمول بالخداع وسوء النية أو بتصرف عمدي، أو حالة التصرف بدون سلطة أو الفشل في حل النزاع.

ويبنى هذا الرأي على أن الحصانة المطلقة للمحكم ستحقق نوعا من الإستقلال والنزاهة في صنع حكم التحكيم، وتوفر الفاعلية والإحترام لأحكام التحكيم بإعتبارها نهائية ولا يجوز الطعن فيها إلا بالطريق الذي حدده المشرع في بعض المسائل المقررة على سبيل الحصر في قانون التحكيم، وأنه لا بد من توفير مناخ مستقر لممارسة وظيفته القضائية وبما يحقق التخفيف عن كاهله، ويحفظ هيبة التحكيم وما يتوافر لها من قدر من الإحترام، فضلا عن ذلك إن هناك صعوبة بالغة في إثبات خطأ المحكم لأن

¹ د. أحمد ملحم، مرجع سابق، ص245

هذا يحكمه طابع السرية الذي يتميز به نظام التحكيم، لذلك لا يستطيع الأطراف الوقوف على دليل يثبت خطأ المحكم أو إثبات تحيز مع الطرف الآخر، إلى غير ذلك من الأخطاء التي قد تصل إلى درجة الإستحالة في إثباتها تجاه المحكم وهذا يؤدي إلى عزوف الخصوم عن اللجوء إلى التحكيم.

غير أن إقرار حصانة المحكم يعني إستقرار للمنازعات والحد من الدعاوي التي من الممكن رفعها على المحكم وهذا مغاير لما يهدف إليه المشرع من إستقرار المعاملات وجعل التحكيم وسيلة سريعة لفض المنازعات بأسرع ما يمكن، لا أن يكون وسيلة للمنازعات المتاحة والمتصلة.

بالإضافة إلى ماتقدم فإن عدم منح المحكم حصانة مطلقة يعني فتح المجال أمام الطرف الخاسر لمقاضاته وهذا يعني ضياع وقت المحكم في الرد على الدعاوي المرفوعة ضده في محاولة لتخليص نفسه من النزاع الذي دخل فيه برضاه وهذا بلا شك يؤدي إلى عزوف المحكمين عن التحكيم.

الرأي الثاني: المحكم يتمتع بحصانة مشروطة

إن المحكم يتمتع بحصانة إتجاه أعماله التحكيمية إلا فيما أحدثه متعمدا أو بسوء نية إتجاه أحد الأطراف، وهذا يعني أن حصانة المحكم هنا مشروطة بتحقيق سوء النية وتعمد الفعل الخاطئ، فإذا لم يتوفر ذلك فله أن يتمسك بحصانته¹.

ويتبادر إلى الذهن سؤال: ما هي الأعمال التي يستحق عليها المحكم الحصانة القضائية؟

وفي تقديرنا، أن أعمال المحكم تتنوع ما بين أعمال قضائية وأعمال إدارية وأعمال تنفيذية، فالأعمال الإدارية والتنفيذية لا حصانة له فيها، أما الأعمال القضائية فإنه يستحق عليها الحصانة، إلا إذا إنطوت على سوء نية، وتعمد الخطأ وحالة عدم إصدار حكم التحكيم أو تحقق بعض الأخطاء التي يستطيع المحكم تجنبها في المستوى المعقول، أما بالنسبة للخطأ اليسير كالخطأ في التقدير أو في التفسير فإنه لا يسأل عنه، وبناء على ذلك لا حصانة للمحكم عن أخطائه الصادرة خارج نطاق مهمته التحكيمية كالتصرفات العامة التي صدرت منه أثناء ممارسته لحياته العادية، ولا حصانة للمحكم عن

¹ راجع: د.عزمي عبد الفتاح، قانون التحكيم، مرجع سابق، ص190، هدى عبد الرحمن، دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته، مرجع سابق، ص392

أعماله المتعلقة بوظيفته التحكيمية كأن يخرج لمعاينة موقع، أو بضاعة معينة أو أثناء مروره أحدث في أحد الأشخاص ضرراً بسيارته فلا حصانة للمحكم تجاه ذلك.

بل أن خطأ المحكم لا يسأل عنه إلا إذا كان في إطار الخطأ الجسيم، أما ملاحظته عن أي إهمال أو تقصير لا يمكن ما دام لم يصل إلى درجة معينة من الجسامة، لكن المعيار الذي به نكتشف جسامة الخطأ من عدمه هو المعيار المهني وليس المعيار العادي¹.

أن من الأسباب التي تدعو لدعم مبدأ الحصانة لم تكن قاصرة على المحكم ذاته، بل هي مؤثرة في جانب الأطراف حيث أنهم إختاروا التحكيم لحل نزاعهم ولجأوا لذلك رغبة في صدور قرار من محكمة نزيهة، ولا تتجسد هذه النزاهة في الإستقلال الفكري من جانب المحكمين، بل تتضمن أيضاً حريتهم من التأثير الخارجي خاصة الخوف بأن حكم التحكيم الذي سوف يصدر ضد أحد الأطراف يمكن أن ينتج عنه تصرف ملزم لهم بالتعويض، وعلى هذا الأساس إذا فشل التحكيم سوف يكون مكلفاً ومزعجاً للكافة، فضلاً عن ذلك أن مبدأ الحصانة يمنع من فتح المنازعات مرة أخرى من جانب الخاسر في قرار التحكيم فقد تكون المحكمة الأخرى أكثر مهارة وبذلك يمكن أن تتوصل إلى نتيجة مختلفة².

الرأي الثالث: المحكم لا يتمتع بحصانة مطلقاً

إن المحكم يسأل عن جميع الأخطاء التي تصدر منه سواء كانت متعلقة بأخطاء أثناء ممارسته لوظيفته أو بعد إنقضائها وسواء تعلق الخطأ بأحد الأطراف أو كليهما معا أو كان متعلقاً بالغير، فلا حصانة للمحكم في جميع الحالات التي يثبت فيها وقوع خطأ منه دون حاجة إلى التفرقة بين الخطأ وآخر أو بين فعل أو عمل آخر، فمن المعقول تحميل المحكم النتائج الضارة التي أحدثها خطؤه بعدم تنفيذ التزامه³.

¹ د. عادل خير، حصانة المحكمين مقارنة بحصانة القضاء، ص 98

² د. أحمد ملحم، عقد التحكيم المبرم، مرجع سابق، ص 255

³ راجع: د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص 283، وراجع أيضاً د. أحمد سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي "تنظير وتطبيق مقارنة"، مرجع سابق، ص 720، وراجع: د. أحمد أبو الوفا، التحكيم بالقضاء والصلح، الاسكندرية، منشأة المعارف للنشر والتوزيع، الاسكندرية، 1964، ص 216

رأي الباحثة، أن المحكم يتوجب عليه إظهار ما يمكن أن يمس حيده وإستقلاله، وإن إبطال حكم التحكيم محدد في مسائل معينة، غير أن إبطال الحكم لا يعوض الأطراف عما أصابهم من ضرر يرجع إلى النفقات والمصاريف والوقت والجهد المبذول الذي أهدر مع إبطال حكم التحكيم، وأن المحكم يتقاضى من أداء وظيفته أتعابا ليست بالهينة في أغلب الأحيان، لذلك لا بد أن يتحمل نتيجة تقصيره وإهماله في أداء عمله.

ولو أراد المشرع الفلسطيني إقرار حصانة المحكم لوضع لذلك قواعد تخصصها مثلما فعل للقاضي، أو لأحال الموضوع إلى القواعد التي تنظم حصانة القضاة لكنه لم يفعل وهذا يدل على ترك المسألة للقواعد العامة في المسؤولية المدنية، وبلا شك فإن ترك المحكم بدون مساءلة يعني عدم تقاينه أو إستهتاره في نظر الدعوى، وعدم الحرص على بذل الجهد والوقت بما يتناسب مع حجم النزاع، طالما أنه يضمن إستلام مستحققاته كاملا وعلمه بعدم مقاضاته من قبل الخصوم، فضلا على أن ترك هذا المجال بدون قيد المسؤولية تجعل الكثير من الأشخاص الدخول في التحكيم دون توفر الكفاءة المطلوبة أو تحقق السلوك المهني الذي يجب به كل من يتولى هذه المهمة الخطيرة، وأن منح المحكم الحصانة يعني تشجيعه على الإهمال من خلال إزالة دوافع الحرص والحذر لديه، بالإضافة إلى أن الجزاءات التأديبية غير متاحة ضد المحكم ولا يعني قبول الأطراف للتحكيم أن يتعسف المحكم ضدهم.

وعليه إن عدم تناول مسؤولية المحكم بنص خاص يعود إلى أن مسؤولية المحكم مبنية على مخالفة شروط عقد المحكم أكثر مما هي مبنية على الوظيفة التي يقوم بها المحكم.

وأخيرا لا يعني سكوت المشرع عن معالجة حصانة المحكم منحه حصانة مطلقة من أي مساءلة، وهذا غير وارد أبدا، لذا وفي تقديرنا أن معنى عدم المعالجة يعني العودة إلى القواعد العامة، وهذا قياسا على أي مسألة لم يتم تناولها من قبل المشرع، فالقواعد العامة هي المرجعية لها، فالقضاء يطبق فيما يثار في مساءلة المحكم القواعد العامة في القانون المدني.

المبحث الثاني: آثار تحقق مسؤولية المحكم المدنية

سبق وأن بينا نوع المسؤولية التي تقع على المحكم والمحصورة بين العقدية والتقصيرية، والتي ينطلق من خلالها أحد الأطراف لإستيفاء حقه الذي يزعم به بواسطة دعوى المسؤولية لدى المحكمة مقدرا فيها التعويض لذي يراه جبرا للضرر الواقع به، وللمحكم في ذات الوقت مجابهة تلك الدعوى بالدفع بعدم مسؤوليته للإعفاء المسبق لذلك أو سقوط الدعوى، وللمحكم تحاشي ذلك بالتأمين على مسؤوليته، وسوف ندرس تفاصيل ذلك من خلال المطلبين كما يلي:

المطلب الأول: دعوى مسؤولية المحكم المدنية

القاعدة أن لكل حق دعوى قضائية تحميه، بغرض حمل الغير على إحترامه، وتهيئة الفرص أمام صاحبه للتمتع به كاملا، أو على أسوء تقدير تضمن له التعويض العادل.¹

وإذا توافرت أركان المسؤولية - خطأ أو تعدي وضرر وعلاقة سببية - تحققت المسؤولية²، وترتبت عليها آثارها، ووجب على المسؤول تعويض الضرر الذي أحدثه بخطأه، فالتعويض إذن هو الحكم الذي يترتب على تحقق المسؤولية، وهو جزاؤها، ويسبق ذلك دعوى المسؤولية ذاتها، ففي الكثرة الغالبة في الأحوال لا يسلم المسؤول بمسؤوليته، ويضطر المضرور إلى أن يقيم عليه دعوى³.

¹ د. عبد الرؤوف السناوي، المسؤولية المدنية للعضو المنتدب لإدارة شركة المساهمة، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، 2008، ص24

² أن الكلام في الدعوى يقتضي الإشارة إلى شروط صحتها وهي: أولا: لا تكون الدعوى مقبولة إذا لم تكن للمدعي مصلحة فيها، ويقصد بوجود توافر المصلحة في الدعوى أن المدعي يحصل على ميزة أو منفعة منها، أي أنه يستفيد ويتميز من الحكم له في الدعوى وقد قيل بحق أن المصلحة هي الحاجة إلى الحماية القانونية، وتتمثل الحماية القانونية من الدعوى في إقتضاء الحق أو رد الإعتداء عليه أو التعويض عن هذا الإعتداء أو في إستكمال الدليل بشأن الحق ووجوده أو إنتفائه بقاءه أو إنقضاءه كما قد تكون الحماية القانونية مجرد إتخاذ إجراء مؤقت يحدد مركز الخصوم بصفة مؤقتة، ووجد هذا الشرط لكي يحد من إستعمال الدعاوي حتى لا يساء حق الإلتجاء إلى القضاء ويكثر عدد الدعاوي الكيدية فيزداد عبء القضاء ويتأخر الفصل في الدعاوي، ولهذا فقد استلزم توافر المصلحة في الدعوى. ثانيا: الصفة، لما كانت الدعوى وسيلة للإلتجاء إلى المحاكم للمطالبة بالحماية القانونية، فإستعمال هذه الوسيلة يجب أن يكون ممن له سلطة هذا الإلتجاء، فيجب توافر الصفة لدى المدعي حتى تكون دعواه مقبولة، وتتوافر الصفة في الدعاوي لدى أصحاب الحماية القانونية المطلوبة سواء أكانوا أشخاصا طبيعيين أو اعتباريين، وتثبت الصفة في الدعوى للشخص الطبيعي ولو كان ناقص الأهلية وأقيمت الدعوى بإسمه بواسطة الممثل القانوني كالولي والوصي، أما الاشخاص الاعتبارية فتقام دعاوها بواسطة الممثل القانوني لها، راجع: نص المادة (3) من قانون أصول الماكنات المدنية والتجاري الفلسطيني، راجع: د. أمينة النمر، الدعوى وإجراءاتها، منشأة المعارف، الاسكندرية، ص35.

³ د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح قانون المدني الجديد (مصادر الإلتزام)، مرجع سابق، ص916

الفرع الأول: طرفا دعوى مسؤولية المحكم

إن دعوى المسؤولية كأى دعوى لها طرفان هما المدعى والمدعى عليه، وفي مسؤولية المحكم نجد الأطراف المتنازعة هي المدعى، والمحكم المسبب للضرر هو المدعى عليه، وسيتم بيان ذلك فيما يلي:

أولاً: المدعى في مسؤولية المحكم

هو الذي يباشر حقه في المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابه¹، والأصل أن ترفع دعوى المسؤولية من المضرور إلا إذا لم تكن له أهلية التقاضي فترفع من نائبه أو الوصي أو القيم، وإذا توفي المضرور وكان الضرر الذي أصابه مادياً، أنتقل الحق في التعويض عنه إلى الورثة كل بقدر نصيبه في الميراث، أما إذا كان الضرر الذي أصابه معنوياً فلا ينتقل إلا إذا تحددت قيمته بمقتضى إتفاق أو حكم قضائي نهائي²، وقد يتعدد المضرورون من خطأ واحد ويكون كل مضرور أصابه ضرر مستقل عن الضرر الذي أصاب الآخر، وبالتالي سواء كانت الأضرار مستقلة بعضها عن بعض أو كانت بعضها لبعض سببا يكون لكل مضرور دعوى شخصية مستقلة يرفعها بإسمه الخاص دون أن يتأثر بدعاوي الآخرين، ولا تضامن ما بين المضرورين بل يقدر القاضي تعويض كل منهما على حده³، هذا وقد يقع أن يكون المضرور جماعة، وهنا يجب التفرقة بين ما إذا كان لهذه الجماعة شخصية معنوية أم لا، فإذا كان لها شخصية معنوية كالشركة أو جمعية أو نقابة كان لها رفع دعوى الضمان عن الضرر الذي أصابها، أما الضرر الذي يصيب فرداً من أفرادها فيكون طلب التعويض عنه من شأن هذا الفرد وحده، أما إذا لم يكن للجماعة شخصية معنوية فلا يجوز لها بوصفها جماعة الرجوع على المسؤول بالتعويض، ولكن لأي فرد ينتمي إلى الجماعة الرجوع بدعوى المسؤولية إذا ثبت أنه قد لحقه ضرر شخصي من الإعتداء على مصلحة الجماعة⁴.

¹ د. سليمان مرقص، الوافي في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 570

² د. أنور سلطان، مصادر الإلتزام في القانون المدني الأردني دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 344

³ د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح قانون المدني الجديد (مصادر الإلتزام)، مرجع سابق، ص 922

⁴ غير أنه فيما يتعلق بالنقابات استقر الفقه على أن لها أن ترجع بالضمان على أي شخص إعتدى على المصلحة العامة للمهنة التي تمثلها ولو لم يكن لها في ذلك مصلحة شخصية لعدم مراعاة صاحب العمل لقوانين العمل بالنسبة للعمال الذين يستخدمهم بخول نقابة العمال الرجوع عليه بالضمان. راجع: د. أنور سلطان، مرجع سابق، ص 344

وبالقياس على المدعي في مسؤولية المحكم، أنه قد يقوم الأطراف المتنازعة أو أحدهم برفع دعوى على مسبب الضرر وهو المحكم مطالباً فيها بالتعويض عما لحقهم من ضرر، والمحكم هنا قد يتم تعيينه من قبل الأطراف أو المحكمة المختصة أو مؤسسة التحكيم، وقد يكون المدعي - الأطراف المتنازعة أو الخلف العام أو الخلف الخاص لهم - ومن كان نائباً أو ولياً أو وصياً أو قيماً عنهم حالة عدم توافر أهلية التقاضي في هذا الخلف.

وطالما أن المحكم ينظر في المنازعات بين أفراد طبيعيين، فإن المدعي قد يكون أحد أطراف النزاع وقد يكونون جميعهم، وبهذا قد يتعدد المضرورون من خطأ المحكم كل على حده، ولكل منهما المطالبة بالتعويض بصورة جماعية أو كل على إنفراد، وسواء تمثل هذا التعويض في تأخر في التنفيذ العيني أو تمثل في التعويض المالي وعلى المحكمة أن تقضي لكل منهم بما يستحقه من تعويض على قدر الضرر الواقع عليه.

وإذا كان المدعي من الأشخاص المعنوية كالشركات أو المؤسسات الإستثمارية كان لها رفع دعوى الضمان عن الضرر الذي أصابها، أما الضرر الذي يصيب أحد أفرادها الطبيعيين فيكون طلب التعويض من شأنه وحده.

ثانياً: المدعى عليه في مسؤولية المحكم

المسؤول يكون المدعى عليه في دعوى المسؤولية، سواء كان مسؤولاً عن فعله الشخصي أو مسؤولاً عن غيره أو مسؤولاً عن الشيء الذي في حراسته، ويجوز رفع دعوى المسؤولية على المسؤول عن الغير وحده دون إدخال المسؤول الأصلي، وما على المسؤول الذي رفعت عليه الدعوى إلا أن يدخل المسؤول الأصلي ضامناً، ويقوم مقام المسؤول نائبه فإذا كان المسؤول قاصراً كان نائبه هو وليه أو وصيه، وإذا كان محجوراً كان النائب هو القيم¹، وإذا توفي المسؤول رفعت الدعوى على ورثته، غير أنه لما كانت القاعدة في الشريعة الإسلامية ألا تركة إلا بعد سداد الديون، فالتركة تكون هي المسؤولية بعد وفاة المسؤول، ويمثلها أي وارث في دعوى المسؤولية، هذا بالنسبة إلى الخلف العام للمسؤول، أما

¹ د. عبد الرازق السنهوري، الوسيط في شرح قانون المدني الجديد (مصادر الإلتزام)، مرجع سابق، ص 923

بالنسبة إلى الخلف الخاص، فالأصل أنه لا يجوز الرجوع عليه بالضمان بسبب خطأ السلف إلا إذا تجمعت في جانبه من جديد أركان المسؤولية بسبب المال الذي تلقاه من السلف¹.

وإذا تعدد المسؤولين (أعضاء هيئة التحكيم) عن الضرر كانوا متضامنين في إلزامهم بتعويض الضرر، وتكون المسؤولية فيما بينهم بالتساوي إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في التعويض، فتعدد المسؤولين يجعل كل مسؤول مدعى عليه ويجعلهم متضامنين في المسؤولية، وما داموا متضامنين فإن المدعي يستطيع أن يقيم الدعوى عليهم جميعاً، كما يستطيع أن يختار منهم من يشاء فيقصر الدعوى عليه دون غيره ويطلبه بالتعويض كاملاً، وذلك التضامن يقضي بأن كل منهم يكون مسؤولاً قبل المضرور عن التعويض كله، ثم يرجع من دفع التعويض على الباقي كل بقدر نصيبه بحسب جسامته الخطأ أو بالتساوي².

وهناك شروط لا بد من توافرها ليتم إقرار تضامن هيئة التحكيم وهي :

الشرط الأول: أن يرتكب كل من أعضاء الهيئة خطأ

الشرط الثاني: أن يكون الخطأ الذي ارتكبه كل منهم سبباً في إحداث الضرر، فإذا كان الخطأ راجعاً على أحد المحكمين دون غيره، فإن المسؤولية هنا تقع عليه وحده دون باقي المحكمين حالة إمكانية تعيينه، مثال على ذلك لو أن هيئة التحكيم اجتمعت للمداولة وأصدرت حكم التحكيم وحدث أن تغيب أحدهم لعدة جلسات متتالية مما أدى إلى فوات ميعاد التحكيم، ففي مثل هذه الحالة هناك خطأ وقعت فيه هيئة التحكيم هو نفاذ الميعاد دون صدور الحكم، لكن في ذات الوقت بالإمكان تحديد من إقترف هذا الخطأ وكان سبباً له وحصره عليه فتقوم المسؤولية عليه دون باقي هيئة التحكيم³.

الشرط الثالث: أن يكون الضرر واحداً، بمعنى أن يكون الخطأ كل فرد من هيئة التحكيم قد أنتج هذا الضرر وليس كل خطأ أنتج ضرراً مستقلاً عن باقي الأضرار إذا لا بد أن تجتمع الأخطاء منهم لتحقيق ضرر واحد حتى يكونوا متضامنين، ولا يستلزم التضامن من هيئة التحكيم أن يكون هناك

¹ د. أنور سلطان، مصادر الإلتزام في القانون المدني الأردني دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 345

² د. عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 925

³ راجع: د. محمد أحمد، دروس في شرح القانوني المدني النظرية العامة (آثار الإلتزامات)، الجزء الثاني، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 1997، ص 469

إتفاق سابقا على إحداث الضرر فلا يشترط توافر نية الإضرار مطلقا، وقد يكون كل خطأ مستقلا عن ما ارتكبه الآخر لكن ذلك حقق ضررا واحدا، مثال على ذلك أن يتمتع أحد المحكمين عن التوقيع على صيغة الحكم النهائية بحجة عدم إستيفائه لبعض أتعابه مما أدى إلى فوات ميعاد التحكيم مع أنه كان بالإمكان حبس حكم التحكيم عن الأطراف حتى يتم إستيفاء باقي الأتعاب وخطأ المحكما الآخر يتمثل في إمتناعه عن الحضور لسفره إلى الخارج لمصلحة شخصية له مما أدى إلى إصدار الحكم في ميعاده، فهنا كل محكم ارتكب خطأ مستقلا عن الآخر لكن الخطأين حققا ضررا واحدا فيكونان فيه متضامنين، ولا يشترط أن تكون الأخطاء الصادرة من هيئة التحكيم التي يتم مساءلتهم على إثرها بالتضامن أن تكون قد حدثت في وقت واحد، أو أن صفتها إقتراف خطأ والآخر إمتناع عنه، ولا يكون أحد الأخطاء قائما على إلتزام قانوني والآخر على إلتزام عقدي أو مهني¹.

الفرع الثاني: سبب دعوى مسؤولية المحكم

الأصل أن سبب الدعوى هو الحق الذي أعتدى عليها أو هو فيما يتعلق بدعوى المسؤولية الضرر الذي أصاب المضرور والسبب على هذا النحو لا يختلف باختلاف الوسيلة، ووسيلة المدعي في الحصول على حقه في الضمان عن الضرر الذي لحقه هي الإدعاء بفعل ضار إقترفه المدعى عليه، والفعل الضار قد يكون عقديا أو تقصيريا والفعل التقصيري قد يكون واجب الإثبات وقد يكون مفترضا، وكافة هذه الأنواع للفعل تعتبر من قبيل الوسيلة².

وبالتالي سبب الدعوى هو الواقعة التي يستمد منها المدعى حقه في الطلب، وهو لا يتغير بتغير الأدلة الواقعية والحجج القانونية التي يستند إليها الخصوم، أي أن التغيير في الأدلة الواقعية التي يستند إليها الخصوم والتغيير في الحجج القانونية التي يستند إليها الخصوم لا يعتبر تغييرا لسبب الدعوى وبالتالي تملك المحكمة القيام به من تلقاء نفسها، ولا يحق للمحكمة التي تنتظر الدعوى أن تغير من نفسها من سبب إلى آخر، أما التغيير في الأدلة على قيام السبب أو الحق فلا يعتبر تغييرا، وأيضا فإن التغيير

¹ راجع: المستشار محمد عابدين، التعويض بين الضرر المادي والادبي والمورث، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1990، ص140، وراجع أيضا: د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح قانون المدني الجديد (مصادر الإلتزام)، مرجع سابق، ص926، راجع: د. محمد أحمد، دروس

في شرح القانوني المدني النظرية العامة (آثار الإلتزام)، مرجع سابق، ص469

² د. أنور سلطان، مصادر الإلتزام في القانون المدني الأردني دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص345

في الحجج القانونية التي تؤيد السبب أو الحق، لا يعتبر تغييرا للسبب، أي أن كلا منهما تملكه المحكمة من تلقاء نفسها دون أن يعتبر ذلك منها تغييرا للسبب المحضور عليها¹.

ويكون للمدعي إذا إستند إلى وسيلة منها أي البيانات والأدلة أن يعدل عنها إلى وسيلة أخرى ولو لأول مرة أمام محكمة الإستئناف دون أن يعتبر ذلك طلبا جديدا²، كذلك يجوز للقاضي وإن إستند المدعي في دعواه إلى نوع معين من الفعل أن يبيني حكمه على نوع آخر دون أن يعتبر بذلك قد قضى بشيء لم يطلبه الخصوم³، وأخيرا إذا رفع المدعي دعوى المسؤولية بالإستناد إلى فعل ضار معين ورفضت الدعوى فلا يجوز له رفعها من جديد بالإستناد إلى وصف آخر للفعل؛ لأن سبب الدعوى واحد في الحالتين، أو بعبارة أخرى أن للحكم الصادر في الدعوى قوة الشيء المقضي⁴.

أما بالنسبة للمحكم ففي تقديرنا، إن إخلال المحكم بأي إلزام يقع على كاهله بموجب إتفاق الأطراف المتنازعة أو بناء على نص القانون، أو إلزام تقتضيه فنون التحكيم، فإن هذا يضطر الأطراف أو أحدهم إلى رفع دعوى المسؤولية حال تحقق الضرر، أما إذا لم يكن للضرر وجود فلا مجال لدعوى المسؤولية، وإخلال المحكم هو الواقعة التي تثير موضوع دعوى المسؤولية فهي أساس الدعوى وبدايتها سواء كان الخطأ عقديا أو تقصيريا وسواء كان ثابتا أو مفترضا، ومن هنا تبدأ أو تتحرك الدعوى، ويستطيع الطرف المنازع أن يغير وسيلة الدعوى أمام محكمة الإستئناف من إثبات الخطأ العقدي إلى الخطأ التقصيري، فيمكن تغيير سنده أو وسيلته ولكنه لا يغير سبب الدعوى برمتها، كما أن قاضي الموضوع يستطيع أن يستند إلى وسيلة إثبات بخلاف الوسيلة التي إستند إليها الطرف المنازع دون أن يكون حكمه معرضا للنقض؛ لأن إستناده إلى وسيلة لم يستند إليها الطرف المنازع يدخل في صلاحيته طالما أنه قد إلتم بطلبات الأطراف المتنازعة في الدعوى، على أنه يجوز للأطراف المتنازعة أو لأحدهم تغيير وسيلته في إثبات خطأ المحكم أمام محكمة الإستئناف لأول مرة، فإذا كان قد رفع دعواه

¹ ومن الأمثلة على تغيير السبب في الدعوى والذي لا تملكه المحكمة من تلقاء نفسها هو أن يقيم المدعي دعوى إخلاء ضد مستأجر بسبب إخلاله بالتزامه في عقد الإيجار فنقضي المحكمة من تلقاء نفسها بالإخلال استنادا إلى سبب آخر وهو أنه يشغل العين غصبا، فإنها بهذا قد غيرت من سبب الدعوى دون طلب الخصم وهو ما لا يجوز لها. راجع: المستشار محمد عابدين، الدعوى المدنية في مرحلتها الابتدائية والإستئنافية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1994، ص444

² راجع المادة (220) والمادة (221) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني

³ راجع المادة (2/223) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني

⁴ د. أنور سلطان، مصادر الإلتزام في القانون المدني الأردني دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص346

مستندا فيها إلى الخطأ العقدي ورفضت دعواه وحاز الحكم قوة الشيء المحكوم فيه فلا يجوز له أن يعود أمام القضاء ومستندا إلى وسيلة أخرى فيطالب الحكم بالتعويض على أساس الخطأ التقصيري؛ لأن السبب والموضوع والخصم هو المحكم لم يتغير مطلقا في الدعوى الأولى والثانية.

الفرع الثالث: تقادم دعوى المسؤولية

لما كانت دعوى المسؤولية تقوم على أساس إصلاح الضرر عن طريق إقامة توازن بين الضرر والتعويض فإن جبر الضرر يكون بتقديم التعويض المناسب خلال وقت وقوع الضرر، وليس بعد مضي فترة طويلة من الزمن، لأن مرور هذه الفترة يعني ضمنا أن الشخص قد تنازل عن حقه في طلب التعويض¹.

ويقصد بالتقادم: هو مضي المدة التي حددها القانون لعدم سماع دعوى المطالبة بحق من الحقوق فإذا مرت المدة المحددة ولم ترفع الدعوى خلالها سقط حق المدعي في إقامتها، والذي يسقط بالتقادم هو حق إقامة الدعوى للمطالبة بالحق، أما الحق المطالب به فلا ينقضي وإنما يتحول إلى إلزام طبيعي فقد وسيلة المطالبة وهي الدعوى، ويبرر التقادم بأنه ضروري لاستقرار المعاملات والإطمئنان ولولاه لدخل الناس في منازعات لا نهاية لها²، ويضاف إلى ذلك أن الذي لا يطالب بحقه خلال المدة المحددة للتقادم يعد مهملًا وعدم سماع دعواه يكون جزاء إهماله؛ لأنه لا يستحق عندئذ حماية القانون الذي يدعو الناس إلى اليقظة والحزم والمبادرة إلى المطالبة بحقوقهم أمام القضاء، ويعتبر التقادم أحد الدفوع التي يتمسك بها المدعي عليه للتخلص من المسؤولية والحكم عليه بالتعويض³.

إن مدة التقادم دعوى المسؤولية تختلف باختلاف طبيعة المسؤولية، تقصيرية أو عقدية.

أما دعوى التقصيرية فقد حدد قانون المخالفات المدنية تقادمها في المادة (68) حيث نصت على ما يلي: " لا تقام الدعوى لمخالفة مدنية، إلا إذا ابتدأت الدعوى: أ- خلال سنتين من وقوع الفعل أو الإهمال أو التقصير المشكو منه، ب- أو خلال سنتين من توقف الضرر إذا كانت المخالفة المدنية

¹ د. خالد فهمي، المسؤولية المدنية للصحفي عن أعماله الصحفية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2003، ص 490

² د. عبد المجيد الحكيم، أحكام الإلزام، الجزء الثاني، دار الحرية للطباعة، بغداد، الطبعة الثالثة، 1997، ص 273

³ د. خالد فهمي، المسؤولية المدنية للصحفي عن أعماله الصحفية، مرجع سابق، ص 490

تسبب ضرراً يستمر من يوم إلى آخر، ج- أو خلال سنتين من التاريخ الذي لحق فيه الضرر بالمدعي إذا لم يكن سبب الدعوى ناشئاً عن إتيان فعل أو التقصير في إتيان فعل بل ضرر ناجم عن إتيان فعل أو عن التقصير في إتيان فعل، د- أو خلال سنتين من تاريخ إكتشاف المدعي للمخالفة المدنية أو من التاريخ الذي كان من وسع المدعي أن يكتشف فيه المخالفة لو أنه مارس القدر المعقول من الإلتباه والمهارة، إذا كان المدعي عليه قد أخفى المخالفة بطرق إحتيالية ويشترط في ذلك ما يلي: إذا كان المدعي حين نشوء سبب الدعوى لأول مرة، دون الثامنة عشرة من عمره، أو مختل القوى العقلية، أو إذا لم يكن المدعي عليه في فلسطين، لا تبدأ مدة السنتين في أي حالة من هذه الحالات، إلا عند بلوغ المدعي عليه الثامنة عشرة من عمره، أو إستعادته قواه العقلية، أو عند وجود المدعي عليه ثانية في فلسطين..¹

وفي حكم لمحكمة النقض الفلسطيني أكدت فيه هذه المحكمة على أن "مدة تقادم المسؤولية التقصيرية هي سنتان بموجب المادة (68) من قانون المخالفات، ومدة تقادم المسؤولية العقدية خمس عشرة سنة"²، أن تقادم دعوى العقدية لم تتحدث القوانين المطبقة في فلسطين بشكل واضح عن هذا الموضوع.³

نستنتج مما سبق، بما أنه لا يوجد نص قانوني يتحدث عن تقادم دعوى مسؤولية المحكم، فيكون الرجوع إلى القواعد العامة نجد أن مسؤولية المحكم تقوم على خطأ مدني فإذا ترتب مسؤولية تقصيرية فإن هذه الدعوى تتقادم بمرور سنتين من وقوع الفعل أو الإهمال أو التقصير المشكو منه، أو بمرور سنتين من توقف الفعل إذا كان الفعل يتسبب بضرر مستمر أي من يوم إلى آخر، أو بمرور سنتين من تاريخ الذي لحق فيه الضرر بالأطراف المتنازعة إذا كان سبب الدعوى ضرراً ناجماً عن إتيان فعل أو عن التقصير في إتيان فعل، أو خلال سنتين من تاريخ إكتشاف الأطراف المتنازعة أو كان بوسعهم

¹ وجاء القانون المدني الاردني والمصري مخالفا عما جاء به قانون المخالفات حيث نص المادة (272) من القانون المدني الاردني حيث نصت على أنه: "1- لا تسمع دعوى الضمان الناشئة عن الفعل الضار بعد انقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالمسؤولية عنه. 2- على أنه إذا كانت هذه الدعوى ناشئة عن جريمة وكانت الدعوى الجزائية ما تزال مسموعة بعد انقضاء المواعيد المذكورة في الفقرة السابقة فإن دعوى الضمان لا يمتنع سماعها إلا بإمتناع الدعوى الجزائية. 3- ولا تسمع دعوى الضمان في جميع الأحوال بإنقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع الفعل الضار"، ويقابلها المادة (172) من القانون المدني المصري.

² قرار محكمة النقض الفلسطينية رقم 36 لسنة 2003 فصل بتاريخ 2004/1/23

³ يمكن الرجوع إلى مجلة الأحكام العدلية من المادة (1660) الى المادة (1668). وراجع: قرار محكمة النقض الفلسطينية رقم 70 لسنة

2004 فصل بتاريخ 2004/6/4، موقع المفتي <http://muqtafi.birzeit.edu>

إكتشاف الفعل لو أنهم مارسوا القدر المعقول من الإلتباه والمهارة إذا كان المحكم قد أخفى المخالفة بطرق إحتيالية.

وتسقط مسؤولية المحكم في حال المسؤولية العقدية بإنقضاء خمس عشرة سنة من وقت حدوث الضرر¹.

فالمحكم ملتزم في عقد المحكم بتحقيق نتيجة في عدم على سبيل المثال إفشاء أسرار النزاع لدى الغير من جانبه، فإذا حدث وأن أصيب الأطراف المتنازعة بأضرار لخروج أسرار العلاقة بينهما أو أسرار النزاع، مما أضر بعلاقتهم بعمالئهم أو بسمعتهم المهنية بين الفئة التي ينتمون إليها، ففي هذه الحالة يستطيع الأطراف المتنازعة أو أحدهم رفع دعوى المسؤولية جراء إفشاء أسرارهم كتناقص عدد عملائهم عن ذي قبل أو فسخ بعض العقود مع العملاء أو رفض تجديد بعض العقود بسبب تسرب أسرار النزاع وإلى كان المحكم سببا في ذلك.

الفرع الرابع: التعويض

التعويض لغة: هو العوض، والعوض معناه لبذل والخلف ويقال عاضه بكذا وعنه ومنه - عوضاً: أعطاه إياه بدل ما ذهب منه، فهو عاض².

أما التعويض إصطلاحاً: هو الحكم الذي يترتب على تحقق المسؤولية، وينشأ الحق في التعويض لحظة وقوع الضرر، وليس لحظة صدور الحكم بالتعويض إذ أن وقت وقوع الضرر هو الذي تتحقق فيه المسؤولية على المسؤول ومن ثم ينشأ حق المضرور في التعويض³.

وتعريف آخر: التعويض هو وسيلة لجبر الضرر الذي لحق بالمدين، أو هو الجزاء المترتب على تحقق المسؤولية المدنية فإذا إمتنع المدين عن تنفيذ إلتزامه طوعاً ولم يكن من الممكن جبره على

¹ نصت المادة (1660) من مجلة الأحكام العدلية على ما يلي: "لا تسمع دعوى الدين والوديعة والملك والعقار والميراث وما لا يعود من الدعاوي إلى العامة ولا إلى أصل الوقف في العقارات الموقوفة، كدعوى المقاطعة أو التصرف بالإجارتين والتولية المشروطة والغلة بعد أن تركت خمس عشرة سنة."

² المعجم الوسيط، الجزء الثاني، مطبعة مصر، 1961، ص 643

³ راجع: د. عبد الرازق السنهوري، الوسيط في شرح قانون المدني الجديد (مصادر الإلتزام)، مرجع سابق، ص 965

التنفيذ العيني فإن الطريق البديل هو المطالبة بالتعويض المالي وأحياناً يمكن المطالبة بالتنفيذ العيني إضافة إلى التعويض المالي معاً¹.

أما تعريف التعويض في القانون: إن مجلة الأحكام العدلية لم تضع تعريفاً للتعويض، ولا يوجد في المجلة أحكاماً خاصة للتعويض، فقد ورد في مجلة الأحكام العدلية نصوص عامة تتعلق بوجوب التعويض عن الضرر، ومن ذلك ما تنص عليه المادتان (85،86) في مجلة الأحكام العدلية مبادئ عامة للتعويض في إطار مسؤوليتين العقدية والتقصيرية، إذ تنص المادة (85) على أن "الخارج ضمان" وتنص المادة (86) على أن "الأجر والضمان لا يجتمعان"، فمقتضى المادة (85) أنه طالما كان حائز الشيء مسؤولاً عن تعويض مالكه في حال تلف ذلك الشيء أو هلاكه فإن أي منافع لذلك الشيء تكون من حق الحائز²، أما المادة (86) من المجلة والتي تبين بأن المسؤول عن التعويض أو الضمان لا يكون مطلوباً منه دفع الأجر للشيء الذي هلك عنده في حال كان قد استعمله قبل هلاكه، وأيضاً لو كان مطلوب منه دفع الأجرة في حال لم يكن مسؤولاً عن التعويض فإنه يدفع الأجرة دون تعويض³، وهذه النصوص على سبيل المثال بحيث نصت المجلة على نصوص عديدة تتحدث عن التعويض بشكل عام⁴.

إذا لم يتم المحكم بتنفيذ التزاماته فإنه يكون مسؤولاً تجاه الأطراف المتنازعة عن ما ألحق بهم من ضرر لعدم تنفيذ التزاماته وهنا يحق لهم رفع دعوى المسؤولية، ومن المعلوم في القواعد العامة أن

¹ د.حمدي عبد الرحمن، الوسيط في النظرية العامة للإلتزام مصادر الإلزامية للإلتزام (العقد والإرادة المنفردة)، الكتاب الأول، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، 2010، ص560

² ومثال ذلك: لو حاز شخص مركبة بعقد بيع وانتفع بها مدة من الزمن ومن ثم ردها لصاحبها كونها معيبة، فإن ما حصل عليه من منعه نتيجة لإستعماله للمركبة خلال مدة حيازته لها تكون من حقه وغير مطالب بدفع مقابل ذلك لصاحبها طالما أنه مسؤول عنها في حال هلاكها خلال مدة حيازته، والمقصود بالخارج هو ما كان غير متولد، وذلك كالمنافع والأجرة، أما الزوائد المتولدة، ومثال ذلك ولادة الدابة ولبنها وصوفها وثمر الشجر فهي لمالك المال وليست للحائز. راجع: د.مصطفى الزرقا، الفقه الإسلامي بثوبه الجديد، مطبعة طربين، دمشق، الجزء الثاني، 1968 ص982

³ مثال ذلك: لو أستأجر شخص مركبة وهلكت عنده من دون تعد منه عندئذ لا يكون مسؤولاً سوى عن دفع الأجرة دون تعويض صاحبها عن قيمتها. راجع: د.علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية، مجلد الأول، دار الكتب العلمية، بيروت، ص79

⁴ مثل المادة (19) "لا ضرر ولا ضرار" والمادة (20) "الضرر يزال" والمادة (33) "الإضرار لا يبطل حق الغير" وغيرها من نصوص مجلة الأحكام العدلية، وجاء القانون المدني الأردني والمصري مماثل لمجلة الأحكام العدلية لم يعرف التعويض، ولكنه يختلف عن المجلة بأنه أفرد لها نصوص خاصة وليست عامة، ففي القانون المدني الأردني تحدث عن التعويض في المواد من (360) وحتى المادة (364). والقانون المدني المصري من المادة (203) حتى المادة (226).

التنفيذ الجبري أن يجبر المدين على تنفيذ إلتزاماته تنفيذا عينيا إذا توافرت شروط ذلك، فإن كان غير هذا فلا مجال للمدين إلا أن يطالب بالتنفيذ بمقابل، والمتمثل في التعويض المالي من مدينه لما أصابه من ضرر فعله وهذه قاعدة عامة، وفي حقيقة الأمر إن الإلتزامات تعالج بطريقتين وهي:

أولاً: مدى إمكانية جبر المحكم على التنفيذ العيني

يقصد بالتنفيذ العيني الحكم بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل وقوع الضرر في المسؤولية التقصيرية، وهذا النوع من التنفيذ هو الأفضل إن كان ممكناً؛ لأنه يعني محور الضرر تماماً ووضع المضرور في نفس الحالة التي كان عليها قبل وقوعه¹، ويشترط للمطالبة بالتنفيذ العيني ما يلي:

الشرط الأول: أن يكون التنفيذ العيني ممكناً، فإن إستحال وهذه مسألة تتعلق بالوقائع وبظروف كل دعوى تعين العدول عنه التنفيذ بمقابل، وهذه الإستحالة هي الإستحالة الراجعة إلى خطأ المدين؛ لأنه لو كانت الإستحالة راجعه إلى سبب أجنبي إنقضى الإلتزام وامتنع الرجوع على المدين بالتعويض².

الشرط الثاني: أن يطلب الدائن التنفيذ العيني فلا يحكم به القاضي إلا بناء على طلب الدائن وهذا شرط بديهي؛ لأن القضاء لا يقضي بأمر لم يرفع إليه، ولا يجوز في هذه الحالة أن يطلب المدين التنفيذ بطريق التعويض بدلاً عنه³.

الشرط الثالث: ألا يكون في التنفيذ العيني إرهاب للمدين، قد يكون التنفيذ العيني ممكناً ولكن في تحقيقه إرهاب للمدين وفي هذه الحالة يجوز له أن يستبدل التنفيذ العيني بالتعويض النقدي، ويتحقق هذا الإرهاب إذا كانت الفائدة التي ستعود على الدائن من التنفيذ العيني لا تتناسب مع الضرر الذي سيعيب المدين منه⁴.

¹ د. عدنان السرحان ود. نوري خاطر، شرح القانون المدني مصادر الحقوق الشخصية (الإلتزامات)، مرجع سابق، ص 467

² د. أنور سلطان، المبادئ القانونية العامة، دار النهضة العربية، بيروت، الطبعة الثانية، 1978، ص 362

³ د. عبد المجيد الحكيم، أحكام الإلتزام، مرجع سابق، ص 16

⁴ د. أنور سلطان، المبادئ القانونية العامة، مرجع سابق، ص 362

الشرط الرابع: أن يكون إمتناع المدين عن التنفيذ أو تأخره منه غير مشروع، للمدين الإمتناع عن تنفيذ إلتزامه إذا لم يقم الدائن بتنفيذ ما ترتب في ذمته من إلتزام، فإذا أمتنع المدين عن تنفيذ إلتزامه حتى يستوفي ماله أعتبر إمتناعه مشروعاً لا يجبر بسببه على التنفيذ العيني¹.

نستنتج مما سبق، أنه إذا كان ميعاد الحكم قد تم تجاوزه حتى بعد الميعاد الإضافي فإن إصدار الحكم هنا يكون باطلاً بنص القانون ولا يمكن إجبار المحكم على إصداره بعد فوات الميعاد إلا إذا إتفق الأطراف على تحديد موعداً جديداً فلا يستطيع المحكم التصل من إصدار الحكم على إعتبار الموعد السابق قد فات.

يجب أن ينظر إلى كل إلتزام على حدة من خلال ذلك يظهر لنا ما مدى إمكانياته تنفيذه عينا أو طلب التعويض المالي، وذلك وفقاً للشروط السالفة ذكرها، ومن الإلتزامات التي لا يمكن إجبار المحكم على تنفيذها عينا حالة الإلتزام بالمحافظة على مستندات ووثائق النزاع من الضياع ففي حالة ضياعها أو تلفها لا يمكن إلزام المحكم عينا على تحضيرها أو إرجاعها، لأنها خارج نطاق قدراته وإمكانيته، وحال إخلال المحكم بإلتزامه بإعلانه عما يثير الشكوك حول حيده وإستقلاله فإنه في مثل هذه الحالة تتوفر إستحالة جبر الضرر عينا بل يلتزم التعويض المالي، وحالة الإخلال بإلتزامه بعدم إفشاء أسرار العلاقة وأسرار النزاع العالق بين الأطراف المتنازعة للغير فهذا الإلتزام إذا تم الإخلال به ووقع المحكم في خطأ من خلاله تسربت بعض الأسرار فلا محل للتنفيذ العيني هنا إنما لا بد من التعويض لجبر الخطأ لإستحالة التنفيذ.

وقد يتم إصلاح ضرر المحكم بتعيين محكم آخر على نفقة المحكم السابق أو تعيين محكم آخر وإلزام السابق بدفع الأتعاب التي قبضها دون الإخلال بحق الأطراف المتنازعة في التعويض إن كان لهم وجه حق، وقد يكفي القاضي بتخفيض أتعاب المحكم أو حرمانه كلياً من هذه الأتعاب إذا بطل التحكيم لخطئه.

وترى الباحثة، أن إلتزامات المحكم التي تتوافر فيها شروط التنفيذ العيني يتم التعامل معها بهذه المكنة، ولا يستطيع القاضي إجباره على التنفيذ فإذا أصر المحكم على الإمتناع حكم عليه بإلزامه بالتعويض.

¹ د. عبد المجيد الحكيم، أحكام الإلتزام، مرجع سابق، ص16

ومن حق المحكم أن يمتنع عن التنفيذ العيني حالة توافر السبب المشروع في ذلك كأن يمتنع عن تسليم نسخ الحكم الأصلية للأطراف المتنازعة في مقابل إستيفاء باقي أتعابه أو حقوقه، إذا رأى بإمكانه المماثلة فيها فله حبس الحكم الأصلي حتى يتم إستيفاؤها.

ثانيا: تعويض الأطراف المتنازعة بمقابل مالي

إذا أمتنع المدين عن تنفيذ إلزامه طوعا ولم يكن من الميسور إجباره على التنفيذ العيني يصار إلى التنفيذ بمقابل أي التنفيذ بطريق التعويض¹، والتعويض هو جزاء المسؤولية المدنية وهو وسيلة جبر الضرر الذي لحق بالمدين كما ذكرنا مسبقا.

الأصل في التعويض المالي أن يكون مبلغا من المال يلزم القاضي المسؤول عن الضرر بدفعه للمضرور دفعة واحدة، ولكن ليس هناك ما يمنع القاضي من أن يلزم المسؤول عن الضرر بدفع التعويض على شكل أقساط أو مرتب دوري لمدة معينة أو مدى حياة المضرور²، والتعويض المالي يمكن أن تقوم به كافة الأضرار، فحتى الضرر الأدبي يمكن أن يكون التعويض عنه نقديا بمبلغ يعد رمزيا مهما كانت قيمته³.

صور تعويض الأطراف المتنازعة

أولا: التعويض الإتفاقي (الشرط الجزائي)

يجوز لطرفي العقد أن يتفقا مقدما على المبلغ الذي سيدفع عن طريق التعويض الذي يستحقه الدائن إذا لم ينفذ المدين إلزامه أو إذا تأخر في تنفيذه، وسمي بالشرط الجزائي؛ لأنه يوضع عادة ضمن

¹ إذا كان الأصل هو التنفيذ العيني، إلا أن هناك من الحالات ما يتعين فيها الإلتجاء الى التنفيذ بمقابل، وهذه هي:

أولا: إذا أصبح التنفيذ العيني مستحيلا بخطأ المدين، وهذه الإستحالة متصورة بالنسبة لجميع ضروب الإلتزام عدا الإلتزام بدفع مبلغ من النقود.

ثانيا: إذا كان تدخل المدين الشخصي ضروريا أو ملائما لتحقيق التنفيذ العيني، ولم يجد التهديد المالي في التغلب على تعنته وإمتناعه

ثالثا: إذا كان التنفيذ العيني ممكنا ولكن في تحقيقه إرهاق للمدين.

رابعا: إذا كان التنفيذ العيني ممكنا تحقيقه على وجه ملائم دون تدخل المدين، ولكن لم يطلبه الدائن ولم يعرض المدين القيام به، ففي هذه الحالة يحل التنفيذ بمقابل محل التنفيذ العيني.

راجع: د. أنور سلطان، المبادئ القانونية العامة، مرجع سابق، ص 366

² د. عدنان السرحان و د. نوري خاطر، شرح القانون المدني مصادر الحقوق الشخصية (الإلتزامات)، مرجع سابق، ص 470

³ د. جلال العدوي، أصول الإلتزامات مصادر الإلتزام، مرجع سابق، ص 491

شروط العقد الأصلي¹، ويعرف أيضا التعويض الإتفاقي أنه الإتفاق بين الدائن والمدين على التقدير مقدما لقيمة التعويض عند عدم تنفيذ الإلتزام عينا أو التأخر في تنفيذه².

ويهدف المتعاقدان من التعويض الإتفاقي تجنب تحكم القضاء وتدخل اهل الخبرة في تقدير التعويض الذي يستحقه الدائن إذا إخل المدين بالإلتزامه، على أن هذا الغرض قلما يتحقق إذ سيكون دائما لأحد الطرفين مصلحة المنازعة في مقدار التعويض المتفق عليه، وكذلك قد يكون الغرض من هذا التعويض التحايل على أحكام القانون المتعلقة بفوائد التأخير، كما قد يقصد به التعديل في أحكام المسؤولية بالإعفاء أو التحقيق منها إذا كان المبلغ المتفق عليه يقل كثيرا عن الضرر المتوقع حصوله³.

وحتى يستحق التعويض الإتفاقي لا بد من توافر شروط إستحقاقه وهي الخطأ والضرر والعلاقة السببية والإعذار⁴، أما الخطأ فالذي يحدده طبيعة الإلتزام المتفق عليه في العقد، فإذا كان إلتزاما بتحقيق نتيجة فإن عدم تحقق النتيجة يقود إلى إفتراض وجود الخطأ في جانب المدين، وكذلك الحال إذا كان إلتزام المدين بذل عناية، فإن الدائن ملزم بإثبات خطأ المتمثل بعدم بذل العناية المطلوبة، ليتحقق بذلك الخطأ العقدي في جانبه، أما الضرر فهو مفترض في ظل وجود التعويض الإتفاقي، وكذلك بالنسبة للعلاقة السببية، وعبء نفي وقوع الضرر يقع على عاتق المدين، أما الإعذار فقد يتم تقاديه بالنص على استحقاق التعويض دون الحاجة إلى الإعذار⁵.

وفي تقديرنا، بالنسبة للمحكم إذا إتفق مع الأطراف المتنازعة على مقدار التعويض مسبقا، أي ان الأطراف المتنازعة قد تتفق مع المحكم على قدر التعويض بصورة ودية، وقد يتخذ هذا الإتفاق صوره الشرط الجزائي الذي يحدد مقدما التعويض، ويجوز أن يطالب المحكم على تخفيض الجزاء المشروط إذا أثبت أن التقدير مبالغا فيه إلى درجة كبيرة، على إعتبار أنه تقدير مسبق بين المحكم والأطراف

¹ هنري رياض، جزاء الإخلال بالعقد (التعويض - التنفيذ العيني - التقادم)، مكتبة خليفة عطية، الخرطوم، 1975، ص71

² د. أمين دواس، أحكام الإلتزام، مرجع سابق، ص74

³ د. أنور سلطان، المبادئ القانونية العامة، مرجع سابق، ص368

⁴ يقصد بالإعذار هو وضع المدين موضع المقصر في تنفيذ الإلتزامه بإثبات تأخيره في الوفاء به، ذلك أن مجرد حلول أجل الإلتزام لا يفيد تقصير المدين ما لم يسجله الدائن عليه بالإعذار، والإعذار ضروري لتنبيه المدين إلى نية الدائن في الإلتجاء إلى التنفيذ الجبري إذا لم يف بالإلتزامه إختيارا، ويتخذ الإعذار عادة شكل الإنذار وهو ورقة رسمية من أوراق المحضرين بيدي فيها الدائن لمدينه رغبته في إستيفاء حقه، وكما يتم الإعذار عن طريق الإنذار، يتم كذلك بكل ورقة رسمية تقوم مقام الإنذار كمحضر حجز، والتكليف بالحضور أمام المحكمة. راجع: د. أنور سلطان، المبادئ القانونية العامة، مرجع سابق، ص360

⁵ راجع: د. جلال العدوي، أصول الإلتزامات مصادر الإلتزام، مرجع سابق، ص490

المتنازعة، وشروط إستحقاق التعويض الإتفاقي هي ذات شروط إستحقاق التعويض بصفة عامة من خطأ المحكم وضرر يصيب الأطراف المتنازعة وعلاقة سببية بينهما، علاوة على إعدار المحكم حالة إمكانية ذلك، ويجوز للأطراف المتنازعة طلب زيادة قيمة التعويض الإتفاقي حالة تجاوز الضرر مقدار التعويض وذلك حالة ثبوت إرتكاب المحكم غشا أو خطأ جسيما، وعلى هذا يجوز للمحكم الإتفاق مع الأطراف على التعويض ويكون تابعا للإتفاق الأصلي، وهو عقد المحكم الذي أنشأ الإلتزام على كاهل المحكم ويدور معه وجودا وعدما، والشرط الجزائي يكون تابعا للإلتزام الأصلي إذ هو اتفاق الأطراف المتنازعة والمحكم على جزاء هذا الإلتزام فإذا سقط الإلتزام الأصلي بفسخ عقد المحكم سقط معه الشرط الجزائي ولا يعتد بالتقدير المقدر بمقتضاه.

ثانيا: التعويض القانوني (فوائد التأخير)¹

قد يكون الإلتزام محل الإلتزام مبلغا من النقود والخاصية الجوهرية لهذا النوع من الإلتزام هو قابليته دائما للتنفيذ العيني، بل يقتصر الأمر على المطالبة بتعويض عن التأخير في التنفيذ ويطلق على التعويض في هذه الحالة فوائد التأخير، بجانب فوائد التأخير التي يلتزم بها المدين إذا قصر في الوفاء بالإلتزامه بدفع مبلغا من النقود في الميعاد المحدد له، يوجد نوع آخر من الفوائد يمكن أن تسمى فوائد إستثمارية يلتزم بها المدين في عقد من عقود المعاوضة، وقد تنقلب الفوائد الإستثمارية التي يلتزم بها المدين حتى حلول أجل الدين، إلى فوائد تأخير إذا قصر بعد حلول الأجل في الوفاء بالإلتزام².

¹ ومن الأمثلة للتعويض القانوني الذي يحدده قانون العمل ويعطيه للعامل تعويضا له عن إخلال رب العمل بالإلتزامه التعاقدية، أن قانون العمل يقدر للعامل تعويضا عن فصله عن العمل فصلا تعسفيا مقدار شهرين عن كل سنة قضاها العامل في العمل على إلا يتجاوز هذا التعويض أجر العامل عن مدة سنتين وذلك وفقا لما نصت عليه المادة (47) من قانون العمل الفلسطيني، وهناك العديد من النصوص الواردة في هذا القانون والتي تحدد أنواع مختلفة من التعويضات العمالية، ومن ذلك ماورد في المادة (45) من ذات القانون الخاصة بمكافأة نهاية الخدمة. ويكون كذلك في إطار المسؤولية التقصيري كما عو الحال بالنسبة للتعويض الذي يقدرة قانون التأمين للمصاب في حوادث السير ومن الأمثلة على ذلك ما ورد في المادة (156) من قانون التأمين الفلسطيني والتي جاء فيها بأنه " إذا أدى حادث الطرق إلى عدم قدرة المصاب على القيام بعمله فإنه يستحق 100% من أجره اليومي طيلة مدة عجزه المؤقت على ألا تتجاوز مدة العجز سنتين من تاريخ الحادث"، أي أن القانون هو الذي يحدد أسس احتساب التعويض المستحق دون أن يترك ذلك لإرادة الأطراف.

أما بالنسبة للقانون الأردني، راجع نص المادة (167) من قانون أصول المحاكمات المدنية، وراجع المادة (226) من القانون المدني المصري.

² د. أنور سلطان، المبادئ القانونية العامة، مرجع سابق، ص 370

ثالثاً: التعويض القضائي

في حال عدم إتفاق أطراف العقد على مقدار التعويض الواجب دفعه إذا أخل أي طرف من طرفي العقد بأي من الإلتزامات العقدية المترتبة عليه من الطرف الآخر، وهو ما يسمى بالتعويض الإتفاقي، وكذلك عند عدم وجود نص في القانون يحدد مقدار التعويض الواجب دفعه، عندئذ يتوجب على القاضي تحديد مقدار التعويض بالإعتماد على الأحكام العامة الواردة في القانون، فالقاضي يقوم بتحديد مقدار التعويض في حال سكوت العقد والقانون عن تقديره¹، وحتى يحكم القاضي بالتعويض يجب إبتداء أن يثبت الدائن أن ضرراً قد لحق به نتيجة لإخلال المدين بتنفيذ إلتزامه بعد أن يكون قد أعذره إذا كان الإعذار شرطاً لقيام الدعوى، أي أن الدائن ملزم في حال مطالبته بالتعويض القضائي أن يثبت شروط المسؤولية من خطأ وضرر وعلاقة سببية بين الخطأ والضرر والإعذار إذا كان له مقتضى حتى يحكم له بالتعويض، بينما الدائن في حال التعويض الإتفاقي غير مطالب بإثبات الضرر كونه مفترض وكذلك بالنسبة للعلاقة السببية، أي أن الدائن في التعويض الإتفاقي ملزم بإثبات عدم قيام المدين بالإلتزامه فقط دون أن يكون ملزماً بإثبات الضرر أو علاقة سببية، وكذلك الحال في التعويض القانوني، مع الفرق الموجود بين التعويض الإتفاقي والقانوني، ففي حال التعويض القانوني فإن الضرر مفترض وغير قابل لإثبات العكس من جانب المدين، أما في التعويض الإتفاقي فإن الضرر مفترض ولكن يمكن للمدين نفيه².

ومن خلال مما سبق، فإنه في حالة عدم الإتفاق الأطراف المتنازعة مع المحكم على مقدار التعويض، أو عدم التوصل إلى صلح بينهم، أو حالة عدم نص القانون عليه، فإن الأمر يرجع إلى ساحة القضاء ليفصل في مقدار التعويض المستحق وحدود ذلك، ويتم هذا التقدير وفقاً لنص القانون، والذي يحدد صورة الضرر المستحقة للتعويض، وضوابط ذلك وحالات عدم إستحقاقه للتعويض وحدوده ويقدر التعويض في مثل هذه الحالة بوقت صدور الحكم بالتعويض.

¹ د. محمد أحمد، دروس في شرح القانون المدني (النظرية العامة للإلتزامات، آثار الإلتزام)، مرجع سابق، ص 199

² راجع: د. أنور سلطان، المبادئ القانونية العامة، مرجع سابق، ص 367

عناصر التعويض:

1- إن التعويض يجب أن يشمل كلا من الخسارة اللاحقة والكسب الفائت

هذه القاعدة التي تحكم تعويض الأضرار المادية أو المالية تبين ما هي العناصر التي يجب على القاضي أن يأخذها بعين الاعتبار عن تقدير التعويض، وهما عنصر الخسارة اللاحقة والكسب الفائت، فمن أثلّف المحصول الزراعي لشخص آخر، يلزم بتعويضه عن النفقات التي أنفقها في زراعة الأرض والربح الذي كان سيجنيه من محصوله¹.

وبالقياس على المحكم فإن الخسارة الواقعة على الأطراف المتنازعة تشمل نفقات إعداد النزاع للتحكيم، وهذه النفقات هي ما تم إنفاقه من قبل الأطراف المتنازعة حتى وقت تحديد المحكم وإبرام العقد معه من مصاريف إنتقال إلى محل إقامته، وما تكلفه الأطراف من طلبات أمر بها المحكم مسبقا قبل نظر النزاع من ترجمة لبعض المستندات، وتجهيز بعض الحسابات الختامية بواسطة محاسبين قانونيين أو طلب تعيين سكرتير أو كاتب أو ما تكلفه الأطراف من تعيين خبراء وفنيين أو غير ذلك من المصروفات، فلهم المطالبة بتعويض النفقات، وأتعاب الإنتقال من وإلى مقر جلسات التحكيم، بالإضافة إلى ذلك اتعاب المحكمين في غالب الأحيان يكون النزاع متعدد الأطراف ومتشعب الموضوعات وهذا بدوره يستتبع حصول المحكم أو هيئة التحكيم على أتعاب باهضة جدا، ففي حالة عدم صدور الحكم لأي سبب كان مرجعه للمحكم يكون للأطراف طلب ما تم دفعه للمحكم أو لهيئة التحكيم من أتعاب لأنه لم يوف بالتزاماته المقابلة في إصدار حكم يحسم النزاع، قد يتمثل الكسب الفائت على الأطراف فصل النزاع حتى يستطيع كل طرف أن يمارس نشاطه من جديد وقد يتمثل الكسب الفائت التأخر في الحصول على العدالة.

2- وجوب أن يأتي التعويض ملائما لحقيقة الضرر الواقع

يجب على القاضي أن يحاول الوصول إلى التعويض الأكثر ملائمة للضرر الذي تحمله المضرور، ولا شك ان التعويض العيني هو الأكثر ملائمة؛ لأنه يؤدي إلى محو الضرر فلا يبقى منه إلا ذكره، ولكن هذا التعويض قد لا يكون ممكن التطبيق، لذلك ليس أمام القاضي إلا التعويض النقدي حيث

¹ د. عدنان السرحان ود.نوري خاطر، شرح القانون المدني مصادر الحقوق الشخصية (الإلتزامات)، مرجع سابق، ص473

يجب عليه تقدير مبلغ التعويض الذي يغطي بقدر الإمكان، كل الضرر الواقع، وهذا يقتضي أمرين، أولاً: إن التعويض يجب أن يشمل كل الضرر أياً كانت جسامته ومدته، وثانياً: إن التعويض يجب أن يقدر بما يساوي الضرر منظوراً إليه عبر المضرور، لذلك يجب على القاضي أن ينظر بدقة على جميع الظروف الخاصة بالمضرور والمتعلقة بالضرر الذي أصابه¹.

وبالقياس على وضع المحكم، ينبغي على القاضي حالة تقدير التعويض مراعاة الظروف الخاصة بالأطراف بصرف النظر عن ظروف المحكم حال تقدير التعويض، ويقدر التعويض على حسب جسامته الضرر لا الخطأ حتى لا يكون وسيلة للإثراء على حساب المحكم، ويجب حساب مقدار التعويض بقيمة الضرر وقت صدور الحكم لا وقت وقوع الضرر، ويختلف مقدار التعويض بناء على وقت رفع دعوى المسؤولية على المحكم فيلاحظ أن التعويض يختلف نوعه ومقداره بحسب ما إذا كانت دعوى المسؤولية قد رفعت قبل أو بعد صدور الحكم في التحكيم، وبحسب ما إذا كان قد تم بطلان حكم التحكيم أو عدم قبول دعوى البطلان، وقد يشمل التعويض في الحكم على المحكم بدفع المصاريف والنفقات التي تكبدها الطرف المنازع لمتابعة الدعوى الموضوعية أمام القضاء، والتي تسبب المحكم بخطئه للمطالبة بالتعويض.

المطلب الثاني: إنتهاء مسؤولية المحكم

تنتهي مسؤولية المحكم بعدة عوامل، أولاً: قبول دفع المحكم بعدم مسؤوليته، ثانياً: الإعفاء الإتفاقي من المسؤولية، ثالثاً: سقوط دعوى المسؤولية وتقادمها، رابعاً: التأمين على مسؤولية المحكم.

وقد سبق وبيننا الحالة الثالثة فسأقصر بحثي في هذا المطلب على الحالات الأخرى، وبالتالي سأوزع المطلب إلى ثلاثة فروع، أخصص أولها للحديث عن دفع المسؤولية، والفرع الثاني عن الإعفاء الإتفاقي من المسؤولية، وأخيراً الفرع الثالث عن التأمين على مسؤولية المحكم.

¹ د. عدنان السرحان ود.نوري خاطر، شرح القانون المدني مصادر الحقوق الشخصية (الإلتزامات)، مرجع سابق، ص475

الفرع الاول: دفع المحكم بعدم المسؤولية

يشترط لقيام المسؤولية أن يكون الخطأ هو السبب الذي يترتب عليه الضرر، وهذه هي العلاقة السببية وهي الركن الثالث من أركان المسؤولية¹، يستطيع المدعى عليه دفع بعدم المسؤولية وذلك بنفي علاقة سببية ويتم نفيها بإثبات أن الضرر الذي أصاب المدعي نشأ عن سبب أجنبي، ويقصد بالسبب الأجنبي حدث أو فعل يستتبع لزوما وقوع الضرر، ولا يكون للمدعى عليه يد في هذا السبب ولهذا يوصف بأنه سبب أجنبي، فإذا كان السبب الأجنبي قد أسترغق العمل غير المشروع أو المضمون المسند إلى المدعى عليه، ترتب على ذلك إنتفاء رابطة السببية بين الضرر وما أسند إلى المدعى عليه، وبالتالي ترتفع مسؤوليته ولا يكون ملزما بتعويض الضرر².

وبالتالي متى وقع الضرر بأحد الاطراف المتنازعة أفترضت مسؤولية المحكم ويستطيع المحكم دفع هذا الافتراض بإثبات أن الضرر الناتج لا يد له فيه إنما يرجع إلى سبب أجنبي أدى إليه، ولا يكفي أن يثبت أنه لم يرتكب خطأ ما، وذلك لان أساس مسؤولية المحكم ليس إفتراض الخطأ بل إفتراض المسؤولية، وتتنوع الأسباب الأجنبية التي يدفع المحكم بعدم مسؤوليته إذا توفرت منها تحقق القوة القاهرة، والحادث المفاجئ، وخطأ الأطراف المتنازعة أو احدهم وحالة خطأ الغير، وسيتم معرفة هذه الأسباب من خلال ما يلي:

أولاً: القوة القاهرة والحادث المفاجئ على مسؤولية المحكم

تعرف القوة القاهرة بأنها حادث غير متوقع، لا دخل للإرادة في وقوعه، ولا يكون في الإمكان دفعه أو درء نتائجه يجعل تنفيذ الإلتزام مستحيلا، ومن امثلتها وقوع زلزال أو حادثة سرقة أو حدوث مرض مفاجئ³، فالقوة القاهرة تكون حربا أو زلزالا أو حريقا، كما قد تكون أمرا إداريا واجب التنفيذ بشرط أن تتوافر فيها إستحالة التوقع وإستحالة الدفع، وينقضي بما إلتزم المدين في المسؤولية العقدية، وتتنفي بها علاقة سببية بين الخطأ والضرر في المسؤولية التقصيرية⁴.

¹ د. سمير تناغو، مصادر الإلتزام، مرجع سابق، ص 251

² د. جلال العدوي، أصول الإلتزامات مصادر الإلتزام، مرجع سابق، ص 455

³ د. عبد المنعم الصدة، مصادر الإلتزام، مرجع سابق، ص 600

⁴ نقض مصري عن رقم 29 لسنة 1976، موقع قاعدة التشريعات والإجتهادات المصرية www.arab.legal

والسؤال الذي يثار هنا هل القوة القاهرة مختلفة عن الحادث المفاجئ، أم أنهما تعبيران مترادفان لا إختلاف بينهما؟

إذا كانت القوة القاهرة صورة مستقلة عن صورة الحادث المفاجئ، أو إنهما صورة واحدة¹، فإن القوة القاهرة هي الحدث الذي لا يمكن دفعه، وأن الحادث المفاجئ هو الحدث الذي يمكن دفعه وإن كان لا يمكن توقعه².

أما إذا كانت القوة القاهرة تختلف عن الحادث المفاجئ، من حيث ماهيته ومن حيث أثره، فمن حيث الماهية تكون القوة القاهرة حادثاً خارجياً عن الشيء الذي تسبب في المسؤولية كعاصفة أو زلزال، بينما الحادث المفاجئ حادث داخلي ينبع من الشيء ذاته كإنفجار آلة أو تلف عجلة، ومن حيث الأثر فإن القوة القاهرة ترفع المسؤولية، أما الحادث المفاجئ فلا يرفعها بل يتحمل المدين تبعته³.

والرأي الراجح، أنه إذا نظرنا إلى القوة القاهرة كصورة من صور السبب الأجنبي، فإنه لا يوجد أساس للفرقة بينهما وبين الحادث المفاجئ، وإنما يعدان تعبيران مترادفان لصورة واحدة من صور السبب الأجنبي⁴.

ونلاحظ مما سبق، إن من أحدث ضرراً عليه أن يثبت تحقق وجود السبب الأجنبي فتنتفي عندها مسؤوليته، فإذا تحقق لدى المحكم حادثاً كالزلازل أو الفيضانات أو الحرب مما عطله عن القيام بالمعايينة أو السفر لأمر يتعلق بإجراءات التحكيم مما أدى إلى فوات ميعاد صدور الحكم، فبإثبات تحقق هذا السبب تنتفي مسؤوليته؛ لأنه ليس للمحكم إمكانية دفع هذا الحادث ولا يد له في وقوعه، وفي مثال آخر لو أن المحكم إحتفظ بمستندات ووثائق النزاع في مكتبه الذي يمتلك من وسائل الأمان ما يجب أن يكون عليه في المكاتب الأخرى وحدث إنهيار للمبنى فتلفت المستندات والوثائق هنا قد بذل في

¹ أنظر في عرض الآراء المختلفة، د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح قانون المدني الجديد (مصادر الإلتزام)، مرجع سابق، ص 994

² د. مصطفى الجمال، النظرية العامة للإلتزامات، مرجع سابق، ص 397

³ د. جلال العدوي، أصول الإلتزامات مصادر الإلتزام، مرجع سابق، ص 461

⁴ أنظر: د. أنور سلطان، مصادر الإلتزام في القانون المدني الأردني، مرجع سابق، ص 338، وأيضاً: د. د. جلال العدوي، مرجع سابق، ص 461، وأنظر: د. عدنان السرحان ود. نوري خاطر، شرح القانون المدني مصادر الحقوق الشخصية (الإلتزامات)، مرجع سابق، ص 445،

د. عبد المنعم الصده، مرجع سابق، ص 602، وأنظر: د. سمير تناغو، مصادر الإلتزام، مرجع سابق، ص 252

حفظها عناية المحكم العادي، ويعتبر حادث الإنهيار من قبيل قوة القاهرة، فهنا تنتفي مسؤولية المحكم بانتفاء الخطأ.

وبهذا يمكن أن نقول أن هناك شروطا يجب أن تتوفر لإعتبار الحادث قوة القاهرة أو حادث مفاجئ وتنتفي بها مسؤولية المحكم وهذه الشروط كما يلي:

الشرط الأول: أن يكون الحادث غير منسوب للمسؤول المدعى عليه وخارجا عن محيطه أي أن يكون الحادث خارج إرادة المحكم

فالحادث يجب أن يكون أجنبيا عن المسؤول، وهذا يعني إستبعاد الحوادث التي يكون مرجعها عيب في الشيء الذي يملكه محدث الضرر، كما لا يعتبر من القوة القاهرة المرض أو الوعكة الصحية التي يتعرض لها المسؤول أثناء وقوع الحادث، وإن غياب الوعي لصريح لا يعد من باب القوة القاهرة التي تقطع علاقة سببية، أما ما كان خارجا عن سيطرة الإنسان من ظواهر الطبيعية كالرياح الشديدة، وما كان منسوبا للسلطة العامة كمصدر قانون، أو ما كان عاما من حوادث العنف كالحروب والإضطرابات فيعد بلا شك من صور القوة القاهرة¹، وبالتالي لا تكون لإرادة المحكم إثر في حصول هذا الحادث ولا دخل له في وقوعه، فإذا شرع المحكم في إجراءات التحكيم وقبل إنتهائها صدر حكم ضده بإشهار إفلاسه فإنه في هذه الحالة فقد صحة كونه محكما فلا يعتبر عدم صدور الحكم منه في التحكيم لسبب قوة القاهرة؛ لأنه كان سببا في حصول هذه القوة القاهرة فمنعه من إصدار الحكم وهذا راجع لخطأ المحكم.

الشرط الثاني: أن يكون الحادث من المستحيل توقعه

يجب أن تكون الإستحالة في هذا الشأن مطلقة لا نسبية، بحيث يستحيل على أي شخص أن يتوقع الحادث مهما كانت درجته من اليقظة، ولا يعني هذا أن يكون الحادث جديدا في نوعه بالنسبة للإنسان فمثل هذا الحادث لا وجود له، ولكن يشترط أن يكون الحادث إن كان معروفا ويقع من وقت لآخر كالحروب والأمراض وغير ذلك، إلا أنه لا يكون متوقعا في ظروف هذه الحالة بالذات²، ولا يعتبر من قبيل القوة القاهرة أن يكون الحادث متوقعا كفيضان يقع بصورة موسمية أو إعصار تم التنبؤ به قبل

¹ د.عدنان السرحان ود.نوري خاطر، شرح القانون المدني مصادر الحقوق الشخصية (الإلتزامات)، مرجع سابق، ص445

² د.سمير تتاغو، مصادر الإلتزام، مرجع سابق، ص252

فترة زمنية غير قليلة، على الرغم من أن ليس للمحكم إرادة في حصوله، ومرجع ذلك أنه بالإمكان توقعه والتواصل مع الأطراف المتنازعة لإيجاد الحلول الضرورية لكي تستمر عجلة عملية التحكيم حتى منتهاها.

الشرط الثالث: يشترط أخيراً أن يكون الحادث من المستحيل دفعه أو التعامل معه

وهذا يعين أن الحادث يجب أن يجعل تنفيذ الإلتزام مستحيلاً بالنسبة لمن يحتج به للتخلص من المسؤولية، ويكون ذلك نتيجة لكون الحادث مما لا يقهر ولا يمكن التغلب عليه، وهذا يستتبع إستبعاد ما يمكن دفعه وتجنب آثاره ببذل جهد معقول، فإذا سلك الناقل طريقاً تكثر فيه الإنزلاقات، مما يسبب في الحادث الذي أضر بالبضاعة المنقولة، فإن ذلك لا ينفي مسؤولية الناقل الأجنبي؛ لأنه كان في وسعه تجنب الضرر ببذل جهد معقول، فإذا سلك وسلوك طريق آخر، ولا بد من الإشارة إلى أن عدم التوقع وعدم إمكانية الدفع إنما تقاس بمعيار موضوعي وهو معيار الرجل المعتاد، فما يمكن أن يتوقعه ويدفعه الرجل المعتاد من أوساط الناس لا يعتبر من القوة القاهرة¹.

مما سبق لإعتبار الحادث قوة قاهرة، فإنه يشترط على المحكم أن يستحيل دفع الحادث أو التعامل معه بما يمنع إثره، فإن أمكن التعامل معه بدفعه فإنه لا يعتبر قوة قاهرة حتى ولو كان غير متوقع، لأنه لا بد من إستحالة التنفيذ، أما إن كان تنفيذ الإلتزام يعتبر مرهقاً فإن هذا لا يعتبر قوة قاهرة، مثال ذلك لو أن المحكم أتعق مع الأطراف المتنازعة والخبراء الفنيين على إجراء المعاينة في موقع معين يحتاج إلى الانتقال إلى خارج البلاد، فإذا حدث أن المحكم لم يجد مقعداً في حجوزات الطيران مما أدى إلى التأخر في السفر وفوات ميعاد المعاينة فإن هذا لا يعتبر قوة قاهرة إذا وجد المحكم شركة طيران أخرى كان بالإمكان أن تنتقله ولو حتى برسوم إضافية، فهنا تحقق الإرهاق على كاهل المحكم فقط فلا يستطيع الدفع بحصول قوة قاهرة لإمكانية السفر عن طريق شركة أخرى والإرهاق ليس قوة قاهرة.

أثر القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ:

إذا أثبت المدعى عليه توافر حدث تتوافر فيه مواصفات القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ، على النحو السابق كان السبب الوحيد للمضرور، انتفتت مسؤوليته عن الضرر أي أن تكون القوة القاهرة هي

¹ د. عدنان السرحان ود. نوري خاطر، شرح القانون المدني مصادر الحقوق الشخصية (الإلتزامات)، مرجع سابق، ص 446

السبب الوحيد في وقوع الضرر، وفي هذا الفرض ترتفع المسؤولية عن المدعى عليه لإنعدام رابطة السببية¹،

أما إذا اشتركت أسباب أخرى مع القوة القاهرة في إحداث الضرر، فيثور التساؤل هل أن القوة القاهرة لا يمكن الرجوع إليها وهي غير منسوبة لشخص يمكن أن يتحمل جزءا من المسؤولية والتعويض؟

يذهب رأي² إلى أنه في حال إشتراك القوة القاهرة مع فعل المدعى عليه في إحداث الضرر في هذا الفرض لا محل لتوزيع المسؤولية؛ لأن القوة القاهرة لا يمكن نسبتها إلى شخص آخر حتى يشترك مع المدعى عليه في تحمل المسؤولية، ولذا يتحمل المدعى عليه المسؤولية كلها وحده.

أما الرأي الآخر وهو الراجح³ أنه لا مجال لتوزيع المسؤولية وتبقى كاملة في ذمة المدعى عليه الذي يتحمل نتائج فعله وفعل القوة القاهرة.

ومثال على تحمل المحكم المسؤولية وبالقياص على ما سبق، لا يستطيع المحكم التمسك بالقوة القاهرة لدفع مسؤوليته حالة إعداره من الأطراف المتنازعة في تنفيذ التزاماته ولم يشرع في تنفيذها كأن يطالب الأطراف المحكم بتسليم نسخ حكم التحكيم الأصلية أو تسليم ما عهد إليه من وثائق ومستندات فلم يستجب لذلك، وقدّر أن حدثت قوة قاهرة أتلّفت أو ضاعت نسخ الحكم والوثائق والمستندات المطلوب إرجاعها إليهم، فهنا لا يستطيع المحكم الدفع بعدم مسؤوليته لقيام القوة القاهرة؛ لأنه قد تمّ إعداره من قبل الأطراف مسبقا فهلاك ما تحت يده كان بسبب تخلفه عن تسليمها للأطراف المتنازعة.

ثانيا: خطأ المتضرر أي خطأ الأطراف المتنازعة على مسؤولية المحكم

إذا وقع الضرر نتيجة خطأ المضرور ذاته، فإنه تنتفي علاقة السببية بين الخطأ الصادر من شخص آخر وبين هذا الضرر، ولكن يشترط لنفي السببية على هذا النحو أن يكون خطأ المضرور قد استغرق خطأ الشخص الآخر، أما إذا لم يكن قد استغرقه بل ساهم كل من الخطأين في إحداث الضرر وهو ما

¹ د. مصطفى الجمال، النظرية العامة للإلتزامات، مرجع سابق، ص 397

² د. أنور سلطان، مصادر الإلتزام في القانون المدني الاردني، مرجع سابق، ص 339

³ راجع: د. عدنان السرحان ود. نوري خاطر، شرح القانون المدني مصادر الحقوق الشخصية (الإلتزامات)، مرجع سابق، ص 447، وراجع أيضا: د. مصطفى الجمال، مرجع سابق، ص 397، وايضا: د. سمير تناغو، مصادر الإلتزام، مرجع سابق، ص 253

يسمى بالخطأ المشترك، فيكون هناك محل للتخفيف عن مسؤولية الشخص الآخر دون نفيها إطلاقاً، وهذان الفرضيان هما¹:

أ- استغراق أحد الخطأين للآخر²

1- إذا كان أحد الفعلين متعمداً فإنه يستغرق الفعل الآخر، والفعل المتعمد قد يكون فعل المدعى عليه وقد يكون فعل المضرور، فإذا كان الفعل المتعمد هو فعل المدعى عليه قامت مسؤوليته بالكامل، وأمتع عليه الإحتجاج بفعل المضرور، كما لو تعمد سائق السيارة أن يدهس خصمه وهو ثملاً أثناء عبور الطريق، وإذا كان الفعل المتعمد هو فعل المضرور نفسه فتنتفي مسؤولية المدعى عليه لإنعدام رابطة السببية³.

أما إذا رضي المضرور بالضرر دون أن يريده لنفسه أو يتعمد إصابته به كمن يدخل في مبارزة وهو يعلم نتائجها وإحتمالاتها فإن خطأه هذا لا يستغرق خطأ الشخص الآخر بل يكون الخطأ مشترك بينهما⁴.

2- إذا كان أحد الخطأين نتيجة للآخر، ففي هذه الحالة يستغرق الخطأ الآخر الخطأ الذي كان نتيجة له، فإذا كان خطأ المضرور نتيجة لخطأ المدعى عليه، استغرق الخطأ الثاني الخطأ الأول فنلتفت عن خطأ المضرور لنقف عند خطأ المدعى عليه الذي تكون مسؤوليته كاملة، وإذا كان خطأ المدعى عليه نتيجة لخطأ المضرور، فإن الثاني يستغرق الأول فنقف عند خطأ المضرور ونلتفت عن خطأ المدعى عليه فتنتفي مسؤوليته ويتحمل المضرور الضرر الذي ألحقه بنفسه⁵.

¹ د. سمير تناغو، مصادر الإلتزام، مرجع سابق، ص 253

² أن خطأ المضرور ينزل منزلة القوة القاهرة إذا أجمعت له صفتا عدم وجوب توقعه وعدم إمكانية توقيه، وأن القوة القاهرة بما تنسم به من جبر وقهر لا تترك دوراً يذكر لسواها من العوامل التي تداخلت في إحداث الضرر، ولهذا فإنها تستغرقها فلا تقف إلا عند القوة القاهرة، وبالتالي يعفى من المسؤولية كلياً وهذا ما ينطبق على خطأ المضرور عندما ينزل منزلة القوة القاهرة، ويقع على المدعى عليه عبء إثبات خطأ المضرور قد أجمعت له صفتا عدم وجوب توقعه وعدم إمكان توقيعه، فالقول بأنه ليس على المدعي عليه أن يتوقع سلوكاً خاطئاً من المضرور، ولا حاجة به إلى إثبات عدم إمكان دفعه لهذا الخطأ أو تلافى ضرره يقتصر حالة ما إذا كان الخطأ المضرور لا يرقى إلى مصاف القوة القاهرة. راجع : د. عدنان السرحان ود. نوري خاطر، شرح القانون المدني مصادر الحقوق الشخصية (الإلتزامات)، مرجع سابق، ص 451، وراجع أيضاً:

د. جلال العدوي، أصول الإلتزامات مصادر الإلتزام، مرجع سابق، ص 468

³ د. أنور سلطان، مصادر الإلتزام في القانون المدني الأردني، مرجع سابق، ص 340

⁴ د. سمير تناغو، مصادر الإلتزام، مرجع سابق، ص 254

⁵ مثال على خطأ المضرور نتيجة لخطأ المدعي، ذلك إذا ركب شخص مع سائق سيارة أخذ يقودها بتهور أفزع الراكب فأثى بحركة خاطئة يلتبس بها النجاة فأضر بنفسه، ففي هذه الحالة تكون حركة المضرور الخاطئة نتيجة لخطأ السائق فيستغرقها ويسأل مسؤولية كاملة، أما إذا

ب- الخطأ المشترك أي اجتماع الخطاين معا في إحداث الضرر

إذا كان خطأ المضرور قد أشترك مع خطأ المدعى عليه بالمسؤولية في إحداث الضرر، فإن المدعى عليه بالمسؤولية يكون مسؤولاً مسؤولية جزئية تتناسب مع قدر مساهمة سلوكه في إحداث الضرر¹.

وأن توزيع المسؤولية يكون على أساس توزيع جسامته كل فعل، أما إذا لم تختلف الأفعال قوة وضعفا في إحداث الضرر، أو لم يتبين إختلافهما في إحداثه، فتوزع المسؤولية بين المضرور والمدعى عليه بالتساوي².

ومن خلال ما تقدم، يتسنى للمحكم دفع مسؤوليته حالة كون الخطأ ينسب إلى فعل الأطراف المتنازعة، إستغراق هذا الفعل خطأ المحكم المنسوب إليه فعند ذلك تنتقي عنه المسؤولية كلياً، وعلى المحكم إسقاط الدليل الذي حاول الأطراف المتنازعة إقامته عليه لإثبات مسؤوليته من إثبات الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما، فهنا يستطيع المحكم أن يثبت أن الخطأ الصادر منه لا علاقة سببية بينه وبين الضرر الواقع على الأطراف، ولا فرق أن يكون فعل الأطراف المتنازعة فعلاً خاطئاً أو غير خاطئ؛ لأنه يأخذ حكم السبب الأجنبي الذي يمتلكه المحكم به الدفع عن مسؤوليته، وعلى المحكم أن يثبت أن خطأ الأطراف المتنازعة هو السبب الوحيد في عدم تنفيذ إلتزاماته، مثال ذلك كأن يأمر المحكم الأطراف المتنازعة بتحضير بيان بميزانية المشروع المتنازع عليه أو بتحضير ملخص حساب آخر المعاملات المالية بينهم، أو أن يطلب ترجمة بعض الوثائق لتعلق ذلك كله بمسائل جوهرية تساعد على حسم النزاع، ولم يلق الأطراف المتنازعة لذلك بالاً حتى فوات ميعاد إصدار حكم التحكيم، فهنا يظهر أن المحكم أخطأ بعدم إصدار الحكم لكن خطأه مستغرق بخطأ الأطراف المتنازعة حيث إنهم تباطؤوا في إبراز الوثائق المساعدة على حسم النزاع فالضرر الواقع بهم يعود على فعلهم لا على فعل

كان خطأ المدعى عليه نتيجة لخطأ المضرور فنذكر المثال التالي: ذلك قيام رفيق سائق السيارة بحركة خاطئة أفزعته فتسببت في وقوع خطأ من السائق والإضرار برفيقه، ففي هذه الحالة يستغرق خطأ المضرور ما كان نتيجة له من خطأ السائق الذي ترتفع مسؤوليته ويتحمل المضرور بما ألحقه بنفسه من ضرر. راجع: د.جلال العدوي، أصول الإلتزامات مصادر الإلتزام، مرجع سابق، ص471، وراجع: د.سمير تناغو، مرجع سابق، ص255

¹ ومثال على ذلك أن تصدم سيارة مسرعة شخصاً أثناء محاولته العبور من غير المكان المخصص لعبور المشاة فيكون كل من خطأ قائد السيارة في القيادة بسرعة وخطأ المضرور في العبور من غير المكان المخصص لعبور المشاة سبباً في الحادث. راجع: د.مصطفى الجمال، النظرية العامة للإلتزامات، مرجع سابق، ص399

² د. أنور سلطان، مصادر الإلتزام في القانون المدني الاردني، مرجع سابق، ص342

المحكم، وفي مقابل ذلك إذا كانت الطلبات التي أمر المحكم بإحضارها لم تكن تعوز إليه ضرورة في حسم النزاع، وفات ميعاد إصدار الحكم فإن هذا لا ينفي عن المحكم مسؤوليته، ولا يملك دفعها لعدم تقديم تلك الطلبات في حسم النزاع.

ويشترط لثبوت الخطأ على الأطراف المتنازعة هو إنحراف في مسلك الرجل العادي أو رب الأسرة الحريص، كغياب الأطراف المتنازعة المتكرر عن جلسات التحكيم مما يؤدي إلى إنتهاء فترة إصدار الحكم، فهنا نجد أن مسلك الأطراف المتنازعة فيه إنحراف من مسلك الرجل العادي أو رب الأسرة الحريص، فالإهمال واضح وعدم إحترام مواعيد الجلسات ينبئ عن إستحقاق الأطراف بوقت المحكم، فلا يتحمل المحكم تبعات إنقضاء موعد إصدار الحكم حتى ولو لم يعذر المحكم الأطراف لأن خطأهم إستغرق خطأ المحكم بعدم الإعذار.

ثالثاً: فعل الغير

إن خطأ الغير قد يكون هو السبب الوحيد للضرر وقد يشترك في إحداثه مع خطأ المدعى عليه، فإذا كان هو السبب الوحيد انتفت مسؤولية المدعى عليه، وإذا أشترك خطأ الغير في إحداث الضرر مع خطأ المدعى عليه بالمسؤولية كانت مسؤولية هذا الأخير مسؤولية جزئية¹.

ترى الباحثة، بأن أثر خطأ الغير على مسؤولية المحكم يكمن في أن السبب الأجنبي الذي يستطيع المحكم أن يدفع به عدم مسؤوليته حالة عدم تنفيذ إلتزاماته وإصابة الأطراف المتنازعة بضرر من جراء ذلك إذا كان سبب عدم تنفيذ هو فعل الغير، وينصرف لفظ الغير إلى كل ما عدا الأطراف المتنازعة والمحكم وتابعيهم، وغالبا ما يكون الغير بالنسبة لهم هم الخبراء والمترجمون وكل شخص ليس له تبعة تجاه الأطراف أو المحكم، وبغض النظر عن كون فعل الغير كان خطأ أو غير خاطئ ما دام فعل الغير كان السبب الوحيد فيما حدث من ضرر الأطراف، فإنه يعتبر سببا أجنبيا يملك الخبراء والمترجمون وذلك في حالة صدور أمر التعيين من قبل المحكمة المختصة أو مؤسسة التحكيم، مثال على ذلك أنه قد يبني المحكم حكمه على المعطيات الناتجة من دراسة الخبير لبعض الموضوعات التي تمس النزاع العالق بين الأطراف المتنازعة، وقد تكون هذه المسألة فنية بحثه لا يمكن إعمال القناعة والرأي فيها من قبل المحكم، فإذا صادف أن كانت هذه النتائج خاطئة مما استتبع

¹ د.مصطفى الجمال، النظرية العامة للإلتزامات، مرجع سابق، ص400

الخطأ في تقديرات المحكم فإنه لا يمكن مساءلة المحكم عن حكمه المعيب لأن ذلك يعود على سبب أجنبي وهو خطأ الخبير، ومثال آخر أيضا قد تخرج أسرار النزاع والتي حصل عليها الغير من خلال ما سلم إليه من وثائق ليقوم بترجمتها، فيستطيع المحكم أن يدفع مسؤوليته بفعل المترجم.

الفرع الثاني: الإغفاء الإتفاقي من مسؤولية المحكم

ليس هناك ما يمنع من أن يكون حق المضرور في التعويض محلا للتعديل بمقتضى إتفاقات خاصة تتم بينه وبين المسؤول المدعى عليه، وذلك بعد وقوع الفعل الضار أو بعد الإخلال بالإلتزام التعاقدية على حسب الأحوال، إذ يجوز للمضرور من ذلك الفعل أو من هذا الإخلال التنازل عن حقه في التعويض دون أي مقابل وفي هذه الحالة يكون هذا المضرور قد أبرم مع المسؤول عملا من أعمال التبرع، كما أن في إمكان المضرور التنازل عن حقه في مقاضاة خصمه لقاء مقابل مادي أو نقدي يدفعه إليه المسؤول للتخلص من اللجوء إلى القضاء وإضاعة الوقت وتحمل المصاريف فيكون المضرور هنا قد أبرم مع خصمه هذا عقد صلح¹.

إن القاعدة العامة أن كل من أحدث ضرر يلتزم بالتعويض عن الضرر الناتج عنه، إلا أنه يجوز للإرادة المنفردة تعديل هذا الحكم في حدود النظام العام والآداب².

ولما كانت المسؤولية العقدية³ منشأها العقد، وكان العقد وليد إرادة المتعاقدين فالإرادة الحرة هي إذن أساس المسؤولية العقدية، وإذا كانت الإرادة الحرة هي التي أنشأت هذه المسؤولية، فإن لها أن تعدلها، فالأصل إذن هو حرية المتعاقدين في تعديل قواعد المسؤولية العقدية وذلك في حدود القانون والنظام العام والآداب⁴، وللعقد قوة ملزمة تلزم المدين بالوفاء بإلتزامه طبقا لما نص عليه العقد، فإن قصر أو

¹ ليس هناك ما يمنع المسؤول من ان يدفع إلى المضرور أكثر مما يستحقه من تعويض إذا فضل دفع هذا المبلغ على اللجوء إلى القضاء والدخول في مشاحنات ومنازعات قد تطول وقد تجر إلى مشاكل يؤثر هذا المسؤول تجنبها وقد تدفعه إلى هذا الكرم عوامل إنسانية، إن مثل هذه الإتفاقات التي تتم بين كل من المضرور والمسؤول بعد وقوع الضرر، اتفاقات صحيحة لا يرقى إليها الشك سواء أ كنا في نطاق مسؤولية عقدية أم كنا في نطاق مسؤولية تقصيرية، أننا هنا أمام عقد صلح تقادي به الطرفان خصومة كانت تحدث لولا هذا الإتفاق، والحث في هذا العقد يخرج عن نطاق الإغفاء من المسؤولية ومحلله عند أحكام عقد الصلح. راجع: د.حسن الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية (3) رابطة السببية، دار وائل للنشر، ص 224

² حمدي عبد الرحمن، الوسيط في النظرية العامة للإلتزام مصادر الإرادية للإلتزام (العقد والإرادة المنفردة)، مرجع سابق، ص 491

³ راجع: نص المادة (217) من القانون المدني المصري

⁴ د.عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح قانون المدني الجديد (مصادر الإلتزام)، مرجع سابق، ص 965

تعدى قامت مسؤوليته العقدية، ولكن لا يمنع من أن يتفق المتعاقدان على عدم مسؤولية المدين أو تحديدها عن إخلاله بالتزامه العقدي إذا أهمل في ذلك دون أن يتعمد أو يرتكب خطأ جسيماً، ويعني هذا أن يقع على الدائن عبء إثبات غش المدين حتى يرفع عنه شرط الإعفاء¹، وأن الإتفاق المسبق على تحديد مقدار العطل والضرر الناتج عن عدم تنفيذ العقد هو إتفاق صحيح ما دام أنه غير ممنوع بقانون أو مخالف للنظام العام ويكون ملزماً لطرفيه²، وبالتالي يجوز إعفاء الإتفاق من المسؤولية العقدية³.

وبالنسبة للمحكم، يجوز إتفاق المحكم مع الأطراف المتنازعة على الإعفاء من المسؤولية حالة الخطأ اليسير الصادر منه، مثال ذلك عدم التوقيع على أحد محاضر جلسات التحكيم، أما حالة الخطأ الجسيم كان يفوض مهمة حسم النزاع لمحكم آخر، أو حالة التعرض للحقوق المتنازع عليها بصورة أو بأخرى، أو تعمد إفشاء أسرار النزاع فلا يجوز الإتفاق على الإعفاء.

أما المسؤولية التقصيرية⁴ فلا يجوز الإتفاق على الإعفاء من المسؤولية أو التخفيف منها⁵؛ لنشئها بحكم القانون وتعلقها بالنظام العام والآداب⁶، فلا يستطيع السائق أن يعفي نفسه من المسؤولية التي

¹ عدنان السرحان ود. نوري خاطر، شرح القانون المدني مصادر الحقوق الشخصية (الالتزامات)، مرجع سابق، ص 319

² تمييز حقوق أردني رقم 1991/221 بتاريخ 1991/8/26، موقع التشريعات الأردنية www.lob.gov.jo

³ إلا أنه يوجد رأي آخر بالنسبة للإعفاء الإتفاقي من المسؤولية العقدية وهو أنه لا تجيز مجلة الأحكام العدلية شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية، وذلك أن الشروط المعتبرة في مجلة الأحكام العدلية هي "الشرط الذي يؤكد مقتضى العقد كالبيع بشرط تسليم المبيع على البائع وشرط الثمن على المشتري، وهذا الشرط نصت عليه المادة (186) من مجلة الأحكام العدلية، أما بالنسبة للشرط الثاني فهو الشرط الذي يؤيد العقد كما لو إشتراط البائع على المشتري تقديم كفيل بالثمن، وهذا الشرط نصت عليه المادة (187) من المجلة، أما الشرط الثالث فهو الشرط المتعارف عليه وهذا ما نصت عليه المادة (188) من مجلة الأحكام العدلية. محمد صعابنة، مسؤولية المحكم المدنية، مرجع سابق، ص 136

⁴ نصت المادة (270) من القانون المدني الأردني على ما يلي: "يقع باطلا كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية المترتبة على الفعل الضار"، ويقابلها المادة (217) من القانون المدني المصري الذي نص على أنه: "يقع باطلا كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية المترتبة على العمل غير المشروع".

⁵ لا يجوز الإتفاق على الإعفاء من المسؤولية التقصيرية ولو كان الخطأ أيسراً أو تافهاً ويعتبر قيام مثل هذا الإتفاق باطلا لمخالفته للنظام العام ويمتنع على المحكمة تطبيقه إذا قدم إليها، كما لا يجوز الإتفاق على التخفيف منها في صورها المختلفة كما إذا اتفق على تحديد المسؤولية بقدر معين من التعويض مهما كانت درجة الخطأ ومهما كانت درجة التخفيف، راجع: عبد الحميد الشواربي، الدفع المدنية الإجرائية والموضوعية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص 75

⁶ د. عبد الودود يحيى، لوجيز في النظرية العامة للإلتزامات (المصادر والأحكام والإثبات)، مرجع سابق، ص 189

يسببها للغير في حوادث الطريق، ولا تستطيع شركة الطيران أن تتفق مع سكان المنطقة المجاورة للمطار على إعفائها من المسؤولية في حالة سقوط طائرة على منازلهم¹.

وبالنسبة للمحكم، ففي حالة عدم توافر العقد بين المحكم والأطراف المتنازعة كحالة تعيينه من قبل المحكمة المختصة أو الغير، فلا يجوز الإتفاق على الإعفاء من المسؤولية أيا كانت درجة الخطأ يسير أو خطأ جسيم؛ لأن قواعد المسؤولية التقصيرية متعلقة بالنظام العام والآداب لا يجوز الإتفاق على خلافها، ويبطل كل إتفاق على الإعفاء من المسؤولية سواء تعلق بالالتزام قانوني أو مهني.

مفهوم الإعفاء الإتفاقي

ويقصد بالإعفاء الإتفاقي هو إتفاق يقصد به رفع المسؤولية كلياً عن مرتكب الفعل الضار (أو العقد) ومنع المطالبة بالتعويض الذي تقتضي به القواعد العامة².

والشرط المعفي من المسؤولية هو عبارة عن بند يرد في عقد أو إتفاق منفصل، يعفي بموجبه الدائن مدينه مسبقاً من المسؤولية التي قد تترتب في ذمة الأخير إعفاء تام جراء عدم تنفيذه لإلتزامه، فلا تتحقق المسؤولية بالإتفاق رغم تحقق هذه المسؤولية بموجب القواعد العامة³.

ويقصد بشرط الإعفاء من المسؤولية أو الإعفاء الإتفاقي، بأنه الشرط الذي يؤدي إلى رفع المسؤولية عن المدين حيث لا يعد المدين بموجبه مسؤولاً في حين أنه يكون مسؤولاً وفقاً للقواعد العامة، وبالقياص على شرط الإعفاء من مسؤولية المحكم هو الشرط الذي يؤدي إلى رفع المسؤولية عن المحكم أو تحديد مداها قبل وقوع الضرر وذلك بالإتفاق بين المحكم وأطراف العلاقة التحكيمية، كأن يتفق المحكم مع الخصوم على عدم مسؤوليته عن الضرر الذي يحدثه نتيجة أي خطأ يرتكبه، وهذا الإتفاق على الإعفاء من المسؤولية⁴.

وفي ضوء ما سبق، فإن الإعفاء الإتفاقي هو إتفاق الأطراف المتعاقدة على تحمل أحد الأطراف الضرر الواقع عليه نتيجة الخطأ الصادر من الطرف الآخر، وبناء على هذا المفهوم يستطيع المحكم

¹ د. عدنان السرحان ود. نوري خاطر، شرح القانون المدني مصادر الحقوق الشخصية (الإلتزامات)، مرجع سابق، ص355

² د. سليمان مرقص، الوافي في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص636

³ أحمد نصر، الشرط المعدل للمسؤولية العقدية في القانون المدني المصري، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، 2006، ص34

⁴ محمد صعبانة، مسؤولية المحكم المدنية، مرجع سابق، ص135

والأطراف المتنازعة الإتفاق على تحمل الأطراف المتنازعة للضرر الواقع والمتسبب فيه المحكم كمفهوم عام، لأن الإتفاق على الإعفاء يعود إلى إرادة الأطراف المتنازعة والمحكم فهي إرادة تعاقدية ولهم حرية إنشائها أو غير ذلك.

الإتفاق على تخفيف مسؤولية المحكم:

ويقصد به هو رفع جزء من مسؤولية المدين وقصر مساءلته على الجزء الباقي¹.

يجوز الإتفاق على تخفيف مسؤولية المدين العقدية، ويكون ذلك من باب أولى دون حاجة إلى نص من المشرع إعمالاً لقاعدة أن من يملك الأكثر يملك الأقل ومن صور التخفيف، الإتفاق على تحويل الإلتزام بغاية إلى الإلتزام ببذل عناية، وعليه فإنه إذا لم تتحقق الغاية المطلوبة أمكن للمدين نفي مسؤوليته، بإثبات أنه بذل القدر الواجب من العناية دون حاجة إلى إثبات السبب الأجنبي².

وبالقياس على الإتفاق على تخفيف مسؤولية المحكم، يستطيع المحكم الإتفاق مع الأطراف المتنازعة على التنازل عن جزء من التعويض حالة صدور حكم به من القضاء أو إستبدال التعويض بتعيين محكم بدلا عنه تكون نفقته على عاتقه، أو تخفيف عن المسؤولية لأنواع معينة من الأضرار، أو عن بعض الأضرار التي تقع في ظروف معينة.

الإتفاق على تشديد المسؤولية المحكم:

يقصد بالإتفاق على تشديد المسؤولية³، هو ذلك الإتفاق الوارد في العقد أو بإتفاق منفصل، الذي يقضي بمسؤولية المدين في حالة أو في أحوال تكون فيها مسؤوليته غير قائمة بموجب القواعد العامة،

¹ د. سليمان مرقص، الوافي في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 637

² ومثال على ذلك يلتزم الناقل في عقد نقل الأشخاص بضمان سلامة الراكب أي بأن يوصله إلى الجهة المتفق عليها سليماً معافى، وهذا الإلتزام هو الإلتزام بتحقيق غاية، فإذا أصيب الراكب فإنه يكفي أن يثبت أنه أصيب أثناء تنفيذ عقد النقل ويعتبر هذا منه إثباتاً لعدم قيام الناقل بالإلتزامه فتقوم بذلك مسؤولية الناقل ولا تدفع مسؤوليته إلا بإثبات السبب الأجنبي، وهذا بحسب الأصل، بينما لو وجد إتفاق على التخفيف من مسؤولية الناقل بتحويل إلتزامه إلى إلتزام ببذل عناية بدلا من تحقيق نتيجة فإنه في هذه الحالة يكون على الراكب عبء إثبات أن الناقل لم يبذل العناية الواجبة ويكون لهذا الأخير دفع مسؤولية بإثبات قيامه ببذل العناية الواجبة عليه ورغم ذلك حدث الضرر، محمد عامر، المسؤولية المدنية عن الأجهزة الطبية (دراسة مقارنة) في كل من مصر وفرنسا، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 1996

³ نصت المادة (1/217) من القانون المدني المصري على ما يلي: "يجوز الإتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ والقوة القاهرة.."، وعليه صور التشديد هي: أولاً: جواز الإتفاق على تحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ والقوة القاهرة، ثانياً: الإتفاق على جعل الإلتزام

فيمكن الإتفاق حتى لو قام سبب أجنبي نفى العلاقة بين خطأ المدين وبين الضرر الذي أصاب الدائن يبقى المدين مسؤولاً، وكذلك يمكن الإتفاق على أن يكون إلتزام المدين بتحقيق غاية، رغم أنه في الأصل ببذل عناية، أو الاتفاق على تشديد العناية التي يبذلها المدين، والاتفاق على التشديد في المسؤولية جائز، ليس في المسؤولية العقدية فحسب، بل وأيضاً في المسؤولية التقصيرية، على خلاف شرط الإعفاء وشرط التخفيف الذي لا يجوز في المسؤولية التقصيرية¹، ويشترط أن يحصل الإتفاق بين الدائن المضرور والمدين المسؤول، أما حيث يتفق المدين المسؤول مع الغير ليتحمل عنه المسؤولية دون دخل للمضرور في هذا الإتفاق فإن هذا يكون إتفاقاً على ضمان المسؤولية لا يؤثر في حق المضرور في الرجوع على المسؤول الإصلي ولا ينتقص من هذا الحق².

وبالقياس على الإتفاق على تشديد مسؤولية المحكم، بأنه يجوز الإشتراط على المحكم بذل قدراً من العناية يزيد على ما يتطلبه القانون والموصوفة بعناية الشخص العادي، وفي ما لا يصطدم بطبيعة العقد أو ما يخالف النظام العام، ومثال على ذلك تغيير إلتزام المحامي من بذل عناية إلى تحقيق نتيجة وهو كسب الدعوى، ففي مثل هذه الحالة لا يسري هذا الإتفاق ولا يصح فلا أثر قانوني له، وينطبق ذلك على المحكم فلا يعتبر المحكم مسؤولاً ما دام قد بذل في وسعه طبقاً لأصول مهنة التحكيم ووفق معيار أواسط المحكمين، ويمكن الإتفاق على مسؤولية المحكم حتى عن الخطأ اليسير أو الخطأ التافه أو عن الفعل المجرد من الخطأ.

بعناية التزماً بتحقيق نتيجة، ثالثاً: الإتفاق على مقدار التعويض المستحق مقدماً، وهذا الاتفاق يتم فيه تحديد مقدار التعويض مقدماً، حيث يتفق المتعاقدان على مقدار التعويض عند التعاقد، وعلى أن يستحق هذا التعويض دون حاجة لإثبات الدائن أن ضرراً أصابه إذا أن قيمة هذا الضرر تكون مساوية لمقدار التعويض المتفق عليه وعلى ذلك فإن مجرد عدم تنفيذ المدين لإلتزامه يوجب للدائن بمقتضى هذا الإتفاق (الشرط الجزائي) استحقاقه التعويض المتفق عليه حتى ولو لم يصبه أي ضرر. راجع: محمد عامر، مرجع سابق، ص 230

¹ أحمد نصر، الشرط المعدل للمسؤولية العقدية في القانون المدني المصري، مرجع سابق، ص 37

² محمد عامر، المسؤولية المدنية عن الأجهزة الطبية (دراسة مقارنة) في كل من مصر وفرنسا، مرجع سابق، ص 228

الفرع الثالث: تأمين مسؤولية المحكم المدنية¹

بعد ان تكلمنا عن إنتهاء مسؤولية المحكم من خلال دفع مسؤوليته أو الإعفاء منها، ويبقى لنا من الوسائل التي يستطيع المحكم استخدامها لتفادي العبء الناتج عن ثبوت مسؤوليته وسيلة التأمين على هذه المسؤولية أو التخفيف عنها²، وهنا يمكن أن يؤدي وظيفته على أحسن صورة، وفي ذات الوقت يشجع الأطراف المتنازعة دائما على إختيار المحكم المؤمن عن إخطائه؛ لأنه يوفر لها الإطمئنان الكامل على الحصول على التعويض حالة الحكم به دون إفسار المحكم، وبذلك يستطيع المحكم أن ينقل عبء المسؤولية إلى عاتق المؤمن عن طريق دفع الأقساط، وهذا على عكس شرط الإعفاء من المسؤولية الذي يرفع من ذمة المحكم بصورة كاملة أو جزئية المسؤولية إتجاه الأطراف المتنازعة أما التأمين فيعتبر أداة لتأكيد المسؤولية وتقوية ضمان الأطراف المتنازعة، والآن يجب علينا لمعرفة مدى إمكانية جواز التأمين على مسؤولية المحكم فإنه يجدر بنا معرفة مفهوم التأمين وخصائصه بالنسبة للمسؤولية كقاعدة عامة، ومعرفة مضمون عقد التأمين عن مسؤولية المحكم ونطاق عقد التأمين عن مسؤولية المحكم، وذلك من خلال ما يلي:

أولاً: مفهوم التأمين عن المسؤولية وخصائصها

أ- مفهوم التأمين من المسؤولية

يعتبر التأمين من المسؤولية من أهم فروع التأمين وأكثرها ضرورة لحماية الذمة المالية من الأعباء التي قد تتعرض لها في سياق ممارسة الإنسان نشاطه اليومي، أيا كانت طبيعة هذا النشاط، فالإنسان معرض على الدوام لتحمل مسؤولية النتائج المترتبة على تصرفاته وملزم قانونا بترميم وإزالة الضرر الذي قد يصيب الغير من جرائها، الأمر الذي يثقل ذمته المالية بعبء طارئ نتيجة إخلاله بالتزام بقصد أو دون قصد بقاعدة قانونية أو قاعدة سلوكية أو رابطة عقدية³.

¹ لقد نص قانون التأمين الفلسطيني على التأمين من المسؤولية في المواد (11، 13، 19)

² هناك أنواع كثيرة من التأمين مثل، التأمين التعاوني والتأمين بقسط والتأمين البحري والتأمين الجوي والتأمين البري، والتأمين على الأشخاص والذي ينقسم بدوره إلى تأمين لحالة الوفاة وحال الحياة والتأمين المختلط والتأمين من الإصابات، والتأمين من الأضرار والتي منها التأمين على الأشياء والتأمين من المسؤولية والذي نحن بصدد، راجع: د. حسام الدين الأهواني، المبادئ العامة للتأمين، وشرح قانون التأمين الاجباري من المسؤولية المدنية الناشئة عن الحوادث المركبات رقم 72 لسنة 2007، ص24، ود. أحمد شرف الدين، أحكام التأمين، الطبعة الثالثة، 1991، ص20

³ المحامي بهاء شكري، التأمين من المسؤولية بين النظرية والتطبيق، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، 2010، ص116

ويقصد بعقد التأمين هو أي إتفاق أو تعهد يلتزم بمقتضاه المؤمن أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد الذي أشرط التأمين لصالحه مبلغا من المال أو إيرادا أو مرتبا أو أي عوض مالي آخر في حال وقوع الحادث أو تحقق الخطر المبين بالعقد، وذلك نظير قسط أو أية دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن¹.

وبالتالي إن الهدف الأساس من التأمين من المسؤولية² هو أن يلقي المؤمن له على عاتق المؤمن مسؤولية تحمل تبعة تعويض الأضرار التي تصيب ذمته المالية، والناجمة عن تحقق مسؤوليته المدنية المحددة بموجب بنود العقد وجميع التصرفات والنفقات اللازمة لدفع هذه المسؤولية، وبالتالي يعرف التأمين من المسؤولية المدنية هو عقد بين شخصين يسمى المؤمن وشخص آخر يسمى المؤمن له، بمقتضاه يتحمل المؤمن العبء المالي المترتب على الخطر الضار غير المقصود والمحدد في العقد، بسبب رجوع الغير إلى المؤمن له بالمسؤولية لقاء ما يدفعه هذا الأخير من أقساط³.

إذا يجوز التأمين عن مباشرة أي نشاط مهني ومن ذلك مهنة التحكيم، فيجوز التأمين عن مسؤولية المحكم بإتجاه أخطائه والمسببة أضرارا للأطراف المتنازعة، ويعتبر هذا التأمين تأمينا من المسؤولية غير المحدد⁴ فيلتزم المؤمن بضمان مسؤولية المحكم أيا كان مقدارها، والتأمين مسؤولية المحكم يعتبر تأمينا عن مباشرة نشاط مهني.

¹ المادة (1) من قانون التأمين الفلسطيني رقم (20) لسنة 2005، ويقابلها المادة (619) من القانون المدني الاردني، والمادة (747) من القانون المدني المصري

² نصت المادة (39) من قانون التأمين الفلسطيني على ما يلي: "تشمل أعمال التأمين الفروع التالية: ...و. التأمين ضد أخطار الحوادث والمسؤولية المدنية..."

³ د.موسى النعيمات، النظرية العامة للتأمين من المسؤولية المدنية (دراسة مقارنة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، 2006، ص54

⁴ ينقسم عقد التأمين من المسؤولية إلى تأمين خطر محدد القيمة، والتأمين من خطر غير محدد القيمة، ويكون التأمين من المسؤولية محدد القيمة في الحالة التي يؤمن فيها الشخص من مسؤوليته عن الأضرار التي تلحق بشيء معين، كتأمين الشخص من مسؤوليته عن هلاك شيء في حوزته والتزام رده لمالكه، أما القسم الثاني هو التأمين من خطر غير محدد ويكون كذلك عندما تكون نتيجة المسؤولية التي قد يتحملها المؤمن له غير قابلة للتحديد مقدما لعدم معرفة حجم الأضرار التي قد يحدثها أو نوعها أو مقدارها وثال على ذلك التأمين من المسؤولية الناجمة عن إستعمال المركبة. راجع: د.موسى النعيمات، النظرية العامة للتأمين من المسؤولية المدنية (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص62

ب- خصائص عقد تأمين مسؤولية المحكم

هناك عدة خصائص لعقد التأمين بصفة عامة¹، وخصائص لعقد التأمين من المسؤولية المدنية للمهني بصفة خاصة لذلك سنكتفي بعرض هذه الخصائص الأخيرة بما يناسب عقد تأمين مسؤولية المحكم.

الخاصية الأولى: اشتراط التأمين لمصلحة الأطراف المتنازعة

تقوم فكرة الاشتراط لمصلحة الغير على أساس أن يتعاقد شخص بإسمه على حقوق يشترطها لمصلحة الغير، يلتزم الطرف الآخر في العقد بتنفيذها، ويكون من نتيجة ذلك أن يكتسب هذا الغير حقا مباشرا في مواجهة هذا الطرف يؤهله للمطالبة بمنافع العقد المشروطة له².

وبالتالي نجد أن المحكم يشترط بصفته الشخصية على شركة التأمين أن تؤدي التعويض المحكوم بهعليه للأطراف المتنازعة مباشرة دون اشتراط إنتقال ذلك إلى ذمة المحكم.

الخاصية الثانية: عقد تأمين للوظيفة التحكيمية

يغطي عقد التأمين من المسؤولية المدنية الأخطار التي تنتج عن أخطاء المهني أثناء ممارسته لمهنته، فمحل هذا العقد الأخطار المرتبطة بممارسة المهنة، وبذلك يختلف هذا التأمين عن ذلك الذي يبرمه المهني باعتباره شخصا عاديا، إذ قد يبرم تأمينا لصالحه أو لصالح أسرته أو خلفه لضمان ما قد

¹ الخصائص العامة لعقد التأمين هي: 1- التأمين عقد احتمالي، هو العقد الذي لا يعرف أطرافه على وجه التحديد وقت إبرامه مقدار إلتزامات وحقوق كل منهما، وأنه عقد يقوم على أساس احتمال الكسب والخسارة قائم عند إنعقاد العقد ويتوقف على ما يحصل عليه الطرفان على جانب كبير من الحظ والصدفة. 2- العقد عقد إذعان، تتميز عقود الإذعان بمجملها إنعدام إرادة أحد طرفيها أو على الأقل بإنحسار دورها فيتحديد بنودها أو الإلتزامات الناتجة عنها، وعقد الإذعان إذ لا يكون في وسع المؤمن له سوى قبول أو رفض بنوده وليس في إمكانه مناقشة شروطه ولو بصورة عامة. 3- العقد من العقود حسن النية، يعتبر عقد التأمين بشكل عام من عقود حسن النية يلتزم طالب التأمين بإبلاغ وإخبار المؤمن عن كل الظروف التي يعلمها ومن المحتمل أن تؤدي إلى الحظر أو إلى زيادته والصمت المجرد من جانبه عن أوضاع معينة للخطر عند إبرام العقد أو أثناء تنفيذ يمكن أن يؤدي إلى إبطال عقد التأمين. العقد من العقود القائمة على الإعتبار الشخصي، بالنظر إلى أهمية التي تعطى في هذا العقد للنشاط الشخصي للمؤمن له فإن عقد التأمين يعتبر من العقود ذات الإعتبار الشخصي فالمؤمن لا يقبل إستبدال شخص آخر بالمؤمن له، إذ العلاقة بينهما تقوم على الثقة وهي مسألة نسبية تختلف من شخص إلى آخر مما يوجب معه احترام إرادة المؤمن الذي أودع ثقته في شخص بعينه من الصعب إفتراض وجودها في شخص آخر حتى لو كان ذا قرى للمؤمن له. راجع: د. محمد حسين، التأمين الإجباري من المسؤولية المدنية دراسة تطبيقية على بعض العقود، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص16، وراجع: د. أحمد شرف الدين، أحكام التأمين، مرجع سابق، ص71

² د. موسى النعيمات، النظرية العامة للتأمين من المسؤولية المدنية (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص92

يلحقه من مخاطر بعيدا عن مجال أو نطاق المهنة¹، كما يختلف عقد التأمين من المسؤولية المدنية عن ذلك العقد الذي يبرمه المهني بإعتباره رئيسا أو مديرا لمشروع حتى لو تعلق بممارسة المهنة؛ لأن التأمين هنا يضمن للمهني المخاطر التي تتعرض لها المباني الخاصة بالمشروع أو الأدوات المستعملة فيه².

ومن خلال ما تقدم، يهدف عقد التأمين من مسؤولية المحكم لتغطية الأضرار التي تنتج عن أخطاء المحكم أثناء ممارسته لوظيفته، فمحل العقد الإضرار المرتبط بنشاطه، وبذلك يختلف هذا التأمين عن ذلك الذي يبرمه المحكم بإعتباره شخصا عاديا، فبالإمكان ان يبرم المحكم تامينا متعلقا بحياته الخاصة، كأن يعقد تأمينا على حياته أو على سيارته أو على مسكنه فهذه جميعا تخرج عن نطاق عقد التأمين الخاص بوظيفته، وإذا كان المحكم رئيس مؤسسة التحكيمية فلا يدخل في هذا التأمين الأضرار الناتجة عن التصرفات المتعلقة بإدارة شؤون مؤسسة التحكيم؛ لأن هذه الوظيفة تحتاج إلى تأمين مستقل عن التأمين الذي نحن بصددده.

الخاصية الثالثة: عقد تأمين لتعويض الأطراف المتنازعة

توصف جميع عقود التأمين بأنها عقود تعويضية، والمقصود بالتعويض في هذه العقود هو أن يعاد المؤمن له بموجبها عند تحقق الخطر المؤمن منه إلى نفس مركزه المالي الذي كان عليه قبل تحقق الخطر، بقدر تعلق الأمر بالخسارة التي لحقت به لا أكثر ولا أقل³، وأن مبلغ التعويض لا يمكن أن يتجاوز مقدار الضرر الواقع وإن كان يمكن أن يقل عنه بالإتفاق مسبقا على ذلك، ويتأسس ذلك على عدم مساعدة المؤمن له على تحقيق إثراء عن طريق عقد التأمين، بل يجب أن يكون هذا العقد وسيلة لدفع الخسارة فقط بدون السعي إلى تحقيق مكسب⁴.

عادة ما يتحمل المؤمن له جزءا من آثار المسؤولية وذلك من خلال تحديد القدر الذي تلتزم به شركات التأمين على شكل حد أقصى لمقدار الضرر الذي تلتزم هذه الشركات بجبره، وهذا الحد الأقصى قد يكون أقل من الضرر الناتج وما يلزم من تعويض، وهنا لا يلتزم المؤمن إلا في حدود ما أتفق عليه

¹ د. محمد حسين، التأمين الإجباري من المسؤولية المدنية دراسة تطبيقية على بعض العقود، مرجع سابق، ص 26

² د. محمد حسين، مرجع سابق، ص 27

³ المحامي بهاء شكري، التأمين من المسؤولية بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص 129

⁴ د. محمد حسين، مرجع سابق، ص 29

في الوثيقة، ثم يتحمل المؤمن له الجزء المتبقى من التعويض، وقد يكون الحد الأقصى الذي تحدده الشركات في بعض الأحيان أعلا من القيمة المستحقة واللازمة لجبر الأضرار الناتجة، وهنا لا يلتزم المؤمن إلا بما يعادل التعويض المستحق ولا يتقيد في ذلك بما سبق وأشترطه على نفسه من حد أقصى لمسؤوليته¹.

وإذا كان لا يمكن تحديد المبلغ الذي سيتحمله المؤمن له عند وقوع الخطر بإمكان المؤمن تحديد حصة معينة (10%، 20%..) من مبلغ التأمين يأخذها المؤمن له على عاتقه، وهذه الحصة المحددة تختلف من مهنة إلى أخرى تبعا لظروف وأهمية المهنة وأيضا بالتبعية لدرجة احتمال وقوع المخاطر ومدى جسامتها، بل أن هذه الحصة تختلف في المهنة الواحدة من حالة لأخرى تبعا لمبلغ الضمان المتفق عليه أو المستحق دفعه لجبر الضرر وتظهر أهمية هذا التحديد خاصة في المهن التي تنتج عنها مسؤولية جسيمة وبالتالي ينتج عنها مبلغ تعويض كبير عند وقوع الخطر، يعد وسيلة ينبه بها المؤمن المؤمن له بتوخى الحيطة والحذر وألا تحمل جزءا من نتيجة إهماله وعدم تبصره².

وبالقياس على المحكم، فالغاية الرئيسية لعقد التأمين هي تحمل شركة التأمين للتعويض المحكوم به على المحكم لصالح الأطراف، ولن يكون التعويض المحكوم به متجاوزا لمقدار الضرر الواقع مع جواز أن يتفق المحكم مع الأطراف على تخفيف هذا المقدار، ومن ناحية أخرى قد تشترط شركة التأمين على المحكم أن يتحمل جزءا من آثار المسؤولية بالإتفاق على تحديد الضرر الذي يلتزم به شركة التأمين كحد أقصى لمقدار التعويض التي تلتزم به الشركة بدفعه، وهذا الحد الأقصى قد يكون أقل من التعويض المحكوم به على المحكم وأقل من الجزء المتبقى من التعويض، وإذا كان - خلاف ذلك - حيث كان مقدار التعويض أقل من الحد الأقصى فإن الشركة ليست مرغمة على دفع الحد الأقصى كاملا بل تدفع ما يغطي مبلغ التعويض المستحق فقط، إلى غير أنه لا يمكن للمحكم تحديد مسبقا عند إبرام عقد التأمين فما دام مبلغ التعويض يجب أن لا يتجاوز مقدار الضرر فمن باب أولى لا يمكن تحديده إلا في حالة بيان مقدار الضرر الواقع.

¹ المحامي بهاء شكري، التأمين من المسؤولية في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص 131

² د. محمد حسين، التأمين الإجباري من المسؤولية المدنية دراسة تطبيقية على بعض العقود، مرجع سابق، ص 30

والجدير بالإشارة أن منازعات التحكيم يغلب عليها ضخامة رؤوس الأموال المتنازع عليها وهذا يستتبع ضخامة النفقات والمصروفات أثناء عملية التحكيم مما قد يؤدي إلى ضخامة الضرر حالة تحققه لذلك غالبا ما سيكون التأمين الذي يعقده المحكم مع شركة التأمين محدد بحصة معينة (10%، 20%..) من مبلغ التأمين يتكفل المحكم بدفعها، وبذلك يختلف هذا المقدار باختلاف التعويض المستحق عن الأضرار، وهذا التحديد يدفع بالمحكم إلى توخي الحيلة والحذر؛ لأنه يعلم مسبقا أنه ما زال متحملا لجزء كبير من التعويض في حالة إهماله وعدم تبصره.

وهكذا يكون عقد التأمين من مسؤولية المحكم عقدا يتكفل بتأمين ذمة المحكم المالية ضد التعويضات التي تتقدم بها الأطراف المتنازعة، ويحمي حقوق هؤلاء من إفسار المحكم إذ يجدون جهة مستعدة ماليا يتقاضون منها تعويضاتهم بدعوى مباشرة دون إشترك باقي الدائنين معهم ودون إشترك الأشخاص المرتبطين بالمحكم بعقد عمل كالتابعين له في مكتبه من موظفين وسكرتارية وكتبة ومستخدمين، فهذه لها عقود تأمين أخرى، وكذلك لا يشترك معهم زملاء المحكم في هيئة التحكيم فإذا أخطأ المحكم في حق زميل له في منصة التحكيم أو كان سببا في دفعه لتعويضات أو غرامات للأطراف المتنازعة ثم رفع دعوى المسؤولية عليه وحكم التعويض عليه فإن دفع هذا التعويض لا يدخل في نطاق هذا التأمين، لأنها ليست متعلقة بوظيفة المحكم تجاه الأطراف المتنازعة والذي يلتزم المؤمن بدفعه المصروفات.

ج- مضمون عقد التأمين عن مسؤولية المحكم

أولا: شكل عقد التأمين عن عقد المحكم

1- قد يبرم عقد التأمين من المسؤولية المدنية لأرباب المهن بشكل فردي من جانب كل مهني على حده، وفي هذه الحالة يقوم المهني (المؤمن له) بالإتفاق مع شركة التأمين (المؤمن) على ان تقوم الأخيرة بتغطية وضمان كل أو بعض الآثار التي تترتب على إخطاء الأول في مواجهة العميل أثناء أو بسبب ممارسة المهنة، في مقابل تعهد المهني بدفع الأقساط التي تحددها الشركة بالإستعانة بالبيانات والمعلومات التي يزودها بها المهني لتساعده في تحديد الأقساط المطلوبة والتي تتناوب مع الخطر والظروف¹.

¹ د. محمد حسين، التأمين الإجباري من المسؤولية المدنية دراسة تطبيقية على بعض العقود، مرجع سابق، ص 45

وبالقياس على المحكم، قد يبرم عقد التأمين عن المسؤولية المدنية بشكل فردي من جانب كل محكم على حدة وفي هذه الحالة يقوم المحكم المؤمن له بالإتفاق مع شركة التأمين على أن تقوم بتغطية أخطائه في مواجهة الأطراف المتنازعة وفيما يتعلق بممارسته لوظيفته في مقابل تعهد المحكم بدفع الأقساط التي تحددها الشركة والمحددة بما يتناسب الأخطاء الممكن أن تنشأ عن ممارسة المحكم لمهنته.

2- قد يتم إبرام العقد بشكل جماعي من جانب مجموعة من المهنيين يشتركون في ممارسة المهنة ويتحدون في الظروف المحيطة بهذه الممارسة، فيتفقون على دفع الأقساط الناتجة عن العقد، في مقابل إستفادة أحدهم من مبلغ التأمين في حالة حدوث الخطر محل التأمين بالنسبة له¹.

وبالقياس على المحكم، قد يتم إبرام العقد بشكل جماعي من جانب مؤسسة تحكيم أو مركز تحكيم أو جمعية محكمين ففي مثل هذه التجمعات يتم دفع قسط التأمين من قبل هذه المؤسسة في مقابل إستفادة أي من المحكمين الاعضاء، وقد يتم تحصيل هذه الأقساط من المحكمين أنفسهم أو إقتطاعها من أتعابهم المودوعة والمحفوظة في خزانة المؤسسة مقابل المنازعات التي يقوم المحكم بنظرها سواء من خلال محكم فرد أو هيئة تحكيم متعددة، وهذا التأمين الجماعي يوفر الجهد والوقت ويختصر الكثير من الشكليات والإجراءات المفروضة لإبرام العقد.

ثانيا: محل عقد تأمين مسؤولية المحكم

تضمن وثائق التأمين من المسؤولية المدنية المهنية النتائج المترتبة على ممارسة النشاط المهني، وبذلك يخرج عن هذا العقد ضمان الأضرار التي تلحق بالمهني في إطار حياته الخاصة ولكن هذا لا يمنع من أن تكون موضوعا لعقود تأمين أخرى فالتأمين من المسؤولية المهنية لا يضمن إلا النتائج الضارة المترتبة على ممارسة المهنة وبذلك تستبعد كل الآثار الأخرى غير المرتبطة بالنشاط المهني²، والأصل أن التأمين من المسؤولية ينحصر بتغطية مسؤولية المؤمن له الناشئة عن خطئه الشخصي،

¹ .محمد حسين، التأمين الإجباري من المسؤولية المدنية دراسة تطبيقية على بعض العقود، مرجع سابق، ص41

² .محمد حسين، مرجع سابق، ص49

ولا تتسحب التغطية إلى مسؤوليته عن إفعال الأشخاص المشمولين برعايته أو الذين يعملون تحت رقبته وتوجيهه أو الأشياء التي تحت حراسته أو ما يضع يده عليه من مبان وحيوانات¹.

وبالقياس على المحكم، إن موضوع عقد التأمين بالنسبة للمحكم يضمن النتائج المرتبطة بممارسة وظيفته، وبذلك تخرج جميع الآثار المرتبطة بمهمته وتستبعد جميع المهام التي ليست من صميم عمله، وكذلك الأنشطة الثانوية أو التبعية للنشاط الأصلي كإبرام مشارطة التحكيم بين الأطراف المتنازعة فهذه مهمة يقوم بها المحكم وغير المحكم كالمحامي فهو يعتبر نشاطا ثانويا متعلقا بالتحكيم، لكنه ليس مرتبطا إرتباطا جذريا بوظيفته كمحكم يفصل في الخصومات.

ويتناول موضوع عقد التأمين مسؤولية المحكم العقدية والتقصيرية، سواء أكان الخطأ مفترضا أو ثابتا، يسيرا أو جسيما، إلا إذا أبرم عقد تأمين مستقل يشمل المهام والأنشطة الثانوية أو التبعية لنشاطه الأصلي المتعلق بحسم النزاعات بين الأطراف المتنازعة².

وأخيرا، يستطيع المحكم أن يبرم عقد التأمين مع شركة التأمين عن جميع المخاطر التي قد تتجم عن أخطائه أثناء ممارسته لوظيفته، لكن ذلك ليس بصورة مطلقة نظرا لتدخل المشرع بفرض قيود معينة على إرادتهما من خلال إستبعاد عدد من المخاطر من أن تكون محلا للعقد أو لا تصلح لأن تكون كذلك، ويمكن حصر بعض تلك المخاطر المستبعدة من نطاق تأمين مسؤولية المحكم منها:

أولا: المخاطر التي تنتج عن الأخطاء العمدية لمؤمن له (للمحكم)، ويقصد بالخطأ المتعمد هو الخطأ المتعلق بمحض إرادة المؤمن له بأن ينصرف قصده إلى إرتكابه وهو مدرك أنه عمل غير مشروع يمنعه القانون ومدرك أيضا أن نتائج ضارة قد تنشأ عن إرتكابه ومع ذلك يقدم عليه³.

¹ المحامي بهاء شكري، التأمين من المسؤولية فيالنظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص159

² راجع: د. عبد الرازق السنهوري، الوسيط في شرح قانون المدني الجديد (مصادر الإلتزام)، مرجع سابق، ص981

³ المحامي بهاء شكري، التأمين من المسؤولية فيالنظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص152

وبالقياس على المحكم، إن استبعاد هذه المخاطر يعد من النظام العام سواء أكانت يسيرة أو جسيمة، فتبين أن نص المادة (25) من قانون التأمين الفلسطيني¹ يحرم الاتفاق على تأمين المسؤولية الناشئة عن الخطأ العمد والغش، وهذا الحكم على الرغم من أنه ورد بخصوص التأمين من الحريق، إلا أنه يقرر حكماً عاماً يمكن تطبيقه في كل أحوال التأمين².

والباحثة ترى أن الأخطاء تأخذ ذات الحكم الناتجة عن أفعال يجرمها القانون³ أو تلك التي لا تتفق مع قواعد وآداب مهنة التحكيم كإفشاء أسرار النزاع، فالتأمين لا يغطي تبعات هذا الخطأ، حتى لا يكافأ المحكم على مخالفته لنصوص قانون التحكيم أو لقواعد وآداب مهنة التحكيم بضمان نتائج مخالفته.

ثانياً: عدم تسليم أو رد الأموال التي قد يتلقاها المهني من عميله أو لصالحه أي التصرف الخاطئ في الأموال التي تخص النزاع، إن العلاقة بين المهني والعميل تفرض - في جانب منها - معاملات مالية ينتج عنها وجود أموال في يد المهني ومستحقة للعميل، فإذا تقاعس المهني عن تسليم هذه الأموال أو ردها فإن نتائج هذا القاعس لا يشملها الضمان الناتج عن عقد التأمين عن المسؤولية المدنية المهنية، ولكن هذا لا يمنع من شمول هذه النتائج بضمان ناتج عن عقد تأمين آخر⁴.

وبالقياس على المحكم، قد يتسلم المحكم بعض الأموال كضمانات توضع لديه من قبل الأطراف المتنازعة لمسألة معينة تخص النزاع سواء كانت في صورة أوراق مالية أم أشياء عينية ثمينة كنموذج لما يتنازع عليه بين الأطراف، فإذا رفض المحكم تسليم هذه الأموال وقام بالتصرف فيها أياً كان نوع هذه الأموال، فإن عقد التأمين عن مسؤولية المحكم لا يشمل مثل هذه الأموال لأنها تحتاج إلى عقد تأمين آخر على الرغم من شمول التأمين لحالة رفض تسليم هذه الأموال من قبل تابعي المحكم أو سرقتها وتبديدها من قبل معاوينه ومستخدميه.

¹ نصت المادة (25) من قانون التأمين الفلسطيني على ما يلي: "1- يكون المؤمن مسؤولاً عن أضرار الحريق الذي يحدث بسبب خطأ غير متعمد من قبل المؤمن له أو المستفيد، 2- ولا يكون المؤمن مسؤولاً عن الأضرار التي يحدثها المؤمن له أو المستفيد عمداً أو غشاً ولو أُنْفِق على غير ذلك"، ويقابلها نص المادة (934) من القانون المدني الأردني، والمادة (888) من القانون المدني المصري.

² محمد صعابنة، مسؤولية المحكم المدنية، مرجع سابق، ص 161

³ راجع: المحامي بهاء شكري، التأمين من المسؤولية في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص 153

⁴ د. محمد حسين، التأمين الإجباري من المسؤولية المدنية دراسة تطبيقية على بعض العقود، مرجع سابق، ص 48

ومن المخاطر المستبعدة من نطاق تأمين مسؤولية المحكم، المخاطر التي تصيب غير الأطراف المتنازعة، والأخطاء الناتجة عن تعهدات المحكم غير المألوفة كأن يتعهد المحكم بتوصيل الأطراف المتنازعة ألى مقر إنعقاد الجلسات وإعادة كل إلى مسكنه بواسطة سائقه الشخصي فهذه بعيدة عن مهام عملية التحكيم، وكذلك الغرامات والمصادرات التي يحكم بها على المؤمن له (المحكم)، والأخطاء المسببة أضرار جسدية، والأخطاء السابقة لسريان عقد التأمين من المسؤولية¹.

¹ راجع: د. محمد حسين، مرجع سابق، ص59، وراجع أيضا: المحامي بهاء شكري، التأمين من المسؤولية فيالنظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص153، وراجع: د. موسى النعيمات، النظرية العامة للتأمين من المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص153، وراجع أيضا، د. عبد الباقي سوادي، مسؤولية المحامي المدنية عن أخطائه المهنية، مرجع سابق، ص335

الخاتمة:

بعد الإنتهاء من دراسة مسؤولية المحكم المدنية، يتبين لنا أن هذا الموضوع مهما قدمت فيه من دراسات فإنه يسظل بحاجة إلى بحوث أخرى، لأن تناول هذه الدراسة بجميع موضوعاتها، لا بد أن يقع الباحث في تقصير في إحدى جوانبها، لما تنثيره هذه الدراسة من تساؤلات ولما يواجهه من عقبات حالة دراسته.

أن النتيجة المنطقية والمتوقعة لنهاية كل بحث هي نتيجة ذلك البحث، والتوصيات التي يقترحها الباحث لحل مشكلة قائمة، أو تصحيح خطأ قائم، وبدون ذلك يكون البحث مجرد سرد نصوص ووقائع لا تزيد للعلم شيئاً.

أولاً: النتائج

- 1- المحكم هو عبارة عن قاض خاص يقوم بحسم نزاع قائم بين أطراف الخصومة وتم إختياره بإرادتهم ويكون حكمه ملزم للمحكّمين.
- 2- إذا عين إتفاق التحكيم مؤسسة تحكيم، أي شخص معنوي فإن مهمته تقتصر على تنظيم عملية التحكيم، فإن المحكم لا يكون إلا شخصاً طبيعياً فهو وحده صاحي العقل يزن الأمور ويميز بين الحق والباطل وهو يستشعر روح العدالة ويميزها.
- 3- أن مهمة التحكيم هي مهمة قضائية وقانونية، وبالتالي لا يمكن أن يتولى هذه المهمة إلا شخص كامل الأهلية لإكتساب الحقوق وتحمل الإلتزامات.
- 4- على المحكم أن يلتزم بمبدأ الحيادية والإستقلال وهي من أهم القواعد السلوكية التي يجب أن يتحلى بها المحكم، وأن عدم وجودهما يؤدي إلى إنكار العدالة ويجعل مصداقية المحكم وحكمه مصدر شك، ويعتبر إلتزام المحكم بالحياد والإستقلال حقا من حقوق الإنسان لأنه يضمن تحقيق العدالة.
- 5- إن المشرع لم يشترط في المحكم أي شرط خاص، مثل أو الجنس أو الدين أو المؤهلات، أو غير ذلك من شروط وصفات، إذ يجوز كقاعدة عامة تعيين أي شخص محكماً، بصرف النظر عن كفاءته وخبرته وعلمه وما إلى ذلك.

6- أختلف الفقه القانوني حول طبيعة عمل المحكم، فهناك من قال بالطبيعة التعاقدية، وهناك من يرى أن طبيعة المحكم ذات طبيعة قضائية، وإتجه بعضهم إلى عدها طبيعة مختلطة، ورأى آخرون أن طبيعة المحكم مستقلة، وأن الإتجاه الغالب هو ترجيح الطابع القضائي وإعتبار المحكم بمنزلة قاض خاص يستمد سلطته من إتفاق الأطراف ومن القانون، مما يعني على الأطراف إحترام وتنفيذ أحكامه إذا صدر بصورة صحيحة، وتوافرت في محكمهم صفات القاضي المستقل والمحايد والنزيه، وكافة الشروط الواجب توافرها في المحكم.

7- خلصت هذه الدراسة إلى أن عقد المحكم قد تناوله الفقه بعدة مسميات، وعبر عنه بعدة ألفاظ وأدقها هو مسمى عقد المحكم؛ لأنه لفظ لا لبس فيه ولا شبيه له بين بعض المسميات التي يستخدمها الفقه كعقد التحكيم وإتفاق التحكيم.

8- أن عقد المحكم هو العقد الذي بموجبه يلتزم شخص وهو المحكم بإصدار حكم خلال مدة محدودة في نزاع مطروح عليه من قبل الأطراف مقابل مبلغ من المال يؤديه إليه الأطراف.

9- كما توصلت الدراسة إلى أن طبيعة إلزام المحكم إلزام بنتيجة يقع على عاتق المحكم في حسم النزاع العالق بين الأطراف، وما النشاط إلا وسيلة لتحقيق هذه النتيجة، وهي نتيجة لا يعتريها إحتمال، وفي ذات الوقت فإن المحكم ملتزم بمزاولة نشاط يحقق ما تحققه عناية الشخص العادي، أو العناية المطلوبة في تحقيق النتيجة، فما الفائدة أن يصدر حكم باطلا، إذا لم يبذل العناية اللازمة لإصدار حكم صحيح؟ إذن إلزام المحكم في شق منه إلزام ببذل عناية.

10- تنشأ مسؤولية المحكم العقدية عند إخلال بما إلترم به تجاه الأطراف في عقد المحكم، فدائما ما يبني هذا العقد مسؤولية المحكم على شروط التحكيم أكثر مما يبينها على الوظائف التي يقوم بها المحكم، ولكي تتحقق هذه المسؤولية العقدية فلا بد من تحقق شروط وأركان معينة لهذه المسؤولية، والشروط تتلخص في وجود عقد صحيح بين المحكم والأطراف المتنازعة وأن يكون الضرر ناشئا عن عدم تنفيذ العقد وأن يكون العقد قد أبرم بين المحكم والأطراف المتنازعة، أما أركان المسؤولية فهي تتلخص في الخطأ العقدي و تضرر الأطراف المتنازعة من خطأ المحكم وعلاقة سببية بين خطأ المحكم وتضرر الأطراف.

11- تنشأ مسؤولية المحكم التقصيرية عند إخلاله بإلتزام قانوني سابق، بعدم الإضرار بالغير ويكون الإضرار غير المشروع مصدرا للمسؤولية في حدود النصوص القانونية التي تحكمها، ولقيام

المسؤولية التقصيرية لا بد من توافر أركانها وهي: الخطأ التقصيري والضرر الواقع على الأطراف المتنازعة وعلاقة سببية بين خطأ المحكم التقصيري والضرر الواقع.

12- يقع على عاتق المحكم طائفة من الإلتزامات تفرضها الوظيفة القضائية أو القانونية التي يؤديها المحكم، وأيضا إلتزامات يفرضها عليه الإلتفاق حيث تستند هذه الإلتزامات التي تقع على عاتق المحكم إلى العقد أي الإلتفاق المبرم بينه وبين أطراف الخصومة التحكيمية.

13- إن المشرع لم يأخذ بالحصانة المطلقة للقضاة عن المسؤولية المدنية وفي نفس الوقت لم يجعل القضاة مسؤولين عن أي خطأ أو إهمال يقع منهم في إنشاء قيامهم بوظائفهم، وإنما جعلهم مسؤولين في حالات معينة حددها المشرع على سبيل الحصر وفقا لنظام يقرره ويحدد معالمه سلفا، وهذا المنهج تبناه المشرع الفلسطيني والمشرع المصري ولم يأخذ به المشرع الاردني وهو نظام المخاصمة.

14- وتبين للباحث أنه لا يعني سكوت المشرع عن معالجة حصانة المحكم منحه حصانة مطلقة من أي مساءلة، وهذا غير وارد أبدا، لذا نرى أن معنى عدم المعالجة يعني العودة إلى القواعد العامة، وهذا قياسا على أي مسألة لم يتم تناولها من قبل المشرع، فالقواعد العامة هي المرجعية لها، فالقضاء يطبق فيما يثار في مساءلة المحكم القواعد العامة في القانون المدني.

15- إذا توافرت أركان المسؤولية من خطأ وضرر وعلاقة سببية، وترتبت عليها آثارها، ووجب على المسؤول تعويض الضرر الذي أحدثه بخطأه، فالتعويض إذن هو الحكم الذي يترتب على تحقق المسؤولية وهو جزاؤها، ويسبق ذلك دعوى المسؤولية ذاتها، ففي الكثرة الغالبة في الأحوال لا يسلم المسؤول بمسؤوليته، ويضطر المضرور إلى أن يقيم عليه دعوى.

16- يشترط على المحكم أن يستحيل دفع الحادث أو التعامل معه بما يمنع إثره، فإن أمكن التعامل معه بإمكان دفعه فإنه لا يعتبر قوة قاهرة حتى لو كان غير متوقع، لأنه لا بد من إستحالة التنفيذ، أما إن كان تنفيذ الإلتزام يعتبر مرهقا فإن هذا لا يعتبر قوة قاهرة.

17- وأوضحت الدراسة جواز إلتفاق المحكم مع الأطراف المتنازعة على الإعفاء من المسؤولية العقدية أو التخفيف منها أو التشديد ما دامت غير قائمة على العمد أو خطأ جسيم، وهذا لا يسري حالة المسؤولية التقصيرية فلا يجوز الإعفاء منها؛ لأنها متعلقة بالنظام العام مع إمكانية الإلتفاق على التشديد فقط.

18-يجوز التأمين عن مباشرة أي نشاط مهني ومن ذلك مهنة التحكيم، فيجوز التأمين عن مسؤولية المحكم بإتجاه أخطائه والمسببة أضرار للأطراف المتنازعة.

ثانياً: التوصيات

- 1- نوصي المشرع بتحديد المؤهلات المطلوبة توافرها في المحكم ومعايير إختياره بدقة، ووضع تنظيم دقيق لسلطات المحكم ونطاقها وآثارها.
- 2- يدعو الباحث المشرع حالة تكوين هيئة التحكيم من أكثر من محكم بضرورة إشتراط وجود محكم من رجال القانون وفي حالة كونه محكم فرد فيتعين أن يكون قانونياً، كوسيلة لتقليص أخطاء المحكمين والتقليل منها.
- 3- نأمل من الجهات المختصة العمل على إضافة مادة قانونية يدرسها الطلبة في كليات القانون تتعلق بالتحكيم وخاصة مهنة المحكم، وكذلك العمل على إصدار دوريات وعقد مؤتمرات وندوات.
- 4- يوصي الباحث بأن على الأطراف المتنازعة معالجة مسؤولية المحكم حالة إنعقاد عقد المحكم وتحديد نطاقها على وجه من الوضوح بما لا يحمل معه نوع من اللبس والغموض.
- 5- يهيب الباحث من الجهات المختصة بضرورة دراسة مسؤولية المحكم وتقنين قواعد خاصة لمسؤولية المحكم سواء عقدية أو تقصيرية، لا أن يترك ذلك للقواعد العامة فهي لا تستطيع ضبط مسؤولية المحكم بما يناسب وظيفته.
- 6- إعادة صياغة علاقة المحكم مع الأطراف المتنازعة، لأنها تتسم بالعمومية والضبابية، لذلك لا بد من بيان هذه العلاقة من خلال عقد المحكم، ببيان تعريفه وأركانه ونطاقه وأحكامه بموجب تشريعات حديثة، وبناء على ما قدمه الفقه في ذلك، وما يسوقه القضاء من رؤى، وملبياً لما يحتاجه الواقع من هذا العقد.
- 7- على مشرنا الفلسطيني أن يتجه إلى الإهتمام وتفعيل المادة (3/ي) من قانون التأمين الفلسطيني رقم (20) لسنة 2005 حيث نصت على ما يلي: "1- تشمل أعمال التأمين الفروع الآتية: ي- التأمين ضد أخطار المهنة..".

المصادر والمراجع:

أولاً: المصادر

أ- القرآن الكريم

ب- القوانين والتشريعات

1- القوانين الفلسطينية

■ القانون الأساسي الفلسطيني لسنة 2005، صدر بمدينة رام الله، بتاريخ 18/مارس/2003، الموافق 15/محرم/1424هجري

■ قانون التحكيم رقم (3) لسنة 2000، صدر بمدينة غزة، بتاريخ 5/4/2000، الموافق 1/محرم/1421هجري

■ قانون السلطة القضائية رقم (1) لسنة 2002، صدر بمدينة رام الله، بتاريخ 5/2/2006

■ قانون البيئات في المواد المدنية والتجارية رقم (4) لسنة 2001، صدر بمدينة غزة، بتاريخ 12/5/2001، الموافق 18/صفر/1422هجري

■ قانون المخالفات المدنية رقم (36) لسنة 1944، 20 كانون الأول، سنة 1944، المندوب السامي، غورت

■ قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة 2001، صدر بمدينة رام الله بتاريخ 16/2/2006، الموافق 17/محرم/1427

■ قانون التأمين رقم (20) لسنة 2005، صدر بمدينة رام الله، بتاريخ 13/10/2005، الموافق 15/رمضان/1426

■ قانون العمل رقم (7) لسنة 2000، صدر بمدينة غزة، بتاريخ 30/4/2000، الموافق 25/محرم/1421

■ مجلة الأحكام العدلية

■ قرار مجلس الوزراء رقم (39) لسنة 2004 باللائحة التنفيذية لقانون التحكيم رقم (3) لسنة 2000

2- القوانين الأردنية

■ قانون التحكيم رقم (31) لسنة 2001

■ قانون استقلال القضاء الأردني رقم (15) لسنة 2001

- القانون المدني رقم (43) لسنة 1976
- قانون أصول المحاكمات المدنية رقم (24) لسنة 1988
- 3- القوانين المصرية
- قانون التحكيم رقم (27) لسنة 1994
- قانون السلطة القضائية رقم (46) لسنة 1972
- القانون المدني رقم (131) لسنة 1948
- قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم (13) لسنة 1986

ثانيا: المراجع

أ: الكتب

- 1- إبراهيم الجغبير، بطلان حكم التحكيم، دار الثقافة للنشر والتوزيع، القاهرة، 2009
- 2- ابراهيم محيسن، طبيعة الدفع بالتحكيم في الخصومة المدنية "دراسة مقارنة"، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الاولى، 1999
- 3- أبو الحسين بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، الجزء الثاني، دار الفكر، القاهرة، 1979
- 4- ابو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة، 1981
- 5- أحمد أبو الوفا، التحكيم الإختياري والإجباري، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الخامسة، 2001
- 6- أحمد ابو الوفا، التحكيم بالقضاء وبالصلح، منشأة المعارف للنشر والتوزيع، الإسكندرية، 1964
- 7- أحمد ابو الوفا، التحكيم في القوانين العربية، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الأولى
- 8- أحمد أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، منشأة المعارف، القاهرة، 1990
- 9- أحمد ابو الوفا، عقد التحكيم واجراءاته، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007
- 10- أحمد الجداوي، التحكيم في مواجهة الإختصاص القضائي "تتازع الإختصاص وتنازع القوانين"، دار النهضة العربية، القاهرة، 1982
- 11- أحمد حشيش، طبيعة المهمة التحكيمية، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2007

- 12- أحمد سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي "تنظير وتطبيق مقارنة"، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى
- 13- أحمد شتا، شرح قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004
- 14- أحمد شرف الدين، أحكام التأمين، الطبعة الثالثة، 1991
- 15- أحمد شرف الدين، نظرية الإلتزام، الجزء الأول، الكتاب الأول، المصادر الإرادية (العقد، الإرادة المنفردة)، 2003
- 16- أحمد صلاحي، النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي "دراسة مقارنة"، مركز الدراسات والبحوث اليمني، صنعاء، 1994
- 17- أحمد هندي، أصول قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2002
- 18- الإمام أحمد الرازي، مختار الصحاح، ترتيب السيد محمد خاطر، نهضة مصر للطباعة والنشر، دون سنة
- 19- أمجد منصور، النظرية العامة للإلتزامات (مصادر الإلتزام)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الثالثة
- 20- أمين دواس، المصادر الإرادية (العقد والإرادة المنفردة)، دار الشروق للنشر والتوزيع، رام الله، الطبعة الأولى، 2004
- 21- أمينة النمر، الدعوى وإجراءاتها، منشأة المعارف، الإسكندرية
- 22- أنور سلطان، المبادئ القانونية العامة، دار النهضة العربية، بيروت، الطبعة الثانية، 1978
- 23- أنور سلطان، مصادر الإلتزام الموجز في النظرية العامة للإلتزام دراسة مقارنة في القانون المصري ولبناني، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، 198
- 24- أنور سلطان، مصادر الإلتزام في القانون المدني الأردني دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الطبعة الأولى، 2007
- 25- إياد الحق، النظرية العامة للإلتزامات، غزة، الطبعة الثانية، 2011
- 26- بسام الطراونة ود. بسام ملحم، مبادئ القانون التجاري، دار العلوم العربية للطباعة والنشر، بيروت، الطبعة الأولى، 1986

- 27- بشار ملكاوي ود. فيصل العمري، مصادر الإلتزام الفعل الضار، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، 2006
- 28- بهاء شكري، التأمين من المسؤولية بين النظرية والتطبيق، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، 2010
- 29- جلال العدوي، أصول الإلتزامات (مصادر الإلتزام)، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997
- 30- حسام الدين الأهواني، المبادئ العامة للتأمين وشرح قانون التأمين الإجباري من المسؤولية المدنية الناشئة عن حوادث المركبات رقم (72) لسنة 2007
- 31- حسام ناصيف، قابلية محل النزاع للتحكيم في عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999
- 32- حسن الدنون، المبسوط في المسؤولية المدنية (3) رابطة سببية، دار وائل للنشر، عمان
- 33- حسن دندون، المبسوط في المسؤولية المدنية (2) الخطأ، دار وائل للنشر، عمان
- 34- حسني الرب، التعويض الإتفاقي عن عدم تنفيذ الإلتزام أو التأخر فيه، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2007
- 35- حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي "دراسة مقارنة"، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2006
- 36- حفيظة حداد، مدى إختصاص القضاء الوطني بإتخاذ الإجراءات الوقائية والتحفظية في المنازعات الخاصة الدولية بشأنها على التحكيم، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2000
- 37- حمدي عبد الرحمن، الوسيط في النظرية العامة للإلتزام، (المصادر الإرادية للإلتزام، العقد والإرادة المنفردة)، دار النهضة العربية، القاهرة، المطبعة الثانية، 2010
- 38- حمزة حداد، التحكيم في القوانين العربية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، القاهرة، 2010
- 39- خالد إبراهيم، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، دون سنة
- 40- خالد فهمي، المسؤولية المدنية للصحفي عن أعماله الصحفية، دار الجامعة الجديد للنشر، الـسكندرية، 2003
- 41- د. ماجد الحلو، العقود الإدارية والتحكيم، دار الجامعة الجديد، الإسكندرية، 2004
- 42- د. محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي دراسة مقارنة في قانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997

- 43- سحر إمام، المركز القانوني للمحكم "دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006
- 44- سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في الإلتزامات (نظرية العقد والإرادة المنفردة)، المجلد الأول، دار الكتب الجامعية، القاهرة، الطبعة الرابعة، 1987
- 45- سليمان مرقص، الوافي في شرح القانون المدني (مصادر الإلتزام)، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، الطبعة الأولى، 1960
- 46- سمير تناغو، مصادر الإلتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 1999
- 47- سمير كامل، الدخول للعلوم القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص25
- 48- سيد محمود، مفهوم التحكيم وفقا لقانون المرافعات الكويتي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003
- 49- سيد محمود، نظام التحكيم، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي الكويتي والمصري، 2000
- 50- شريف الطباخ، التحكيم الإختياري والإجباري في ضوء مختلف آراء الشراح القانونيين وأحكام محكمة النقض، دار الفكر والقانون، المنصورة، الطبعة الأولى، 2008
- 51- شريف الطباخ، المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، التطبيق العلمي لدعاوي التعويض، دار الفكر والقانون، المنصورة، الطبعة الأولى، 2009
- 52- صلاح الدين الناهي، مبادئ التنظيم القضائي والمرافعات، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1996
- 53- طلبة خطاب، المسؤولية المدنية للمحامين، مكتبة سيد وهبة، 1986
- 54- عادل خير، حصانة المحكمين مقارنا بحصانة القضاء، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 1996
- 55- عاشور مبروك، الوسيط في قانون القضاء المصري "دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية"، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، الطبعة الثانية، 2000
- 56- عباس العبودي، شرح قانون أصول المحاكمات المدنية المعدل بالقانون رقم (14) لسنة 2001 والقانون رقم (26) لسنة 2002 دراسة مقارنة ومعززة بالتطبيقات القضائية لمحكمة التمييز الأردنية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2006
- 57- عبد الباقي سواوي، مسؤولية المحامي المدنية عن أخطاءه المهنية
- 58- عبد الحميد الأحمد، موسوعة التحكيم، دار المعارف، القاهرة، 1998

- 59- عبد الحميد الشواربي، الدفوع المدنية الإجرائية والموضوعية، منشأة المعارف، الإسكندرية
- 60- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الإلتزامات بوجه عام، مصادر الإلتزام، المجلد الأول، دار النهضة العربية، القاهرة
- 61- عبد الكريم نصير، التحكيم عند العرب كوسيلة لفض المنازعات بين الأفراد" دراسة في الأعراف والتقاليد القبلية العربية والشرعية الإسلامية"، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002
- 62- عبد المجيد الحكيم، أحكام الإلتزام، الجزء الثاني، دار الحرية للطباعة، بغداد، الطبعة الثالثة، 1997
- 63- عبد المنعم الصده، اصول القانون، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998
- 64- عبد الودود يحيى، الوجيز في النظرية العامة للإلتزامات (المصادر، الأحكام، الإثبات)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994
- 65- عثمان التكروري، الوجيز في شرح قانون المحاكمات المدنية والتجارية رقم (3) لسنة 2001، الجزء الأول، 2002
- 66- عدنان السرحان ود.نوري خاطر، شرح القانون المدني مصادر الحقوق الشخصية "اللتزامات"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الاولى، 2005
- 67- عدنان سرحان، شرح القانون المدني العقود المسماة في المقابلة والكفالة، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1996
- 68- عزت البحيري، تنفيذ احكام التحكيم الاجنبية "دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997
- 69- علي البياتي، التحكيم التجاري البحري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الإسكندرية، 2006
- 70- علي حسن، رد ومخاصمة أعضاء الهيئات القضائية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003
- 71- علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية، المجلد الأول، دار الكتب العلمية، بيروت
- 72- فاروق الكيلاني، إستقلال القضاء، المركز العربي للمطبوعات دار المؤلف، بيروت، 1999
- 73- فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000
- 74- فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2007

- 75- القاضي نصري عواد، مجموعة المبادئ القانونية الصادرة عن محكمة الإستئناف في الدعاوي الحقوقية لعام 1685، مطبعة المعارف، القدس، 1986
- 76- كرم النجار، المركز القانوني للمحكم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010. د. مراد عبد الفتاح، شرح نصوص قانون التحكيم المصري الجديد رقم (27) لسنة 1994 والتشريعات العربية
- 77- محمد أحمد، دروس في شرح القانوني المدني النظرية العامة (آثار الإلتزامات)، الجزء الثاني، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 1997
- 78- محمد أحمد، مصادر الإلتزام في القانون المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، 1999
- 79- محمد حسين، التأمين الإجباري من المسؤولية المدنية دراسة تطبيقية على بعض العقود، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994
- 80- محمد حسين، المسؤولية المدنية للمحامين إتجاه العميل، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993
- 81- محمد زهرة، المصادر الإرادية للإلتزام في قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، مطبوعات جامعة الإمارات، الطبعة الأولى
- 82- محمد سوار، النظرية العامة للإلتزام، الجزء الأول، مطبعة جامعة دمشق، دمشق، 1976
- 83- محمد شريم، الأخطاء الطبية بين الإلتزام والمسؤولية، عمال المطابع التعاونية، عمان، 2000
- 84- محمد صعبانة، مسؤولية المحكم المدنية "دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2008
- 85- محمد لطفي، النظرية العامة للإلتزام، دراسة تأصيلية في ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء، مطبعة القصر للطباعة، القاهرة، 2007
- 86- محمود التحيوي، أركان الاتفاق على التحكيم وشروط صحته، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 1998
- 87- محمود التحيوي، التحكيم في المواد المدنية والتجارية وجوازه في منازعات العقود الادارية، دار الجامعة الجديد، الاسكندرية، 1999
- 88- محمود التحيوي، الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2003
- 89- محمود التحيوي، طبيعة شرط التحكيم وجزاء الاخلال به، دار الفكر العربي، الاسكندرية، 2003
- 90- محمود بريرى، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية، 1999

- 91- محمود هاشم، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الأولى، 1999
- 92- المستشار إبراهيم أحمد، قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية والجنائية في ضوء الفقه والقضاء، الجزء الثاني، دار العدالة، القاهرة، الطبعة الأولى، 2007
- 93- المستشار حسن عامر وعبد الرحيم عامر، المسؤولية المدنية العقدية والتقصيرية، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الثانية، 1979
- 94- المستشار محمد عابدين، التعويض بين الضرر المادي والأدبي والموروث، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1990
- 95- المستشار محمد عابدين، الدعوى المدنية في مرحلتها الابتدائية والإستئنافية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1994
- 96- المستشار معوض عبد التواب، المستحدث في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 1997
- 97- مصطفى الزرقا، الفقه الإسلامي بثوبه الجديد، مطبعة طربين، دمشق، الجزء الثاني، 1968
- 98- مصطفى جمال ود. عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، الطبعة الأولى، 1998
- 99- مصطفى صقر، حجية الأمر المقضي، مطبعة جامعة المنصورة، 1995
- 100- مصطفى عياد، الأصول في التنظيم القضائي والمحاكمات المدنية والتجارية، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، الطبعة الثانية، 1998
- 101- المعجم الوجيز: لمجمع اللغة العربية، المطابع الأميرية، القاهرة، 1990
- 102- معجم الوسيط، الجزء الأول، أصدار مجمع اللغة العربية، القاهرة، 1998
- 103- منذر الفضل، النظرية العامة للإلتزام، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية الوضعية، مصادر الإلتزام، الجزء الأول، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الثانية، 1992
- 104- منير عبد المجيد، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1990

- 105- مهند الصانوري، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص "دراسة مقارنة"، دار النهضة للنشر والتوزيع، القاهرة، 2005
- 106- المهندس محمود خلوصي، أصول التحكيم في المنازعات الهندسية، دار الكتب القانونية، محلة الكبرى، مصر، 2007
- 107- موسى النعيمات، النظرية العامة للتأمين من المسؤولية المدنية "دراسة مقارنة"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، 2006
- 108- ناصر جمعان، شرط التحكيم في العقود التجارية "دراسة مقارنة"، المكتب الجامعي الحديث، عدن، 2008
- 109- ناظم عويضة، شرح قانون التحكيم التعليق وشرح نصوص قانون التحكيم رقم (3) لسنة 2000
- 110- نبيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، دار الجامعة الجديد، الاسكندرية، الطبعة الاولى، 2004
- 111- نبيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية دراسة تحليلية وتطبيقية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008
- 112- نجيب الجبلي، التحكيم في القوانين العربية دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية، المكتب الجامعي الحديث، صنعاء، 2006
- 113- هدى عبد الرحمن، دور المحكم في خصومة التحكيم و حدود سلطاته، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997
- 114- هشام خالد، أوليات التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004
- 115- هنري رياض، جزاء الإخلال بالعقد (التعويض، التنفيذ العيني، التقادم)، مكتبة خليفة عطية، الخرطوم، 1975
- 116- ياسين الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، آثار الحقوق الشخصية ، أحكام الالتزامات، الجزء الثاني، المجلد الأول، دار الثقافة للتوزيع والنشر، عمان، الطبعة الأولى، 2006
- 117- يوسف شندي، التحكيم الداخلي والدولي في ظل قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000 "دراسة مقارنة"، الطبعة الأولى، 2014

ت: الرسائل الجامعية

- 1- أحمد سعد، مسؤولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب ومساعديه، رسالة دكتوراه، جامعة المنصورة، 1983
- 2- أحمد مطاوع، التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، القاهرة، 1998
- 3- أحمد نصره، الشرط المعدل للمسؤولية العقدية في القانون المدني المصري، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، 2006
- 4- أنس إرفاعيه، تنازع القوانين في اجراءات الاثبات، رسالة ماجستير، مقدمة لمعهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، 2004
- 5- ربيع أبو حسن، مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه في مشروع القانون المدني الفلسطيني "دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، 2008
- 6- شريف ناصر، التحكيم بين الشكليه والرضائية، رسالة ماجستير، الجامعة الاردنية، عمان، 1989
- 7- د. عبد الرؤوف السناوي، المسؤولية المدنية للعضو المنتدب لإدارة شركة المساهمة، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، 2008، ص24
- 8- علي إبراهيم، ولاية القضاء على التحكيم، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة
- 9- فريحة كمال، المسؤولية المدنية للطبيب، رسالة ماجستير، جامعة مولود معمري، الجزائر، 2010
- 10- كمال فزاري، اثار حكم التحكيم في القانون الوضعي والفقہ الاسلامي، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة، 2000
- 11- لافي درادكة، اتفاق التحكيم في التشريع الاردني "دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير، الجامعة الاردنية، عمان، 1997
- 12- محمد عامر، المسؤولية المدنية عن الأجهزة الطبية دراسة مقارنة في كل مصر وفرنسا، دراسة دكتوراه، جامعة عين شمس، 1996
- 13- محمد عبد الرحمن، المسؤولية المدنية للأطباء وتطبيقاتها، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة، 1985

14- محمود دودين، مسؤولية الطبيب الفردية والمدنية عن أعماله المهنية، رسالة ماجستير، جامعة بيرزيت، 2006

15- نبيل إدعيس، خصومة الاثبات في خصومة التحكيم، رسالة ماجستير، مقدمة لمعهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، 2008

16- وفاء حسني، مسؤولية المحكم "دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة

ث: البحوث والمقالات والمجلات

1- أحمد ملحم، عقد التحكيم المبرم بين المحكمين والخصوم، مقال بمجلة الحقوق الكويتية، العدد الثاني، 1994

2- د. عبد الحميد الأحمد، مسؤولية المحكم، مجلة التحكيم، العدد الثاني، 2000

3- د. وجدي راغب، مفهوم التحكيم وطبيعته، محاضرة مكتوبة فيدورة تدريبية، كلية الحقوق، جامعة الكويت، 1992

4- راغب فهمي، هل التحكيم نوع من القضاء؟، بحث منشور في مجلة القانون، الكويت، العدد 17، 2001

ج: مواقع الإلكترونية

1- أ. عبد اللطيف شاكر، مقالة بعنوان عزل المحكم، يوم الخميس 15 ابريل 2010، 37:06، على الموقع الالكتروني <http://albash14.yoo7.com>

2- قاعدة موقع التشريعات والإجتهادات المصرية www.Arab.legal portal.org

3- موقع التشريعات الأردنية www.lob.gov.jo

فهرس المحتويات

الصفحة	الموضوع
أ	الإقرار
ب	الملخص بالعربية
د	الملخص بالانجليزية
1	المقدمة
1	أهمية موضوع الدراسة
2	الإشكالية
2	أسئلة الدراسة
3	أهداف الدراسة
3	منهجية الدراسة
4	مصطلحات الدراسة
6	خطة الدراسة
7	الفصل التمهيدي: ماهية المحكم
7	أولاً: التطور التاريخي
9	ثانياً: تعريف المحكم
10	ثالثاً: تمييز المحكم عما يشته به
20	رابعاً: الشروط الواجب توافرها في المحكم
27	خامساً: تعيين المحكم
31	الفصل الأول: الطبيعة القانونية لمسؤولية المحكم المدنية
32	المبحث الأول: التكييف القانوني لمسؤولية المحكم
32	المطلب الأول: طبيعة عمل المحكم
32	الفرع الأول: الطبيعة التعاقدية لعمل المحكم
40	الفرع الثاني: الطبيعة القضائية لعمل المحكم
45	الفرع الثالث: الطبيعة المختلطة لعمل المحكم

47	الفرع الرابع: الطبيعة المستقلة لعمل المحكم
50	المطلب الثاني: أساس وظيفة المحكم
50	الفرع الأول: عقد المحكم
66	الفرع الثاني: طبيعة التزام المحكم
68	الفرع الثالث: مسؤولية المحكم إتجاه الخصوم والغير
70	المبحث الثاني: التكليف القانوني لمسؤولية المحكم المدنية
71	المطلب الأول: المسؤولية العقدية للمحكم
74	الفرع الأول: الخطأ العقدي للمحكم
80	الفرع الثاني: تضرر الأطراف المتنازعة من خطأ المحكم (الضرر)
88	الفرع الثالث: علاقة سببية بين خطأ المحكم وتضرر الأطراف
90	المطلب الثاني: المسؤولية التقصيرية لمسؤولية المحكم
92	الفرع الأول: الخطأ التقصيري للمحكم (التعدي)
98	الفرع الثاني: الضرر الواقع على الأطراف المتنازعة في المسؤولية التقصيرية للمحكم
104	الفرع الثالث: علاقة سببية بين خطأ المحكم والضرر الواقع
109	الفصل الثاني: أحكام مسؤولية المحكم المدنية
109	المبحث الأول: نطاق مسؤولية المحكم
109	المطلب الأول: نطاق الإلتزامات التي تقع على عاتق المحكم
109	الفرع الأول: المسؤولية المدنية للمحكم الناشئة عن الإخلال بالإلتزام قضائي أو ثانوي
117	الفرع الثاني: المسؤولية المدنية للمحكم الناشئة عن الإخلال بالإلتزام تعاقدية أو إتفاقي
124	المطلب الثاني: حصانة المحكم حيال تصرفاته
125	الفرع الأول: الحصانة القضائية المقررة للفضاء
135	الفرع الثاني: حصانة المحكم من المسؤولية المدنية
141	المبحث الثاني: آثار تحقق مسؤولية المحكم المدنية
141	المطلب الأول: دعوى مسؤولية المحكم المدنية
142	الفرع الأول: طرفا دعوى مسؤولية المحكم

145	الفرع الثاني: سبب دعوى مسؤولية المحكم
147	الفرع الثالث: تقادم دعوى المسؤولية
149	الفرع الرابع: التعويض
158	المطلب الثاني: إنتهاء مسؤولية المحكم
159	الفرع الأول: دفع المحكم بعدم المسؤولية
167	الفرع الثاني: الإعفاء الإتفاقي في مسؤولية المحكم
172	الفرع الثالث: تأمين مسؤولية المحكم المدنية
182	الخاتمة
182	أولاً: النتائج
185	ثانياً: التوصيات
186	المصادر والمراجع