التنـازل عن الضمانـات

الإجـرائية المقررة للخصوم بغية تحقيق المحاكمــة العادلـــة.

دراسة تحليلية مقارنة

في ضـوء قواعــد الاتفاقيــة الأوروبيـة لحقـوق الانسان والقانون المصري

دكتـــور

هــاني يحـــي محمد أحمد خليفـــة

مدرس قانون المرافعات المدنية والتجارية

كلية الحقوق – جامعة مدينة السادات

ملخص البحث

تعــد دراسة أحكام الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان واحدة من أهم الدراسات القانونية داخل المجتمع الأوروبي؛ نظرا لأن هذه الاتفاقية تقرر في مادتها الأولى بحق كل فرد يخضع للولاية القضائية لدولة سامية طرف في الاتفاقية بحماية جميع الحقوق والحريات المنصوص عليها فيها، وهو الأمر الذي يلزم جميع الأنظمة القانونية والقضائية بمراعاة أحكام الاتفاقية لتعلقها بالنظام العام الأوروبي. ومن قبيل الحقوق التي أوردتها الاتفاقية حقا إجرائيا ذو طبيعة مركبة يطلق عليه الحق في محاكمة عادلة. وهذا الحق يتضمن مجموعة من الضمانات الاجرائية المقررة بغية تحقيق المحاكمة العادلة. ولاشك أن هذه الضمانات تتعلق بالنظام العام الداخلي للدول الأعضاء، كفرنسا وبلجيكا وسويسرا، وهو الأمر الذي يجعلها تتعارض مع أي محاولة إرادية من جانب الخصوم للانتقاص منها بالتنازل عنها.

ولما كانت الاتفاقية ترتب أثرا مباشرا لأحكامها داخل الأنظمة القانونية الداخلية للدول الأعضاء، بما يسمح للمتقاضي بأن يطالب أمام المحاكم الوطنية بحماية أحكام الاتفاقية، بما فيها الحق في محاكمة عادلة والضمانات المكرسة بالمادة السادسة، فقد انصبت غالبية الدراسات على بيان دور إرادة المتقاضي في المطالبة بحماية أحكام الاتفاقية، وبالرغم ذلك فإن دراستنا ستكون مغايرة لذلك النهج، فهي تأتي كمحاولة للإجابة على الفرضية العكسية التي بموجبها يعرب المتقاضي عن رغبته في التخلص من حماية أحكام الاتفاقية من خلال التنازل عن الضمانات الإجرائية للمحاكمة العادلة، خاصة مع ترسيخ المحكمة الأوروبية لحقوق الانسان قاعدة بموجبها يحق للخصم التنازل عن هذه الضمانات، سواء بشكل سابق أو لاحق على حدوث نزاع بين الطرفين.

وفي ضوء ذلك، فقد تناولنا هذا البحث من خلال مقدمة وفصلين وخاتمة، ففي الفصل أوضحنا الضمانات الإجرائية للمحاكمة العادلة، وفي الفصل الثاني تناولنا مدى جواز التنازل عن هذه الضمانات وماهيته. ثم نختتم هذا البحث بخاتمة نبين فيها أهم النتائج التي توصلت لها الدراسة والتوصيات المقترحة، ثم نستعرض أخيرا قائمة المراجع.

الكلمات المفتاحية : الاتفاقية الأوروبية لحقوق الانسان – المتقاضي - المحاكمة العادلة – النظام العام – التنازل .

Summary

The study of the provisions of the European Convention on Human Rights is one of the most important legal studies within the European community because this convention stipulates that any person subject to the jurisdiction of a High State party to the convention must protect all the rights and freedoms stipulated in it, which obliges all legal and judicial systems to take into account the provisions of the convention because of their relevance in the European public system. One of the rights mentioned in the Convention is a procedural right of a complex nature called the right to a fair trial. This right comprises a set of procedural guarantees established for the parties in order to ensure a fair trial. There is no doubt that these guarantees fall within the internal public policy of the Member States, which makes them incompatible with any wilful attempt on the part of the parties to weaken them.

Since the Convention has a direct effect on its provisions within the internal legal systems of the member states, allowing the litigant to demand before the national courts the protection of the Convention's provisions, including the right to a fair trial and the guarantees enshrined in Article 6, the majority of studies have focused on explaining the role of the litigant's will in demanding the protection of the Convention's provisions. However, our study will be different from that approach, as it comes as an attempt to answer the opposite hypothesis according to which the litigant expresses his desire to get rid of the protection of the Convention's provisions by waiving the procedural guarantees of a fair trial, especially with the European Court of Human Rights establishing a rule according to which the opponent has the right to waive these guarantees, whether prior to or subsequent to the occurrence of a dispute between the two parties. In light of this, we have addressed this research through an introduction, two chapters, and a conclusion. In the chapter, we explained the procedural guarantees for a fair trial, and in the second chapter, we discussed the extent to which it is permissible to waive these guarantees and their nature. Then we conclude this research

with a conclusion in which we show the most important results reached by the study and the proposed recommendations, and finally we review the list of references.

Keywords :

European Convention on Human Rights - Litigant - Fair trial - Public policy – Waiver.

مقدمـــة

*** مشكلة البحث:**

لا تعـــد مسألة التنازل عن الضمانات الاجرائية للمحاكمة العادلة أمرا مبهما في الأنظمة القانونية المختلفة؛ كالنظام المصري[١]، والفرنسي، والبلجيكي، والسويسري وغيرهم[٢]، فضلا عن أنها ليست غريبة عن سياق الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان[٣]؛ حيث تمثل الضمانات الاجرائية الواردة بنص المادة ٦-١ من الاتفاقية مجالا خصبا لموضوع التنازل[٤]. ولكن معالجة مسألة التنازل عن هذه الضمانات يواجهها عقبتان: **العقبة الأولى** هي تعلق نص المادة السادسة من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الانسان بالنظام العام[٥]، وهو ما يجعل من الصعوبة بمكان ممارسة رخصة التنازل عن الحقوق المتعلقة بنفس الأرضية من الموضوع[٦]. لاشك أن هذه العقبة تثير تساؤلا

---

(١) راجع شرح تفصيلي حول التنازل عن ضمانة التقاضي على درجتين (حق الطعن بالاستئناف): د. أحمد عوض هندي، مبدأ التقاضي على درجتين ، حدوده وتطبيقاته في القانون المصري والقانون الفرنسي، دار النهضة العربية ، بدون تحديد سنة النشر، ص ٣٧ وما بعدها.

(٢) راجع شرح تفصيلي لهذه المسألة في ضوء قواعد النظام البلجيكي :

PIERRE BAZIER, « La renonciation à un droit et la rechtsverwerking en droit privé », Chroniques de jurisprudence sur les causes d'extinction des obligations (2000 – 2013), sous la direction de P. Wéry, Bruxelles, Larcier, 2014, pp.135 à 198 ; F. RIGAUX, « Les renonciations au bénéfice de la loi en droit civil belge», Travaux de l'Association Henri Capitant (1959-1960), Paris, Dalloz, 1963, pp. 385 à 440.

(3)V:O.DE SCHUTTER et J. RINGELHEIM, «La renonciation aux droits fondamentaux. La libre disposition de soi et le règne de l'échange », La responsabilité, face cachée des droits de l'Homme, sous la direction de H. Dumont, F. Ost et S. van Drooghenbroeck, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp.441 à 481**;** P.FRUMER**,** La renonciation aux droits et libertés. La Convention européenne des droits de l'Homme à l'épreuve de la volonté individuelle, Bruxelles, Bruylant, 2001**;** J.ARROYO, La renonciation aux droits fondamentaux. Etude de droit français, Paris, A. Pedone, 2016, n° 13, p.25.

(4)V: P.FRUMER, op. cit., n° 345 et 517, pp. 249.

(5)V:R.ERGEC et J.VELU, Convention européenne des droits de l'homme, Bruxelles, Bruylant, 2014, n° 391, p. 421.

(6)V:P.BAZIER**,**op.cit.,n°17, p.151**;**M.DAL, « Le recours contre les sentences arbitrales en droit belge», L'arbitre et le juge étatique: études de droit comparé à la mémoire de Giuseppe Tarzia, sous la direction de A.Saletti, J. van Compernolle et J.-F. van Drooghenbroeck, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 361.

رئيسيا يتعلق بموضوع البحث ألا وهو:**مدى جواز التنازل الفعلي عن الضمانات الإجرائية للمحاكمة العادلــة الواردة بنص المادة السادسة-١ من الاتفاقية**[١]؟

وفي سبيل الإجابة على ذلك سيتعين علينا أن نبين المقتضيات الإجرائية الواردة بنص المادة ٦-١ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، ومدى تعلق هذه الضمانات بالنظام العام، ومدى إمكانية التنازل عنها، وسيكون ذلك من خلال بيان موقف المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان[٢]، التي اعترفت من حيث المبدأ بإمكانية تنازل الخصم عن الضمانات الإجرائية المقررة بموجب المادة ٦-١ من الاتفاقية[٣]، وإن لم يكن كلها فعلى الأقل بعضها [٤]؛ حيث أجازت للخصم التنازل عن ضمانة علنية الجلسات عندما يطلب عقد جلسة سرية[٥]، وكذلك التنازل عن ضمانة الحق في الوصول للقاضي عندما يتفق الأطراف بشكل مسبق على تسوية أية نزاع ينشأ بينهما عن طريق التحكيم؛ إذ يفسر لجوء الأطراف إلى التحكيم لتسوية ما قد ينشأ بينهما، أو ما نشأ بينهما من أنزعة من خلال هيئة تحكيم على أنه تنازلا عن ضمانة الحق في الوصول للقاضي، وكذلك تنازلا عن ضمانة علنية جلسات الاستماع،وكذلك بعض الضمانات الأخرى المنصوص عليها في المادة ٦-١ من الاتفاقية[٦].

وبعد التغلب على العقبة الأولى بإيضاح مسألة مدى تعلق المقتضيات الإجرائية الواردة بنص المادة ٦ – ١ من الاتفاقية بالنظام العام وإثبات عدم وجود تعارض بين إضفاء طابع النظام العام عليها

---

(١) راجع شرح تفصيلي عن مدى جواز التنازل عن الضمانات الاجرائية في ضوء قضاء مجلس الدولة الفرنسي والمحكمة الأوروبية لحقوق الانسان :

Béatrice Adam-Ferreira,La renonciation est-elle compatible avec la protection des droits fondamentaux? La renonciation aux droits procéduraux dans la jurisprudence du Conseil d'Etat et de la Cour européenne des droits de l'homme sur: https://www.trans-lex.org

(٢) تعتبر المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان أعلى هيئة قضائية في القارة الأوروبية. مقرها في مدينة ستراسبورغ شمال شرق فرنسا، وتتمثل مهمتها في ضمان احترام الحقوق الأساسية لنحو ٨٣٠ مليون شخص يعيشون في الدول الأعضاء الـ٤٧ في مجلس أوروبا. وقد تأسست هذه المحكمة عام ١٩٥٩، وتضم ممثلين عن الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي، إضافة إلى دول أخرى مثل تركيا وروسيا وأرمينيا.

(٣) راجع حكم المحكمة الأوروبية لحقوق الانسان الأتي :

C.E.D.H., Häkansson et Sturesson c. Suède, 21 février 1990, série A n°171-A, § 66.

(4)V: P.FRUMER, op.,cit., n° 691, p.506.

(5)V:P.GILLIAUX, Droit(s) européen(s) à un procès équitable, Bruxelles, Bruylant,2012,p. 81.

(6)V: Ibid, p. 926.

ومسألة التنازل عن بعضها فإن السياق لم ينته بعد،وسيكون من الضروري بعد ذلك تحديد الظروف التي يكون فيها هذا التنازل جائـزا؛ حيث تثير هذه العقبة تساؤلات أخرى **بعضها يدور حول تحديد اللحظة التي يجوز للخصم التنازل عن هذه الضمانات ؟** هل يمكن للمتقاضي التنازل عن هذه الضمانات متى رأى ذلك مناسبًـا له ؟ لاشك أن هذه المسألة ذات الطابع الزمني ستثير النقاش حول تحديد اللحظة التي يجوز للمتقاضي خلالها التنازل عن هذه الضمانات، وهذه المسألة ستقودنا إلى مناقشة مسألة أخرى في غاية الأهمية ألا وهي **مدى جواز التنازل المسبق عن الضمانات الإجرائية المحاكمة العادلـــة ؟ والبعض الآخر يدور حول تحديد الضوابط الشخصية لصحة إجراء التنازل عن هذه الضمانات ؟**

* **أهمية الدراسة محل البحث:** لما كانت الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان تقرر في مادتها الأولى بحق كل فرد يخضع للولاية القضائية لدولة سامية طرف في الاتفاقية بحماية الحقوق والحريات المنصوص عليها في الاتفاقية[١]؛ فيبدو للوهلة الأولى أن مثل هذه الحماية، ولا سيما في مجال مهم مثل مجال الحقوق الأساسية الموضوعية، أو الإجرائية تصطدم مع رخصة التنازل عن الحقوق المذكورة[٢]. **وفي هذا السياق أكد فيليب فريمر** على أن مسألة التنازل عن الحقوق والحريات الممنوحة للانسان بالرغم من كونها ممنوحة له من أجل حمايته هي فكرة تبدو متناقضة بداهة مع أحكام الاتفاقية المتعلقة بالنظام العام.

ولذا تبدو فائدة دراسة موضوع التنازل عن ضمانات المحاكمة العادلة مبررة وجلية من خلال إيضاح الوضع القانوني لإمكانية التنازل عن هذه الضمانات بين الحماية التي توفرها الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان- وتشريعات بعض الدول الأعضاء فيها مثل فرنسا وبلجيكا وسويسرا- والقانون المصري للمتقاضين من جهة، وبين دور الإرادة الخاصة في الحد من الضمانات الاجرائية للمحاكمة العادلة من جهة أخرى[٣].

---

(١) تنص المادة الأولى من الاتفاقية على أنه" تضمن الأطراف السامية المتعاقدة لكل إنسان يخضع لنظامها القانوني الحقوق والحريات المحددة في القسم الأول من هذه المعاهدة ".
وفي المعنى نفسه راجع:

O. de schutter et J. ringelheim, op.cit., p. 453; P.gilliaux,op.cit.,p.72 .

(2) V: P.FRUMER, op. cit., , n°1, p.1.

(3) V: P.frumer ,op. cit.,Loc.,cit ; J.arroyo, op.cit., n° 82, p. 63.

كما ستقودنا الدراسة محل البحث إلى إلقاء الضوء على كيفية ممارسة الخصوم رخصة التنازل عن هذه الضمانات؛ حيث يحظر على الفرد أن يحرر نفسه من الحماية التي توفرها الإتفاقية في أي وقت شاء وبدون أن يكون على علم كامل ومسبق بعواقب فعله. **وسيكون ذلك من خلال بيان الوضع في ضوء قواعد الاتفاقية الأوروبية والقانون المصري، مع إلقاء الضوء على حقيقة هذه المسألة في القانون الفرنسي والبلجيكي والسويسري انطلاقا من أن الاتفاقية تلزم تشريعات الدول الأعضاء فيها بمراعاة أحكامها.**

*** نطاق الدراسة محل البحث:**

تغطي الضمانات الإجرائية الواردة بالفقرة الأولى من المادة ٦ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان كل من النزاعات حول الحقوق والالتزامات المدنية، وكذلك صحة أي اتهام في المسائل الجنائية[١]. ومع ذلك، فإن دراستنا لهذا الموضوع ستقتصر على الجانب المدني للنص دون التطرق إلى الجانب الجنائي، وهو ما يقودنا إلى عدم التطرق إلى الفقرتين الثانية والثالثة من المادة سالفة الذكر، حيث تقرر هاتين الفقرتين عددًا من الضمانات الإجرائية الخاصة بالمتهم[٢]. وفضلا عن ذلك فإن دراستنا ستلقي الضوء على حقيقة الوضع في ظل قانون المرافعات الفرنسي، والقانون القضائي البلجيكي، والقانون الفيدرالي السويسري باعتبار أن الاتفاقية تلزم الدول الأعضاء بمراعاة تشريعاتها لأحكام الاتفاقية، وعلاوة على ذلك سنتطرق إلى بيان المسألة في ضوء قواعد القانون المصري، وتحديدا قانون المرافعات المدنية والتجارية، وقانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤.

*** طبيعة الدراسة والمنهج المتبع:**

تستدعي دراسة بحث التنازل عن الضمانات الاجرائية المقررة للخصوم بغية تحقيق المحاكمة العادلة- دراسة تحليلية مقارنة في ضوء قواعد الاتفاقية الأوروبية لحقوق الانسان والقانون المصري الوقوف على بيان الضمانات الإجرائية الأساسية والفرعية للمحاكمة العادلة وذلك في الفصل الأول، فإذا تم معالجة ذلك انتقلنا إلى بيان مدى جواز التنازل عن الضمانات الإجرائية للمحاكمة العادلة وضوابط صحته وماهيته في الفصل الثاني، هذا ما ستجيب عليه صفحات هذا البحث من خلال مقدمة وفصلين رئيسيين وخاتمة، مقتضيين في ذلك بالمنهج التحليلي المقارن بغية

(1) Art. 6, § 1er de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. ; P. FRUMER, op. cit, n° 40, p. 31.

(2) V: R. ergec et J.velu , op. cit., n° 382, p.412.

شرح وتفسير المواضيع المتعلقة بالبحث من خلال تحليل وتأويل النصوص الواردة بالاتفاقية الأوروبية لحقوق الانسان، وقانون مرافعات الدولة الفرنسية، والقانون القضائي لبلجيكا، والقانون الفيدرالي السويسري انطلاقا من أن الاتفاقية تلزم تشريعات هذه الدول بمراعاة أحكامها وتطبيقها، وكذلك النصوص المنظمة لهذه الضمانات في القانون المصري من أجل استنباط حكم عام يمكن أن تنتهي له هذه الدراسة. وسوف ندعم وجهة النظر القانونية بالعديد من السوابق القضائية للمحكمة الأوروبية لحقوق الانسان باعتبارها هي المسئولة عن حماية الحقوق الموضوعية والاجرائية الواردة بالاتفاقية، وكذلك أحكام محكمة النقض المصرية والفرنسية.

*** خطـــة البحث :**

مقدمــة:

الفصل الأول ـ الضمانات الاجرائية للمحاكمة العادلــة المقررة بالاتفاقية الأوروبية لحقوق الانسان والقانون المصري.

المبحث الأول- الضمانـات الإجرائية الرئيسية المقررة بالاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والقانون المصري .

المطلب الأول- ضمانة الحق في الوصول للقاضي.

المطلب الثاني- ضمانـة عدالـــة الإجـــراءات.

المطلب الثالث- ضمانـــة علنيــة المحاكمـــة.

المطلب الرابع- ضمانـــة استقلاليــة ونزاهـــة المحكمة.

المطلب الخامس- ضمانـة المدة المعقولـة للفصل في القضيــة.

المبحث الثاني- الضمانـات الإجرائية الفرعية المقررة بالاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والقانون المصري.

المطلب الأول ـ ضمانـة تسبيب الأحكـــام.

المطلب الثاني ـ ضمانة التقاضي على درجتين.

الفصل الثاني- مدى جواز التنازل عن الضمانات الاجرائية للمحاكمة العادلة ومـاهيتـــه .

المبحث الأول- ماهية التنازل عن ضمانات المحاكمة العادلة وأنواعه وخصائصه وأركانـــه .

المطلب الأول - مفهوم التنازل عن ضمانات المحاكمة العادلــة وأنواعـــه .

الفرع الأول - مفهوم التنازل عن ضمانات المحاكمة العادلـــة.

الفرع الثانـي- أنــواع التنازل عن ضمانات المحاكمة العادلــة.

المطلب الثاني- خصائص التنازل عن ضمانات المحاكمة العادلة وأركانــه.

الفرع الأول- خصائص التنازل عن ضمانات المحاكمة العادلــة.

الفرع الثاني – أركان التنازل عن ضمانات المحاكمة العادلــة.

المبحث الثاني - مدى جواز التنازل عن ضمانات المحاكمة العادلة والضوابط اللازمة لصحته .

المطلب الأول- تعلق ضمانات المحاكمة العادلة بالنظام العام ومدى تعارضها مع رخصة التنازل .

الفرع الأول- مدى تعلق الضمانات الإجرائية للمحاكمة العادلة بالنظام العام.

الفرع الثاني- عدم تعارض الضمانات الاجرائية للمحاكمة العادلة مع رخصة التنازل .

المطلب الثاني- كيفية ممارسة الخصم رخصة التنازل عن ضمانات المحاكمة العادلة والضوابط اللازمة لصحة التنازل .

الفرع الأول- كيفية ممارسة الخصم رخصة التنازل عن ضمانات المحاكمة العادلة.

الفرع الثاني- الظروف الشخصية والزمانية للتنازل ضمانات المحاكمة العادلة.

خاتمــة :

قائمة المراجع :

الفصل الأول

الضمانات الاجرائيـــة

للمحاكمة العادلـــة المقررة بالاتفاقية الأوروبية لحقوق الانسان والقانون المصري.

تمهيد وتقسيم:

أوردت الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية الصادرة في روما بتاريخ ٤ نوفمبر ١٩٥٠، والتي دخلت حيز التنفيذ في٣ سبتمبر ١٩٥٣، مجموعة من الحقوق الموضوعية والإجرائية للمتقاضين، والتي يتعين على الدول الموقعة[١] على الاتفاقية احترامها. ومن بين هذه الحقوق حق عام يسمى بالحق في محاكمة عادلة يتفرع منه مجوعة من الضمانات الأساسية والفرعية التي يتعين مراعاتها.

وقد وردت هذه الضمانات بموجب المادة السادسة من الاتفاقية؛ بقولها "١- لكل شخص الحق في أن يتم النظر في قضيته بشكل **عادل وعلني وفي غضون فترة زمنية معقولة** من قبل **محكمة مستقلة ومحايدة** منشأة بموجب القانون، والتي ستحكم في النزاعات حول حقوقهم والتزاماتهم ذات الطابع المدني أو في أي أتهام جنائي يكون موجه ضدهم.

ويتعين أن يصدر الحكم بشكل علني. ولكن قد يُحظر على الصحافة والجمهور الوصول إلى قاعة المحكمة أثناء كل أو جزء من المحاكمة لصالح الأخلاق أو النظام العام أو الأمن القومي في مجتمع ديمقراطي، أو عندما يكون ذلك في مصلحة القاصرين أو من أجل حماية خصوصية أطراف المحاكمة التي تقتضيها ذلك، أو إلى الحد الذي تراه المحكمة ضروريًا للغاية، عندما يكون من المحتمل في ظروف خاصة أن تضر العلنية بمصالح العدالة...".

وفيما يخص تطبيق هذه المادة تتبنى المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان تعريفها الخاص لمصطلحي "المنازعات حول الحقوق والالتزامات ذات الطابع المدني " و" المنازعات ذات الطابع الجنائي"؛

---

(١) تجدر الإشارة إلى أنه قد تم التصديق على الاتفاقية حوالي ٤٣ دولة حتى الآن. وقد وضعت المواد ١٩ إلى ٥١ آلية قضائية دائمة تتألف من لجنة ومحكمة، ومنذ دخول البروتوكول الإضافي رقم ١٠ حيز التنفيذ. ١١ نظمت المحكمة وحدها بشكل مختلف. وتتمثل مهمة هذه الهيئات في ضمان احترام الحقوق المنصوص عليها في الاتفاقية من قبل الدول الموقعة فيما يتعلق بالمتقاضين فيها.

حيث تعطي لهذه المفاهيم الأوروبية وصفا مستقلا عن الوصف المعطى لمختلف النزاعات بموجب القوانين الداخلية للدول الأعضاء. وتعتبر استقلالية المفاهيم جانبًا أساسيًا من جوانب الحماية الأوروبية للمحاكمة العادلة؛ فلو ترك للدول الأعضاء تحديد الطبيعة المدنية أو الجنائية الواردة بنص المادة السادسة لأدى ذلك إلى تغيير مضمون الحق في محاكمة عادلة تبعا للدولة المعنية.

وانطلاقا من ذلك فإن دراستنا لهذا الفصل ستكون من خلال إيضاح الضمانات الرئيسية والفرعية التي قررتها الاتفاقية والقانون المصري من أجل تحقيق المحاكمة العادلة، وكذلك التي كرستها المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان بموجب سوابقها القضائية تمهيدا للحديث عن ماهية التنازل عن ضمانات المحاكمة العادلة ومدى جواز التنازل عنها في الفصل الثاني، وسيكون ذلك من خلال التقسيم الآتي:

المبحث الأول- الضمانـات الإجرائية الرئيسة المقررة بالاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والقانون المصري.

المبحث الثاني- الضمانـات الإجرائية الفرعية المقررة بالاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والقانون المصري.

المبحث الأول

الضمانـات الإجرائية الرئيسـة

المقررة بالاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والقانون المصري.

تمثل المادة السادسة من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الانسان مصدر الضمانات الإجرائية للمحاكمة العادلة. وتكريسا لذلك فقد انصبت غالبية السوابق القضائية للمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان على إيضاح مدى وجود انتهاك من جانب الدول الموقعة على الاتفاقية للضمانات الواردة بهذا النص. **ومما يؤكد هذا القول** أن الجداول الموجزة لموضوعات القضايا، التي حددتها دوائر المحكمة في عام ١٩٩٩، و٢٠٠٠ و ٢٠٠١ تكشف عن أن الغالبية العظمى من الأحكام التي أصدرتها المحكمة تتعلق بالمادة ٦ من الاتفاقية؛ حيث تم الادعاء بانتهاك أحكام هذه المادة في ١٣١ قضية من أصل ١٧٧ قضية حكمت فيها المحكمة عام ١٩٩٩، أي ما يعادل ٧٤% من الأحكام التي أصدرتها المحكمة في ذلك العام. **وفي عام ٢٠٠٠** تم تطبيق هذا النص في ٨١% من القضايا التي تم البت

فيها، أي في حوالي ٥٦٥ حكماً من أصل ٦٩٥ حكما. وفي عام ٢٠٠١ تم تطبيقه في ٧٠% من القضايا التي فصلت فيها المحكمة أي حوالي ٦١٥ حكما من أصل ٨٨٨ حكما.

إن المدقق في بنية نص المادة ٦- ١ من الاتفاقية سيلحظ أنه يحتوي على مجموعتين من عناصر الحق في محاكمة عادلة: المجموعة الأولى تحددها الفقرة الأولى بالضمانات العامة التي يتمتع بها كل فرد في سياق جميع القضايا، سواء المدنية والتجارية والجنائية والإدرارية أو التأديبية، أما المجموعة الثانية فتحددها الفقرة الثانية للضمانات الخاصة التي يتمتع بها أي شخص يواجه ملاحقة جنائية، وستقتصر دراستنا على إيضاح الضمانات العامة الواردة بنص الفقرة الأولى من المادة السادسة، ومن المنظور المدني وليس الجنائي. وعلى صعيد القانون المصري فقد وردت هذه الضمانات في نصوص متفرقة من قانون المرافعات المدنية والتجارية وقانون التحكيم وقانون الاثبات. وتتمثل هذه الضمانات فيما يلي:

المطلب الأول

ضمانة الحق في الوصول للقاضي

تعتبر ضمانة الحق في اللجوء إلى محكمة منشأة بموجب القانون أحد الضمانات الرئيسة التي لا غنى عنها لتحقيق المحاكمة العادلة[١]؛ فبدون تمكين الشخص من الوصول إلى قاضي[٢] لن نستطيع نستطيع الحديث عن مدى احترام المحاكم الداخلية للدول الأعضاء في الاتفاقية، أو محاكم النظام القضائي المصري لضمانات المحاكمة العادلة[٣]. وتكريسا لذلك قررت المحكمة الأوروبية لحقوق

---

(١) أنظر : د.عبدالله عبدالحي الصاوي، الحق في التقاضي وتحقيق السلام الاجتماعي ، بحث منشور بمجلة الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون بالقاهرة جامعة الأزهر، العدد ٣٨ ، أكتوبر ٢٠٢١ ، ص ٦٨٢ وما بعدها .

(٢) تنص المادة ٩٧ من الدستور المصري على أنه " التقاضى حق مصون ومكفول للكافة. وتلتزم الدولة بتقريب جهات التقاضى، و تعمل على سرعة الفصل في القضايا، ويحظر تحصين أى عمل أو قرار إدارى من رقابة القضاء، ولا يحاكم شخص إلا أمام قاضيه الطبيعى، والمحاكم الاستثنائية محظورة" .

راجع : د.أحمد صبحي العطار، حق الإنسان في اللجوء إلى قاضيه الطبيعي، مجلة العلوم القانونية واالقتصادية، جامعة عين شمس ، مصر، مج٤٤ ،ع ٢ ،٢٠٠٢ ،ص٥ وما بعدها .

(3)V:G.Closset –Marchal, «Les garanties du procès équitable en droit judiciaire privé », J.T., 2011 .,n°6, p.682 .

د. شادية إبراهيم المحروقي، د. أحمد محروس، الضمانات الدستورية لحقوق الانسان في مرحلة المحاكمة، مكتبة القانون ٢ واالاقتصاد، الرياض، ٢٠١٢ ،ص١١٠ وما بعدها .

الإنسان في حكم **Golder** أن الاتفاقية تكرس حقوقاً « ليست نظرية، بل إنها ملموسة وفعالة»[١]، بحيث لا يمكن تصور تفعيل جميع ضمانات المحاكمة العادلة دون السماح أولاً بالوصول إلى القاضي[٢] الذي يمكن التذرع أمامه باحترام تلك الضمانات[٣]. ونفس الأمر قررته المحكمة الدستورية العليا المصرية في أحد أحكامها؛ بقولها" إن جميع الحقوق والضمانات التي كفلتها الدساتير جميعا لا يمكن أن تقوم إلا بقيام الوسيلة التي تكفل حمايتها، وهو حق التقاضي، والذي بغيره تعطل كافة الحقوق والضمانات.."[٤]. كما قضت المحكمة العليا في حكمها الصادر في ٣ ابريل ١٩٩٣ بأن حق التقاضي يتكون من ثلاث حلقات:

١- تمكين كل متقاضي من النفاذ إلى القضاء نفاذا ميسرا لا تثقله أعباء مالية.

٢– حيدة المحكمة واستقلالها.

٣– وجوب أن توفر الدولة للخصومة حلا منصفا يمثل التسوية التي يعمد من يطلبها إلى الحصول عليها بوصفها الترضية القضائية التي يسعى إليها .."[٥].

إن شرعية تشكيل المحكمة لا يثير نسبيًا أية إشكالية في الدول الأعضاء في مجلس أوروبا، ومن ثم؛ فإن ضمانة الحق في الوصول إلى محكمة لم تكن محلا لتطور كبير في قضاء المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان؛ إذ من المستقر عليه في قضاء هذه المحكمة أن تكون المحكمة التي ستنظر الدعوى مشكلة طبقا للقانون[٦].

([1])V:Cour eur. D.H., arrêt Airey c. Irlande du 9 octobre 1979, www.echr.coe.int., § 24.

([2])V:G.Closset –Marchal,, op.cit., n°7, p. 682 **;** J.Van meerbeeck, « L'accès à la justice à l'aune des exigences européennes », *L'accès à la justice*, sous la direction de J. Van Meerbeeck, Limal, Anthemis, 2017, n°6, p.11; **F.matscher,** L'arbitrage et la Convention », La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article, sous la direction de L.-E. Pettiti et al.,Paris, Economica, 2e éd., 1999, p.282.

([3])V:P.Mock, « **Le droit à un procès équitable en matière civile** », *R.T.D.H.*, 1995, p.391; J. Van meerbeeck, *op. cit.*, n°3., p.9.

Cour eur. D.H., arrêt Golder c. Royaume-Uni du 21 février 1975, www.echr.coe.int., § 35 in fine.

([٤]) الحكم في الدعوى رقم ٦٠ لسنة ٣ق، جلسة يونيو ١٩٧٣، مجموعة أحكام وقرارات المحكمة العليا، الأحكام من سنة ١٩٧٠ حتى سنة ١٩٧٦، ص ٢٥٣.

([٥]) أنظر: د. محمد سعيد ابراهيم فودة، الحماية الدستورية لحق التقاضي، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق جامعة المنصورة ، العدد ٥٧ ، ابريل ٢٠١٥ ، ص ١٩٨ .

([٦])أنظر : د.عيد القصاص ، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ، الطبعة الثانية ، ٢٠١٠ ، بند ٨٤، ص ١٦٧.

وفيما يتعلق بتفسير كلمة المحكمة الواردة بنص المادة ٦-١ من الاتفاقية فقد أكدت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان على أن كلمة المحكمة لا تقتصر على المحاكمات القضائية فقط، بل إنها تمتد لتشمل كل سلطة تكون مكلفة بالفصل بين المتقاضين؛ كهيئات التحكيم والهيئات الإدارية. وذكرت المحكمة **أن** "مصطلح المحكمة يشير فقط إلى ضرورة أن تكون السلطة المكلفة بالحكم لها طابع قضائي، أي أن تكون مستقلة عن السلطة التنفيذية وعن الأطراف المعنية ولا يكون لها أية صلة بأي شكل من الأشكال بالإجراءات الواجب اتباعها"[١]. ***وعلاوة على ذلك*** فقد ذكرت المحكمة أنه"مهما كانت طبيعة(..)السلطة المختصة بالنظر في الموضوع (سلطة قضائية بموجب القانون العام أو هيئة إداريـــة..إلخ)[٢] تشكل هذه السلطة "محكمة" بالمعنى المقصود في المادة ٦-١ من الاتفاقية لأنها تكون مستقلة عن السلطة التنفيذية وعن الأطراف المعنية، ويتم تعيين أعضائها لمدة خمس سنوات، وأن يتوفر للإجراءات المتبعة أمامها الضمانات اللازمة"[٣].وعليه؛ فقد ثبت بوضوح أن الفقرة ١ من المادة ٦ لا تنطبق على نوع معين من المحاكم التقليدية المدمجة في الهياكل القضائية العادية للبلدان الموقعة على الاتفاقية"[٤].

وعلاوة على ذلك، فقد أثارت المحكمة الأوروبية لحقوق الانسان أن ضمانة الوصول إلى محكمة تشتمل على وجهين؛ حيث قضت بأنه" الحق في الوصول إلى قاضي يشكل عنصرًا متأصلًا في الحق المنصوص عليه في المادة ٦-١، والتي تضمن لكل شخص الحق في أن تنظر المحكمة في أي نزاع يتعلق بحقوقه والتزاماته ذات الطابع المدني..". ومن ثم؛ فهذا النص يقرر أن "الحق في اللجوء إلى محكمة"، والذي يشكل حق الوصول إليه،- أي الحق في إحالة أي مسألة مدنية إلى المحكمة،- سوى جانب واحد منه[٥].

---

(1) C.E.D.H., Neumeister c. Autriche, 27 juin 1968, série A n°8, § 24.
(2) C.E.D.H., *Ringeisen c. Autriche*, 16 juillet 1971, série A n°13, § 94.
(3) Même affaire, § 95 de l'arrêt.
(4) C.E.D.H., Campbell et Fell c. Royaume-Uni, 28 juin 1984, série A n°80, § 76.
(5) C.E.D.H., *Golder c. Royaume-Uni*, 21 février 1975, préc., § 36.

وفضلا عن ذلك يشمل الحق في الوصول إلى محكمة وجها آخر يتمثل في الحق في مباشرة سبل الطعن على الأحكام[١]؛ فبالرغم من أن المادة ٦ من الاتفاقية لا تضمن مبدأ التقاضي على درجتين (المحمية بموجب المادة ٧ من البروتوكول رقم ٤)، إلا أن المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان اعتبرت أن حرمان الأفراد من ممارسة سبل الانتصاف يعد حرمانا من قبل الدولة لهم من الحق في الوصول إلى محكمة[٢].

وعلى مستوى النظام المصري فقد حرص القضاء على تأكيد أهمية حق الطعن في الأحكام القضائية تثبتا من عدالة الحكم من زاوية، وحماية لحقوق المتقاضين الموضوعية والاجرائية من زاوية أخرى؛ حيث قضت المحكمة الدستورية العليا بأن"طرق الطعن في الأحكام لا تقتصر على كونها وسائل أو طرق إجرائية يقوم المشرع بانشائها ليوفر من خلالها سبل تقويم اعوجاجها، بل هي في أساسها أوثق اتصالا بالحقوق التي تناولتها سواء في مجال اثباتها أو نفيها أو توصيفها"[٣].

وأخيرا، فإن ضمانة الوصول إلى محكمة لها جانب مالي؛ حيث تثير مسألة المساعدة القانونية في المنازعات حول الحقوق والالتزامات ذات الطابع المدني". إن الاتفاقية لا تلزم الدول الأعضاء بشكل مباشر بتنظيم نظام للمساعدة القانونية، بل إنها تلزمهم بتفعيل الحق في الوصول إلى محكمة بغية إصدار الأحكام المتعلقة بحقوقهم والتزاماتهم المدنية. ومع ذلك تترك للدول الأعضاء اختيار الوسائل التي تستخدمها لهذا الغرض. وعلى ذلك ترى المحكمة أن تفعيل المادة ٦ فقرة ١ يقتضي أحيانًا من الدولة تقديم المساعدة من قبل أحد أعضاء نقابة المحامين عندما يثبت أن ذلك ضروريًا للوصول الفعال إلى القاضي المدني[٤]، إما لأن القانون ينص على التمثيل الإجباري بواسطة محامٍ،

---

(١) انظر : د. محمود محمد هاشم ، قانون القضاء المدني، ج ٢ ، ص ٣٩٨ – ٣٩٩ ؛ د. وجدي راغب فهمي، مباديء القضاء المدني، ط١ ، دار الفكر العربي، ١٩٨٦– ١٩٨٧، ص ٦١٢؛ د. أحمد أبوالوفا، المرافعات المدنية والتجارية،١٩٨٠، منشأة المعارف بالاسكندرية ، بند ٣٨٧ ، ص ٧٣٠ .

(2) C.E.D.H., *Airey c. Irlande*, 9 oct.1979, série A n°32, § 26.

(٣) الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا بجلسة ١٩٩٥/٨/٥ ، في الدعوى رقم ٩ لسنة ٢٠١٦ ق ، مجموعة أحكام الدستورية العليا ، ج ٧ ، ص ١٠٦ .

(٤) ما هو جدير بالذكر أن المساعدة القانونية المجانية تم النص عليها بشكل صريح في المسائل الجنائية، حيث قررت المادة ٦ -٣ (ج) ضرورة المساعدة المجانية من قبل محام عندما تقتضي مصلحة العدالة ذلك.

كما هو الحال في التشريعات الوطنية لبعض الدول المتعاقدة، وإما بسبب تعقيد الإجراءات أو القضية[1].

ولما كانت ضمانة الحق في الوصول للقاضي تتعلق بالنظام العام على المستوى النظام القانوني الأوروبي والمصري، فإن السؤال المنطقي الذي يدور حوله موضوع البحث هل من الجائز التنازل عن هذه الضمانة ؟ وإذا كانت الإجابة بالإيجاب ففي أي مرحلة يجوز هذا التنازل ؟ هل يجوز التنازل في المرحلة السابقة على بدء النزاع أم في المرحلة اللاحقة على بدء النزاع؟ هذا ما سنقوم بإيضاحه في الفصل الثاني من هذا البحث. والآن ننتقل إلى بيان ضمانة أخرى من ضمانات المحاكمة العادلة، وهي ضمانة عدالة الإجراءات.

المطلب الثاني

ضمانـة عدالـــة الإجـــراءات

إن تحقيق العدالة هي محور سيادة القانون، ويقتضي ذلك أن يتمتع جميع الأشخاص بحقوق متساوية في الوصول إلى المحاكم، وأن يتم تطبيق العدالة بطريقة تحقق العدل للجميع دون النظر إلى هوية الأطراف في الإجراءات أو طبيعة الإجراءات نفسها[2]. وتكريسا لذلك، فقد أكدت الاتفاقية الأوروبية لحقوق الانسان[3]على هذه الضمانة باعتبارها أحد أهم متطلبات القضية العادلة ؛حيث نصت المادة ٦-١على أنه:" لكل شخص عند الفصل في حقوقه والتزاماته المدنية، أو عند البت في أي تهمة جنائية ضده الحق في جلسة استماع .. عادلة".

([1]) C.E.D.H., *Airey c. Irlande*, 9 oct.1979, série A n°32, § 26.

([2])أنظر: د.عبدالله عبدالحي الصاوي، مرجع سابق، ص ٦٩٨ .

([3]) تنص المادة ١٠ من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والمادة ١٤ من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية على أنه "١- لكل شخص، عند الفصل في أي تهمة جنائية ضده، أو عند البت في حقوقه والتزاماته في الدعاوى القضائية، الحق في جلسة استماع ... عادلة...

- وقد أشارت الدول المشاركة في منظمة الأمن والتعاون في أوروبا إلى الحق في جلسة استماع عادلة كجزء من عناصر العدالة الضرورية للتعبير الكامل عن الكرامة الأصيلة والحقوق المتساوية وغير القابلة للتصرف لجميع البشر ما يلي :

٥- (لكل شخص عند الفصل في أي تهمة جنائية ضده أو عند البت في حقوقه والتزاماته في الدعاوى القضائية الحق في جلسة استماع .. عادلة ..).

راجع : وثيقة اجتماع كوبنهاغن للمؤتمر المعني بالبُعد الإنساني التابع لمؤتمر الأمن والتعاون في أوروب ا ، كوبنهاغن ١٩٩٠ ، الفقرة ٥.

إن مصطلح **"عادلة"** الوارد بنص المادة ٦-١ من الاتفاقية يشير إلى وجود مجموعة من الضمانات الإجرائية الأخرى التي تشتق منها[١]. ومن قبيل ذلك: **ضمانة تكافؤ الفرص بين الخصوم**[٢]، **أو المساواة بين الخصوم أثناء نظر النزاع**[٣]؛ حيث تعتبر المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان أن هذه الضمانة من الضمانات الأساسية لتحقيق المحاكمة العادلة بالرغم من عدم النص عليها بشكل مباشر وصريح في المادة ٦ -١ من الاتفاقية[٤].

إن ضمانة تحقيق المساواة بين طرفي النزاع وتكافؤ الفرص بينهم هي أول لبنة يقوم عليها أي صرح قضائي عادل أيا كانت صورته قضاء أو تحكيما، **ولذلك فقد كرست العديد من قوانين بلدان الدول الموقعة على الاتفاقية الأوروبية لحقوق الانسان كسويسرا وفرنسا هذه الضمانة؛ إذ جعلت المادة ١٩٠ من القانون الفيدرالي للقانون الدولي الخاص السويسري المنظم للتحكيم في فقرتها الثانية بند ج عدم احترام الخصم لضمانة تحقيق المساواة بين الخصوم سببا من أسباب الطعن على حكم التحكيم**[٥].

وفي فرنسا فقد أكدت المادة ١٥١٠ من قانون المرافعات الفرنسي على هذا المبدأ بشكل صريح ومباشر بقولها" **تضمن هيئة التحكيم المساواة بين الخصوم وتحترم مبدأ المواجهة**"[٦]، **فضلا عن أن المادة ١٤٩٢ فقرة ٤ من قانون المرافعات جعلت من عدم احترام المواجهة سببا من أسباب الطعن على حكم التحكيم سواء بالاستئناف أو بدعوى البطلان.**

---

(١) راجع في المعنى نفسه :

F. SUDRE, « A propos du dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l'homme », *J.C.P. éd. Gén*., n°28 du 11 juil. 2001, pp. 1365-1368, Doct. I 335.

(٢) يعد مبدأ تكافؤ الفرص من المباديء الدستورية داخل النظام القانوني المصري؛ حيث نصت عليه المادة ٩ بقولها " تلتزم الدولة بتحقيق تكافؤ الفرص بين جميع المواطنين دون تمييز ".

(٣) نصت المادة ١٩٠ من القانون الفيدرالي للقانون الدولي الخاص السويسري على هذا المبدأ بشكل مباشر، وكذلك المادة ١٥١٠ من قانون المرافعات الفرنسي.

(٤) من الجدير بالذكر أن هذه الضمانة تم النص عليها بشكل صريح ومباشر بموجب المادة العاشرة من الاعلان العالمي لحقوق الإنسان.

(5) Article 190 dis.que " 1 La sentence est définitive dès sa communication.
Elle ne peut être attaquée que
a.
b.
c.
d.lorsque l'égalité des parties ou leur droit d'être entendues en procédure contradictoire n'a pas été respecté

(6) Article 1510 de c.p.c dispose que"Quelle que soit la procédure choisie, le tribunal arbitral garantit l'égalité des parties et respecte le principe de la contradiction".

وعلى صعيد القانون المصري فقد أكد على هذه الضمانة بشكل مباشر وصريح بموجب المادة ٢٦ من قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤؛ حيث تقرر المادة سالفة الذكر أنه **"يعامل طرفا التحكيم على قدم المساواة وتهيأ لكل منهما فرصة متكافئة وكاملة لعرض دعواه"**[١]. وقد أكدت المادة ٣٣ في فقراتها الثلاثة ذلك؛ بقولها" ١- تعقد هيئة التحكيم جلسات مرافعة لتمكين كل من الطرفين من شرح موضوع الدعوى وعرض حججه وأدلته، ولها الاكتفاء بتقديم المذكرات والوثائق المكتوبة ما لم يتفق الطرفان علي غير ذلك. ٢- ويجب إخطار طرفي التحكيم بمواعيد الجلسات والاجتماعات التي تقرر هيئة التحكيم عقدها قبل التاريخ الذي تعينه لذلك بوقت كاف تقدره هذه الهيئة حسب الظروف . ٣- وتدون خلاصة وقائع كل جلسة تعقدها هيئة التحكيم محضر تسلم صورة منه إلي كل من الطرفين ما لم يتفقا علي غير ذلك".

وعلى ذلك، يقصد بهذه الضمانة منح الخصوم فرص متساوية لإبداء دفاعهم وطلباتهم ومستنداتهم، وكذلك المساواة فى تعامل هيئة المحكمة أو هيئة التحكيم معهم. وعلى هذا لا يجوز لهيئة التحكيم أن تمنح أحد الطرفين ميعاداً لتقديم مذكرة بدفاعه وتمنح الطرف الآخر ميعاداً أطول أو أقصر، أو أن تفسح المجال لأحد المحتكمين لشرح دعواه، وتحرم المحتكم الآخر من ذلك، أو أن تسمح لأحد الطرفين بتوكيل محام ولا تسمح للآخر بذلك، كما لا يجوز لهيئة التحكيم أن تخص أحد المتقاضين بالدخول عليها والقيام له، أو الإقبال عليه أو البشاشة له والنظر إليه، لان ذلك دليل حيفه وظلمه وهو ما يخل بالمساواة بينهما[٢].

---

(١)أكدت محكمة النقض الفرنسية في قضائها على أن مبدأ المساواة بين الخصوم أثناء سير الخصومة التحكيمية من المبادئ المتعلقة بالنظام العام الذي لا يجوز الاتفاق على مخالفته ويترتب على مخالفته بطلان مشارطة التحكيم.

Cour de cassation (1re ch.civile) 23 mail 2006, Mm Claudine alhinc et autres c/Banque france et Banque des reglements in règlements, , Revew de l arbitrage 2008-no 1,p69.

وفي القضاء المصري : حكم محكمة استئناف القاهرة، جلسة ٢٠٠٢/٢/٢٧ ،الدعوى ١١ لسنة ١١٩ ،الدائرة ٩١ تجارى .

مشار إليه في:

د. سيد أحمد محمود، مبدأ المساواة أمام هيئة التحكيم وأثره على العدالة الاجتماعية ، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية كلية الحقوق جامعة عين شمس، العدد الثاني، الجزء الثاني، السنة الثامنة والخمسون ، يوليو ٢٠١٦ ، ص ٦٣٤ ، هامش رقم ١.

(٢) راجع تفصيلا : د.أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقا للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم الدولية، ط٢٠٠٢ ، بند ٩٥، ص ١١٣ ؛ الوسيط في شرح قانون المرافعات ، ط٢٠٠٠، ص ٤٢ وما بعدها؛ د. سيد أحمد محمود، مرجع سابق، ص ٦٣٣ وما بعدها .

وكذلك يستنتج ضمنيا من ضمانة عدالة الإجراءات ضمانة تحقيق المواجهة بين الخصوم[١]، والتي قالت عنها المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان أنها" تمثل أحد الضمانات الرئيسة للإجراءات القضائية"[٢]. وتعتبر هذه الضمانة حجر الزاوية في الاجراءات القضائية أمام المحاكم؛ سواء محاكم القضاء الرسمي أو محاكم التحكيم، وهي تعتبر مبدأ عام في القانون الإجرائي يتعلق بالقانون الداخلي والقانون الدولي، وهو مبدأ آمر وعام ودائم، وهو الضامن لحقوق الدفاع ويساهم في حسن إدارة العدالة[٣]؛ حيث تقتضي هذه الضمانة أن يتمكن كل خصم في الدعوى من العلم التام وفي وقت[٤] مفيد بكافة إجراءات الخصومة وما تحتويه من عناصر واقعية وقانونية يمكن أن تكون أساسا في تكوين اقتناع القاضي، سواء كانت عناصر القضية الواقعية أو القانونية قد قدمت من قبل خصمه أو من قبل القاضي أو مساعديه[٥].

---

(١) يعتبر مبدأ المواجهة أحد تطبيقات حق الدفاع ؛ فالمواجهة بين الخصوم تعتبر أدة فنية إجرائية لاحترام حق أعم وهو حق الدفاع ، فضلا عن احترام حق الدفاع لا يتحقق باحترام المواجهة وحده بل بتطبيق كافة فروضه.

راجع تفصيلا: د.عزمي عبدالفتاح، واجب القاضي في تحقيق مبدأ المواجهة باعتباره أهم تطبيق لحق الدفاع ، مجلة المحامي تصدرها جمعية المحامين الكويتية، السنة العاشرة، عدد يوليو – أغسطس، ١٩٨٧، ص ٢٨.

(2) C.E.D.H., *Feldbrugge c. Pays-Bas*, 29 mai 1986, série A n°99, § 44.

(3)S.A.mahmoud, Le principe du contradictoir dans la procedure civile en france et en egypte; these Rennes,1990, no 346, p.178.

(٤) والهدف من العلم في وقت مفيد بالعناصر الواقعية والقانونية هو تمكين الخصم الآخر من مناقشتها والرد عليها وتفنيدها، وفي ذلك قضت محكمة النقض بأن" إبداء الطلب أو الدفع أو وجه الدفاع، جوازه في أي وقت مالم ينص المشرع على غير ذلك، عدم جواز سماع أحد الخصوم أو وكيله إلا بحضور الخصم الأخر وعدم قبول أوراق أو مذكرات دون اطلاع الخصم الأخر عليها وإلا كان العمل باطلا (م ١٦٨ مرافعات)، الهدف منه، تحقيق مبدأ المواجهة بين الخصوم، وتحقيق هذا المبدأ أو إمكان تحقيقه لا يمنع من قبول شئ من ذلك". نقض مدني، جلسة ١٩٩٩/١١/٣٠، الطعن رقم ٤٨٨٣ لسنة ٦٨ ق، مجلة المحاماة، العدد الأول، ٢٠٠١، ص ٤٦.

(٥) راجع تفصيلا التباين الفقهي المثار حول تعريف مبدأ المواجهة: د.عيد محمد القصاص، التزام القاضي باحترام مبدأ المواجهة ، دراسة تحليلية مقارنة ، الطبعة الثانية ، ٢٠١٠ ، ص ١١ وما بعدها. حيث عرض سيادته جميع الأراء الفقية حول تعريف المواجهة؛ فذكر أن هناك من الفقه من اعتمد في تعريف مبدأ المواجهة على ذكر خصائص المبدأ والسمات التي يتمتع بها.

S.A. mahmoud,op.,cit, no 346, p.178.

مشار إليه في : هامش رقم ١ من ص ١١.

وهناك من الفقه من عرف المواجهة بأنها حرية الخصوم وممثليهم والمدافعين عنهم في تقديم الأدلة وفي أن يوجه إلى خصمه الآخر حججه وأدلته وأن ينقل إلى علم القاضي كل ما هو مفيد لإنجاح طلباته أو كل ما يساهم في كشف الحقيقة .

(6) H. Vizioz, Etudes de procedure , 1995 , no 234,p. 443-444.

ويلاحظ على هذا التعريف أن يخلط بين مبدأ المواجهة وحق الدفاع: راجع. د.عيد القصاص، المرجع السابق، ص ١٢.

وهناك من الفقه من يعرفه بأنه " ضرورة علم الخصم بما يقدمه خصمه من أدلة ". وهذا هو الرأي الغالب في الفقه المصري والفرنسي؛ حيث يقولون أن مبدأ المواجهة يستلزم أن يستطيع كل خصم العلم التام بادعاءات خصمه وحججه والوسائل التي يستند إليها وأدلة الإثبات التي يقدمها وأن يكون في وضع يستطيع معه العلم بكافة عناصر المرافعة التي يقدمها الخصم الآخر، أي أن يكون ملف الدعوى معلوما له تماما. وعلى ذلك فإن الخطوة الأولى في إجراءات التقاضي هي دعوة الخصوم بعضهم بعضا إلى التلاقي أمام القضاء وإلا فلا تنشأ الخصومة، فضلا عن أنه ليس للمحكمة أن تسمع خصما إلا في مواجهة خصمه أو على الأقل بعد دعوته ولا أن تقبل ورقة أو مذكرة منه إلا بعد إطلاع خصمه عليها أو على الأقل تمكينه من هذا الاطلاع.

راجع : د.أحمد أبوالوفا، المرافعات المدنية والتجارية، ط١٤، منشأة المعارف، ١٩٨٦، بند ٤، ص ٥٨؛ د.عبدالباسط جميعي، مباديء المرافعات، دار الفكر العربي، ١٩٨٠، ص ١٨٩؛ د.أحمد مسلم ، أصول المرافعات، دار النهضة العربية، ١٩٧٨، ص ٣٧٧؛ ==

وعلى صعيد خصومة التحكيم توجب هذه الضمانة ضرورة أن تتم إجراءات التحكيم مواجهة بين الخصوم- سواء كان تحكيماً بالقانون أو تحكماً بالصلح، فنظر المحكم للنزاع لا يكون إلا مواجهة بين الطرفين[1].

وعلى مستوى التنظيم التشريعي لهذه الضمانة فإننا نلحظ أن قانون المرافعات المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ لم يتضمن تنظيما أو تعريفا لمبدأ المواجهة، **على خلاف المشرع الفرنسي** الذي قنن هذا المبدأ وقرر ضوابط احترامه بموجب المواد من ١٤ وحتى ١٧ من قانون المرافعات الفرنسي؛ حيث تنص المادة ١٥ على أنه " يجب أن يعلم الأطراف أو يتمكنوا من العلم والإطلاع بطريق التبادل وفي وقت مناسب على وسائل الدفاع– الواقعية والقانونية- والحجج التي يستندون عليها في تأسيس ادعاءاتهم حتى يتمكن كل خصم من تنظيم وسائل دفاعه ودحض حجج خصمه"[2]. وتنص المادة ١٦ على أنه" يتعين على القاضي أن يراعي وأن يحترم هو نفسه مبدأ المواجهة.

٢ – ولا يجوز له أن يعتمد في حكمه على وسائل الدفاع والإيضاحات والمستندات التي استند إليها الطرفان أو قدماها إلا إذا تمكن الطرفان من مناقشتها بطريقة حضورية.

==د.عزمي عبدالفتاح، مرجع سابق، ص ٤٤؛

ويلاحظ أن هناك من الفقه المصري من يطلق على هذه الضمانة مبدأ المجابهة بالدليل، أو " حضورية الأدلة "، أو " المواجهة في الإثبات" ويعرفونه بأنه " ضرورة أن يكون كل دليل يقدمه أحد الخصوم معروضا على الخصم لآخر حتى يتمكن من مناقشته وتفنيده وإثبات عكسه". راجع: د. توفيق حسن فرج، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، ١٩٨٢ ، ص ١٩؛ أنور سلطان، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، ١٩٨٤، ص ٢٥ ؛ د. عبدالودود يحي، دروس في قانون الإثبات ، ص ٢٠ ؛ د. محمد شكري سرور ، موجز أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، ١٩٨٦، ص ١٦،١٧.

ويطلق على هذا المبدأ في فقه القانون الإداري" الصفة الوجاهية للإجراءات"، وهي تعني أن القاضي الإداري لا يستطيع الفصل في الدعوى على أساس مستند لم تتيسر لأحد الطرفين فرصة الاطلاع عليه ومناقشته وتقديم الملاحظات بشأنه. ومن ثم فإن جميع العناصر والمستندات المكتوبة المرفقة بملف الدعوى والأقوال الشفوية التي تدون أمام القضاء، والتي يمكن الاعتماد عليها في تكوين عقيدة القاضي والتي يقدمها أحد الطرفين يتعين أن يكون الخصم، سواء الفرد أو الإدارة قد أعطي الفرصة للاطلاع عليها والعلم بمضمونها حتى يتمكن من مناقشتها وتحديد موقفه منها أمام القاضي". راجع: د. أحمد كمال موسى، نظرية الإثبات في القانون الإداري، رسالة دكتوراه بحقوق القاهرة ، ١٩٧٦ ، ص ٢٥٥ .

ومما هو جدير بالذكر أن سيادة الأستاذ الدكتور/عبدالقصاص قد أبدى ملاحظة سديدة- نتفق مع سيادته وبحق- بخصوص التعريفات السابقة لمبدأ المواجهة ؛ حيث ذكر أن هذه التعريفات وإن كانت تعتمد على جوهر هذا المبدأ ، إلا أنها جاءت غير جامعة، فهي تقصر حق الخصم في العلم على ما يقدمه الخصم الآخر من وقائع وأدلة دون أن تتضمن ما يضاف إلى ملف الدعوى عن غير طريق الخصوم كأعمال وتقارير الخبراء وأقوال وطلبات النيابة العامة، فضلا عن عدم تضمينها حق الخصم في العلم بنشاط القاضي سواء في مجال الواقع أو القانون.

راجع: د.عيد القصاص، مرجع سابق، ص ١٥.

([1]) راجع : د.أحمد خليل، مبدأ المواجهة ودوره في التنفيذ الجبري، دار المطبوعات الجامعية، ط ١٩٩٩ ، ص ٣ .

([2]) Article 15 de c.p.c dispose que "Les parties doivent se faire connaître mutuellement en temps utile les moyens de fait sur lesquels elles fondent leurs prétentions, les éléments de preuve qu'elles produisent et les moyens de droit qu'elles invoquent, afin que chacune soit à même d'organiser sa défense".

٣ - ولا يمكنه أن يبني حكمه على العناصر القانونية التي أثارها من تلقاء نفسه دون أن يدعو الأطراف أولاً إلى تقديم ملاحظاتهم"[١]. وتنص المادة ١٧ مرافعات على أنه" عندما يسمح القانون أو تقتضي الضرورة اتخاذ اجراء في غيبة أحد الخصوم، فيكون من حق هذا الأخير وسيلة انتصاف مناسبة ضد الحكم الذي يؤثر سلبا عليه"[٢].

وعلى صعيد خصومة التحكيم فقد نصت المادة ١٥١٠ مرافعات فرنسي على هذا المبدأ بشكل صريح ومباشر بقولها" تضمن هيئة التحكيم المساواة بين الخصوم وتحترم مبدأ المواجهة". وأكدت المادة ١٥٢٠ فقرة ٤ على تقرير جزاء لانتهاك ضمانة المواجهة بين الخصوم؛ بقولها" تقبل دعوى بطلان حكم التحكيم في الحالات التالية:

١ ، ٢ ، ٣ ، ٤ – إذا لم يتم احترام مبدأ المواجهة "[٣]".

وعلى صعيد القانون المصري[٤]، نجد أن قانون المرافعات رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ لم يتضمن إطارا تشريعيا أو تعريفا لمبدأ المواجهة[٥] كما هو مقرر في قوانين مرافعات الدول الأعضاء في الاتفاقية الأوروبية لحقوق الانسان كفرنسا وبلجيكا وسويسرا، بل إنه اقتصر على إلزام القاضي باحترام هذه

([1])Article 16 de c.p.c dispose que "Le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction.Il ne peut retenir, dans sa décision, les moyens, les explications et les documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d'en débattre contradictoirement.Il ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations".

([2])Article 17 de c.p.c dispose que" Lorsque la loi permet ou la nécessité commande qu'une mesure soit ordonnée à l'insu d'une partie, celle-ci dispose d'un recours approprié contre la décision qui lui fait grief".

([3]) Article 1520 de c.p.c dispose que " le recours en annulation n'est ouvert que si :
4° Le principe de la contradiction n'a pas été respecté ; ou

([٤]) نظم المشرع المصري ثلاث وسائل للعلم بعناصر الخصومة التي تعتبر مضمون مبدأ المواجهة من خلال ثلاث وسائل قانونية أولها الاعلان القضائي(راجع نصوص المواد من ٦ وحتى ١٣ مرافعات وكذلك المادة ٦٨ مرافعات التي ربطت انعقاد خصومة أول درجة أو خصومة الاستئناف باعلان المدعى عليه بالدعوى- راجع : نقض مدني، ١٩٧٩/١٢/٢٩، مجموعة أحكام محكمة النقض، س ٣٠، ع ٣، ص ٢١٥) ، ثانيها الاطلاع ، ثالثها العلم المباشر بالإجراءات. راجع : د. عيد القصاص، مرجع سابق ، صفحات ٢٢ وحتى ٥١ .

([٥]) يذهب جمهور الفقه إلى أن ضمانة المواجهة تعتبر صورة من صور حق الدفاع ؛ فالمواجهة تعتبر واحدة من التعبيرات الفنية عن حق الدفاع، حيث تتضمن حقوق الدفاع إضافة إلى حق الخصم في العلم التام بعناصر الخصومة مجموعة من المباديء الفرعية الأخرى؛ كحق الخصم في الاستعانة بمحام، والتزام القاضي بتسبيب حكمه، وحق الخصم في وجود طريق للطعن على الأحكام الصادرة ضده، ومن ثم فإن احترام مبدأ المواجهة لا يعنى احترام حق الدفاع إلا في أحد صوره والعكس صحيح فاحترام حق الدفاع يعني احترام مبدأ المواجهة.
راجع تفصيلا الخلاف الفقهي المثار حول العلاقة بين مبدأ المواجهة وحق الدفاع : د. عيد القصاص، مرجع سابق، ص ٥٣ وحتى ٦٠ .

الضمانة أثناء مرحلة المداولة من خلال عدم جواز سماع أحد الخصوم أو وكيله إلا بحضور خصمه أو أن تقبل أوراق أو مذكرات دون إطلاع الخصم الآخر عليها استنادا إلى نص المادة ١٦٨ من قانون المرافعات، والتي تعتبر أحد الأسس القانونية لتحقيق المواجهة بين الخصوم عند التقاضي؛ بقولها" لا يجوز للمحكمة أثناء المداولة أن تسمع أحد الخصوم أو وكيله إلا بحضور خصمه أو أن تقبل أوراق أو مذكرات من أحد الخصوم دون إطلاع الخصم الآخر عليها وإلا كان العمل باطلا". وتكريسا لذلك، قررت محكمة النقض المصرية بأنه كل حكم يخل بمبدأ المواجهة بين الخصوم يعتبر باطلا[١].

ولكن على مستوى خصومة التحكيم نجد قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ قد نص على هذه الضمانة بشكل مباشر وصريح بموجب المادة ٣١ وحتى ٣٥ من قانون التحكيم[٢]، فضلا عن أنه قرر جزاء لانتهاك هذه الضمانة بموجب المادة ٥٣ تحكيم ، والتي تجيز رفع دعوى بطلان حكم التحكيم في حالة عدم تمكن أحد طرفي التحكيم تقديم دفاعه بسبب عدم إعلانه إعلانا صحيحا بتعيين المحكم أو بإجراءات التحكيم أو لأي سبب آخر خارج عن إرادته، أو إذا كانت إجراءات التحكيم باطلة بطلانا أثر في الحكم[٣].

وينتج عن ضمانة عدالة الإجراءات الالتزام بتسبيب أحكام المحكمة، والتي تؤكد المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان بشأنه" إن المادة ٦-١ تتطلب من القضاة تقديم أسباب أحكامهم، ولكن لا يمكن فهم ذلك على أنها تتطلب رد مفصل على كل حجة"[٤]. وبالمثل، فإن المحكمة ليست مطالبة بالتحقيق فيما إذا كانت الحجج والبراهين قد تم تناولها بشكل مناسب.

---

(١) أنظر: د. أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، ط٢٠١٠، ص ٨٢٥.

(٢) تنص المادة ٣١ على أنه " ترسل صورة مما يقدمه أحد الطرفين إلى هيئة التحكيم من مذكرات أو مستندات أو أوراق أخرى إلى الطرف الآخر وكذلك ترسل إلى كل من الطرفين صورة من كل ما يقدم إلى الهيئة المذكورة من تقارير الخبراء والمستندات وغيرها من الأدلة. كما تنص المادة ٣٣ على أنه " ١- تعقد هيئة التحكيم جلسات مرافعة لتمكين كل من الطرفين من شرح موضوع الدعوى وعرض حججه وأدلته، ولها الإكتفاء بتقديم المذكرات والوثائق المكتوبة ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك .٢- ويجب إخطار طرفي التحكيم بمواعيد الجلسات والإجتماعات التي تقرر هيئة التحكيم عقدها قبل التاريخ الذي تعينه لذلك بوقت كاف تقدره هذه الهيئة حسب الظروف .٣ -وتدون خلاصة وقائع كل جلسة تعقدها هيئة التحكيم في محضر تسلم صورة منه إلى كل من الطرفين ما لم يتفقا على غير ذلك " .

(٣) راجع تفصيلا في أسباب قبول دعوى بطلان حكم التحكيم: د.عيد محمد القصاص، حكم التحكيم، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٠، ص ١١٣ وما بعدها.

(4) C.E.D.H., *Van de Hurk c. Pays-Bas*, 19 avril 1994, série A n°288, § 61.

وقد أكدت محكمة النقض المصرية على أن ضمانة تسبيب الأحكام من أهم الضمانات اللازمة لعدالة الحكم القضائي من أجل ضمان التحقق من أن القاضي قد اطلع على وقائع القضية وجميع المستندات والأدلة والأوراق المقدمة فيها، واتصل علمه بجميع ما أبداه الخصوم من طلبات ودفوع وكذا التحقق من أنه قد استخلص وقائع الدعوى وتأكد من صحتها من واقع أدلة الاثبات الجائزة قانوناً، وإن إجراءات ذلك تمت في مواجهة الخصوم[١]، وأن القاضي قد استخلص ذلك من واقع الأوراق المقدمة فيها والأدلة بحسب قوتها، وكذا التحقق من أن القاضي قد فهم الدعوى والمسائل القانونية والواقعية المتعلقة بها، وأنه قد كيّف الدعوى التكييف الصحيح بعد التحقق من توفر شروط صحة هذا التكييف، وأنه قد رتب على هذا التكييف الاثار القانونية الصحيحة؛ حيث قضت بأنه " المقرر – في قضاء محكمة النقض– أن الحكم يجب أن يكون مبنيًا على أسباب واضحة جلية وهو لا يكون كذلك إلا إذا كان يحمل بذاته ما يطمئن المطلع عليه إلي أن المحكمة قد محصت الأدلة والمستندات المقدمة إليها وموازنة بعضها بالبعض الآخر وترجيح ما تطمئن ترجيحه بما ينبئ عن بحث ودراسة أوراق الدعوي عن بصر وبصيرة حتي تتوافر الرقابة علي عمل القاضي والتحقق من حسن استيعابه لوقائع النزاع ودفاع طرفيه وعدم إغفال الرد عليهم"[٢]. **وفي هذا السياق، ذكر أستاذنا المرحوم الدكتور أحمد أبو الوفا** في تعليقه على قانون المرافعات في أهمية التسبيب أنه" هو دليل ساطع على قيام القاضي بما عليه من واجب الدراسة والتدقيق والبحث وإمعان النظر لمعرفة الحقيقة، وبالتسبيب يسلم القاضي من مضنة التحكم والاستبداد ويرتفع عنه الشك والريب والشبهات، كما أن التسبيب يجلب الاطمئنان إلى نفوس المتقاضين، كما أنه يمكن المحكمة الأعلى من بسط رقابتها على احكام المحاكم الأدنى"[٣].

وتأكيدا على هذه الضمانة فقد أكد المشرع المصري بموجب المادة **١٧٦ مرافعات** على ضرورة تسبيب أحكام القضاء؛ بقولها " يجب أن تشتمل الأحكام على الأسباب التى بنيت عليها وإلا كانت باطلة".

---

(١)راجع: د.عيد القصاص، التزام القاضي باحترام مبدأ المواجهة، مرجع سابق، ص ٥٩.

(٢) راجع : نقض مدني، الطعن رقم ١١٤٦٣ لسنة ٨٦، جلسة ٢٥ يونية ٢٠٢٢.

(٣) أنظر: د. أحمدأبوالوفا، التعليق على قانون المرافعات ، منشأة المعارف ط ١٩٨٠، ١٩٨٦، ص.

وفيما يتعلق بالتحكيم فقد نصت المادة ٤٣ من قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ على ضرورة تسبيب حكم التحكيم ؛ حيث نصت الفقرة الثانية من المادة ٤٣ على أنه " يجب أن يكون حكم التحكيم مسببا **إلا إذا اتفق طرفا التحكيم على غير ذلك**، أو كان القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم لا يشترط ذكر أسباب الحكم.."[١].

وينطبق الشيء نفسه على ضمانة المثول الشخصي للخصم[٢]، التي، وإن كان ذو صلة بالمحاكمة الجنائية، إلا أنها ليست غائبة تماماً في المحاكمات المدنية؛حيث يسهم فيها بشدة سلوك أحد المتقاضين في تكوين عقيدة المحكمة[٣]. **إن المدقق في نصوص القانون المصري** يجد أنه قد أحاط هذه الضمانة بمجموعة من النصوص التي تدعم مسألة ضرورة حضور الخصم بنفسه في بعض المسائل وإلا رتب القانون على ذلك أثرا إجرائيا خطيرا. ومن قبيل ذلك ما تنص عليه المادة ٤٧ من قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ والتي رتبت على عدم حضور المدعى عليه في دعوى تحقيق الخطوط الأصلية[٤] وجوب القضاء بصحة الخط أو الإمضاء أو الختم أو بصمة الإصبع؛ بقولها" إذا لم يحضر المدعى عليه حكمت المحكمة في غيبته بصحة الخط أو الإمضاء أو الختم أو بصمة الإصبع. ويجوز استئناف هذا الحكم في جميع الأحوال"[٥].

ونفس الأمر أكدته المواد ٣٤ و ٣٥ من قانون الإثبات بصدد دعوى تحقيق الخطوط الفرعية؛ *حيث رتبت الأولى على عدم حضور الخصم في دعوى تحقيق الخطوط الفرعية* في الميعاد المحدد لتقديم أوراق المضاهاة اعتبار الأوراق المقدمة للمضاهاة صالحة لها؛ بقولها"على الخصوم أن يحضروا في الموعد المذكور لتقديم ما لديهم من أوراق المضاهاة والاتفاق على ما يصلح منها لذلك، فإن

---

(١) راجع تفصيلا في تسبيب حكم التحكيم وضوابط صحته: د.عيد محمد القصاص، حكم التحكيم، مرجع سابق، بند ٣٣ وما بعده، ص ١١٣ وما بعدها.

(٢) راجع: رسالتنا للدكتوراه ، تعاون الخصوم في الاثبات، دراسة تأصيلية تطبيقية مقارنة، رسالة كلية الحقوق جامعة المنوفية، ٢٠١٥ ، ص٢٧٨ وما بعدها.

(3)Cf : les affaires *Colozza c. Italie*, 12 février 1985, série A n°89, et *F.C.B. c. Italie*, série A n°208- B, 28 août 1991.

(٤) تنص المادة (٤٥) من قانون الإثبات المصري على أنه " يجوز لمن بيده محرر غير رسمي أن يختصم من يشهد عليه ذلك المحرر ليقر بأنه بخطه أو بإمضائه أو بختمه أو ببصمة إصبعه ولو كان الالتزام الوارد به غير مستحق الأداء ويكون ذلك بدعوى أصلية بالإجراءات المعتادة".

(٥) راجع تفصيلا في ذلك: رسالتنا للدكتوراه ، تعاون الخصوم في الإثبات، مرجع سابق، ص ٢٧٨ وما بعدها.

تخلف الخصم المكلف بالإثبات بغير عذر جاز الحكم بسقوط حقه في الإثبات، وإذا تخلف خصمه جاز اعتبار الأوراق المقدمة للمضاهاة صالحة لها".

وفيما يتعلق بالمادة ٣٥ إثبات فقد أوجبت على من ينازع في صحة المحرر أن يحضر بنفسه للاستكتاب في الموعد المحدد من قبل القاضي، فإذا امتنع عن الحضور بغير عذر جاز الحكم بصحة المحرر[١].

وعلى صعيد قانون مرافعات الدولة الفرنسية باعتبارها إحدي الدول الموقعة على الاتفاقية *فقد كرست هذه الضمانة ؛ إذ ألزمت المادة ٢٩٦ مرافعات القاضي بأن يحكم بصحة الورقة العرفية في حالة تخلف المدعى عليه عن الحضور الشخصي في دعوى تحقيق الخطوط الأصلية طالما أنه كان قد أعلن لشخصه[٢]. وهذا الأثر يتماشي مع ما قرره المشرع الفرنسي بموجب المادة ١٩٨ من قانون المرافعات[٣] والتي تنص على أنه"يجوز للقاضي أن يستخلص أي استنتاج قانوني من أقوال الخصوم، أو من عدم حضور أحدهم أو امتناع أحدهم عن الإجابة.."[٤].*

وأخيرا فإن ضمانة عدالة الإجراءات تقتضي أن يكون هناك أمانة في الإثبات، وفي هذا السياق ذكرت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان أن مبدأ الأمانة في الإثبات، لاسيما فيما يتعلق بعبء الإثبات، والقوة الإثباتية، والمقبولية هو من حيث المبدأ مسألة تخص الدول الأعضاء، ولكن المحكمة ترى أنها « ستنظر فيما إذا كانت الأدلة المتعلقة بالإجراءات المتخذة ضد مقدمي الطلبات قد جمعت بطريقة تضمن فكرة المحاكمة العادلة»[٥].

---

(١) راجع: المرجع السابق، ص ٢٨٢ – ٢٨٤.

(2) Article 296 du c.p.c.dispose que" Lorsque la vérification d'écriture est demandée à titre principal, le juge tient l'écrit pour reconnu si le défendeur cité à personne ne comparaît pas".

(3) Article 198 du c.p.c. dispose que" Le juge peut tirer toute conséquence de droit des déclarations des parties, **de l'absence ou du refus de répondre de l'une d'elles** et en faire état comme équivalent à un commencement de preuve par écrit".

(4)V: Christelle LONGIN et David MÉTIN, Les nouvelles règles de comparution des parties : que reste-t-il de la conciliation ? Le Droit Ouvrier • NOVEMBRE 2018 • n°844, pp.684 – 687.

(5) C.E.D.H., *Barberà, Messegué et Jabardo c. Espagne*, 6 décembre 1988, série A n° 146, § 83.

وترى المحكمة أنها كقاعدة عامة لا تؤيد الأدلة المقدمة بطريقة غير قانونية، ولكنها ترى أن عدم الشرعية لعناصر الإثبات المقدمة لا يشكل، في حد ذاته، انتهاكًا للضمانات المنصوص عليها في المادة ٦ طالما كان عنصر الاثبات قد تم دعمه بعنصر إثبات آخر تم الحصول عليه بشكل مشروع. ولذلك لا يمكن للمحكمة أن تستبعد الأدلة التي تم جمعها بطريقة غير مشروعة، بل يقع عليها فقط تحديد ما إذا كانت المحاكمة [..] كانت عادلة برمتها"[١]. وترتيبا على ذلك، فإن المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان" تولي أهمية للظروف التي مفادها أن التسجيل الهاتفي لم يشكل وسيلة الإثبات الوحيدة المستخدمة لتبرير الإدانة"[٢].

وتطبيقا لذلك، قضت محكمة النقض الفرنسية باستبعاد تسجيل محادثات تليفونية خاصة دون علم صاحبها كدليل إثبات لمخالفة ذلك لمبدأ الأمانة الاجرائية[٣].

لقد كرست الكثير من تشريعات الدول الموقعة على الاتفاقية الأوروبية لحقوق الانسان ضمانة الأمانة في الإثبات المنبثقة عن مبدأ الأمانة الاجرائية؛ ذلك المبدأ الذي أكد عليه التشريع الفرنسي بموجب المواد ٣ ، ١١ ، ٣٢ ، ١٣٢ ، ١٤٤٦ من قانون المرافعات[٤]، والمادة ١٠ من القانون المدني[٥]، وكذلك القانون البلجيكي بموجب المادة ٧٨٠ مكرر من القانون القضائي الخاص، والقانون السويسري بموجب المادة ٥٢ مرافعات، والقانون الكندي بموجب المادة ٤-٢ من قانون المرافعات[٦].

ولما كانت ضمانة عدالة الاجراءات تتعلق بالنظام العام، فإن السؤال المنطقي الذي يدور حوله موضوع البحث هل من الجائز التنازل عن هذه الضمانة ؟ وإذا كانت الإجابة بالإيجاب ففي أي مرحلة يجوز هذا التنازل؟ هل يجوز التنازل في المرحلة السابقة على بدء النزاع أم في المرحلة اللاحقة على بدء النزاع ؟ هذا ما سنقوم بإيضاحه في

---

(1) C.E.D.H., *Schenk c. Suisse*, 12 juillet 1988, série A n° 140, § 46.
(2) Même affaire, § 48.
(3) Cass. ass Dlen, 7jans 2011, n°09- 14.316.
(4) Cass. 1re civ., 9 févr. 2022, no 21-11253, M. B. et a. c/ Sté Amrest Holdings SE et a., FS–B (cassation CA Pau, 5 nov. 2020), M. Chauvin, prés.; SCP Bénabent, SCP Didier et Pinet, av.: Dalloz actualité, 16 mars 2022, obs. J. Jourdan-Marques; GPL 5 avr. 2022,n°GPL434e5, note J. Clavel-Thoraval.
(٥) راجع تفصيلا عن مبدأ الأمانة في الإثبات:
Aurélien Bamdé, Le principe de loyauté de la preuve, juillet 4, 2023, 8:10 pm . sur site: https://aurelienbamde.com
(٦) راجع تفصيلا: رسالتنا للدكتوراه، مرجع سابق، ص٣١ وما بعدها.

الفصل الثاني من هذا البحث. والآن ننتقل إلى بيان ضمانة أخرى من ضمانات المحاكمة العادلة، وهي ضمانة علانية جلسات المحاكمة.

المطلب الثالث

ضمانــة علنيــة جلسات المحاكمــة

تعد ضمانة علانية المحاكمة واحدة من الحقوق الأساسية المنصوص عليها في المادة ٦ -١ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان؛ حيث تنص المادة سالفة الذكر على أنه" ١- لكل شخص الحق في أن يتم النظر في قضيته بشكل عادل **وعلنـي** وفي غضون فترة زمنية معقولة من قبل محكمة مستقلة ومحايدة منشأة بموجب القانون، والتي ستحكم في النزاعات حول حقوقهم والتزاماتهم ذات الطابع المدني، أو في أي أتهام جنائي يكون موجه ضدهم.

ويتعين أن يصدر الحكم بشكل علني. ولكن قد يُحظر على الصحافة والجمهور من حضور كل أو جزء من المحاكمة لصالح الأخلاق أو النظام العام أو الأمن القومي في مجتمع ديمقراطي، أو عندما تقتضي مصلحة القاصرين أو حماية الحياة الخاصة لأطراف المحاكمة ذلك، أو إلى الحد الذي تراه المحكمة ضروريًا للغاية، عندما يكون من شأن العلانية في بعض الظروف الاستثنائية أن تخل بمصلحة العدالة..".

لاشك أن ضمانة العلانية تحمي المتقاضين من العدالة السرية الخارجة عن مراقبة الجمهور، فضلا عن أنها تمثل أحد السبل المساعدة في الحفاظ على الثقة في المحاكم والهيئات القضائية[١]، وفوق ذلك فهي تحقق الغاية من المادة ٦ من الاتفاقية، والمتمثلة في تحقيق المحاكمة العادلة، والتي يعد ضمانها متطلب من متطلبات أي مجتمع ديمقراطي بالمعنى المقصود في الاتفاقية[٢]. **وتكريسا لذلك، قضت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في قضية ويرنر ضد استراليا، وقضية *Lawless v Ireland*** وقضية ***Golder v the United Kingdom***، وقضية ***Axen v Germany*** بأنه:" إن عقد جلسات

---

(١) راجع : د.عبدالحميد أبوهيف، المرافعات المدنية والتجارية والنظام القضائي في مصر، مطبعة الاعتماد مصر. ط/ الثانية، ١٣٤٠ ه/ ١٩٢١، بند٧٤٤، ص٥٤٠.

(2)V: François Bohnet- Pascal Jeannin, Procédure civile, droit a une audience publique , ATF 144 III 442, RSPC, 2018 461 (d) , 2018-2019 .

استماع المحكمة بشكل علني يشكل مبدأ أساسيًا ورد في الفقرة ١ من المادة ٦، لاشك أن سمة العلانية تحمي الخصوم من تطبيق العدالة في الخفاء دون تدقيق من جانب الجمهور، كما أنها إحدى وسائل المحافظة على الثقة في المحاكم. من خلال التطبيق الشفاف للعدالة تسهم العلانية في تحقيق هدف المادة السادسة من الاتفاقية، والذي يمثل ضمانها أحد المبادئ الأساسية لأي مجتمع ديمقراطي"[١].

ويقصد بضمانة علنية المحاكمة[٢] أن يتم تحقيق الدعوى والمرافعة فيها في جلسات علنية يسمح فيها بالحضور لكل شخص، وأن يسمح لرئيس المحكمة في الحدود القانونية بإذاعة ونشر المرافعات في وسائل الاعلام المختلفة المسموعة أو المقروءة أو المرئية[٣]. وعلاوة على ذلك، يتعين أن يصدر القاضي حكمه في جلسة علنية[٤]، وأن يسمح لكل شخص حتى ولو لم تكن له صلة بالدعوى بالاطلاع على الأحكام، وكذلك الحصول على صورة من نسخة الحكم الأصلية وفقا للضوابط التي يحددها القانون[٥].

إن ضمانة علنية المحاكمة تساهم في تحقيق العديد من المزايا الإجرائية للمتقاضين؛ فهي تساعد في احترام حقوق الدفاع، وكذلك تضمن حيدة المحكمة ونزاهتها بفضل رقابة الرأي العام الذي يتمكن من مراقبة ما يحدث في الجلسات ضمانا لحسن تطبيق القانون[٦]. إن السماح للجمهور بدخول القاعات التي تنعقد بها الجلسات والاطلاع على ما يتخذ بها من إجراءات وما يدور فيها من

([1]) V: C.E.D.H., *Werner c. Autriche*, 24 novembre 1997, *Recueil* 1997-VII, § 45; ***Lawless case (Lawless v. Ireland), No. 1/61, Judgment of July I, 1961;*** Eur. Court H.R. Axen judgment of 8 December 1983, Series A No. 72 p. 12 .

([٢]) عرفت الشريعة الإسلامية مبدأ علانية المحاكمة حيث كان يجري العمل في في عهد النبي (ص) والخلفاء من بعده على انعقاد مجلس القضاء في المساجد. راجع: ابن قدامة المقدسي المغتي على مختصر الغرقي، ج ٩، الطبعة الأولى، دار المكتبة العلمية ، بيروت، ١٩٩٤ ، ص ٣٥.

([٣]) أنظر: د.أحمد السيد الصاوي، الوسيط في شرح قانون المُرافعات، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٩ م ، ص ٧١٩ - ٧٢٠ .

([٤]) أنظر: الإشارة السابقة .

([٥]) أنظر: د.أسامة الروبي، التوازن بين علانية المحاكمة ومبدأ الخصوصية– دراسة مقارنة بين أحكام الشريعة الاسلامية والقوانين الوضعية في فرنسا ومصر والكويت والإمارات ، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، ص ٤٦٢.

([٦]) راجع : أحمد خليقة شرقاوي، علانية التقاضي في محاكم الأسرة بين المبادئ القانونية والحق في الخصوصية- (دراسة مقارنة على ضوء المستجدات المعاصرة) - بحث منشور بالمؤتمر العلمي الدولي الرابع المنعقد بكلية الشريعة والقانون بطنطا- أغسطس ٢٠٢١- ص ٤٠٥ و ٤٠٦ .

مناقشات يحث القاضي على احترام حقوق الدفاع مما يمتنع معه تحكم القاضي في الخصومة[١]. فضلا عن أنها تحقق حسن الأداء في رسالة القضاء من جانب القضاة، مما يؤكد حيادهم ويعظم نزاهتهم ويحفظ هيبتهم، حيث يتم التقاضى على رؤوس الأشهاد، فيكون القاضى أبعد ما يكون عناتهامه بالميل أو التقصير، كما أن علانية التقاضي تبعث بالثقة والطمأنينة فى نفوس المتقاضين[٢].

إن التطبيق العلني والشفاف للعدالة يمثل ضمانة مهمة لصالح الفرد والمجتمع ككل؛ حيث إن الحق في جلسة استماع علنية، الذي يتضمن قدرة الجمهور والخصوم على الحضور أثناء الإجراءات القضائية يقع في صميم دور مراقب المحاكمة[٣]. وبوجه عام، فإن هذه الضمانة تساعد في ضمان شفافية ونزاهة العملية القضائية والحماية من أي إساءة محتملة لتلك العملية. فضلا عن أنها تؤثر على القضاة لمباشرة عملهم بحيدة ونزاهة واحترافية[٤]، كما أنها يمكن أن تساعد في تحفيز الشهود على الإدلاء بشهادتهم بصدق، وتسمح بالحفاظ على ثقة الجمهور في تطبيق العدالة[٥].

وقد أكد القانون المصري على أهمية هذه الضمانة ودورها في تحقيق العدالــة الإجرائية والمساواة بين الخصوم وحيدة ونـزاهـة القاضي؛ حيث قرر فى المادة ١٨٧ من الدستور المصرى أن" جلسات المحاكم علنية إلا إذا قررت المحكمة جعلها سرية مراعاة للنظام العام أو الآداب، ويكون النطق بالحكم فى جميع الأحوال فى جلسة علنية".

---

(١) أنظر: د.أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، ج ١، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٦ ، ص ٨٤؛ د. محمد حامد فهمى المرافعات، المرافعات المدنية والتجارية ، د / ط ، مطبعة فتح الله إلياس نوري . مصر، ط ١٣٥٩ ه - ١٩٤٠، بند ٣٤ ص ٣٣ ؛ د. أمينة مصطفى النمر قوانين المرافعات، د/. ط ، منشأة المعارف - الإسكندرية ، ١٩٩٢ ، بند ٣٢ ، ص ٦٤ .

(٢) أنظر: د.طلعت دويدار، ضمانات التقاضي في خصومة التحكيم، دراسة مقارنة في التشريعات الدولية وأنظمة مراكز التحكيم والتشريعات الوطنية العربية ، دار الجامعة الجديدة ، الأسكندرية، ٢٠٠٩ ، ص ١٣٧ .

(٣) راجع : المدونة القانونية لحقوق المحاكمة العادلة الدولية.

(٤) راجع: د.أمينة مصطفى النمر، مرجع سابق، بند ٣٢، ص ٣٣؛ د.عبد الباسط جميعى، مبادئ المرافعات، د/ ط، ١٩٨٤، ص ١٨٧؛ د/إبراهيم نجيب سعد قاعدة لا تحكم دون سماع الخصوم أو ضرورة احترام الحرية والمساواة والتقابل في الدفاع، ص ٥، د/أحمد السيد صاوى، الوسيط ، مرجع سابق ، ص ٦٦ وما بعدها.

(٥) راجع حكم المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان الصادر في قضية ويرنر ضد النمسا:

C.E.D.H., *Werner c. Autriche*, 24 novembre 1997, *Recueil* 1997-VII, § 45.

وجاءت المادة ١٨ من قانون السلطة القضائية لتؤكد هذا المبدأ ذاته، حيث نصت على أنه" تكون جلسات المحاكم علنية إلا إذا أمرت المحكمة بجعلها سرية، مراعاة للآداب أو محافظة على النظام العام، ويكون النطق بالحكم فى جميع الأحوال فى جلسة علنية".

وعلى مستوى قانون المرافعات تنص المادة ١٠١ من قانون المرافعات على أنه" تكون المرافعة علنية إلا إذا رأت المحكمة من تلقاء نفسها، أو بناء على طلب أحد الخصوم إجراءها سراً محافظة على النظام العام، أو مراعاة للآداب، أو لحرمة الأسرة ".

وتكريسا لضرورة احترام هذه الضمانة من قبل المحاكم وإلا ترتب على ذلك بطلان الإجراءات وبطلان الحكم الصادر تبعا لذلك، فقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه".. لما كان الأصل الدستوري المقرر هو علنية الجلسة التي يشهدها المواطنون بغير تمييز، وذلك حتي يُتاح للرأي العام متابعة ما يجري في القضايا التي تهمه، وإغفالها يؤدي إلي بطلان إجراءات المحاكمة، ويبطل الحكم الذي يصدر تبعًا لذلك، وكل ذلك ما لم تقرر المحكمة سرية بعض المحاكمات؛ مراعاة للنظام العام أو المحافظة علي الآداب، أو أن يقرر القانون سرية المحاكمة لاعتبارات تقدرها"[١].

وعلى مستوى القانون الفرنسي فقد أضفى المجلس الدستوي على ضمانة علنية جلسات المحاكم المدنية والإدارية والجنائية قيمة دستورية[٢]. وعلى المستوى التشريعي، فإن مبدأ علانية جلسات المحاكمة منصوص عليه بموجب المادة L- 6 من قانون القضاء الإداري، والمواد ٣٠٦ و٤٠٠ و٥٣٥ من قانون الإجراءات الجنائية، وقد تم النص على هذا المبدأ بموجب المادة ٢٢ من قانون المرافعات بقولها "تكون المرافعات علنية، إلا في الحالات التي يشترط فيها القانون أو يسمح بإجرائها في غرفة المشورة"[٣]. وقد تم تكرار التأكيد على هذا المبدأ بموجب المادة ٤٣٣ مرافعات"١- تكون المرافعات علنية، إلا في الحالات التي يشترط فيها القانون أو يسمح بإجرائها في غرفة المشورة.

---

(١) راجع ، نقض مدني، جلسة ١٩٩٨/٣/١٠ ، السنة ٤٩ قضائية .

(2) Stéphane Carré, Le principe de la publicité devant les juridictions d'Etat et la notion de secret, Gazette du Palais, 1994, pp.2-9. ffhalshs-01337345f

(3) Article 22 de c.p.c. dispose que " Les débats sont publics, sauf les cas où la loi exige ou permet qu'ils aient lieu en chambre du conseil**".**

Stéphane Carré, Le principe de la publicité devant les juridictions d'Etat et la notion de secret, op.,cit.

٢- وما هو منصوص عليه في هذا الشأن في محكمة الخصومة يجب مراعاته في خصومة الاستئناف، ما لم ينص على خلاف ذلك"[١]. وتنص المادة ٤٣٥ مرافعات على أنه" كما يجوز للقاضي أن يقرر إجراء المرافعات أو استمرارها في غرفة المشورة إذا كان من شأن إعلانها انتهاك خصوصية الحياة الخاصة، أو **إذا طلب جميع الأطراف ذلك**، أو إذا حدثت اضطرابات من شأنها الإخلال بالنظام العام"[٢].

وبالنسبة للإجراءات المدنية الموجزة فقد تم النص عليه بموجب المادة ١١-١ القانون رقم ٧٢-٦٢٦ الصادر في ٥ يوليو ١٩٧٢؛ حيث تنص هذه الأخيرة على أنه: تكون المرافعة علنية.

مع عدم الإخلال بتطبيق الأحكام التشريعية الأخرى، وفيما عدا أمام محكمة النقض، فإن المرافعات تجري في غرفة المشورة في الحالات التالية :

١ – في المسائل المستعجلة.

٢- في المسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم التي يحددها مرسوم؛

٣- في المسائل المتعلقة بالحياة الخاصة التي يحددها مرسوم؛

٤- في الأمور التي تنطوي على سرية الأعمال وفقًا للشروط المنصوص عليها في الفقرة ٥٣ من المادة L. 153-1 من القانون التجاري.

كما يجوز للقاضي أن يقرر إجراء المرافعات أو استمرارها في غرفة المشورة إذا كان من شأن إعلانها انتهاك خصوصية الحياة الخاصة، أو **إذا طلب جميع الأطراف ذلك**، أو إذا حدثت اضطرابات من شأنها الإخلال بالنظام العام"[٣].

([1]) **Article 433 de c.p.c. dispose que** " Les débats sont publics sauf les cas où la loi exige qu'ils aient lieu en chambre du conseil. Ce qui est prévu à cet égard en première instance doit être observé en cause d'appel, sauf s'il en est autrement disposé".

([2]) Stéphane Carré, Le principe de la publicité…,op.,cit. p.3.

([3]) Article 11-1 de la loi n° 72-626 du 5 juillet 1972, Modifié par LOI n°2019-222 du 23 mars 2019 - art. 33 (V);
"Les débats sont publics.

Sans préjudice de l'application des autres dispositions législatives, et sauf devant la Cour de cassation, ils

ولما كانت ضمانة علانية جلسات المحاكمة تتعلق بالنظام العام، فإن السؤال المنطقي الذي يدور حوله موضوع البحث هل من الجائز التنازل عن هذه الضمانة ؟ وإذا كانت الإجابة بالإيجاب ففي أي مرحلة يجوز هذا التنازل ؟ هل يجوز التنازل في المرحلة السابقة على بدء النزاع أم في المرحلة اللاحقة على بدء النزاع ؟ هذا ما سنقوم بإيضاحه في الفصل الثاني من هذا البحث. والآن ننتقل إلى بيان ضمانة أخرى من الضمانات الإجرائية للمحاكمة العادلة، وهي ضمانة استقلالية ونزاهة المحكمة.

المطلب الرابع

ضمانــة استقلاليــة ونزاهـــة المحكمة

إن ضمانة استقلالية ونزاهة المحكمة التي تنظر الدعوى تعتبر واحدة من أهم الضمانات الإجرائية الأساسية المنصوص عليها في المادة ٦ -١ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان؛ حيث تنص المادة سالفة الذكر على أنه " ١- لكل شخص الحق في أن يتم النظر في قضيته بشكل عادل وعلني وفي غضون فترة زمنية معقولة، **من قبل محكمة مستقلة ومحايدة**.." وبالبناء على ذلك، أكدت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، في حكمها الصادر في قضية ***De Cubber v Belgium***، أن استقلالية ونزاهة القاضي أو المحكم يمثلان ركائز أساسية للحق في محاكمة عادلة[1].

==ont toutefois lieu en chambre du conseil :
1°En matière gracieuse;
2° Dans les matières relatives à l'état et à la capacité des personnes déterminées par décret ;
3° Dans les matières intéressant la vie privée déterminées par décret ;
4° Dans les matières mettant en cause le secret des affaires dans les conditions prévues au 3° de l'article L. 153-1 du code de commerce.
Le juge peut en outre décider que les débats auront lieu ou se poursuivront en chambre du conseil s'il doit résulter de leur publicité une atteinte à l'intimité de la vie privée, ou si toutes les parties le demandent, ou s'il survient des désordres de nature à troubler la sérénité de la justice.

Cf en ce sens : Auby IM, Le principe de la publicité de la justice et le droit public ». Ann. de la Fac de droit de Toulouse 1968, Toulouse 260.261 ; Oppetit B., « Justice étatique et justice arbitrale » ét off. à P. Bellet Litec 1991, p.418 ; cf. aussi Raynaud P., Le secret et la procédure: rapport général ». Trav. de I' Ass. H. Capitani 1974.XXV.715 ; Merle R., « Le seact et la procédure en droit français"· Trav. de I' Ass. H. Capitani 1974. XXV. 761.765.

([1]) European Court of Human Rights, CASE OF DE CUBBER v. BELGIUM , 26 October 1984.sur site : https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57465

ويقصد باستقلالية المحكمة عدم خضوع هيئة المحكمة لأي شكل من أشكال التبعية أو التأثير المباشر أو غير المباشر، سواء كان هذا من جانب السلطة التنفيذية[١]، أو من جانب الخصوم[٢]. وفي هذا الصدد أكدت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان أن تقييم توافر الاستقلال من عدمه مسألة موضوعية يتم قياسها من خلال مجموعة من المعايير، التي من بينها طريقة تعيين القاضي ومدة ولايته؛ حيث ذكرت أن طريقة تعيين القاضي هي المعيار في تقييم استقلاليته"[٣].

ويقصد باستقلالية المحكم[٤] عدم خضوع المحكم وهو بصدد انجاز مهمته لتبعية أحد، سواء كان أحد طرفي التحكيم، أو محاميه، أو الدولة[٥]، وقد عرفه أستاذنا الدكتور يحي الجمل بأنه" انتفاء رابطة التبعية بين المحكم ومن اختاره، فلا يعمل لحسابه ولا يأتمر بتوجيهاته بحيث تنتفي شبهة تعمده إلى تحقيق النتيجة التي يريدها من اختاره بحكم هذه الرابطة"[٦].

([1]) C.E.D.H., *Langborger c. Suède*, 22 juin 1989, série A n°155, § 32. C.E.D.H., *Sramek c. Autriche*, *préc*., § 42. Cité par: JulieMEUNIER, La notion de procès équitable devant la Cour européenne des droits de l'homme , Note 429.

([٢]) راجع: د.أسامة روبي- د.وليد الشناوي، ضمانات استقلال القضاء (دراسة مقارنة بين الأنظمة القانونية في مصر والإمارات وعمان وألمانيا)، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق جامعة المنصورة، العدد ٥٨ لسنة ٢٠١٥، ص ٢٩٣وما بعدها.

([3]) **la Cour européenne des droits de l'homme énonce que** « le mode de désignation d'un juge est le critère d'évaluation de son indépendance» CEDH 28 juin 1984 (Campbell and Fell c. Royaume-Uni), Serie A, n°46, §76. Cite par : Marie Schurmans , « L'indépendance et l'impartialité de l'Arbitre: entre apparence et réalité» , L'Université catholique de Louvain , Faculté de droit et de criminologie (DRT) , Année académique 2016-2017, N^0 11, p.11, Note 43.

تجدر الإشارة إلى أن تعيين القاضي يتم عبر آليتين هما: ١- الانتخاب عن طريق الشعب، وتتبع هذه الطريقة في بعض الدول مثل الولايات المتحدة الأمريكية، والمقاطعات بسويسرا، كما اتبع الاتحاد السوفيتي هذه ٢٢ الطريقة سابقا.

د/ عبد الحميد أبو هيف، المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، بند ١١٩، ص ٤١٣٢؛ د/ رمزي سيف، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، الطبعة التاسعة، سنة ١٩٦٩، بند ٢٧، ص .٤٤١؛ د. فتحي اسماعيل والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، سنة ١٩٨٠، بند ١٠٤، ص ١٩٢.

٢– التعيين من قبل السلطة التنفيذية؛ لأنها لديها القدرة الكافية على معرفة كفاءة وقدرة هذا الشخص للقيام بالقضاء العادل، وتأخذ مصر ومعظم الدول بهذه الطريقة .

راجع: د. فتحي والي، المرجع السابق، بند ١٠٥، ص ٤١٩٣؛ د. محمد محمود إبراهيم، الوجيز في المرافعات، مطبعة دار الفكرالعربي، سنة ١٩٨١، ص٤٩١؛ د.أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، طبعة سنة ٢٠، ١٩٨١ ، بند ٣٧، ص ٧١.

([٤]) راجع شرح تفصيلي لمبدأ استقلالية المحكم وحيدته: د.هاني يحي محمد أحمد، التزام المحكم بالإفصاح عن تضارب المصالح في التحكيم المحلي والتجاري الدولي "دراسة تأصيلية تطبيقية مقارنة"(فرنسا، سويسرا، بلجيكا،انجلترا، أمريكا، مصر نموذجا)، بحث منشور بمجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق جامعة المنصورة، المجلد ١٣، العدد ٨٤، يونيو ٢٠٢٣، الصفحة٧٢١- ٩٨١، وتحديدا ص٧٤٩ وما بعدها.

([٥]) راجع: حكم محكمة استئناف القاهرة، دائرة ٩١ (تجاري، جلسة ٢٠٠٣/٤/٢٩ الدعوى رقم ١ لسنة ١٢٠ قضائية. مشار إليه في: د.على اسماعيل دياب غازي، موسوعة المحكم، مرجع سابق، ص ٩٨ ، هامش رقم ٥.

([٦]) راجع : د.يحي عبدالعزيز الجمل، حيدة واستقلال المحكمين ، مجلة التحكيم العربي، العدد الرابع ، أغسطس ٢٠٠١ ، ص ١٥ .

أما الحيدة والنزاهة فهي ضمانة ترتبط ارتباطا وثيا بمبدأ المساواة بين الخصوم أمام المحاكم والهيئات القضائية، وتتطلب ضرورة معاملة جميع المتقاضين بالطريقة نفسها دون تمييز، أو تحيز شخصي[١]، أو إجحاف وبطريقة توفر الضمانات الكافية لاستبعاد أي شك مشروع في نزاهته[٢]. ومن ثم؛ يتعين على القاضي أن يتنحى عن نظر القضية إذا توافرت فيه حالة من حالات عدم الصلاحية ، أو حالات الرد ، أو حالات المخاصمة[٣].

وتكريسا لضمانة الاستقلالية والنزاهة والحيدة المنصوص عليها بالمادة السادسة من الاتفاقية داخل الأنظمة التشريعية للدول الأعضاء في الاتفاقية ؛ فقد حرص المشرع الفرنسي على ضمانة استقلالية ونزاهة القاضي بموجب المادة ٧-١ من الأمر رقم ١٢٧٠ لسنة ١٩٥٨ المؤرخ في ٢٢ ديسمبر ١٩٥٨ والمتعلق بالقانون الأساسي المتعلق بحالة السلطة القضائية، والمستحدث بموجب القانون رقم ٢٠١٦ -١٠٩٠ الصادر في ٨ أغسطس ٢٠١٦ (لمادة ٢٨ منه)؛ حيث نصت المادة سالفة الذكر على أنه " يكفل القضاة منع أو الوقف الفوري لحالات تضارب المصالح.

ويشكل تضارب في المصالح أية حالة من التداخل بين المصلحة العامة والمصالح العامة أو الخاصة التي من المحتمل أن تؤثر أو يبدو أنها تؤثر على الممارسة المستقلة والمحايدة والموضوعية لوظيفة ما"[٤].

وبتدقيق النظر في هذا النص نجد أنه يفرض على القضاه التزاما بمنع حدوث أية تضارب في المصالح سواء في نفسه أو في غيره ؛ فعلى مستوى نفسه إذا كان له أو لزوجته مصلحة شخصية في النزاع، أو إذا كان

([1]) CEDH (STRASBOURG), ARRÊT LAVENTS c. LETTONIE , 28 novembre 2002, Document URL:https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60802

حيث اعتبرت المحكمة في هذا الحكم أن إدلاء قاضي بالمحكمة الابتدائية بتعليقات إلى الإعلام قبل المحاكمة أشار فيها إلى احتمالية إدانة المدعى عليه أو حصوله على براءة جزئية، دون أن يتطرق إلى احتمالية البراءة الكلية دليلاً على وجود تحيّز شخصي تجاه القضية، أو إصدار رأي مسبق فيها، ومن ثم يعد ذلك انتهاكًا لمقتضى الحيدة والنزاهة.

([2])v: Marie Schurmans , op.,cit, N° 11, p.11, Note 43 .

([٣]) راجع: د.أحمد ماهر زغلول، الموجز في أصول وقواعد المرافعات، الكتاب الأول، ١٩٩١، ص ١٧٩ وما بعدها؛ د. أحمد هندي، قانون المرافعات المدنية والتجارية، النظام القضائي والاختصاص والدعوى، طبعة ١٩٩٥، دار الجامعة الجديدة للنشر، بند ٣٠ وما بعده ، ص ٩٨ وما بعدها.

([4]) Article 7-1 de ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature " **Les magistrats veillent à prévenir ou à faire cesser immédiatement les situations de conflit d'intérêts .**
Constitue un conflit d'intérêts toute situation d'interférence entre un intérêt public et des intérêts publics ou privés qui est de nature à influencer ou à paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif d'une fonction".

هو أو زوجته دائنًا أو مدينًا أو وريثًا مفترضًا أو موهوبًا لأحد الطرفين، إذا كان هو أو زوجه قريبا أو قريبا لأحد الطرفين أو زوجه حتى الدرجة الرابعة شاملة، أو إذا كانت هناك دعوى قضائية بينه وبين زوجته وأحد الأطراف أو زوجته، أو إذا سبق له أن نظر في القضية بصفته قاضياً أو محكماً أو إذا كان قد نصح أحد الأطراف، أو إذا كان القاضي أو زوجته مسؤولاً عن إدارة ممتلكات أحد الطرفين، أو إذا كانت هناك علاقة تبعية بين القاضي أو زوجته وأحد الأطراف أو زوجته، أو إذا كانت هناك صداقة أو عداوة سيئة السمعة بين القاضي وأحد الأطراف، أو إذا كان هناك تضارب في المصالح بالمعنى الوارد بالمادة ٧-١ من الأمر رقم ٥٨-١٢٧٠ المؤرخ في ٢٢ ديسمبر ١٩٥٨ المتعلق بتحديد القانون الأساسي المتعلق بحالة السلطة القضائية.

وعلى مستوى غيره ؛ فهو مكلف بمنع حدوث أية تضارب في المصالح متعلق بغيره من الموظفين يمكن أن يؤثر على ممارسته للوظيفة بشكل مستقل ومحايد وموضوعي.

ولاشك أن هذا النص الوارد بالقانون الفرنسي من النصوص الهامة لتحقيق ضمانة عدالة الإجراءات؛ حيث إنه يفرض على القضاه التزاما بمنع تضارب المصالح الذي قد ينشأ في نفس القاضي أو في غيره، وهو الأمر الذي يعمل على تحقيق مزيدا من الاستقلالية والنزاهة في القاضي المكلف بالفصل في الدعوى، فضلا عن أنه يعمل على تحقيق ضمانة الأمانة الإجرائية؛ **ولذا نقترح أن يستفيد المشرع المصري من هذا التنظيم التشريعي بإضافة نص مماثل له في قانون المرافعات المصري بحيث يكون أحد المباديء التوجيهية في الخصومة القضائية .**

ويكون النص المقترح كالآتي:

" يكفل القضاة منع أو الوقف الفوري لحالات تضارب المصالح التي قد تنشأ.

ويشكل تضارب في المصالح أية حالة من التداخل بين مصلحة عامة ومصلحة الخاصة، أو بين مصلحة عامة ومصلحة عامة أخرى يكون من المحتمل أن تؤثر، أو يبدو أنها تؤثر على الممارسة المستقلة والمحايدة والموضوعية لوظيفة ما ".

وعلاوة على ذلك، فقد كرست المواد ١١١- ٥ و ١١١-٦ من قانون التنظيم القضائي هذه الضمانة؛ حيث نصت المادة الأولى على" تكون حيدة ونزاهة المحاكم مضمونة بموجب القواعد الحالية

للقانون.."، أما المادة الثانية فقد حددت الحالات التي إن توافرت في القاضي أصبح غير محايد وجاز للخصم طلب رده[1].

وعلى صعيد القانون المصري نجد أنه كرس ضمانة استقلالية ونزاهة القاضي بموجب المادة ١٤٦ و١٤٧و ١٤٨ من قانون المرافعات ؛ حيث نصت الأولى على أنه" يكون القاضى غير صالح لنظر الدعوى ممنوعاً من سماعها ولو لم يرده أحد من الخصوم فى الأحوال الآتية:

١- إذا كان قريباً أو صهرا لأحد الخصوم إلى الدرجة الرابعة.

٢- إذا كان له أو لزوجته خصومة قائمة مع أحد الخصوم فى الدعوى أو مع زوجته.

٣ - إذا كان وكيلا لأحد الخصوم فى أحد أعماله الخصوصية أو وصياً عليه أو مظنونة وراثته له،

٤- أو كانت له صلة قرابة أو مصاهرة للدرجة الرابعة بوصى أحد الخصوم أو بالقيم عليه أو بأحد أعضاء مجلس إدارة الشركة المختصمة أو بأحد مديريها و كان لهذا العضو أو المدير مصلحة شخصية فى الدعوى .

٥- إذا كان له أو لزوجته أو لأحد أقاربه أو أصهاره على عمود النسب أو لمن يكون هو وكيلا عنه أو وصيا أو قيماً عليه مصلحة في الدعوى القائمة .

([1]) Article 111-6 de code de l'organisation judiciaire dispose que "

Sous réserve de dispositions particulières à certaines juridictions, la récusation d'un juge peut être demandée .

Si lui-même ou son conjoint a un intérêt personnel à la contestation

Si lui-même ou son conjoint est créancier, débiteur, héritier présomptif ou donataire de l'une des parties.

Si lui-même ou son conjoint est parent ou allié de l'une des parties ou de son conjoint jusqu'au quatrième degré inclusivement.

S'il y a eu ou s'il y a procès entre lui ou son conjoint et l'une des parties ou son conjoint.

S'il a précédemment connu de l'affaire comme juge ou comme arbitre ou s'il a conseillé l'une des parties

Si le juge ou son conjoint est chargé d'administrer les biens de l'une des parties

S'il existe un lien de subordination entre le juge ou son conjoint et l'une des parties ou son conjoint

S'il y a amitié ou inimitié notoire entre le juge et l'une des parties.

S'il existe un conflit d'intérêts, au sens de l'article 7-1 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature.

٦ - إذا كان قد أفتى أو ترافع عن أحد الخصوم فى الدعوى أو كتب فيها و لو قبل أشتغاله بالقضاء أو كان قد سبق نظرها قاضيا أو خبيرا أو محكماً ، أو كان قد أدى شهادة فيها.

لاشك أن توافر أي من الحالة السابقة يؤثر على استقلالية القاضي وحيدته، مما يجعله غير صالح لنظر الدعوى حتى ولو لم يرده أحد الخصوم ووجب عليه أن يتنحى عن نظر الدعوى، فإن استمر في نظر الدعوى رغم ما لحق به من الأسباب الموجبة لتنحيه وأصدر حكما فيها اعتبر هذا الحكم منعدما وجاز للخصم المتضرر التمسك ببطلان الحكم الصادر منه[١]. وتأكيدا لذلك قررت المادة ١٤٧ مرافعات أنه" **يقع باطلا عمل القاضى أو قضاؤه فى الأحوال المتقدمة الذكر ولو تم باتفاق الخصوم. وإذا وقع هذا البطلان فى حكم صدر من محكمة النقض جاز للخصم أن يطلب منها إلغاء الحكم وإعادة نظر الطعن أمام دائرة أخرى**".

ويستخلص من ذلك أن المشرع المصري حرصا منه على زيادة التحوط لسمعة القاضي وحماية منه لضمانة الحيدة والنزاهة المقررة لتحقيق المحاكمة المنصفة فقد جعل أحوال عدم صلاحية القاضي لنظر الدعوى متعلقة بالنظام العام، وهو الأمر الذي يوجب على القاضي أن يتنحى عن نظر الدعوى من تلقاء نفسه، وأجاز للخصوم أن يطلبوا ذلك، فإذا لم ينصاع القاضي لهذا الالتزام وقع عمله أو قضاؤه باطلا ولو باتفاق الخصوم، ولو بدون علمه المسبق بسبب عدم صلاحيته. ويكون السبيل لتصحيح هذا الحكم الباطل هي الطعن عليه بسبل الطعن المتاحة[٢]، ويجوز التمسك بعدم الصلاحية في أي حالة كانت عليها الإجراءات، وفي أي مرحلة من مراحل التقاضي ولو لأول مرة أمام محكمة النقض[٣]. وفضلا عن ذلك أتاح القانون المصري للخصم رفع دعوى البطلان

---

(١) راجع شرح تفصيلي في أحوال رفع دعوى البطلان الأصلية: د. محمد على عبدالسلام، دعوى البطلان الأصلية ، دراسة تحليلية تطبيقية في ضوء أحكام مجلس الدولة، مجلة حقوق حلوان للدراسات القانونية والاقتصادية ، ص ٤٠٤ وما بعدها.

(٢) قارن : د.فتحي والي، الوسيط ، مرجع سابق، ص ١٧٦، هامش ٣ ؛ د. محمد عبدالخالق عمر، ج١ ، ص ٢٥١ ؛ حيث يرى جمهور الفقه أن وسيلة الطعن على الحكم الذي صدر من قاضي غير صالح لنظر الدعوى هو رفع دعوى البطلان الأصلية على أساس أن عدم الصلاحية تعد عيبا جسيما تجعل الحكم الذي ينطوي عليه منعدما.

وهناك جانبا آخر من الفقه يرى أن عدم الصلاحية لا تؤدي بالحكم إلى درجة الانعدام. راجع: د. محمد كمال عبدالعزيز، تقنين المرافعات في ضوء القضاء والفقه ، ط٣ ، ١٩٩٥ ، ج١ ، ص ٨٨٩ ؛ د. وجدي راغب فهمي، مباديء الخصومة المدنية، مرجع سابق، ص ١٩٥، هامش رقم ٣ . مشار إليه في: د.عيد محمد القصاص، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجاري، الطبعة الثانية، ٢٠١٠، ص ٦٨، هامش ٣. ويؤيد سيادته الاتجاه الثاني؛ حيث يرى أن عيب عدم الصلاحية لا يصل بالحكم إلى حد الانعدام بدليل أن قد يتدخل فيضيف حالة أو يلغي أخرى، وأن أحوال عدم لصلاحية تختلف من تشريع لآخر . راجع صفحة ٦٩ – ٦٩ .

(٣) راجع تفصيلا: دعيد محمد القصاص، الوسيط ..، مرجع سابق، بند ٢٥، ص ٦٧ وما بعدها .

الأصلية على الأحكام الصادرة من محكمة النقض[١] أو المحكمة الإدارية العليا بالرغم من أن هذه الأحكام لا تقبل الطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن(المادة ٢٧٢ مرافعات)[٢].

وإمعانا من القانون المصري في تحقيق ضمانات المحاكمة العادلة؛ فقد أجاز للخصوم بموجب المادة ١٤٨ مرافعات[٣] طلب استبعاد القاضي من تشكيل المحكمة أو من الحكم في الدعوى إذا كان مشتبها في تحيزه لأحدهما؛ إذ من شأن توافر الحالات المنصوص عليها في الماد سالفة الذكر أن تؤثر في ضمير القاضي بحيث لا يضمن مع وجودها حيدته ونزاهته[٤].

ولما كانت هذه الضمانة من ضمانات المحاكمة العادلة تتعلق بالنظام العام، فإن السؤال المنطقي الذي يدور حوله موضوع البحث هل من الجائز التنازل عن ضمانة استقلالية ونزاهة القاضي أو المحكم؟ وإذا كانت الإجابة بالإيجاب ففي أي مرحلة يجوز هذا التنازل ؟ هل يجوز التنازل في المرحلة السابقة على بدء النزاع أم في المرحلة اللاحقة لبدء النزاع ؟ هذا ما سنقوم بإيضاحه في الفصل الثاني من هذا البحث. والآن ننتقل إلى بيان ضمانة أخرى من الضمانات من ضمانات المحاكمة العادلة، وهي ضمانة ضرورة الفصل في القضية خلال مدة معقولة.

المطلب الخامس

ضمانـة ضرورة الفصل في القضية خلال مدة معقولـة.

تعد سرعة الفصل في القضايا واحدة من أهم عناصر المحاكمات العادلة[٥]، فالتأخير غير المبرر للاجراءات القضائية يعتبر حرمانا من العدالة[٦]. ولذلك فقد أكدت المادة ٦-١ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الانسان على ضرورة احترام الدول الأعضاء في الاتفاقية لحق الإنسان في أن

---

(١) تنص المادة ٢٧٢ مرافعات مصري على أنه " لا يجوز الطعن في أحكام محكمة النقض بأي طريق من طرق الطعن".

(٢) راجع : د. محمد على عبدالسلام، دعوى البطلان..، مرجع سابق، ٣٦٨.

(٣) تنص المادة ١٤٨ مرافعات على أنه " يجوز رد القاضي لأحد الأسباب الآتية:

(١)إذا كان له أو لزوجته دعوى مماثلة للدعوى التي ينظرها، أو إذا جدت لأحدهما خصومة مع أحد الخصوم، أو لزوجته بعد قيام الدعوى المطروحة على القاضي ما لم تكن هذه الدعوى قد أقيمت بقصد رده عن نظر الدعوى المطروحة عليه.

(٢)إذا كان لمطلقته التي له منها ولد أو لأحد أقاربه أو أصهاره على عمود النسب خصومة قائمة أمام القضاء مع أحد الخصوم في الدعوى أو مع زوجته ما لم تكن هذه الخصومة قد أقيمت بعد قيام الدعوى المطروحة على القاضي بقصد رده.

(٣)إذا كان أحد الخصوم خادماً له، أو كان هو قد اعتاد مؤاكلة أحد الخصوم أو مساكنته، أو كان تلقى منه هدية قبيل رفع الدعوى أو بعده.

(٤) إذا كان بينه وبين أحد الخصوم عداوة أو مودة يرجح معها عدم استطاعته الحكم بغير ميل".

(٤) راجع شرح تفصيلي لحالات رد القاضي: د.عيد القصاص، مرجع سابق، ص ٦٩ وما بعدها.

(5) Arnaud Buisson Fizellier et François-Xavier Goulard, Délai raisonnable : la Cour de cassation précise sa position, 30/11/2022.

(٦) راجع تفصيلا في الآثار الناجمة عن البطء في التقاضي: د.فتحي اسماعيل والي، قانون المرافعات في مائة عام، مجلة القانون والاقتصاد، ١٩٧٣، السنة ٤٣، ص ٤٤٢؛ د. أحمد صدقي محمود، المدعى عليه وظلهرة البطء في التقاضي، دار النهضة العربية ، ١٩٩٤ ، ص ٥ وما بعدها.

تنظر قضيته خلال مدة زمنية معقولة؛ فقد ألزمت الاتفاقية الدول الأطراف على وضع تنظيم تشريعي داخلي يسمح باحترام مباديء القضية العادلة[١]. ونظرا لأن التأخيرات الإجرائية المُبَالغ فيها قد تؤدي بدورها إلى الإضرار بفعالية تطبيق العدالة ومصداقيتها؛ فقد حظي هذا الحق بجانب كبير من أحكام المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان[٢].

وتتعامل المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان مع ضمانة ضرورة الفصل في القضية خلال مدة زمنية معقولة بوصفه قابلاً للتطبيق في كل من الإجراءات المدنية والجنائية على حدٍ سواء. كما تؤكد المحكمة على أنه لا يجوز تبرير البطء في الفصل في القضايا المدنية بحجة تعقيد القضية أو سلوك أحد الخصوم[٣]. ومع ذلك فإن المحكمة تقيم مدى معقولية المدة المعقولة بناءً على عدة معايير من بينها مدى تعقيد القضية وسلوك مقدم الطلب وموقف السلطات العامة[٤].

ويقصد بالمدة المعقولة هي المدة المعتدلة التي يتعين أن يتم خلالها الفصل في الدعوى والتي يمكن حسابها عن طريق القياس الدقيق[٥]. ويلاحظ أنه لا يوجد تعريف تشريعي محدد لها من قبل الدول الأطراف، وهو الأمر الذي فتح باب الاجتهاد القضائي في وضع تعريف لها. وقد استقر القضاء على تحديدها وفقا لظروف كل قضية على حدة، وهي مسألة واقعية يتم بحثها من قبل محكمة النقض وفقا لظروف كل قضية دون النظر إلى عدد الشهور أو السنوات المستغرقة للفصل في الدعوى[٦].

وتحدد المحكمة طريقة احتساب نقطة البداية التي يقاس من خلالها المدة المعقولة؛ حيث تقرر أنه في مسائل «الحقوق والالتزامات ذات الطابع المدني» تبدأ الفترة التي تؤخذ في الاعتبار من تاريخ

---

(1) Vanessa Gonçalves Alvarez, Le délai raisonnable du procès dans le systeme européen des droits de l'homme et les décrets magendie, Article publié de 23 août 2023.sur site:https://www.village-justice.com.

(٢) راجع شرح تفصيلي لموضوع المدة المعقولة للفصل في القضية: رسالتنا للدكتوراه، تعاون الخصوم في الإثبات، مرجع سابق، ص٧٣ وما بعدها .

(٣) راجع شرح تفصيلي بشأن المعايير المعتمدة لتقييم مدى تجاوز المدة المعقولة: رسالتنا للدكتوراه، تعاون الخصوم، مرجع سابق، ص٨٧ - ٨٨ .

(4) JulieMEUNIER, La notion de procès équitable devant la Cour européenne des droits de l'homme.

(٥) راجع شرح تفصيلي بشأن مفهوم المدة المعقولة والغرض منها ومصدرها وكيفية احتسابها وقيودها ومعايير تقييمها وجزاء الاخلال بها: رسالتنا للدكتوراه، تعاون الخصوم، مرجع سابق، ص٨٠ وحتى ٨٩ .

(6) Arnaud Buisson Fizellier et François-Xavier Goulard, Délai raisonnable : Article precedente.

رفع الدعوى إلى المحكمة وحتى الوقت الذي يصبح فيه حكم المحكمة نهائيا، بما في ذلك سبل الانتصاف وكذلك تنفيذ هذا الحكم[١].

أما فيما يتعلق بالمسائل الجنائية فتبدأ المدة منذ اللحظة التي يجد فيها الشخص نفسه "متهما"، وهذه اللحظة قد تكون في تاريخ سابق على الإحالة إلى المحكمة[٢].

وتكريسا لهذه الضمانة على مستوى التشريعات الداخلية للدول الأعضاء في الاتفاقية؛ كفرنسا فقد نصت المادة ٣-١١١ من قانون التنظيم القضائي الفرنسي على هذه الضمانة بشكل مباشر؛ بقولها " **يتعين أن تصدر الأحكام خلال مدة معقولة "**[٣]. **وفضلا عن ذلك يتيح القانون الفرنسي للمتقاضي الحق في رفع دعوى التعويض عن المدة المفرطة لإجراءات الخصومة والخلل الوظيفي لخدمة العدالة، والتي يتعين رفها خلال أربعة سنوات سنوات تبدأ من اليوم الأول من السنة التالية لليوم الذي صدر فيه الحكم الذي يشكل الفعل الضار والمنشئ للمسئولية.**

وعلى صعيد القانون المصري فإننا نجد المادة ٩٧ من الدستور تكرس هذه الضمانة؛ حيث نصت على أن التقاضي حق مصون ومكفول للناس كافة، وتكفل الدولة تقريب جهات القضاء من المتقاضين وسرعة الفصل في القضايا. ومن ثم ؛ فإن هذه الضمانة تعد أحد المباديء الدستورية في النظام المصري، ولكن تحقيقها على أرض الواقع يحتاج إلى الكثير من الإصلاحات التشريعية من أجل تحقيق سرعة الفصل في القضايا كما هو موجود في التشريعات المقارنة .

ولكن على مستوى قانون المرافعات نجد أنه لا يتضمن إطارا تشريعيا يلزم القضاة بضرورة الفصل في القضايا خلال مدة معقولة، كما هو مقرر بالقانون الفرنسي؛ **ولذا فإننا نقترح أن يضيف المشرع المصري نص مماثل لقانون المرافعات المدنية والتجارية يضع على عاتق القضاه التزاما بأن تقضي في الدعاوى المعروضة عليها خلال مدة معقولة . ويكون النص المقترح كالآتي:**

" يتعين أن تصدر الأحكام خلال مدة معقولة**".**

---

(١) أكدت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في قضية Jankovic v Croatia جانكوفيك ضد كرواتيا، وهي قضية تتعلق بالتعرض للحيازة أن تنفيذ حكم المحكمة يجب أن يعتبر جزءًا لا يتجزأ من « نظر الدعوى » لأغراض تقييم معقولية طول الإجراءات.
(ECHR) (Fourth Section), JANKOVIĆ v. CROATIA , 12 October 2000 , no. 43440/98.

(2) C.E.D.H., *Eckle c. Allemagne*, 15 juillet 1982, série A n°51, § 73.

(3) Article 111-3 de Code de l'organisation judiciaire , Création Ordonnance n°2006-673 du 8 juin 2006 - art. 1 (V) JORF 9 juin 2006 " **Les décisions de justice sont rendues dans un délai raisonnable**".

وفضلا عن ذلك نقترح أن يتضمن نظامنا القانوني آلية من خلالها يستحق الخصم المتضرر من انتهاك هذه الضمانة أية تعويضات، كما هو الحال في القانون الفرنسي.

ولذا فإننا نقترح أن يضيف المشرع المصري نصا آخر لقانون المرافعات يجيز للمتقاضي المتضرر الحق في رفع دعوى التعويض عن المدة المفرطة لإجراءات الخصومة والخلل الوظيفي لخدمة العدالة في حالة حدوث إخلال بهذه الضمانة، ويجوز للمتقاضي رفع هذه الدعوى خلال ثلاث سنوات من تاريخ صدور الحكم.

ولما كانت ضمانة ضرورة الفصل في القضية خلال مدة معقولة الواردة بنص المادة ٦-١ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الانسان تتعلق بالنظام العام، فإن السؤال المنطقي الذي يدور حوله موضوع البحث هل من الجائز التنازل عن هذه الضمانة؟ وإذا كانت الإجابة بالإيجاب ففي أي مرحلة يجوز هذا التنازل ؟ هذا ما سنقوم بإيضاحه في الفصل الثاني من هذا البحث. والآن ننتقل إلى بيان الضمانات الإجرائية الفرعية المقررة بالاتفاقية الأوروبية لحقوق الانسان والقانون المصري لتحقيق المحاكمة العادلة.

المبحث الثاني

الضمانـات الإجرائية الفرعيــة

المقررة بالاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والقانون المصري.

تمهيد وتقسيم:

أكدت الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان على مجموعة من الضمانات المباشرة الواردة بنص المادة ٦-١ لتحقيق المحاكمات العادلة؛ كالحق في الوصول للقاضي، وعدالة الإجراءات، وعلانية المحاكمة، واستقلالية ونزاهة المحكمة، وضرورة الفصل في القضايا خلال أجل معقول. وكذلك مجموعة من الضمانات الأخرى التي تستخلص من مبدأ الحق في محاكمة عادلة؛ كضمانة تسبيب الأحكام(**مطلب أول**)، وضمانة ممارسة سبل الانتصاف القانونية (**مطلب ثان**)، والتي سنتطرق للحديث عنهما من أجل معرفة مدى جواز التنازل عنهما من عدمه. وإيضاح ذلك سيكون من خلال المطلبين الآتيين:

المطلب الأول

ضمانـة تسبيب الأحكـــام

يشكل الالتزام بتسبيب الأحكام ضمانة من الضمانات الإجرائية الهامة لتحقيق المحاكمة العادلة[١]؛ حيث يتطلب الحق في محاكمة عادلة أن تكون الأحكام الصادرة من محاكم النظام القضائي للدولة، أو من هيئات التحكيم مسببة تسبيبا كافيا[٢]. ويقصد بتسبيب الحكم إظهـار الأدلـة الواقعية والقانونية التي أسس القاضي عليها حكمه في الدعوى[٣]. ومن ثم، فهي بمثابة المقدمات التي أدت بالقاضي إلى إصدار حكمه في الدعوى وأقـام عليهـا منطوقـه[٤]، ووسيلة ذلك من الناحية العملية الإشارة إلى عبارات الحيثيات مثل "ولما كـان "، و"حيث إن"، و"بما أن"، و"بناء على ذلك"، ولهـذه الأسـباب. وهـذه العبـارات المقصودة في الدلالة على الأسباب تحمل الاستهلال السببي المهيئ للوصـول إلى المنطوق[٥].

وتتمثل أهمية إيراد الأسباب بالحكم في أن التسبيب يساهم في بث الثقة والطمأنينة في نفوس المتقاضين[٦]، وهي إظهار للاعتبارات التي قد تحظى بقبول الأطراف فـي القضـية[٧]، وقـد يتحقق

([1])V: G. DE MAESENEIRE, « Motivering rechterlijke beslissingen », *N.j.W.*, 2007, p. 194, n° 1 *in fine*. ; A. HOC, « Principe de la contradiction, obligation de motivation et appel-nullité », *J.T.*, 2014/32, n° 6576, p. 615, n° 12. ; F. KUTY, « L'obligation de motivation des décisions judiciaires au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'home », *R.T.D.H.*, 1998, pp. 843 à 852.

Cour eur. D.H., arrêt *H. c. Belgique* du 30 novembre 1987, www.echr.coe.int., § 53.

([2])V: R. ERGEC et J. VELU, op. cit, n° 478 ab initio ., p.510.

([٣]) راجع: د.عبدالحميد الشواربي، قواعد تسبيب الأحكام المدنية والجنائية في ضوء الفقه والقضاء، الناشر منشأة المعارف بالإسكندرية، بدون سنة نشر، ص ٤٨؛ د. عبد الحميد أبو هيف، المرافعات، مرجع سابق، بند ١٠٦، ص٧٦٦؛ د. أحمد مسلم، أصول المرافعات، التنظيم القضـائي والإجراءات والأحكام في المواد المدنية والتجارية والشخصية، طبعة ١٩٦١، بدون اسم ناشر، ص٦٤٦ رقم ٦٢٢؛ د.عزمي عبد الفتاح، تسبيب الأحكام وأعمال القضاة في المواد المدنية والتجارية، الطبعة ٢٠٠٨– دار النهضـة العربيـة، ص٥ وما بعدها.

([٤]) راجع: د.عائشة عبدالله هياس الزهراني، تسبيب الأحكام القضائية – دراسة تحليلية تطبيقية وفقا للنظام السعودي ، بحث منشور بمجلة البحوث الفقهية والقانونية بكلية الشريعة والقانون بدمنهور، العدد الثالث والأربعين ، أكتوبر ٢٠٢٣ ، ص ٤٩١٩.

([٥]) راجع: د.حسام أحمد العطار، تسبيب الأحكام القضائية، دراسة في قانون المرافعات المصري والفرنسي، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية كلية الحقوق جامعة عين شمس، العدد الثاني، الجزء الثاني ، السنة ٥٨ ، يوليو ٢٠١٦، ص ٦٥٥ وما بعدها.

([٦]) راجع : د. طلعت دويدار ، ضمانات التقاضي في خصومة التحكيم ، مرجع سابق، ص ١٢٩ .

([٧]) قضت محكمة النقض المصرية بأنه " المقرر – في قضاء محكمة النقض– أن الحكم يجب أن يكون مبنيًا على أسباب واضحة جلية وهو لا يكون كذلك إلا إذا كان يحمل بذاته ما يطمئن المطلع عليه إلي أن المحكمة قد محصت الأدلة والمستندات المقدمة إليها وموازنة بعضها بالبعض الآخر وترجيح ما تطمئن ترجيحه بما ينبئ عن بحث ودراسة أوراق الدعوي عن بصر وبصيرة حتي تتوافر الرقابة علي عمل القاضي والتحقق من حسن استيعابه لوقائع النزاع ودفاع طرفيه وعدم إغفال الرد عليهم". نقض مدني، جلسة ٢٥ يونية ٢٠٢٢ ، الطعن رقم ١١٤٦٣ لسنة ٨٦ ق .

ذلك لهم جميعاً أو للبعض دون الآخر مما يعد في حد ذاته سبباً لمباشرة الطعن[١]، ومن أجل ذلك أوجب المشرع المصري[٢] والمقارن[٣] أن يتضمن الحكم الأسباب التي أدت إليه وجعل اشتمال الحكم عليها أمراً حتمياً، ولا يستثنى من ذلك سوى الأحكام غير القطعية الصادرة بإجراءات الإثبات إعمالاً لحكم المادة ٥ من قانون الإثبات المصري[٤].

ويقتضي تسبيب الحكم عدة متطلبات من القاضي[٥]، أولها الرد على الطلبات ووسائل الدفاع المقدمة بشكل منهجي ومنتظم من خلال المذكرات المكتوبة من الأطراف[٦]، فضلا عن إيراد حيثيات الحكم بشكل يمكن المتقاضي من التحقق من احترام ضمانة مبدأ المواجهة[٧]، أو حيدة القاضي[٨]. وعلاوة على ذلك، يتعين أن تكتب حيثيات الحكم بشكل يمكن الطرف الخاسر من النظر فيما إذا كان سيستأنف الحكم أم لا[٩].

وقد قرر المشرع الفرنسي هذه الضمانة بموجب المادة ٤٥٥ مرافعات؛ بقولها يجب أن يحدد الحكم بإيجاز طلبات الخصوم ووسائل دفاعهم.. **ويجب أن يكون الحكم مسببا"**. وعلاوة على ذلك فقد رتبت

---

(١) راجع :عزمي عبدالفتاح ، تسبيب الأحكام وأعمال القضاء في المواد المدنية والتجارية، دار الفكر العربي، ١٩٨٣ ، ص ٢ وما بعدها؛ د. نبيل اسماعيل عمر، تسبيب الأحكام القضائية في قانون المرافعات المدنية والتجارية ، دار الجامعة الجديدة ، ٢٠٠١ ، ص ٥ وما بعدها. قارن: د. أحمد مسلم، أصول المرافعات ، مرجع سابق، بند ٤٨، ص ٤٨؛ حيث يري سيادته أن تسبيب الأحكام ليس دائما مرتبطا بحق الطعن في الحكم، فقد يكون الحكم مما لا يقبل الطعن فيه ومع ذلك يتعين تسبيبه.

(٢) تنص المادة ١٧٤ من قانون المرافعات على أنه "ينطق القاضي بالحكم بتلاوة منطوقه أو بتلاوة منطوقه مع أسبابه، ويكون النطق به علانية وإلا كان الحكم باطلاً ". كما تنص المادة ١٧٥ على أنه " يجب في جميع الأحوال أن تودع مسودة الحكم المشتملة على أسبابه موقعة من الرئيس ومن القضاة عند النطق بالحكم، وإلا كان الحكم باطلاً، ويكون المتسبب في البطلان ملزماً بالتعويض إن وجد له وجه"، كما قررت المادة ١٧٦ أنه "يجب أن تشتمل الأحكام على الأسباب التي بني عليها وإلا كانت باطلة"، وصرحت المادة ١٧٧ بأنه تحفظ مسودة الحكم المشتملة على منطوقه وأسبابه بالملف، ولا تعطى منها صور، ولكن يجوز للخصوم الاطلاع عليها إلى حين إتمام نسخة الحكم الأصلية، كما جاء في الفقرة الثانية من المادة ١٧٨ من قانون المرافعات أنه يجب أن يشتمل الحكم على عرض مجمل لوقائع الدعوى، ثم طلبات الخصوم، وخلاصة موجزة لدفوعهم ودفاعهم الجوهري، ورأي النيابة، ثم تذكر بعد ذلك أسباب الحكم ومنطوقه. **وورد في الفقرة الثالثة من ذات المادة أن القصور في أسباب الحكم الواقعية، والنقص أو الخطأ الجسيم في أسماء الخصوم وصفاتهم وكذا عدم بيان أسماء القضاة الذين أصدروا الحكم يترتب عليه بطلان الحكم.**

(٣) نصت المادة ١٤١ و ٤٥٥ من قانون المرافعات الفرنسي في فقرتها الثانية على ضرورة تسبيب الحكم الصادر في الدعوى.

(٤) راجع: د.وجدي راغب فهمي، مبادئ القضاء المدني، قانون المرافعات، الطبعة الرابعة ٢٠٠٤ ، دار النهضة العربية، ص٦٨٥.

(5)Cf :Dubois, Livia, "La renonciation aux garanties du procès équitable",op.,cit, p.55.

(6)**V: G.DE LEVAL,** « Le jugement », *Droit judiciaire : Manuel de procédure civile*, 2e éd., sous la direction de G. de Leval, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 639, n° 7.15 .

(7)**V:** Dubois, Livia,op.,cit, p.55,Note 300.

(8)**V:** G.CLOSSET-MARCHAL, «Examen de jurisprudence (2000-2015) – Droit judiciaire privé» – *op. cit.* , n°109, p.153.

(9)**V: F. KUTY,** « L'obligation de motivation des décisions judiciaires au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme » , *R.T.D.H.*, 1998, pp. 843 à 852. Specialment, p. 847, n° 4.

المادة ٤٥٨ على عدم مراعاة هذه الضمانة البطلان؛ بقولها "ويجب مراعاة ما نصت عليه المادة ٤٥٥ فقرة ١ وإلا ترتب على ذلك البطلان". وعلى صعيد القانون المصري، فقد قررت المادة ١٧٦ مرافعات ذات الحكم السابق؛ بقولها "يجب أن تشتمل الأحكام على الأسباب التي بني عليها وإلا كانت باطلة"، فضلا عن أن المادة ١٧٨ فقرة ٣ قررت أن القصور في أسباب الحكم الواقعية يترتب عليه البطلان.

وترتيبا على ما تقدم، فإن ضمانة تسبيب الأحكام هي التزام عام مقرر في كل الأحكام القضائية أيا ما كانت الدعوى التي تنظرها المحكمة، يستوي في ذلك أن تكون الدعوى مدنية، أو تجارية، أو جنائية، أو إدارية. وهذه الضمانة تعد من النظام العام، سواء اعتبرت وسيلة لمراقبة الأحكام من قبل محكمة الطعن، أو اعتبرت وسيلة من وسائل مراقبة العلانية في أداء المحاكم[١]؛ ومن ثم يوجب الأصل العام في الأحكام القضائية أن تكون مسببة وإلا كانت باطلة.

وفيما يتعلق بضمانة تسبيب أحكام التحكيم يرى الرأي الغالب في الفقه أن التسبيب عنصر جوهري من عناصر حكم التحكيم[٢]، ومع ذلك فإن ذكر الأسباب يتوقف على اتفاق أطراف النزاع؛ إذ يجوز لهم الاتفاق على عدم ذكر الأسباب في الحكم، ولا يترتب البطلان لحكم التحكيم في حالة الاتفاق على ذلك، أما إذا لم يتفق أطراف خصومة التحكيم على عدم ذكر الأسباب كان الأصل هو الواجب الاتباع بما يعني لزوم التسبيب[٣]، على أن هذه القاعدة الأخيرة مقيدة بقيد مهم مفاده وجوب اتباع القانون الأجنبي الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم[٤]. **ومن ثم؛** فالرأي مستقر على أن ضمانة تسبيب أحكام التحكيم ليست من النظام العام؛ فيجوز للخصوم الاتفاق على عدم تسبيب حكم التحكيم، سواء في اتفاق خاص أو ضمن شروط عامة وردت بشأن التحكيم[٥].

---

(١) أنظر : د. طلعت دويدار، ضمانات التقاضي، مرجع سابق، ص ١٣٠ .

(2) V: J. VAN COMPERNOLLE, « L'annulation de la sentence arbitrale pour défaut de motivation en droit belge », *L'arbitre et le juge étatique*, sous la direction de A. Saletti, J. van Compernolle et J.-F. van Drooghenbroeck, Bruxelles, Bruylant, 2014, n° 2 *in fine* , p. 368.

(٣) أنظر: د. حسام العطار ، مرجع سابق ، ص ٦٦٠ .

(٤) أنظر: د.أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقا للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم الدولية، طبعة ٢٠٠٢، ص١٨٥ وما بعدها؛ د. عزمي عبدالفتاح، قانون التحكيم الكويتي- دراسة لقواعد التحكيم الداخلي فى قانون المرافعات الكويتي، الطبعة الثانية ، ٢٠١٢ ، مؤسسة دار الكتب، الكويت، ص ٣١٥.

(٥) أنظر : د.طلعت دويدار، ضمانات التقاضي، مرجع سابق، ص١٣٠ وما بعدها.

وتأكيدا لذلك فقد ربط المشرع المصري قاعدة تسبيب أحكام التحكيم بإرادة الخصوم واعتبرها قاعدة مكملة تنطبق حيث لا يوجد اتفاق على خلافها، أو قاعدة احتياطية إذا لم ينص القانون الواجب التطبيق على التحكيم على خلافها؛ حيث نصت المادة ٤٣ فقرة ٢ من قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٩٤ على أنه ".. ٢- يجب أن يكون حكم التحكيم مسبباً إلا **إذا إتفق طرفا التحكيم على غير ذلك أو أن القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم لا يشترط ذكر أسباب الحكم**..". وفي ذات الاتجاه نصت المادة ٣/٢٣ من قواعد تحكيم مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي؛ بقولها" يجب أن تسبب هيئة التحكيم الحكم، ما لم يكن الطرفان قد اتفقا على عدم تسبيبه".

ومما هو جدير بالذكر أن هناك الكثير من التشريعات الدولية سارت في ذات اتجاه اعتبار ضمانة التسبيب ليست من النظام العام؛ ومن ثم يجوز الاتفاق على مخالفتها والنزول عنها. ومن قبيل ذلك الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي التي أفسحت المجال بموجب المادة الثامنة منها لعدم تسبيب حكم التحكيم؛ بقولها " من المفترض في الأطراف أن يكونوا قد توافقوا على أن يكون الحكم التحكيمي مسببا باستثناء:

١- **إذا كان الأطراف قد أعلنوا صراحة أن الحكم يقتضي ألا يكون كذلك.**

٢- **إذا كانوا قد أخضعوا أنفسهم لقواعد مرافعات تحكيمية ليس من المتعارف عليه فيها تسبيب الأحكام.** وفي هذه الحالة يجوز للطرفين أو أحدهما طلب تسبيب الحكم صراحة قبل انتهاء الجلسة أو قبل تحرير الحكم".

٣- ونفس الأمر قررته قواعد الأونسيترال؛ حيث تنص المادة ٢/٣١ على أن يبين في قرار التحكيم الأسباب التي يبني عليها القرار، ما لم يكن الطرفان قد اتفقا على عدم بيان الأسباب أو ما لم يكن القرار قد صدر بشروط متفق عليها بمقتضى المادة ٣٠".

ومما هو جدير بالذكر أنه على الرغم من أن القانون المصري قد ربط التسبيب بإرادة الخصوم أو بالقانون الإجرائي الواجب التطبيق على التحكيم معتبرا أن قاعدة تسبيب حكم التحكيم قاعدة مكملة واحتياطية، إلا أن هناك جانب من الفقه المصري[1]، **نؤيده**، يدافع عن ضرورة تسبيب حكم التحكيم ويعتبر أن العيوب التي تلحق بالتسبيب والتي من شأنها أن تبطل حكم التحكيم كثيرة؛ كالقصور في التسبيب أو غموض الأسباب أو إبهامها أو تناقضها. وانطلاقا من هذه الوجهة من النظر ينتقد

(1) راجع : د. أحمد السيد صاوي، التحكيم، مرجع سابق ، بند ١٤٧ ، ص ١٨٦ .

البعض حكم محكمة استئناف القاهرة الذي ميز بين مدلول عيوب التسبيب التي تبطل الحكم القضائي، وتلك التي تبطل حكم التحكيم؛ إذ اعتبر هذا الحكم أن العبرة في صحة حكم التحكيم هي صدوره وفقا لإجراءات القانون؛ فلا يبطله القصور في التسبيب أو الفساد في الاستدلال أو إيراده تقريرات قانونية خاطئة، كما لا يفسده عدم الرد على دفاع قانوني للخصم؛ حيث إن النعي على الحكم بأي من هذه الأسباب لا يندرج ضمن الحالات التي تجيز رفع دعوى بطلان حكم التحكيم الواردة بموجب المادة ٥٣ تحكيم مصري[١]. إن أصحاب الرأي السابق يرون أن التفرقة التي عقدها الحكم السابق بخصوص تسبيب أحكام القضاء وتسبيب أحكام التحكيم لا محل لها؛ فحيث يتعين تسبيب أحكام التحكيم يجب مراعاة القواعد المتبعة في تسبيب أحكام القضاء باعتبارها من ضمانات التقاضي الرئيسة التي يؤدي عدم احترامها إلى بطلان حكم التحكيم[٢].

ومما يؤيد وجهة النظر السابقة أن هناك الكثير من التشريعات من يساوي بين حكم التحكيم وحكم القضاء في هذه المسألة؛ ومن قبيل ذلك قانون مرافعات الدولة الفرنسية باعتبارها إحدى الدول الموقعة على الاتفاقية الأوروبية لحقوق الانسان، والذي قرر بموجب المادة ١٤٨٢ فقرة ٢ ضرورة أن يكون حكم التحكيم مسببا[٣]، ورتب في المادة التالية ١٤٨٣ البطلان في حالة عدم مراعاة تسبيب حكم التحكيم[٤]. وفضلا عن ذلك فقد جعلت المادة ١٤٩٢ فقرة ٦ مرافعات من عدم تسبيب حكم التحكيم سببا من أسباب رفع دعوى بطلان حكم التحكيم[٥].

---

(١) حكم محكمة استئناف القاهرة الصادر من الدائرة التجارية السابعة في ١٢ مارس ٢٠٠١. مشار إليه في: د.أحمد السيد صاوي، التحكيم، مرجع سابق، بند ١٤٧، ص ١٨٦. مشار إليه في: د. طلعت دويدار، ضمانات التقاضي، مرجع سابق، ص ١٣٣، هامش رقم ٢ .

(٢) أنظر: الإشارة السابقة .

(3) Article 1482 de code de procedure civil francaise" La sentence arbitrale expose succinctement les prétentions respectives des parties et leurs moyens. **Elle est motivée.**

(4)Article 1483 de c. p. c. f. dispose que " Les dispositions de l'article 1480, celles de l'article 1481 relatives au nom des arbitres et à la date de la sentence et celles de l'article 1482 concernant la motivation de la sentence sont prescrites **à peine de nullité de celle-ci**...".

(5) Article 1492 de c. p. c. f. dispose que" Le recours en annulation n'est ouvert que si :

1° Le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompétent ; ou

2° Le tribunal arbitral a été irrégulièrement constitué ; ou

وفي ذات الاتجاه قررت قواعد التحكيم في غرفة التجارة الدولية بباريس، التي تنص في المادة ٢/٢٥ على أنه " يجب أن يكون حكم التحكيم مسببا" ولم تعطي للخصوم امكانية الاتفاق على خلاف ذلك.

ونظرا لأن بلجيكا من الدول الموقعة على الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان فكان حريا بنا أن نبحث هذه المسألة في النظام القانوني البلجيكي، وبمطالعة نصوص القانون القضائي الخاص المنظمة لقواعد التحكيم وجدنا أن المادة ١٧١٣ فقرة ٤ توجب ضرورة أن يكون حكم التحكيم مسببا دون أن تعطي لإرادة الخصوم أي دور لإمكانية الاتفاق على خلاف ذلك[١]، وقد رتبت المادة ١٧١٧ فقرة ٣ بند ٤ أ على عدم مراعاة ضمانة تسبيب حكم التحكيم سببا من أسباب رفع دعوى بطلان حكم التحكيم؛ بقولها " يبطل حكم التحكيم في الحالات التالية:

أ - إذا أثبت رافع دعوى البطلان توافر أي من الأسباب التالية:

٤- أن حكم التحكيم لم يكن مسببا"[٢].

3° Le tribunal arbitral a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été confiée ; ou

4° Le principe de la contradiction n'a pas été respecté ; ou

5° La sentence est contraire à l'ordre public ; ou

6° La sentence n'est pas motivée ou n'indique pas la date à laquelle elle a été rendue ou le nom du ou des arbitres qui l'ont rendue ou ne comporte pas la ou les signatures requises ou n'a pas été rendue à la majorité des voix.

([1]) Article 1713 de code judiciaire prive belge "…
§ 4. La sentence arbitrale est motivée.
§ 5. La sentence comprend notamment, outre le dispositif, les mentions suivantes :
a) les noms et [[3] adresses][3] des arbitres;
b) les noms et domiciles des parties;
c) l'objet du litige;
d) la date à laquelle la sentence est rendue;
(e) le lieu de l'arbitrage déterminé conformément à l'article 1701, § 1er [[2] ...][2].

([2]) **Article 1717 de c.j.p.belge " § 3. La sentence arbitrale ne peut être annulée que si**
a) la partie en faisant la demande apporte la preuve
i)
ii)
iii)
iv) que la sentence n'est pas motivée; ou

وعلى صعيد القانون السويسري نجد المادة ١٨٩ من القانون الفيدرالي تنص على أنه " يصدر حكم التحكيم بموجب الإجراءات ووفقا للشكل الذي يتفق عليه الخصوم.

وفي حالة عدم وجود مثل هذا الاتفاق فإن الحكم يصدر بالأغلبية، وفي حالة عدم توافر الأغلبية فمن قبل الرئيس وحده. ويتعين أن يكون الحكم مكتوبا ومسببا ومؤرخا وموقعا. ويكفي توقيع الرئيس"[١].

ولما كانت ضمانة تسبيب الأحكام من الضمانات الجوهرية لتحقيق المحاكمات العادلة، فإن السؤال المنطقي الذي يدور حوله موضوع البحث هل من الجائز التنازل عن هذه الضمانة ؟ وإذا كانت الإجابة بالإيجاب ففي أي مرحلة يجوز هذا التنازل؟ هل يجوز التنازل في المرحلة السابقة على بدء النزاع أم في المرحلة اللاحقة على بدء النزاع؟ هذا ما سنقوم بإيضاحه في الفصل الثاني من هذا البحث. والآن ننتقل إلى بيان ضمانة أخرى من من ضمانات المحاكمة العادلة، وهي ضمانة التقاضي على درجتين.

المطلب الثاني

ضمانــة التقاضـي على درجتين[٢] .

بالرغم من أن المادة ٦- ١ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان لم تشر بشكل مباشر إلى ضمانة التقاضي على درجتين[٣]، إلا أن المستقر عليه في قضاء المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان أن

([1]) Article 189 d(LDIP) suisse dispose aue" [1] La sentence arbitrale est rendue dans la procédure et selon la forme convenues par les parties.

[2] À défaut d'une telle convention, la sentence est rendue à la majorité ou, à défaut de majorité, par le président seul. Elle est écrite, motivée, datée et signée. La signature du président suffit.

([٢]) راجع شرح تفصيلي للحق في التقاضي على درجتين كأحد ضمانات الحق في محاكمة عادلة :

Mushekuru Mugeni Joyeux , Droit au double degré de juridiction comme garantie du droit à un procès équitable: cas de la Cour militaire opérationnelle dans l'affaire Minova, KAS African Law Study Library – Librairie Africaine d'Etudes Juridiques 3 (2016),pp.631à 648.Sur site: https://www.nomos-elibrary.de/agb

وراجع شرح تفصيلي لهذه الضمانة في الفقه المصري:د.أحمدعوض هندي، مبدأ التقاضي على درجتين،مرجع سابق،١٩٩٤، صفحات ٣٧١ .

([3])V:G.CLOSSET-MARCHAL,«Examen de jurisprudence (2000-2015)..,op.,cit, n° 120., p.163; G. CLOSSET-MARCHAL et J.-F. VAN DROOGHENBROECK, Les voies de recours en droit judiciaire privé, Bruxelles, Bruylant, n° 11, p. 9.

راجع حكم المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في هذا الصدد:

Cour eur. D.H., arrêt Boulougouras c. Grèce du 27 mai 2004, www.echr.coe.int., § 22.

ممارسة سبل الانتصاف القانونية تعتبر عنصر من عناصر الحق في محاكمة عادلة؛ حيث اعتبرت المحكمة أن حرمان الأفراد من ممارسة سبيل الانتصاف حرمانا من الحق في الوصول إلى محكمة[1]. وفي هذا السياق، قضت المحكمة في قضيةE. c GÜRBÜZ ET BAYAR سنة ٢٠١٥ بأن الحق في الطعن هو عنصر ضروري من عناصر المحاكمة العادلة. وتدور وقائع هذه القضية حول قيام أحد المسئولين في الجريدة في تركيا بنشر إعلان للحزب العمالي الكردستاني المحظور التعامل معه في تركيا باعتباره حزبا إرهابيا فقدم هذا الشخص للمحاكمة فأدانته المحكمة التركية بالغرامة بعد أن استمرت الدعوى لمدة ٣ سنوات. طعن المتهم في هذا الحكم أمام المحكمة العليا في تركيا فرفض طعنه استنادا عدم جواز الطعن في الحكم الصادر بالغرامة، فطعن في هذا الحكم أمام المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان على سند من مخالفة محكمة الموضوع للمادة ٦ الفقرة الأولي من الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان. قضت المحكمة الأوروبية بوقوع مخالفة من محكمة الموضوع للمادة 6 من الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان التي تكفل الحق في الطعن باعتباره من عناصر المحاكمة العادلة، وأن من حق المتهم الطعن في الحكم حتى ولو كان صادرا بالغرامة. ومن ثم لا يجوز لمحكمة الموضوع أن تستند في حكمها إلى نص بعدم جواز الطعن بالغرامة التي لا تزيد عن مقدار معين، هذا النص يخالف الحق في محاكمة عادلة وفقا لرأي المحكمة في هذه القضية"[2].

إن المدقق في أحكام الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان سيلحظ أن هذه الضمانة وردت في المادة ٢ من البروتوكول ٧ الإضافي للاتفاقية؛ حيث نصت في فقرتها الأولى على أنه " ١- لكل شخص صدر ضده حكم بالإدانة في فعل إجرامي من محكمة الحق في إعادة النظر في إدانته أو في الحكم الصادر ضده أمام محكمة أعلى. وينظم القانون ممارسة هذا الحق والأسس التي يجوز أن تبنى عليها ممارسته..". ويلاحظ أن اللغة التي ورد بها هذا النص تشير إلى أن الحق في إعادة عرض

([1])V: JulieMEUNIER, La notion de procès équitable devant la Cour européenne des droits de l'homme.

([2]) Cour Européenne des Droits de l'Homme, AFFAIRE BAYAR ET GÜRBÜZ c.TURQUIE (no 2), 3 février 2015.

الدعوى وفحصها من قِبل محكمة أعلى[١] ينطبق على الإدانات الجنائية فقط، مما يعني أن هذا الحق لا ينطبق على الفصل في «الحقوق والالتزامات في الدعاوى القضائية» أو في «الحقوق والالتزامات ذات الطابع المدني»، ولكن هذا الأمر غير دقيق؛ حيث يترك تنظيم هذا الأمر للدول الأطراف في الاتفاقية، فإذا كانت الدولة الطرف تتيح حق الطعن بالاستئناف أو إعادة النظر فيما يخص الإجراءات غير الجنائية، فلابد من مراعاة ضمانات المحاكمة العادلة الواردة في المادة السادسة -١ في خصومة الطعن.

ومما هو جدير بالذكر أن المادة ٦–١ من الاتفاقية لا تفرض على الدول الأعضاء إنشاء محاكم استئناف أو نقض، بل إن الاتفاقية تطلب من الدولة التي توفر إمكانية الطعن بالاستئناف ضمان تمتع المستأنفين بالضمانات الواردة بالمادة السادسة من الاتفاقية.

وعلى صعيد القانون المصري تعتبر هذه الضمانة من المباديء الحاكمة للخصومة القضائية، ويعتبر الحق في الطعن ترجمة عملية لها[٢] من خلالها يتمكن الخصم من إعادة طرح دعواه أمام محكمة ثاني درجة[٣]. ويقصد بحق الطعن في الحكم أنه سلطة الخصم في تحريك النشاط القضائي لمحاكم الطعن للفصل في الحكم المطعون فيه بقصد إلغائه أو تعديله[٤]، ولا ينشأ هذا الحق إلا بعد صدور الحكم الابتدائي المنهي للخصومة[٥]، وتتمثل وسيلة ممارسة هذا الحق في طرق الطعن على

---

(١) راجع: د.أحمد ابو الوفا، نظرية الدفوع في قانون المرافعات ، منشأة المعارف بالأسكندرية ، ط٥، ١٩٧، ص ٤٦؛ د.أحمد ماهر زغلول، الموجز، مرجع سابق، ص ٣٤٠؛ د. نبيل اسماعيل عمر، الطعن باالاستئناف واجراءاته في المواد المدنية والتجارية ، منشاة المعارف ، الأسكندرية ، ١٩٨٠، ص ٨ ؛ د. أحمد هندي، قانون المرافعات ، مرجع سابق ، ص ٤٢وما بعدها ، د. فتحي اسماعيل والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠١، ص٧١٤ ؛ د. وجدي راغب فهمي، مبادئ القضاء المدني ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠١ ، ص٧٤٣ ؛ هويدا احمد عبدالله حنفي، مبدأ التقاضي على درجتين في التشريع المصري وتطبيقاته في القضاء الإداري وموقف الفقه الإسلامي منه، بحث منشور بمجلة الشريعة والقانون بالقاهرة جامعة الأزهر ، العدد الحادي والأربعين ، ٢٠٢٣ ، ص صفحات ١٤٨٥ وما بعدها.

(٢) راجع شرح تفصيلي لمسألة اتصال مبدأ التقاضي على درجتين بالنظام العام: د.أحمد هندي، مبدأ التقاضي على درجتين، مرجع سابق، بند ٧ وما بعده ، ص ٣٣ وما بعدها.

(٣) أنظر: د.طلعت يوسف خاطر، انقضاء الخصومة المدنية بالقبول، دراسة تأصيلية مقارنة، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية ، كلية الحقوق جامعة المنصورة ، العدد ٧٢ ، يونيو ٢٠٢٠، ص١٦٩ .

(٤) راجع شرح تفصيلي لمفهوم حق الطعن في الحكم القضائي وخصائصه: د. أحمد فتحي محمد، أثر قبول الحكم على الحق في الطعن، بحث منشور بمجلة الدراسات القانونية ، كلية الحقوق جامعة أسيوط، المجلد الخمسون، العدد ١، ديسمبر ٢٠٢٠ ، ص ٤٠ وما بعدها.

(5) En ce sens : G. CLOSSET-MARCHAL, La compétence en droit judiciaire privé – Aspects de procédure, op. cit., p. 366, n° 477. ; G. DE LEVAL, « Les voies de recours ordinaires », Droit judiciaire : Manuel de procédure civile, 2e éd., sous la direction de G. de Leval, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 762, n° 8.10. ; J. LAENENS et al., Handboek gerechtelijk recht, 4e éd., Anvers, Intersentia, 2016, p. 687, n° 1574.

الأحكام[١]، ويقصد بالأخيرة "مجموعة الوسائل القانونية لمراجعة الأحكام للوصول إلى إعادة النظر فيها قبل تنفيذها"[٢]، أو هي "الوسائل القانونية التي يمكن للمحكوم عليه بمقتضاها طلب إعادة النظر فيما قضى به عليه بغية استصدار حكم جديد في صالحه، بتعديل الحكم الصادر ضده أو إلغائه"[٣]. وقد نظم قانون المرافعات المصري القواعد الحاكمة للطعن بالاستئناف بالمواد من ٢١٩ وحتى ٢٤٠، فضلا عن أن نظم الطعن بالتماس اعادة النظر بموجب المواد ٢٤١ وحتى ٢٤٧، كما وضع إطار تشريعيا للطعن بالنقض بموجب المواد من ٢٤٨ وحتى ٢٧٣. **وفي القانون الفرنسي** تم تنظيمه بموجب المواد من ٥٤٢ وحتى ٥٧٠ من قانون المرافعات.

ومن ثم يعد الحق في الطعن على الأحكام أحد الحقوق الإجرائية المستمدة من المركز القانوني للخصم[٤] نتيجة صدور الحكم الطعين غير محقق لمقصوده ولا متفق مع ما يدعيه برفض طلباته كلها أو بعضها أو بتحميله التزام أو الابقاء على التزام يريد التحلل منه[٥]. وعلى مستوى القضاء المصري يعد هذا الحق من الحقوق اللصيقة بشخص المحكوم عليه، بحيث تكون رخصة ممارسته أو عدم ممارسته متوقفة على مشيئته وإرادته، ولا يجوز لغيره أن يباشره عنه إلا بإذنه[٦].

ولما كانت ممارسة سبل الانتصاف القانونية تعتبر عنصر من عناصر المحاكمة العادلة وتتعلق بالنظام العام فإن السؤال المنطقي الذي يدور حوله موضوع البحث هل من الجائز التنازل عن هذه الضمانة ؟ وإذا كانت الإجابة بالإيجاب ففي أي مرحلة يجوز هذا التنازل ؟ هل من الممكن التنازل المسبق عن ممارسة سبل الانتصاف القانونية المقررة للأحكام الصادرة من محاكم القضاء الرسمي؛ كالطعن بالاستئناف، أو من هيئات التحكيم؛ كدعوى بطلان حكم التحكيم ؟ هذا ما سنقوم بإيضاحه في الفصل الثاني من هذا البحث.

---

(١) أنظر: د. محمود محمد هاشم، قانون القضاء المدني،مرجع سابق، ص ٣٩٨-٣٩٩.

(٢) أنظر: د. عيد محمد القصاص، الوسيط، مرجع سابق، بند ٤٥٥، ص ٩٩٧.

(٣) أنظر: د.وجدي راغب فهمي، مباديء القضاء المدني، الطبعة الأولى ، ١٩٨٦ / ١٩٨٧، ص ٦١٢؛ د. رمزي سيف، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، بند ٥٤٠، ص ٧٥٦؛ د. أحمد أبوالوفا، المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، بند ٣٨٦، ص ٧٣٠ ؛ د. محمد حامد فهمي، المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق ، بند ٦٤٦، ص ٦٤٥.
-R . Morel, op . cit . no . 602 . p . 471- 472 ; G . couchez, procédure civile , 6 éd . 1990 . no . 417 . p . 289.

(٤) راجع : د. وجدي راغب فهمي ، دراسات في مركز الخصم أمام القضاء المدني، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية ، كلية الحقوق جامعة عين شمس ، مجلد ١٨ ، عدد ١ ، ١٩٧٦ ، صفحات من ٧١ وحتى ٢٣٥ .

(٥) راجع : د. عيد محمد القصاص، التنازل عن الحق في الطعن ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٥، ص 27 وما بعدها.

(٦) أنظر: نقض جنائي، جلسة ٢٨ من مايو سنة ٢٠١٢، الطعن رقم ٧٦٠٧ لسنة ٨١ القضائية، هيئة عامة، أحكام النقض، المكتب الفنى، جنائي، السنة ٥٥ ، صـ ٤٤.

الفصل الثاني

مدى جواز التنازل عن الضمانات الاجرائية المقررة للمحاكمة العادلة وماهيتــه .

تمهيد وتقسيم :

إن معالجتنا لهذا الفصل ستكون من خلال مبحثين نبين في المبحث الأول ماهية التنازل عن ضمانات المحاكمة العادلة، وسنقسم هذا المبحث إلى مطلبين نبين في المطلب الأول مفهوم التنازل عن ضمانات المحاكمة العادلة وأنواعه، وفي المطلب الثاني نلقي الضوء على خصائص التنازل عن ضمانات المحاكمة العادلة وأركانه، وفي المبحث الثاني نعالج مسألة مدى جواز التنازل عن ضمانات المحاكمة العادلة والضوابط اللازمة لصحة هذا التنازل، وسيكون ذلك من خلال مطلبين، نبين في المطلب الأول مدى تعلق ضمانات المحاكمة العادلة بالنظام العام، وفي المطلب الثاني نبين كيفية ممارسة الخصم رخصة التنازل عن ضمانات المحاكمة العادلة والضوابط اللازمة لصحة التنازل. وإيضاح ذلك على ما يلي:

المبحث الأول

ماهيــة التنازل عن ضمانات المحاكمة العادلة وأنواعه وخصائصــه وأركانـــه

لا يستمد الحق في محاكمة عادلة مصدره في الكثير من الأنظمة القانونية من التشريعات العادية أو الدستور[١]، بل من مجموعة من النصوص فوق الوطنية[٢]، والتي من بينها الاتفاقيات الدولية[٣]؛ كالاتفاقية الأوروبية لحقوق الانسان[٤]. وتشكل المادة السادسة من الاتفاقية الأوروبية لحقوق

---

(١) على سبيل المثال لا يحمي النظام القانوني البلجيكي والفرنسي والسويسري مبدأ الحق في محاكمة عادلة وما يفرضه من ضمانات إجرائية بموجب نصوص القانون القضائي الخاص البلجيكي أو قانون المرافعات الفرنسي أو السويسري.
A. KOHL, « Implications de l'article 6, alinéa 1er, de la Convention européenne de droits de l'homme, en procédure civile »,J.T., 1987, n°11, p.641**; G. CLOSSET-MARCHAL, «**Les garanties du procès équitable en droit judiciaire privé », J.T., 2011/33, n° 6451, p.682.

(2)V: G. Closset – marchal , *op. cit*, n° 3., p. 682.

(٣) أكدت العديد من الاتفاقيات الدولية على الحق في محاكمة عادلة؛ حيث نصت المادة ٨ -١ من الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان على مجموعة من الضمانات التي تساهم في تحقيق المحاكمات العادلة؛ بقولها "1 لكل شخص الحق في محاكمة تتوفر فيها الضمانات الكافية وتجريها خلال وقت معقول محكمة مختصة مستقلة غير متحيزة كانت قد أسست سابقاً وفقاً للقانون، وذلك لإثبات أية تهمة ذات طبيعة جزائية موجهة إليه أو للبت في حقوقه أو وجباته ذات الصفة المدنية أو المالية أو المتعلقة بالعمل أو أية صفة أخرى".

(4)V: G.Closset – marchal ,op.,cit, n° 1. p.681; **S.guinchard** , Droit processuel – Droits fondamentaux du procès, 8e éd., Paris, Dalloz, 2015, , n° 42, p.94 et 95.

الإنسان حجر الزاوية لمسألة المحاكمات العادلة[١]، فهي تملي مجموعة من الضمانات التي تتجاوز« الخصوصيات الوطنية»[٢]. ويتضمن هذا النص مختلف المبادئ التوجيهية للمحاكمة العادلة[٣]؛ حيث يتيح هذا النص لكل متقاضي الحق في الوصول إلى قاضي، والحق في إقامة العدل بشكل جيد ونزيه، فضلا عن الحق في تنفيذ الأحكام[٤].

ولما كانت الاتفاقية ترتب أثرا مباشرا لأحكامها[٥] داخل الأنظمة القانونية المحلية فإن الضمانات المكرسة بموجب نص المادة ٦-١ تنطبق على أية قضية تعرض على المحاكم الداخلية، ويكون الأمر متروكا لهذه الأخيرة ضمان هذه الفعالية[٦]، ولا سيما السماح للمتقاضي بأن يطالب أمام المحاكم الوطنية بحماية أحكام الاتفاقية، بما في ذلك الحق في محاكمة عادلة[٧]. وفي المقابل لذلك فإننا سنتعرض في هذه الدراسة إلى الفرضية التي يعرب فيها المتقاضي عن رغبته في التخلص من الحماية الواردة بنصوص الاتفاقية من خلال التنازل عن الضمانات الإجرائية الواردة بنص المادة ٦-١ من الاتفاقية. ولذلك كان لزاما علينا أن نتعرض أولا إلى بيان ماهية التنازل عن ضمانات المحاكمة العادلةوأنواعـه(المطلب الأول)، ثم نتطرق إلى بيان خصائصه وأركانه (المطلب الثاني). وإيضاح ذلك سيكون على ما يلي:-

---

(١) راجع في المعنى نفسه:

S. GUINCHARD, *ibidem*, n° 42, p. 95. ; **M. DE SALVIA et J.-C. SOYER,** « Article 6 », La Convention européenne des droits de l'Homme. Commentaire article par article, sous la direction de L.-E. Pettiti et al., Paris, Economica, 1999, p.240.

(2) V: S. GUINCHARD, *op. cit*, n° 7 et 51, n° 9., p.33 .

(3) V:**J. VAN COMPERNOLLE,** « L'incidence de la Convention européenne des droits de l'Homme sur l'administration de la justice : Le droit à un procès équitable », *La mise en oeuvre interne de la Convention européenne des droits de l'Homme*, sous la direction de J. Velu, Bruxelles, Editions du Jeune Barreau, 1994, n° 1, p.63.

(4) V: G.Closset – marchal , op.,cit, n° 6 ., p.682.

(5) V:G.Closset–marchal , op.,cit., n°2, p.681; R.ERGEC et J. VELU, op. cit., n°391, p.420**;** W.-J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « La Convention européenne des droits de l'Homme a-t-elle, dans le cadre du droit interne, une valeur d'ordre public?», Les droits de l'homme en droit interne et en droit international : Actes du 2e colloque international sur la convention européenne des droits de l'homme (Vienne, 18-20 octobre 1965), Bruxelles, Presses universitaires, 1968, n°3, p.186 et 187. **Cité par :** Dubois, Livia, La renonciation aux garanties du procès équitable : sur la piste d'une approche contextuelle de la renonciation? Faculté de droit et de criminologie, Université catholique de Louvain, 2017,p. 10 , Note 20.

(6)V: S.GUINCHARD, op. cit., n° 68, p.130 .

(7)V: P.GILLIAUX, op. cit., p. 4.

المطلب الأول

مفهوم التنازل عن ضمانات المحاكمة العادلة وأنواعـــه

بما أن مجال الدراسة ينصب على التنازل عن الضمانات الاجرائية المقررة للخصوم بغية تحقيق المحاكمة العادلة، فيبدو من المناسب تسليط الضوء على مفهوم التنازل عن ضمانات المحاكمة العادلة (فرع أول)، ثم تحديد أنواعه (فرع ثان). وإيضاح ذلك سيكون على ما يلي:

الفرع الأول

مفهوم التنازل عن ضمانات المحاكمة العادلـــة

أ – تعريف التنازل بوجـه عـــام :

يكتسب مفهوم التنازل عن ضمانات المحاكمة العادلة خصوصية تميزه عن التنازل في سياق القانون الخاص؛ فيعرف الفقه التنازل بوجه عام بأنه "عمل قانوني ناتج عن إظهار إرادة من جانب واحد بموجبه يتخلى الشخص عن حق من الحقوق التي يملكها"[(١)]، وبمعنى آخر هو كل فعل يعبر بمقتضاه الشخص صراحة أو ضمنا عن إرادته في التخلي عن حق يملكه[(٢)]. وفي ضوء ذلك ينطوي التنازل عن الحق على خاصيتين يتعين توافرهما حتى يوصف الفعل بأنه تنازل[(٣)]: الخاصية الأولى هي الطابع الأحادي لفعل التنازل، أي أن التنازل يتم بإرادة المتنازل وحده، فهو عمل أحادي الجانب أو تصرف قانوني بالإرادة المنفردة فلا يلزم لصحته أو لإتمامه أن يصادفه

([1])V:**P.VAN OMMESLAGHE,**«Rechtsverwerking en afstand van recht»,T.P.R.,1980, pp.735 à 791, specialment pp.736 et 737**;** P. BAZIER, op. cit, n°4., p.137**;** L. CORNELIS, Algemene theorie van de verbintenis – Deel 2, Anvers, Intersentia, 2000, , n° 698, p. 907. ; S. JANSEN, op. cit. , n° 10, p.337. **Cité par :** Dubois Livia., op.,cit, p.13, Note 37.

([2])V:P.Bazier,op.,cit, n° 4, p.137.

وقد عرف أوبري ورو التنازل بالمعنى الواسع بأنه " تصرف به يتخلى شخص أو يترك حقا يخصه"، وقد عرفه رينو بأنه " تصرف إرادي انفرادي مسقط للحق". (رينو، التنازل عن الحق : طبيعته ونطاقه في القانون المدني، المجلة الفصلية للقانون المدني، ١٩٣٦، ص ٧٦٣ وما بعدها؛ محاولة لنظرية عامة للنزول في القانون المدني ، المجلة الفصلية للقانون المدني، ١٩١٢، ص ٧٩١). ويعرف مالوري النزول بأنه " تصرف يتخلى به شخص عن حق يخصه ويكون سببا لانقضاء الحق بإرادة صاحبه وحدها. (موسوعة دالوز ، ر١) ، ويعرفه بينج بأنه تصرف إرادي يتخلى به شخص عن حق أو ميزة قانونية دون نقلها إلى الغير". **مشار إلى هذا الفقه في:** د. جلال العدوي، التنازل عن الحقوق وغيرها من مراكز القانون الخاص، بحث منشور بمجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية ، كلية الحقوق جامعة الأسكندرية، المقالة ٣، المجلد ١٩٦٤، العدد ٣،٤، يناير ١٩٦٤، الصفحة١٧١ – ٢٥٧، وتحديدا ص ١٧٥، هامش رقم ١.

([3]) v: P. BAZIER, *op. cit*, n° 4., p. 138. ; F. RIGAUX, *op. cit*, n° 4., p.389.

قبول من جانب المتنازل إليه إلا إذا كان له مصلحة مشروعة في الاعتراض عليه[١]. الخاصية الثانية وهي طابع التخلي عن حق أو مزية قانونية يملكها، فيجوز للشخص أن يتنازل عن أي من حقوقه سواء كان هذا الحق موضوعيا أو إجرائيا؛ كالحق في محاكمة عادلة وما يقتضيه من ضمانات تكرسه.

وترتيبا على ما تقدم، فإن التنازل عن الحق يفترض توافر الخاصيتان السابقتان؛ بحيث إذا فقدت أحدهما أو كليهما فلا يمكن أن يُوصف الفعل بأنه تنازل.

ب – تعريف التنازل عن ضمانات المحاكمة العادلة:

تمثل سمة الطابع الأحادي للتنازل أصل العديد من الخلافات بين فقهاء القانون الخاص[٢]؛ فبينما يميل جانب كبير من الفقه إلى الطابع الأحادي للتنازل[٣]، بحيث تنتج ممارسة هذه الرخصة آثارها بمجرد إظهار إرادة صاحبها دون التوقف على وجود أية إرادة للطرف الآخر»[٤]، فإن جانب آخر من الفقه يذهب إلى إضفاء وصف التنازل على أية تخلي أو ترك أو تنازل يتم بالطريق الاتفاقي بين الطرفين؛ وعليه يمكن أن يتخذ التنازل عن الحق طابعًا أحاديا [٥]، ويمكن أن يتم بإرادة ثنائية في أحيان أخرى[٦].

وتجدر الإشارة إلى أنه على الرغم من أن محكمة النقض البلجيكية حسمت الجدل لصالح الطابع الأحادي للتنازل في القانون الخاص[٧]، إلا أنها عادت وقررت أنه من الصعب تطبيق هذه السوابق القضائية في مجال التنازل عن الضمانات الإجرائية للمحاكمة العادلة، فإذا كان التنازل عن بعض

---

(١) راجع: د.الأنصاري حسن النيداني، التنازل عن الحق في الدعوى، دراسة تأصيلية وتطبيقية ، دار الجامعة الجديدة ، الأسكندرية ، ٢٠٠٩ ، ص ٧.

(2)V: P.frumer, *op. cit.*, n° 21, p. 13.

(3)V: S.JANSEN, « Afstand van recht : een eenzijdige rechtshandeling », note sous Cass., 24 décembre 2009, T.B.B.R., 2011,pp333 à 343 spécialment p.335 et 336, n° 8; P. VAN OMMESLAGHE, « Rechtsverwerking en afstand van recht », op. cit., , n° 4, p.738. **Cité par :** Dubois, Livia.op.,cit, p.13, Note 40.

(4)V: P.BAZIER, *op.cit.*, n°7, p.139 ; **P. WERY,** Droit des obligations. Les sources des obligations extracontractuelles, Le régime général des obligations, vol. 2, Précis de la Faculté de Droit de l'Université catholique de Louvain, Bruxelles, Larcier, 2016, n° 5, p. 23.

(٥) أنظر في المعنى نفسه:

F. RIGAUX, op.cit.,n°5, p.390 ; P.VAN OMMESLAGHE,op.cit., n° 4, p. 738.

(6) V: P.BAZIER, *op. cit.*, n°9, p.142**;** L. CORNELIS, op. cit., n° 698, p. 907.

(7) V:Cass., 24 décembre 2009, *R.G.D.C.*, 2011, p. 332, note S. JANSEN.

الضمانات ذو طبيعة انفرادية بحتة - وهذا هو الحال مثلاً في حالة القبول[١]- فإن رفض إمكانية التنازل من خلال توافق إرادتي الطرفين سيكون عندئذ بمثابة معارضة لاتفاقات التحكيم التي تتم من خلال توافق إرادتي الطرفين على نزع الاختصاص بالفصل في النزاع من القضاء الرسمي ومنحه لهيئة تحكيم يتولى تعيينها الخصوم؛ فاللجوء إلى التحكيم يعتبر تنازلا جزئيا عن أحد الضمانات المقررة لتحقيق المحاكمة العادلة، والمتمثلة في الحق في الوصول إلى قاض[٢]. وفضلا عن ذلك يجوز الاتفاق بين الخصوم على التنازل عن حق الطعن بالاستئناف على الحكم القضائي بموجب المادة ٢١٩ من قانون المرافعات المصري، أو عن رفع دعوى بطلان حكم التحكيم بموجب المادة ١٧١٨ من القانون القضائي البلجيكي، والمادة ١٩٢ من القانون الفيدرالي السويسري.

وفي ضوء ذلك يعرف التنازل بأنه « **إجراء قانوني يعكس الإرادة الصريحة أو الضمنية للفرد في تجريد نفسه من حق أو امتياز، أو التخلي عنه أو التنازل عنه، في حين أنه لا يزال بإمكانه التمسك به**»[٣]. وهكذا، فإن التنازل عن الضمانات الإجرائية للمحاكمة العادلة ينطوي بطبيعته على إرادة التنازل من جانب الطرف المتنازل[٤] بغض النظر عن الطبيعة الاحادية أو الثنائية للعمل الذي يسمح بالتعبير عن هذه الإرادة[٥].

وبالبناء على ما سبق يمكننا تعريف التنازل عن ضمانات المحاكمة العادلة بأنه **عمل قانوني أو تصرف إجرائي يعكس الإرادة الصريحة أو الضمنية للخصم في التخلي عن التمسك بواحد أو أكثر من الضمانات التي**

([1]) V:**G.CLOSSET-MARCHAL**,La compétence en droit judiciaire privé– Aspects de procédure, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2016, n° 478, p.367.

([2]) V: P.FRUMER,op. cit , n° 21, p.13.

([3]) **La renonciation peut être définie comme « tout procédé juridique traduisant la volonté expresse ou tacite d'un individu de se dépouiller d'une prérogative, de l'abandonner ou de l'abdiquer, alors qu'il pourrait encore la faire valoir ".** P. Frumer, op.,cit, p.13-14.

([4])V: P.FRUMER, op.,cit, n° 20, p. 12 ; G. GATHEM et A. STROWEL, op. cit., p. 504.

([5])V: Ibid., n° 22 , p.13.; J. ARROYO, op. cit., n° 345, p. 204.

توفرها المادة السادسة ـ١ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الانسان مع قدرته على التمسك بها وإثارتها؛ يستوي أن يتم هذا العمل أو التصرف بإرادة أحادية من قبل المتنازل أو بإرادة ثنائية من قبل الطرفين[١].

الفرع الثانـي

أنـواع التنازل عن ضمانات المحاكمة العادلـة

ينقسم التنازل عن ضمانات المحاكمة العادلة وفقا للقواعد العامة في التعبير عن الإرادة إلى تنازل صريح وتنازل ضمني، وينقسم وفقا للحظة التي يعبر فيها المتنازل عن إرادته إلى تنازل لاحق على بدء النزاع وتنازل سابق على بدء النزاع، وينقسم وفقا لمدى مشروعية التنازل عن كل أو بعض ضمانات المحاكمة العادلة إلى تنازل جزئي وتنازل كلي. وإيضاح ذلك سيكون على ما يلي:

أولا ـ التنازل الصريح والتنازل الضمني:

١ – **التنازل الصريح :** لما كان نص أو روح المادة ٦-١ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الانسان لا يحظر على الخصم التنازل عن ضمانات المحاكمة العادلة[٢]، فإن الاتفاقية لم تشترط شكلا معينا أو عبارات معينة للتعبير عن إرادة النزول عن هذه الضمانات؛ فكل تعبير يفيد معنى النزول عن هذه الضمانات يعتد به وينتج أثره. ومع ذلك فقد اعتمدت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان مجموعة من المعايير التي يتعين توافرها لصحة هذا التنازل، ومن بين هذه المعايير ضرورة أن يصدر التنازل الصريح من صاحبه في عبارة واضحة تدل على ذلك ولا تحتمل التأويل[٣]، كما يجب أن تكون عبارات التنازل قاطعة لا لبس فيها في الدلالة على أن التنازل الذي تضمنه هو تنازل عن

---

[1]) V: Van Dai Do, Le rôle de la volonté des parties dans les recours à l'encontre des sentences arbitrales internationales, Revue internationale de droit économique 2019/2 t. XXXIII, 2019, pp.141 à 164.

(٢) **راجع حكم المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان الصادر في قضية Hakansson et Sturesson c. Suède :**
Cour eur. D.H., arrêt Hakansson et Sturesson c. Suède du 21 février 1990, www.echr.coe.int., § 66. C'est nous qui soulignons. ; Adde CEDH, Le Compte, Van Leuven et De Meyere, arrêt du 23 juin 1981, § 59 et CEDH, H. c. Belgique, arrêt du 30 novembre 1987, § 54. V: P. FRUMER, op. cit., p. 513, n° 702. Adde note n° 1986.

(٣) راجع: نقض مدني، الطعن رقم ٢٤١١ لسنة ٥٧ قضائية ، جلسة ١٩٩٦/١/٧ ؛ حيث قضت محكمة النقض بأن إسقاط الحق بوصفه تعبيرا عن إرادة صاحبه في التخلي عن منفعة مقررة يحميها القانون لا يكون إلا صراحة أو باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكا في دلالته على حقيقة المقصود منه . وفي المعنى نفسه : نقض مدني، الطعن رقم ٣٩٣٩ لسنة ٦٠ قضائية، جلسة ١٩٩٥/٤/١٣ ؛ نقض مدني، الطعن رقم ٥٦٥٧ لسنة ٦٣ قضائية ، جلسة ١٩٩٤/٦/١٦. مشار إلى هذه الأحكام في: د. الأنصاري حسن النيداني ، مرجع سابق، ص ٦ ، هامش ٨ ، ٩، ص ٧ هامش رقم ١١.

أحد مقتضيات المحاكمة العادلة[١]؛ كالتنازل عن الحق في الوصول إلى قاضي، الذي يتم من خلال اتفاق طرفي النزاع من خلال شرط أو مشارطة التحكيم على استبعاد اختصاص قضاء الدولة بالفصل في النزاع وتسويته من خلال التحكيم[٢].

ويلاحظ أن التنازل الصريح قد يكون بالكتابة الرسمية أو العرفية، ويمكن أن يكون شفويا. ويقع على عاتق المتمسك به عبء إثباته.

٢ – **التنازل الضمني:** ساوت التشريعات المختلفة بين التعبير الصريح والتعبير الضمني من حيث الأثر المترتب على كل منهما[٣]. **ويقصد بالتنازل الضمني** كل عمل أو إجراء أو تصرف يصدر من الخصم ويدل دلالة قاطعة لا تحتمل الشك على ترك الحق المقرر له؛ فالتنازل لا يفترض. وفي سياق موضوع بحثنا نجد أن المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان ومجلس الدولة الفرنسي قد أجازا التنازل الضمني عن ضمانات المحاكمة العادلة بالرغم من وجود بعض المخاوف بشأن حماية حقوق المواطنين، حيث أبدت هذه المحاكم بالفعل تأييدها لافتراض التنازل الضمني عن ضمانة علنية الجلسات، مما يعطي الضوء الأخضر لمسألة مشاركة مفوض الحكومة في مداولات مجلس الدولة[٤].

ثانيا ـ التنازل اللاحق لبدء النزاع والتنازل السابق على بدء النزاع:

إن المدقق في نص المادة ٦–١ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الانسان سيلحظ أن الصياغة اللغوية للمادة تحدد اللحظة التي يجوز للخصم التمسك بالضمانات المقررة للمحاكمة العادلة؛ حيث تنص المادة سالفة الذكر على أنه " لكل شخص الحق في أن تُنظر قضيته بشكل عادل وعلني وفي

([1]) Dvorski c. Croatie [GC], 2015, §§ 100-102 ; Simeonovi c. Bulgarie [GC], 2017, § 115 ; Pishchalnikov c. Russie, 2009, § 77).

([2])V: Dubois, Livia, op.,cit, p.14.

([٣]) راجع: د.محمود علي عبدالسلام وافي، الإجراء الضمني في القضية- دراسة تحليلية مقارنة للوقوف على تطبيقات الإجراءات القضائية في الدعوى والخصومة القضائية في النظامين المصري والسعودي، بحث منشور بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية - العدد الأول – السنة ٦٥– يناير ٢٠٢٣ – ص ١٥٣٠ وما بعدها.

([٤]) راجع تفصيلا:

Béatrice Adam-Ferreira,La renonciation est-elle compatible avec la protection des droits fondamentaux ? ,l' article précédente.

غضون فترة زمنية معقولة، أمام محكمة مستقلة ومحايدة، منشأة بموجب القانون، والتي ستبت في(..) النزاعات المتعلقة بحقوقه والتزاماته ذات الطبيعة المدنية(..) "[١].

وعلى ذلك، لا يجوز للخصم الاستفادة من هذه الضمانات أو التنازل عنها إلا منذ لحظة وجود " **منازعـــة**" [٢]. وفي هذا السياق يرى بعض الفقه أنه"(...) توجد منازعة متى نشأ نزاع حقيقي وخطير وقدمه أحد المتقاضين إلى القضاء الوطني"[٣]. وهذا يعني ضمنًا أنه يتعين اللجوء إلى المحاكم أولا حتى يمكن للخصم الاحتجاج بحماية الضمانات الواردة بالمادة ٦-١ من الاتفاقية[٤].

وتجدر الإشارة إلى أن المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان تفضل الإشارة إلى مصطلح "النزاع" « **litige**»[٥] وتعتبره أكثر شمولاً من مصطلح "المنازعة"« **contestation**»[٦]. ومن ثم فهي تقرر أن الحماية التي توفرها المادة ٦ من الاتفاقية يستفيد منها الخصم منذ نشوء النزاع، أي من لحظة اندلاع الأزمة القانونية دون أن يكون من الضروري أن تكون المحاكم قد نظرت في هذا النزاع بالفعل[٧]، ومنذ هذه اللحظة يجوز للخصم أن يقرر التنازل عنها[٨].

وفي ضوء ما سبق اتجه جانب من الفقه إلى تقسيم التنازل عن ضمانات المحاكمة العادلة ووفقا للحظة التي يعبر فيها المتنازل عن إرادته في التخلي عن هذه المقتضيات إلى تنازل لاحق على بدء النزاع وتنازل سابق على بدء النزاع[٩]. وعليه، فإن التنازل عن ضمانات المحاكمة العادلة يشير

([1])V: Dubois, Livia, op.,cit, p.39.

([2])V: R.ERGEC et J.VELU,op.cit,n°411, p.444; P.GILLIAUX, op.cit., p.116; F MATSCHER, « La notion de "décision d'une contestation sur un droit ou une obligation (de caractère civil)" au sens de l'article 6, § 1 de la Convention européenne des Droits de l'Homme », Mélanges en l'honneur de J. Wiarda, sous la direction de F. Matscher et H. Petzold, Köln, Berlin, 1988, n° 1, p.396.

([3])V:P. GILLIAUX, *op. cit.*, p. 116; S. GUINCHARD, *op. cit.* , n° 86, p.148.

([4])V:M. DE SALVIA et J.-C. SOYER, op. cit., p. 249.

وفي المقابل لذلك، يفضل جانب آخر من الفقه تعريف المنازعة بأنها إجراء ينطوي على «(..) وجود نزاع حقيقي وخطير بين الطرفين(..) وأن أحد المتقاضين تعهد بأن يتم الفصل فيه من قبل القضاء الوطني». ومن ثم؛ فإن التعهد بحل النزاع يكفي للاستفادة من الضمانات المنصوص عليها في المادة ٦ فقرة (١) وبغض النظر إلى اللجوء إلى المحاكم مسبقًا.

([5]) V: R.ERGEC et J. VELU, op. cit., n° 412, p. 444 ; P. GILLIAUX, op. cit., pp.116 *in fine* et 117 *abinitio*. ; F. MATSCHER, op. cit., n°1, p. 399 ; Cour eur. D.H., arrêt Le Compte, Van Leuven et De Meyere du 23 juin 1981, www.echr.coe.int., § 45.

([6]) V: Dubois, Livia, op.,cit, p.40.

([7])V:Ibid.

([8])V:Ibid.

([9])V:**G.GATHEM et A.STROWEL,**«La renonciation limitée aux droits de la personnalité:l'indice ==

إلى لحظتين مختلفتين:**الأولى**-أثناء سير الخصومة، أو على الأقل، بمجرد نشوء النزاع، **والأخرى** حتى قبل ظهور أي نزاع. وإيضاح ذلك سيكون على ما يلي:

أ- التنازل اللاحق على بدء النزاع :

تؤكد السوابق القضائية للمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان أن التنازل عن بعض المقتضيات الإجرائية للمحاكمة العادلة أثناء سير إجراءات الخصومة[١] قد يتخذ أحد صورتين[٢]:

الصورة الأولى- طلب عدم ممارسة الضمانة الإجرائية أثناء سير إجراءات الخصومة :

تفترض هذه الصورة أن من تقررت لصالحه الضمانة الإجرائية يقرر أثناء سير الإجراءات التنازل عنها. ونتخذ التنازل عن ضمانة علنية الجلسات[٣] مثالا حيا لإيضاح هذه الصورة ، فعلى الرغم من أن المادة ٦ -١ من الاتفاقية تنص على أن" لكل شخص الحق في أن تُنظر قضيته (..) علنًا (..)" [٤]، إلا أن المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان أجازت التنازل بشكل صريح عن هذه الضمانة [٥]، بالرغم من أنها تعتبر" قاعدة إجرائية تتعلق بالنظام العام"[٦]. ولذلك فمن المقبول أن يتنازل الخصم

==d'obligations ?», La responsabilité, face cachée des droits de l'homme, sous la direction de H. Dumont, F. Ost et S. van Drooghenbroeck, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 501 à 522, specialment., p.507.

(١) راجع شرح تفصيلي عن التنازل عن ضمانة علنية الجلسات:

Cour eur. D.H., arrêt Hakansson et Sturesson c. Suède du 21 février 1990, www.echr.coe.int., § 66. : « Ni la lettre ni l'esprit de ce texte *n'empêchent* une personne *d'y renoncer* de son plein gré de manière expresse ou tacite ».

وفي المعنى نفسه :

Cour eur. D.H., arrêt Le Compte, Van Leuven et De Meyere du 23 juin 1981, www.echr.coe.int., § 59. ; Cour eur. D.H., arrêt H. c. Belgique du 30 novembre 1987, www.echr.coe.int., § 54.

(2) V: Dubois, Livia, op.,cit, p.42. .

(3) V: **J.-F.FLAUSS,** «A propos de la renonciation à la publicité des débats judiciaires », note sous l'arrêt Hakansson et Sturesson du 21 février 1990, R.T.D.H., 1991, p. 495 et 496; R. ERGEC et J. VELU, op.cit., n° 507, pp. 532 et 533; P. FRUMER, op. cit. , n° 313, p.226.

(4) Art. 6, § 1er de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

ويلاحظ أن هذه الضمانات منصوص عليها في المادة ١٤٨ و ١٤٩ من الدستور البلجيكي.

(٥) راجع تفصيلا أحكام المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان التالية :

Cour eur. D.H., arrêt *Hakansson et Sturesson c. Suède* du 21 février 1990, www.echr.coe.int., § 66. **;** Cour eur. D.H., arrêt *Le Compte, Van Leuven et De Meyere* du 23 juin 1981, www.echr.coe.int., § 54. ;

وراجع في صحة التنازل الضمني عن ضمانات المحاكمة العادلة :

P. FRUMER, op.cit., n° 293 à 222, , pp. 211 ; R.ERGEC et J. VELU, *op. cit.* , n° 511, p. 536.

(٦) راجع تفصيلا حكم محكمة النقض البلجيكية التالي :

Cass,29 janvier 1981, *Pas*., 1981, I, p. 585.

عن ضمانة علنية جلسات الاستماع متى طلب من المحكمة أن تعقد جلساتها بشكل سري[١].
ويلاحظ أن المحكمة تملك سلطة تقديرية واسعة في إجابته لهذا الطلب أو رفضه متى رأت أن الطلب يتعارض مع « مصلحة عامة مهمة»[٢].

الصورة الثانية ـ التقاعس عن اتخاذ إجراء عقب انتهاك الضمانة الاجرائية :

Inaction à la suite de l'atteinte à une garantie procédurale :

تفترض الصورة الثانية من صور التنازل اللاحق أن الخصم يكون على علم تام[٣] بوجود انتهاك لضمانة إجرائية من ضمانات المحاكمة العادلة ويقرر التقاعس عن اتخاذ إجراء في الوقت المناسب يجابه به هذا السلوك. ونضرب على ذلك مثالا يتعلق بضمانة حيدة ونزاهة القاضي أو المحكم[٤]؛ حيث تنص المادة ٦ ـ١ على أنه " لكل شخص الحق في أن تُنظر قضيته بشكل عادل وعلني وفي غضون فترة زمنية معقولة **أمام محكمة مستقلة ومحايدة.."**[٥]. فعلى الرغم من أن المحكمة تبدو مترددة في بعض الأحيان في قبول التنازل عن ضمانة الحيدة والنزاهة[٦] إلا أنها تعترف بالتنازل عن ممارسة هذا الحق[٧]. ومن ثم، يكون التنازل اللاحق مبنياً في هذه الصورة على تقاعس الخصم عن التمسك، في الوقت المناسب، عن سبب من أسباب طلب رد القاضي أو المحكم[٨]، ويكون الأثر المترتب على ذلك عدم جواز تمسك الخصم في وقت لاحق بالنعي على الحكم بالاستئناف أو رفع دعوى بطلان حكم التحكيم للتحيز. وفي هذا السياق يؤكد القانون القضائي الخاص البلجيكي بشكل شامل في المادة **٨٣٣** على أنه يتعين على أي خصم أن يثير أي وجه من أوجه رد القاضي، في الوقت المناسب، وإلا اعتبر متنازلاً عن الحق في طلب رد القاضي على أساس التحيز[٩]. وكذلك تكرس المادة ١٦٧٩ من القانون القضائي البلجيكي ذلك؛ بقولها" **يعتبر الخصم الذي امتنع، وبدوف**

(1)V: P.GILLIAUX, op. cit., p. 81.
(2)V:R. ERGEC et J. VELU, *op* ., *cit* , n° 511, p. 536 **;** P. FRUMER, *op.,cit*, n° 286, pp.204 ; Cour eur. D.H.,arrêt *Hakansson et Sturesson c. Suède* du 21 février 1990, www.echr.coe.int., §§ 66 et 67.
(3)V:P.FRUMER, *op. cit.* , n° 327, p. 238.
(4)V:Ibid.,n°314., p.227.
(5)V: Ibid, n° 315, p. 228.
(6) Cour eur. D.H., arrêt *Micallef c. Malte* du 15 octobre 2009, www.echr.coe.int., § 86 .
(7) P. FRUMER, op. cit., p. 228, n° 315.
(8) Ibid, n° 315 , p.228.
(9) l'article 833 du Code judiciaire Belg : « Celui qui veut récuser doit le faire avant le commencement de la plaidoirie, à moins que les causes de la récusation ne soient survenues postérieurement (…) ».

سبب مشروع، عن إثارة مخالفة أمام هيئة التحكيم مع العلم بها، في الوقت المناسب، قد تنازل عن حقه في الاحتجاج بها "[1]. وكذلك تنص المادة ١٤٦٦ من قانون المرافعات الفرنسي على أنه "يُعتبر الخصم الذي امتنع، وبدون سبب مشروع، عن إثارة مخالفة أمام هُيئة التحكيم مع العلم بها في وقت مناسب قد تنازل عن حقه في الإحتجاج بها"[2] .

وتنص الفقرة السادسة من المادة ٣٧٣ من قانون المرافعات السويسري على ذلك؛ بقولها " ٦- يتعين على الخصم أن يثير أي انتهاك للقواعد الإجرائية على الفور. وفي حالة تخلف ذلك فلا يجوز إثارة هذه المخالفة في وقت لاحق"[3].

وكذلك الأمر بالنسبة للمباديء الإرشادية للاتحاد الدولي للمحامين بلندن بشأن تضارب المصالح والتي تنص على أنه" إذا لم يثر الخصم إعتراضا صريحا بشأن المحكم في غضون ثلاثين يوما من تاريخ تلقي أية إفصاح من جانب المحكم أو من وقت علمه بالوقائع والظروف التي يمكن أن تشكل تضاربا محتملا في المصالح فإنه يعتبر قد تنازل عن التمسك بالدفع بانتهاك الالتزام بالإفصاح عن تضارب المصالح القائم على مثل هذه الوقائع والظروف، ولا يجوز له أن يثير هذه الاعتراضات في مرحلة لاحقة على انتهاء خصومة التحكيم"[4].

وتأسيسا على ما سبق يعرف التنازل اللاحق بأنه كل عمل قانوني أو تصرف إجرائي يتم من قبل الخصم عقب نشأة النزاع وأثناء سير الخصومة وعقب انقضائها يعكس الإرادة الصريحة أو الضمنية للخصم في التخلي عن التمسك بواحد أو أكثر من الضمانات التي توفرها المادة السادسة-١ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الانسان مع قدرته على التمسك بها وإثارتها.

---

(1) راجع تفصيلا: المؤلف، السكوت الاجرائي، "دراسة تحليلية مقارنة للأثر القانوني لسكوت الخصم في القضية المدنية في ضوء قواعد القانون المصري والفرنسي والسويسري."، بحث منشور بمجلة الدراسات القانونية والاقتصادية – كلية الحقوق جامعة مدينة السادات – المجلد ١٠، العدد ١، مارس ٢٠٢٤، ص ٢٠٨ وما بعدها.

(2) Article 1466 de code de procedure civil dispose que La partie qui, en connaissance de cause et sans motif légitime, s'abstient d'invoquer en temps utile une irrégularité devant le tribunal arbitral est réputée avoir renoncé à s'en prévaloir".**Modifié par Décret n°2011-48 du 13 janvier 2011- art. 2** .

راجع شرح تفصيلي لهذه المسألة : مؤلفنا ، السكوت الاجرائي، المرجع السابق، ص ٣٠٨ ، هامش رقم ١، ٢ ، ٤ .

(3) Article 373 de code de procédure civil Suisse dispose que"- Toute violation des règles de procédure doit être immédiatement invoquée; à défaut, elle ne peut l'être par la suite".

(4) راجع تفصيلا: المؤلف، التزام المحكم بالإفصاح عن تضارب المصالح في التحكيم المحلي والتجاري الدولي"- دراسة تأصيلية تطبيقية مقارنة" (فرنسا، سويسرا، بلجيكا،انجلترا، أمريكا، مصر نموذجا)- بحث منشور بمجلة البحوث القانونية والاقتصادية– كلية الحقوق جامعة المنصورة– العدد (٨٤) يونيو ٢٠٢٣ ، ص ٧٨٨ وما بعدها.

ب- التنازل السابق على بدء النزاع أو"التنازل الأعمى":

La renonciation « à l'aveugle »

لا يعتمد تطبيق نص المادة ٦ -١ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان على لحظة اللجوء إلى المحاكم، بل إن الحماية التي يوفرها النص المذكور تبدأ بمجرد نشوء نزاع بين الطرفين، وحتى قبل حدوث أي نزاع [١]؛ ومن ثم يجوز للخصم أن يتنازل عن بعض الضمانات الواردة في هذا النص قبل حدوث نزاع بين الطرفين. وهذا يظهر جليا في حالة تنازل الخصوم عن الحق في الوصول إلى القاضي من خلال اتفاقهم على تسوية النزاع بواسطة التحكيم[٢]، فبالرغم من أن الحق في القاضي له أهمية كبيرة ويعد ضمانة من الضمانات التي تؤكد الاتفاقية على احترامه[٣]، إلا أن الحقيقة الثابتة هي أنه يجوز للطرفين أن يتفقا بمجرد نشوء النزاع أو حتى قبل نشوئه [٤]، من خلال اتفاق التحكيم[٥]، على التنازل عن نظر القضية بواسطة المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع[٦]. وفي هذا الصدد ذكر الفقيه البلجيكي **فليبب فريمر** أن" التحكيم[٧] باعتباره طريقا بديلا لتسوية المنازعات يهدف إلى وضع حد للنزاع عن طريق التنازل عن اختصاص المحاكم العادية وإسناده إلى محكم خاص يتولى هذه المهمة"[٨]. ويرجع ذلك إلى المرونة التي يوفرها التحكيم فيما يتعلق

([1])V: Dubois, Livia, op.,cit, p.43.

([2])V: **F.MATSCHER,** « L'arbitrage et la Convention », La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article, sous la direction de L.-E. Pettiti et al., Paris, Economica, 2e éd., 1999, p. 283.

([3])V: Dubois, Livia, op.,cit, p.44.

([٤]) راجع نص المادة ١٦٨١ من القانون القضائي الخاص البلجيكي .

([٥]) راجع شرح تفصيلي في التمييز بين شرط التحكيم ومشارطة التحكيم:

O. CAPRASSE, « L'arbitrage et la médiation », *Droit judiciaire : Manuel de procédure civile*, sous la direction de G. de Leval, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2015, n° 11.15 , p. 1386.

([6]) **V;** P.FRUMER, op. cit. , n° 142, p. 104 ; R. ERGEC et J. VELU, *op. cit.* n°407, p.441; P.GILLIAUX, op. cit., pp. 81 et 926. ; J. ARROYO, op. cit. , n° 215 , p. 137;

راجع قضاء المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في هذا الصدد:

Cour eur. D.H., arrêt *Deweer c. Belgique* du 27 février 1980, www.echr.coe.int., § 49.; *Adde* récemment Cour eur. D.H., arrêt *Tabbane c. Suisse* du 1er mars 2016, www.echr.coe.int, § 25:

« إذن، لا تتعارض نص المادة ٦ من الاتفافية مع إنشاء محاكم التحكيم (..)».

راجع المادة ١٦٨٢ من القانون القضائي الخاص البلجيكي التي تنص على أنه: « يحكم القاضي الذي ينظر في نزاع بموجب اتفاق تحكيم عدم اختصاصه بناء على طلب أحد الطرفين".

([7]) V: P. FRUMER, *op. cit*, n° 143 à 123, n° 165 ., p. 105.

([8]) V: *ibid*, , n° 141 , p. 104 ; G. CLOSSET-MARCHAL, « Les garanties du procès équitable en droit judiciaire privé », *op. cit.*, n°14, p. 683: « **Une renonciation au droit d'accès à un tribunal peut**

ببطء العدالة التقليدية[١]، أو حتى بسبب قدرة الأطراف على تعيين محكمين أكفاء في مجال معين[٢].

وتطبيقا لذلك، فقد أكدت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان على هذا المعنى في حكم جولدر **Golder** حيث ذكرت أن الضمانات المنصوص عليها في المادة ٦-١ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان تطبق فعليا قبل اللجوء إلى المحاكم، فهذا الحكم ينص على إمكانية الوصول إلى القاضي، وهو ما أتيحت للمحكمة نفسها فرصة القيام به لتأكيده في حكمها بشأن غولدر[٣].

وفي هذا السياق ذكر بعض الفقه[٤] أنه بالرغم من أن هذا الحكم لا ينص صراحة على الحق في اللجوء إلى المحكمة، فإن الاتفاقية تكرس حقوقاً « ليست نظرية، بل حقوقا ملموسة وفعالة»[٥]، بحيث لا يمكن تصور تطبيق جميع ضمانات المحاكمة العادلة دون السماح أولاً بالوصول إلى قاضي محاكم الدولة الذي يمكن التذرع أمامه باحترام تلك الضمانات[٦]. ومع ذلك يجوز للخصوم التنازل المسبق عن ضمانة الوصول للقاضي من خلال اتفاقهم على تسوية النزاع من خلال التحكيم.

également découler d'une convention d'arbitrage ».

راجع في الفقه الفرنسي :

J. ARROYO, op.,cit., n° 215 , p.137.

([1])V: P.FRUMER, op.,cit. , n° 140, p.103.

([2])V: *ibid*, n° 140, p.104.; P.LAMBERT, « Les procédures d'arbitrage et la Convention européenne des droits de l'homme », Présence du droit public et des droits de l'homme. Mélanges Jacques Velu, t. 2, Bruxelles, Bruylant, 1992, n° 6, p.1288.

([3]) Cour eur. D.H., arrêt *Golder c. Royaume-Uni* du 21 février 1975, www.echr.coe.int., § 35 *in fine* :

En ce sens: G. Closset-Marchal,« Les garanties du procès équitable..», op.,cit., n° 7, p.682; **J.VAN** MEERBEECK, «L'accès à la justice à l'aune des exigences européennes », *L'accès à la justice*, sous la direction de J.Van Meerbeeck, Limal, Anthemis, 2017, n° 6, p.11 ; F. MATSCHER, « L'arbitrage et la Convention », op.,cit., p. 282 .

([4])V: P. LAMBERT, « Le droit d'accès à un tribunal dans la convention européenne de droits de l'homme », Le procès équitable et la protection juridictionnelle du citoyen, Bruxelles, Bruylant, 2001,p.58, n°1**;** P. MOCK, « Le droit à un procès équitable en matière civile », *R.T.D.H.*, 1995, p. 387.

([5])V: Cour eur. D.H., arrêt *Airey c. Irlande* du 9 octobre 1979, www.echr.coe.int., § 24.

([6])V: P. MOCK, *op. cit.*, p. 391 .

Cour eur. D.H., arrêt Golder c. Royaume-Uni du 21 février 1975, www.echr.coe.int., § 35 in fine.

ويستخلص من ذلك أن التنازل عن الوصول إلى محاكم الدولة يمثل تنازلا عن بعض ضمانات المحاكمة العادلة الواردة بموجب المادة السادسة من الاتفاقية[١]. وفي هذا الصدد، يؤكد جانب آخر من الفقه على عدم جواز استبعاد التنازل المسبق منذ البداية[٢].

في الواقع أن الحل لا يكمن، من وجهة نظر G.**GATHEM** et A. **STROWEL**، في الاستبعاد التلقائي للتنازلات المسبقة، بل في وجود ضمانات تحكم ممارسة هذا التنازل، وتسمح باثبات صحته؛ بحيث لا يجوز أن يتم بشأن جميع ضمانات المحاكمة العادلة[٣]، ولا أن يكون من شأنه الموافقة المسبقة على الانتهاكات الجسيمة لبعض الضمانات الإجرائية الأساسية.

وتأسيسا على ما تقدم، يمكننا تعريف التنازل المسبق بأنه ذلك التنازل الذي يتم من قبل الخصوم قبل نشوء النزاع، بموجبه يتفق الأطراف على استبعاد اختصاص قاضي الدولة بالفصل في النزاع وإسناده إلى محكم أو أكثر يختار من قبلهم كي يتولى هذه المهمة. وهذا النوع من التنازل لا يمكن أن يكون محله جميع ضمانات المحاكمة العادلة، بل يقتصر على جزء من هذه الضمانات، فضلا عن أنه يقتصر على وجه واحد من أوجه التنازل عن ضمانة الوصول للقاضي. وإيضاح الفرضية الأخيرة أنه بالرغم من أن الأطراف قرروا، قبل نشوء النزاع، استبعاد الوصول إلى المحاكم العادية من خلال تفضيل طريق التحكيم، إلا أنهم لا يستطيعوا أن يستبعدوا بشكل كامل، وفي المستقبل، تدخل قاضي الدولة، فهذا الأخير يختص بالنظر في الطعن المحتمل لإبطال حكم التحكيم[٤]، خاصة في الحالات التي ينص عليها القانون حصرا[٥]، ولا يمكن التنازل عن هذا الطعن لا مسبقا ولا في سياق سير إجراءات خصومة التحكيم[٦].

(**1**)V : P.GILLIAUX, *op. cit.*, p. 930 et 931 .
(**2**)V : G. GATHEM et A. STROWEL, *op. cit.*, pp. 507 et 508.
(**3**)V: Ibid, p.509.
(**4**) Art. 1717, § 2 du Code judiciaire belge, lequel prévoit que « la sentence arbitrale ne peut être attaquée que devant le tribunal de première instance (…) ».
(**5**) Cf. Art. 1717, § 3 du Code judiciaire.
(**6**) V: **G.-A. DAL et G. KEUTGEN,** « Les voies de recours contre la sentence arbitrale », *L'arbitrage en droit belge et international. 1, Le droit belge*, 3e éd., Bruxelles, Bruylant, 2015, n°696, p.554; **M. DAL,** op.,cit, p. 365.
يلاحظ أن هذا الفقه أكد على أنه لا يجوز للخصوم أن يتنازلوا عن التمسك بوجه من اوجه البطلان لا يكون على علم تام به.

وعلاوة على ما سبق، فإن اللجوء إلى التحكيم من خلال شرط أو مشارطة التحكيم يمكن تفسيره على وجود موافقة من قبل الأطراف، بشكل مسبق، على سير الإجراءات بسرية تامة، وهو ما يترجم على أنه تنازل مسبق عن ضمانة علنية الجلسات[1].

ثالثا ـ التنازل الجزئـي والتنازل الكلـي:

ينقسم التنازل عن ضمانات المحاكمة العادلة وفقا لمدى مشروعية جوازه من عدمه إلى تنازل جزئي وتنازل كلي. وإيضاح ذلك على ما يلي:

أ – التنازل الجزئي: هو ذلك التنازل الذي بموجبه يتفق الأطراف على التخلي عن التمسك بواحد أو أكثر من الضمانات التي توفرها المادة السادسة ـ١ من الاتفاقية ودون أن ينصب على جميع هذه الضمانات. وهذا النوع من التنازل جائز ومشروع؛ نظرا لأنه لا يجرد الخصم من جميع الحقوق والضمانات التي تمثل جوهر القضية العادلة.

ب– التنازل الكلي: ويقصد به ذلك التنازل الذي ينصب على جميع ضمانات المحاكمة العادلة سواء تم باتفاق الأطراف على التخلي عن التمسك بجميع الضمانات الواردة في الاتفاقية بشكل صريح ومسبق على بدء النزاع أو كان قد تم بعد بدء النزاع. ولاشك أن هذا النوع من التنازل غير جائز؛ نظرا لأنه يجرد الخصم من جميع الحقوق والضمانات التي تمثل جوهر المحاكمة العادلة.

المطلب الثاني

خصائص التنازل عن ضمانات المحاكمة العادلــة وأركانـــه

تمهيد وتقسيم:

إن معالجتنا لهذا المطلب ستكون من خلال فرعيين، نبين في الفرع الأول السمات التي تميز التنازل عن ضمانات المحاكمة العادلة عن التنازل عن الحق بوجه عام، فإذا انتهينا من ذلك انتقلنا للحديث عن الأركان التي يقوم عليها التنازل (الفرع ثاني). وإيضاح ذلك سيكون على ما يلي:

([1])V: P.FRUMER, *op. cit.*, p. 118, n° 160 ; P. GILLIAUX, *op. cit.*, p.931.

الفرع الأول

خصائص التنازل عن ضمانات المحاكمة العادلــة

يتفرد التنازل عن ضمانات المحاكمة العادلة بمجموعة من السمات التي تميزه عن التنازل عن الحق بوجه عام؛ فبينما يتسم التنازل عن الحق بالطابع الأحادي فإن التنازل عن ضمانات المحاكمة العادلة من الجائز أن يكون محلا لعقد إجرائي يتم بتوافق إرادتي الطرفين على إجرائه. وفضلا عن ذلك فإن التنازل عن ضمانات المحاكمة العادلة من المقبول أن يتم قبل نشأة أية نزاع بين الطرفين، وهو الأمر الذي دفع بعض الفقه إلى تسميته بالتنازل الأعمي. وإيضاح ذلك سيكون على ما يلي:

أولا- إمكانية إجراء التنازل عن بعض ضمانات المحاكمة العادلـة بالإرادة الثنائية لأطراف النزاع:

إذا كان من المستقر عليه فقها[١] وقضاء[٢] أن التنازل عن الحق هو عمل أحادي الجانب أو تصرف قانوني يتم بالإرادة المنفردة للمتنازل ودون التوقف على تحقق القبول من جانب المتنازل إليه[٣]، إلا أن التنازل عن ضمانات المحاكمة العادلة يختلف عن ذلك؛ حيث أكد جانب كبير من الفقه[٤]، وكذلك أحكام القضاء على أن التنازل عن بعض الضمانات الإجرائية للمحاكمة العادلة يمكن أن يتخذ طابعًا أحاديا[٥]، ويمكن أن يجري التنازل عن بعض الضمانات الأخرى بموجب توافق إرادتي الطرفين في أحيان أخرى[٦]. وقد كرست هذا المعنى محكمة النقض البلجيكية[٧]؛حيث قررت أنه"وإن كان التنازل في مجال القانون الخاص يتسم بالطابع الأحادي، إلا أنه من الصعب تطبيق

---

(١) راجــع : د.الأنصاري حسن النيداني ، مرجع سابق، ص ٥.

وراجع في الفقه الفرنسي:

Thomas Clay,«Liberté, Égalité, Efficacité: la devise du nouveau droit français de l'arbitrage. Commentaire article par article » (Première partie), JDI 2012, doctr. 4, spéc. commentaires sous l'article 1491.

(٢) حكم المحكمة الدستورية العليا في الطعن رقم ١٥ لسنة ٧ قضائية ، جلسة ٢١ / ١٢/ ١٩٨٥. مشار إليه في: المرجع السابق، ص ٦ هامش رقم ٤؛ نقض مدني، الطعن رقم ٢٤١١ لسنة ٥٧ قضائية، جلسة ١٩٩٦/١/٧ مشار إليه في: المرجع السابق، ص ٦ هامش رقم ٨.

(٣) يلاحظ أنه أحيانا يكون للمدعي عليه مصلحة مشروعة في الاعتراض على التنازل. راجع في هذا الصدد: أستاذنا الدكتور/ الأنصاري حسن النيداني، المرجع السابق، ص ٧ وما أشار إليه من أحكام قضائية فرنسية وفقه في هامش رقم ١٣ و ١٤.

(4)V: P.BAZIER, *op. cit.*, n°9, p.142**;** L.CORNELIS, op.cit., n° 698, p.907**;** P.frumer, op.,cit, n°21 , p.13; Van Dai Do, Le rôle de la volonté des parties dans les recours ..,op:;cit; P.141 à 164.

(٥) أنظر في المعنى نفسه :

F. RIGAUX, op.cit.,n°5, p.390; P. VAN OMMESLAGHE,op.cit., n° 4, p. 738.

(6)V: P.BAZIER, *op. cit.*, n°9, p.142 **;** L. CORNELIS, op. cit., n° 698, p. 907.

(7)V:Cass., 24 décembre 2009, *R.G.D.C.*, 2011, p.332, note S. JANSEN.

ذلك في مجال التنازل عن الضمانات المقررة بموجب الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان لتحقيق المحاكمة العادلة؛ إذ إن رفض إمكانية التنازل من خلال توافق إرادتي الطرفين سيكون بمثابة معارضة شديدة لاتفاقات التحكيم التي تبرم من خلال توافق إرادتي الطرفين على نزع الاختصاص بالفصل في النزاع من القضاء الرسمي ومنحه لهيئة التحكيم؛ فاللجوء إلى التحكيم يعتبر تنازلا جزئيا عن الحق في الوصول إلى قاض، الذي يعتبر أحد مقتضيات القضية العادلة [١].

وتكريسا لهذا المعنى نؤكد على أن الكثير من التشريعات المقارنة قررت إمكانية أن يفرغ التنازل عن الحق في الوصول إلي قاضي في شكل عقد يبرم بتوافق إرادتي الطرفين. ونضرب على ذلك مثال التنازل عن دعوى بطلان حكم التحكيم الدولي، والذي فسر من جانب الفقه[٢] على أنه تنازل كامل عن وجهي الحق في الوصول للقاضي: الوجه الأول- التنازل عن الحق في الوصول لقاضي النظام القضائي من البداية، والوجه الثاني التنازل عن مراقبة قاضي الدولة لحكم التحكيم[٣]. ويظهر هذا جليا في نص المادة ١٥٢٢ من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي التي أجازت للأطراف التنازل عن دعوى بطلان حكم التحكيم الدولي بموجب اتفاق خاص بين الطرفين[٤]؛ بقولها "بموجب اتفاق خاص، يجوز للطرفين في أي وقت التنازل صراحة عن دعوى بطلان حكم التحكيم"[٥].

ونفس الأمر قرره التشريع السويسري؛ حيث أكدت المادة ١٩٢ من القانون الفيدرالي للقانون الدولي الخاص السويسري(LFDIP) على إمكانية التنازل عن دعوى بطلان حكم التحكيم بالإرادة الثانية للطرفين[٦]، وكذلك المادة ١٧١٨ من القانون القضائي الخاص البلجيكي[١]، وكذلك في

([1])V: Dubois, Livia.,op.,cit, p. 13.

([2])Van Dai Do, Le rôle de la volonté des parties,pp.141-164.

([٣]) راجع في المعنى نفسه:

Thomas Clay**,** « Liberté, Égalité, Efficacité :..,Article precedente.

([4]) V: Van Dai Do , op.,cit, p.144 .

([5]) Articl 1522 du code deprocedure civil française dispose que " **Par convention spéciale, les parties peuvent à tout moment renoncer expressément au recours en annulation**…".

([6]) Article 192 de (LFDIP) dispose que " [1] Si les parties n'ont ni domicile, ni résidence habituelle, ni siège en Suisse, elles peuvent, par une déclaration dans la convention d'arbitrage ou dans une convention

القانون السويدي بموجب المادة ٥١ من قانون التحكيم رقم ٤ مارس ١٩٩٩[٢]، وكذلك في التشريع التونسي بموجب المادة ٧٨-٦ من قانون التحكيم رقم ٢٦ أبريل ١٩٩٣، وكذلك التشريع البنمي بموجب المادة ٣٦ من المرسوم بقانون رقم ٥ الصادر في ٨ يوليو ١٩٩٩، وكذلك بموجب المادة ١٢٦ من القانون العام للتحكيم رقم ٣ يناير ١٩٩٦[٣].

وبالبناء على ما تقدم يمكننا القول أن التنازل عن ضمانات المحاكمة العادلة مثله مثل التنازل عن الدعوى من الممكن أن يكون محلا لاتفاق إجرائي يبرم بين المدعي والمدعى عليه بغية التنازل عن بعض الضمانات الواردة بالمادة السادسة من الاتفاقية، ولكن يشترط لكي نكون بصدد تنازل حقيقي ألا يتم هذا التنازل في مقابل أية تضحية من جانب المدعى عليه[٤]، وأن يكون الطرفين على علم تام بالآثار المترتبة على هذا التنازل، وأن يقوم التنازل على اختيار وإرادة مستنيرة، وأن يكون المتنازل قادرًا على التنبؤ بشكل معقول بعواقب سلوكه، وألا يتعارض التنازل مع أي مصلحة عامة جديرة بالرعاية.

---

ultérieure, exclure tout ou partie des voies de droit contre les sentences du tribunal arbitral; elles ne peuvent exclure la révision au sens de l'art. 190*a*, al. 1, let. b. La convention doit satisfaire aux conditions de forme de l'art. 178, al. 1.[156] …".

(1) Art. 1718 de code judiciaire privé dispose que [[1] Les parties peuvent, par une déclaration expresse dans la convention d'arbitrage ou par une convention ultérieure, exclure tout recours en annulation d'une sentence arbitrale lorsqu'aucune d'elles n'est soit une personne physique ayant la nationalité belge ou son domicile ou sa résidence habituelle en Belgique, soit une personne morale ayant en Belgique, son siège statutaire, son principal établissement ou une succursale

(2) Section 51 of the Swedish Code of Statutes (SFS) 1999 If none of the parties is domiciled or has its place of business in Sweden, such parties may in a commercial relationship through an express written agreement exclude or limit the application of the grounds for setting aside an award as are set forth in Section 34.

راجع في المعنى نفسه :

Van Dai Do, op.,cit, p.145 .

(3) Ibidem.

(٤) راجع: د.الأنصاري حسن النيداني، مرجع سابق، ص ٤٨؛ حيث ذكر سيادته أنه إذا كان التنازل عن الدعوى مقابل تضحية يقوم بها المدعى عليه فإن هذا الاتفاق يكون في حقيقته صلحا وليس عقدا.

ثانيا- إمكانيـة إجــراء التنازل عن بعض ضمانات المحاكمة العادلة بشكل مسبق على حدوث أية نزاع بين الطرفين:

إذا كان جانب من الفقه يذهب إلى حظر التنازل عن حق من الحقوق لحظة إبرام العقد[١]، إلا أن جانب آخر من الفقه[٢] يؤكد على أنه لا يوجد سبب لاستبعاد التنازل المسبق عن هذه الضمانات منذ البداية؛ أي حتى ولو لم ينشأ النزاع بعد، بل كل ما في الأمر أن المسالة تحتاج إلى وجود ضمانات تحكم ممارسة التنازل المسبق أو المبكر وتسمح بإثبات صحته.

وعليه؛ يجوز للأطراف الاتفاق مسبقا على التنازل عن بعض[٣] ضمانات المحاكمة العادلة الواردة بنص المادة ٦-١ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان. مع ملاحظة أنه يحظر على الأطراف الاتفاق المسبق على الانتهاكات الجسيمة لبعض الضمانات الإجرائية الأساسية.

وتكريسا لهذا المعنى، فقد قررت المحكمة الأروروبية لحقوق الإنسان في حكمها الصادر بتاريخ الأول من مارس ٢٠١٦ في قضية **arrêt Tabbane c. Suisse** أنه طالما أنه يجوز للأطراف إبرام اتفاق تحكيم قبل نشوء نزاع يقضي بتسوية أي نزاع نشأ أو قد ينشأ بين الطرفين من خلال التحكيم، فإن ذلك يستتبع بالتالي تنازلا مسبقا عن بعض ضمانات المحاكمة العادلة ، ولاسيما حق الوصول للقاضي[٤]. وتماشيا مع هذا الأمر يرى جانب كبير من الفقه أن إبرام الأطراف لاتفاق التحكيم قبل نشوء النزاع فعليا أو بمجرد نشوئه يعني بالضرورة التنازل عن بعض الضمانات الإجرائية للمحاكمة العادلة؛ كضمانة حق الوصول للقاضي[٥]، وضمانة علنية الجلسات[٦].

([1])V: J.VAN ZUYLEN, *op. cit*, n° 17., p. 119.
([2])V:O.DE SCHUTTER et J. RINGELHEIM, *op. cit.*, pp. 445 et 446; G.GATHEM et A. STROWEL, *op. cit.*, pp. 507 et 508.».
([3])V: G.GATHEM et A. STROWEL, op. cit., p. 509.
([4])V:Cour eur. D.H., arrêt *Tabbane c. Suisse* du 1er mars 2016, www.echr.coe.int., §§ 25 *in fine*, 27 et 29.
([5])V: P.GILLIAUX, *op. cit.*, p. 930 et 931 ; O. CAPRASSE, « Introduction au nouveau droit belge de l'arbitrage », *Actualités en droit judiciaire*, sous la direction de H. Boularbah et F. Georges, Bruxelles, Larcier, 2013, n°37, p.408.
([6])V: P.FRUMER, *op. cit.*, n° 161, pp. 119, et, n° 162,p.120 ; J. ARROYO, *op. cit.* , n° 220, p139.

وتأسيسا على ما تقدم يمكننا أن نستخلص أنه من المقبول التنازل عن ضمانات المحاكمة العادلة في مرحلتي التنازل الزمانيتين، حيث يجوز التنازل عن بعض الضمانات بشكل سابق على بدء النزاع، ويجوز التنازل عن بعض الضمانات الأخرى بشكل لاحق على بدء النزاع.

الفرع الثاني

أركـــان التنازل عن ضمانات المحاكمة العادلـــة

يقوم التنازل عن الضمانات الإجرائية للمحاكمة العادلة على أركان ثلاث، وتتمثل هذه الأركان في تحقق الإرادة الصحيحة والمستنيرة، والمحل، والسبب. وإيضاح هذه الأركان على ما يلي :

أولا ـ تحقق الإرادة الصحيحة والمستنيرة للمتنازل:

لما كان الإنسان بطبعه حريصا على حقه لا يقدم على التنازل عنه بسهولة؛ لما يترتب على التنازل عن الحق من آثار خطيرة، فإن القانون يشترط لصحة التنازل عن ضمانات المحاكمة العادلة أن تتوافر إرادة القيام بهذا العمل القانوني أو التصرف الإجرائي لدى المتنازل، وأن تنصرف هذه الإرادة للتنازل عن واحد أو أكثر من الضمانات الواردة بنص المادة ٦-١ من الاتفاقية، فالتنازل عن الحق إسقاط، والإسقاط لا يكون مشروع إلا إذا توافرت إرادة النزول عنه.

ولما كانت إرادة النزول عن ضمانات المحاكمة العادلة لا تفترض، بل يتعين أن يقوم الدليل القاطع عليها فقد اشترط القانون لتحقق هذه الإرادة مجموعة من الشروط، نبينها على ما يلي:

أول هذه الشروطـ يتعين أن يتوافر لدى المتنازل عن هذه الضمانات الإرادة الصحيحة الخالية من العيوب. وتتحقق هذه الإرادة بصدور تعبير صريح أو ضمني عن إرادة يعتد بها قانونا، فاذا كانت الإرادة معدومة؛ كما في حالة المجنون والمعتوه والصبي غير المميز أو المحجور عليه لسفه أو غفلة[1]، أو كانت هذه الإرادة غير جادة في التنازل عن هذه الضمانات، فإن التنازل يكون باطلا بطلانا مطلقا. لاشك أن التنازل عن ضمانة الحق في الوصول للقاضي من خلال اللجوء إلى التحكيم يتطلب أن يتوافر في الشخص أهلية التعاقد والتصرف في حقوقه، وهو ما يعبر عنها في

(1) أنظر: د.أحمد شوقي عبد الرحمن، النظرية العامة للحق، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٥ ، ص ١٣٢ وما بعدها.

المجال الإجرائي بأهلية التقاضي؛ فاللجوء إلى التحكيم يستتبع النزول عن اللجوء إلى القضاء الرسمي واستبعاد اختصاص محاكم الدولة بالفصل في النزاع وإسناده إلى هيئة تحكيم مشكلة من محكم خاص أو أكثر تتولى مهمة الفصل في النزاع، وهو الأمر الذي يوجب أن تتوافر أهلية التقاضي في طرفي النزاع [١].

ونفس الأمر فيما يتعلق بالتنازل عن التمسك بضمانة نزاهة القاضي وحيدته؛ حيث يشترط أن تتوافر في المتنازل عن إثارة العيب الإجرائي المتمثل في تحيز القاضي وعدم استقلاليته أهلية التقاضي، والتي تعني صلاحية الشخص من الناحية القانونية لمباشرة إجراءات التقاضي أمام القضاء بكافة أنواعه. وكذلك الأمر فيما يتعلق بالتنازل عن ضمانة علنية الجلسات وضمانة الفصل في القضية خلال مدة معقولة.

وتنعدم الإرادة لدى المتنازل كذلك في حالة فقدانه القدرة على الإختيار؛ كما لو أكره أو وقع في غلط أو تدليس أدى إلى اتخاذ قرار التنازل عن هذه الضمانات دون أن تتوافر لديه الإرادة السليمة الخالية من العيوب.

ثاني هذه الشروط- يتعين أن يتوافر لدى المتنازل عن هذه الضمانات شرط الإرادة **المستنيرة** volonté éclairée. إن شرط الإرادة المستنيرة يعني ضمنا أن يتصرف المتقاضي وهو على علم تام بالوقائع والظروف وبخطورة فعل التنازل[٢]. إن إسناد صفة "المستنير" إلى مصطلح التنازل سوف يعتمد على المعلومات المتاحة للمتنازل في اللحظة التي يقوم فيها بفعل التنازل[٣]. ومن ثم، سيكون للمحامي المدافع عن الخصم دور أساسي في "(..) إبقاء موكله على علم بتطور سير الاجراءات وتوضيح الخيارات الإجرائية التي يواجهها"[٤]، وكذلك إبلاغ المتنازل على النحو

---

(١) تنص الفقرة الأولى من المادة السابعة من قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية القطري رقم ٢ لسنة ٢٠١٧ على أنه " اتفاق التحكيم هو اتفاق الأطراف سواء كانوا من الأشخاص المعنوية أو الأشخاص الطبيعيين الذين يتمتعون بالأهلية القانونية للتعاقد على الالتجاء إلى التحكيم للفصل في كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو التي قد تنشأ بينهم بشأن علاقة قانونية محددة، تعاقدية كانت أو غير تعاقدية ، ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم منفصلا أو في صورة شرط تحكيم وارد في العقد".

(2)V: P.BAZIER, op.,cit. , n°12 , p.145.

(3)V: Dubois, Livia, op.,cit, p.63.

(4)**V:** P.FRUMER, *op cit.* , n° 797, p. 575.

الواجب من ناحية بنطاق حقوقه[١]، أي أن يكون على علم تام بالحقوق التي يمكنه التمسك بها بموجب نصوص الاتفاقية[٢]، مع تحذيره في الوقت المناسب من المخالفات المحتملة التي يمكن أن تفسد الإجراءات[٣].ومن ناحية أخرى، أن يكون المتقاضي على علم تام بالعواقب المرتبطة بممارسة حقه في التنازل[٤]. وإجمالاً، تهدف المعلومات إلى منع الخصم "(...) من تقديم التزام أو تعهد لا يفهم نطاقه"[٥].

وتكريسا لهذا الشرط اعتمدت المحكمة الأوروبية لحقوق الانسان معيار " التنازل الواعي والمستنير" من أجل صحة التنازل عن ضمانات المحاكمة العادلة المنصوص على فروضها بالمادة ٦-١ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان[٦]؛ حيث أكدت على ضرورة أن يتوافر في التنازل[٧] ما يلي:

- أن يتم تأسيسه بشكل واضح لا لبس فيه.
- أن يكون المتنازل محاطاً بالحد الأدنى من الضمانات التي تتناسب مع جديته.
- أن يكون التنازل إراديـــا.
- أن يقوم التنازل على اختيار مستنير.
- أن يكون الشخص المتنازل قادرًا على التنبؤ بشكل معقول بعواقب سلوكه.
- ألا يتعارض التنازل مع أي مصلحة عامة هامة .

ثانيا - وجود المحل ومشروعية التنازل عنــه:

يفترض التنازل أن يكون له محل يرد عليه، ويتمثل محل التنازل عن ضمانات المحاكمة العادلة في الحقوق الإجرائية[٨] الممنوحة لكل متقاضي أوروبي بموجب المادة ٦-١ من الاتفاقية الأوروبية

([1])V: Ibid, n° 786, p. 569.
([2])**V:** P.GILLIAUX, *op. cit.*, p. 79.
([3])**V:** P.FRUMER, *op. cit.* , n° 793, pp. 569 et 573.
([4])**V:** Ibid, pp. 569 et 573 ; P. GILLIAUX, *op. cit.*, p. 80
([5])**V:** G.GATHEM et A. STROWEL, *op. cit.*, p. 518.
([6])**V:** CEDH-KS , Thème clé – Article 6 Renonciation aux garanties d'un procès équitable .
([7])**V:** Dvorski c. Croatie [GC], 2015, §§ 100-102 ; Simeonovi c. Bulgarie [GC], 2017, § 115; Pishchalnikov c. Russie, 2009, § 77).
([8])**V:** P.BAZIER, op.,cit., n°15, p.148.**;** S.JANSEN, op.,cit, n°13., p.339.

لحقوق الإنسان[١]. ولكن يلاحظ أن وجود المحل ليس بكافيا، بل يتعين أن يكون الحق الذي يعتبر محلا للتنازل من الحقوق الجائز التنازل عنها[٢]، فالتنازل عن الحق من قبل الشخص المعني يفترض أن يملك هذا الأخير سلطة التصرف في هذا الحق[٣].

وبالرغم من أن مقتضيات المحاكمة العادلة تتعلق بالنظام العام[٤] إلا أن الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان أجازت للخصم التنازل عن بعض هذه الضمانات قبل نشأة النزاع[٥]، كما أجازت له التنازل عن بعضها بعد نشأة النزاع وأثناء سير الخصومة، وحتى بعد صدور الحكم المنهي للنزاع؛ كما في حالة التنازل عن الآثار المترتبة على الإخلال بضمانة ضرورة الفصل في النزاع خلال مدة معقولة.

ثالثا ـ سبب التنازل عن ضمانات المحاكمة العادلة:

يقصد بالسبب في اللغة كل شيء يُتَوصَّل به إلى غيره، وجمعه أسباب[٦]، وجاء في القرآن الكريم بمعنى الحبل. ومنه قول الله تعالى : **(مَنْ كَانَ يَظُنُّ أَنْ لَنْ يَنصُرَهُ اللَّهُ فِي الدُّنْيَا وَالآخِرَةِ فَلْيَمْدُدْ بِسَبَبٍ إِلَى السَّمَاءِ ثُمَّ لِيَقْطَعْ فَلْيَنظُرْ هَلْ يُذْهِبَنَّ كَيْدُهُ مَا يَغِيظُ)**[٧]. أما السبب في نظر فقه القانون المدني فيعرف بأنه" الغرض المباشر الذي يقصد الملتزم الوصول إليه من جراء التزامه"، أو هو الدافع الذي يدفع الإرادة إلى التصرف وتحقيق الأغراض المنشودة من خلال إنشاء الالتزام[٨]. إذن هو الباعث الذي دفع المتعاقدين إلى إبرام العقد أو التصرف.

([1])**V:** P.FRUMER, op.,cit., n°151,p.111 et 112; A.KOHL, op.cit, n° 2., p. 637.

([2])V: Ibid .

([3])V: L.CORNELIS, Algemene theorie van de verbintenis, op.,cit., n°698, p.907.

([٤]) راجع شرح تفصيلي في مسألة مدى تعارض تعلق الضمانات الواردة بالمادة السادسة بالنظام العام مع رخصة التنازل عن هذه الضمانات:

P.Frumer, op., cit., n° 684 à 509, n° 697, pp. 487 et 501; J. Arroyo, op.cit., n° 159 à 120, n°184, pp.103.

([٥]) راجع شرح تفصيلي لمسألة مدى جواز التنازل عن الحق قبل نشأته: د.الأنصاري حسن النيداني، التنازل عن الحق في الدعوى، مرجع سابق، ص ٨٤ وما بعدها.

([٦]) ابن منظور: لسان العرب المحيط، إعداد: يوسف الخياط، دار لسان العرب، بيروت، دون تاريخ، ص٧٩.

([٧]) سورة الحج ، الآية رقم ١٥.

([٨]) راجع : د.عبدالرزاق السنهوري، نظرية العقد، دار الفكر، بيروت ، بدون تاريخ ، ص٥٣٦.

وبإنزال ما سبق يمكننا أن نقرر أن سبب التنازل عن الضمانات الإجرائية المقررة لتحقيق المحاكمة العادلة هو الباعث الذي دفع المتنازل إلى التنازل عن حقوقه الواردة بنص المادة ٦-١ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان. وهذا الباعث يختلف من شخص لآخر فقد يكون سبب تنازل الخصم عن بعض هذه الضمانات هو تجنب البطء الناتج عن اللجوء إلى العدالة التقليدية؛ كما في حالة التنازل عن ضمانة الوصول للقاضي من خلال اتفاق الأطراف على تسوية النزاع عن طريق التحكيم، أو تحقيق مزيدا من السرية لسير إجراءات النزاع؛ كما في التنازل عن ضمانة علنية الإجراءات، والتي تتم من خلال إبرام أطراف العلاقة القانونية لاتفاق التحكيم، والذي يعني موافقة الأطراف، مسبقًا، على سير الإجراءات بسرية تامة، أو من خلال تقديم الخصم طلب عقد الجلسة بشكل سري حفاظا على حرمة الحياة الخاصة.

وقد يكون سبب التنازل عن بعض ضمانات المحاكمة العادلة الاقتصاد في الاجراءات؛ كما في حالة التنازل عن ممارسة ضمانة التقاضي على درجتين.

المبحث الثاني

مدى جواز التنازل عن ضمانات المحاكمة العادلة والضوابط اللازمة لصحته.

تمهيد وتقسيم:

ذكرنا سابقا أن الحق في محاكمة عادلة هو حق مركب ومتعدد، وهو في الأساس حق ذو طبيعة إجرائية يهدف إلى تحقيق العدالة، وقد وردت فروض هذا الحق بموجب المادة السادسة من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الانسان. ولما كانت القواعد الواردة بالاتفاقية تتعلق بالنظام العام فإن هناك مشكلة تنشأ بصدد مسألة التنازل عن الضمانات الإجرائية الممنوحة للمتقاضي بموجب المادة سالفة الذكر؛ حيث يشكل طابع النظام العام للحقوق الممنوحة للمتقاضي الأوروبي حجر عثرة أمام التنازل عن ضمانات المحاكمة العادلة. ولذلك كان لزاما علينا أن نتعرض أولاً مدى تعلق ضمانات المحاكمة العادلة بالنظام العام ومدى وجود تعارض بين هذه الضمانات ورخصة التنازل(**المطلب الأول**)، فإذا انتهينا من معالجة ذلك انتقلنا إلى بيان كيفية ممارسة الخصم للتنازل عن هذه الضمانات والضوابط اللازمة لصحة إجرائه (**المطلب الثاني**). وإيضاح ذلك سيكون على ما يلي:

المطلب الأول

مدى تعلق ضمانات المحاكمة العادلة بالنظام العام ومدى تعارضها مع رخصة التنازل.

ذكرنا سابقا أن التنازل يفترض وجود محل ينصب عليه، غير أن وجود المحل ليس كافيا، بل يتعين أن يكون الحق الذي يعتبر محلا للتنازل من الحقوق التي يجوز التنازل عنها.ومن ثم يتعين علينا التطرق أولا للحديث عن مدى تعلق الضمانات الإجرائية للمحاكمة العادلة بالنظام العام وذلك في الفرع الأول، ثم نبين في الفرع الثاني مسألة عدم تعارض الضمانات الاجرائية للمحاكمة العادلة مع رخصة التنازل.وإيضاح ذلك سيكون على ما يلي:

الفرع الأول

مدى تعلق الضمانات الإجرائية للمحاكمة العادلة بالنظام العام

إن معالجتنا لهذا الفرع ستكون من خلال التطرق لثلاث نقاط رئيسية: **أولها**- مدى إضفاء طابع النظام العام على القواعد الواردة بالاتفاقية الأوروبية لحقوق الانسان على مستوى النظم القانونية الداخلية للدول الأعضاء في الاتفاقية(غصن أول)، **ثانيا**- مدى وجود تعارض داخل بعض الأنظمة القانونية للدول الأعضاء بين القواعد المتعلقة بالنظام العام وبين غيرها من القواعد، لاسيما القواعد الإلزامية الأمرة أو المكملة(غصن ثاني)، **وأخيرا** نختتم هذا الفرع بإيضاح التطورات الفقهية والقضائية بشأن التعارض بين النظام العام والقواعد الإلزامية وأثر ذلك على مسألة التنازل(غضن ثالث). وإيضاح ذلك على ما يلي:

الغصن الأول

طابع النظام العام لأحكام الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان داخل الأنظمة القانونية للدول الأعضاء.

بعد أن ذكرت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في عدة أحكام أن طبيعة بعض الحقوق التي تكفلها الاتفاقية تستبعد إمكانية التنازل عن ممارستها[1]، فقد أثار جانب من الفقه العديد من

([1]) Cour eur. D.H.,arrêt De Wilde, Ooms et Versyp du 18 juin 1971,www.echr.coe.int., § 65 . .; Cour eur. D.H., arrêt Albert et Lecompte c.Belgique du 10 février 1983, www.echr.coe.int., § 35.; Cour eur.

التساؤلات حول العلاقة بين رخصة التنازل المقررة بموجب الاتفاقية والنظام العام[١]. ولذلك فمن الضروري أولاً وقبل كل شيء مقارنة الحقوق الأساسية بالنظام العام[٢] بغية التحقق مما إذا كانت المادة ٦-١ من الاتفاقية تقع ضمن نطاق النظام العام الداخلي للدول الأعضاء[٣].

وفي هذا الصدد، أكدت المحكمة الأوروبية لحقوق الانسان أن المادة ٦-١ تندرج ضمن النظام العام للدول الأعضاء في مجلس أوروبا[٤]. **وعلى مستوى الفقه** فلا تزال مسألة منح نص المادة السادسة نفس معنى النظام العام الداخلي مثيرًة للجدل إلى حد ما؛ حيث يرى البعض أن المحكمة تشير فقط إلى النظام العام الأوروبي[٥]، وهذا الأخير يمكن تمييزه عن النظام العام الداخلي حيث أن النظام العام الأوروبي يضع " مجموعة من القواعد التي تعتبر أساسية للمجتمع الأوروبي والملزمة لأعضائه[٦](..)، والتي من بينها احترام الحقوق الأساسية والدفاع عنها[٧]. ويستنتج من ذلك أن الاتفاقية، بما في ذلك المادة ٦ -١ منها، تتعلق بالنظام العام الأوروبي وليست من النظام العام كما يمكن فهمه في الأنظمة القانونية الداخلية(...)"[٨].

وفي المقابل لذلك، ذهب جانب آخر إلى أنه مع تصاعد أهمية احترام حقوق الإنسان[٩] أصبح هناك جانبان للنظام العام في القانون الداخلي:أحدهما يغطي بشكل أساسي الدفاع عن الحقوق ومن ثم فإن النظام العام الداخلي يشمل"جميع المبادئ الأساسية التي تحكم النظام القانوني العام

D.H.,arrêt H. c.Belgique du 30 novembre 1987, www.echr.coe.int., § 54.

([1])V: P. FRUMER, *op. cit.*, p. 486.

([2])V: W.-J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, *op. cit.*, pp.156 et 157.

([٣]) راجع شرح تفصيلي لطابع النظام العام لقواعد الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان:

W.-J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, op. cit., pp. 186 à 251.

([4]) Cour eur. D.H., arrêt Deweer c. Belgique du 27 février 1980, www.echr.coe.int., § 49; Cour eur. D.H., arrêt Loizidou c. Turquie du 23 mars 1995, www.echr.coe.int., § 75.

([5])V:P. FRUMER, op.cit., pp.488, n°664 à 490, n° 666. ; **F. SUDRE,** « L'ordre public européen », L'ordre public:Ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux, sous la direction de M.-J. Redor, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 109 à 131.

([6])V: F.SUDRE, *op. cit.*, p. 111, n° 5.

([7])V: ibidem, n° 3.

([8])V:P.FRUMER, op. cit. , n° 668, p. 491.

([9])V:J.-F.ROMAIN,«L'ordre public (notion générale) et les droits de l'homme »,L'ordre public: Concept et applications,vol.3,sous la direction de M. Grégoire,J.-F.Romain et V.Simonart, Bruxelles,Bruylant, 1995, n°5, p. 13.

([10])V:ibidem, n°13, p.32.

للدولة الديمقراطية(..)"[١]. وهذا النظام العام[٢]، الذي يوصف بأنه عام، سيشمل من ناحية " القواعد التي تهدف إلى حماية المصلحة العامة التي يتم تحقيقها في النظام العام القانوني والاقتصادي والاجتماعي للدولة(..)"[٣]، ومن ناحية أخرى"(..) القواعد التي تعبر عن الحقوق والحريات الأساسية للأفراد، والتي لا يجوز الانتقاص منها أو التنازل عنها(..)"[٤]. وترتيبا على ذلك، فإن تجاهل الحقوق الأساسية للأفراد ضمن الفئة العامة للنظام العام سيكون بمثابة استبعاد للمعايير التي يجب أن تعتبر أساسية داخل المجتمع[٥].

ومن جانبنا فإننا نتفق مع الاتجاه الأخير الذي يرى استعادة الحقوق الأساسية للأفراد ضمن النظام العام الداخلي للدول الأعضاء في الاتفاقية،بما في ذلك الحق في محاكمة عادلة والضمانات المكرسة فيه. **وبذلك** يكون للضمانات المكرسة بموجب المادة ٦ من الاتفاقية قيمة النظام العام في النظام القانوني المحلي للدول الأعضاء[٦]. ويفسر ذلك بسبب الطبيعة الأساسية والجوهرية للحقوق المنصوص عليها في المادة سالفة الذكر[٧].

([1])V:ibid,n°25, p.59.

([2])V:ibid,n°13, p.32.

([3])V:ibid, n° 25., p.59 et 60.

([4])V:ibid, n°13, p.32 et, n° 14, p.33.

([5])V:ibid, n° 13 ,p.33.

([6])V:Cass,29 janvier 1981, *Pas*., 1981, I, p.585; 6 décembre 2000, *J.T*., 2001, p.572, note B. Hanotia : Sont d'ordre public, « les articles (…) de conventions internationales ratifiées par la Belgique et relatives aux droits de l'homme (…)»; M. DAL, «Le recours contre les sentences arbitrales en droit belge », *op. cit.*, p. 361;

وراجع بشكل خاص فيما يتعلق بالمادة السادسة من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الانسان :

R. ERGEC et J. VELU, *op. cit.*, 2014, p. 421, n° 391;W.-J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, op. cit., pp.240 à 251;**S.GOLDMAN et J.-F. TOSSENS,** « Recours en annulation : commentaire des arrêts de la Cour de cassation du 7 novembre 2013 et de la Cour d'appel de Bruxelles du 6 décembre 2011 », *b-Arbitra*, 2014/1, n° 22, p. 231.

([7])V: W.-J.GANSHOF VAN DER MEERSCH, op.,cit., n°16, p. 240.

الغصن الثاني

التعارض التقليدي بين النظام العام والقواعد القانونية الآمرة داخل بعض الأنظمة القانونية للدول الأعضاء.

هناك تعارضا واضحا داخل بعض الأنظمة القانونية للدول الأعضاء في الاتفاقية بين القواعد المتعلقة بالنظام العام والقواعد القانونية الإلزامية[١]، ويظهر هذا التعارض بشكل صارخ في النظام القانوني البلجيكي[٢]. ولبيان هذا التعارض ينبغي التعرض أولا لتعريف كل منهما(أولا)، ثم نستعرض بعد ذلك نتائج هذا التعارض فيما يتعلق بالمصلحة المحمية (ثانيا)، وفيما يتعلق بالآثار المترتبة على كل منهما(ثالثا). وإيضاح ذلك على ما يلي :

أولا ـ تعريف القواعد القانونية المتعلقة بالنظام العام والقواعد الآمرة : بشكل عام، حددت محكمة النقض البلجيكية القوانين المتعلقة بالنظام العام[٣] بمجموعة من الشروط؛ حيث ذكرت أنه"(..) يعد

---

(١) **يعرف القانون البلجيكي ثلاث أنواع من القواعد القانونية** هي القوانين المتعلقة بالنظام العام، والقواعد القانونية الأمرة والقواعد القانونية المكملة. ويميز الفقه والقضاء البلجيكي بين القواعد القانونية التي تتعلق بالنظام العام، وتلك التي هي مجرد قواعد أمرة أو وفقًا للتعبير المستخدم في الفقه الفرنسي - التي تندرج تحت حماية النظام العام. ووفقاً للصياغة التقليدية، فإن "ما يؤثر على المصالح الأساسية للدولة أو المجتمع أو يحدد في القانون الخاص الأسس القانونية التي يقوم عليها النظام الاقتصادي أو الأخلاقي للمجتمع يعد من النظام العام".

راجع ما استقرت عليه أحكام محكمة النقض البلجيكية التالية :

Cass. 13 décembre 2016, P.16.0421.N et Cass.10 septembre 2015, C.12.0533.N-C.12.0597.N, www.juridat

ويلاحظ أن المشرع البلجيكي قد منح القاضي سلطة توضيح مفهوم النظام العام.

(Cass.13 décembre 2016, Ibid) .

وتحمي القاعدة الآمرة المصالح الخاصة، وفي هذه الحالة، مصالح المستهلك. ولا يمكن التذرع بالحماية التي توفرها إلا من قبل المستفيد. ويستنتج من ذلك أن القاضي لا يستطيع أن يصدر تلقائيا حكما وقائيا لم يحتج به المستهلك لأنه كان غائبا في الإجراءات أو لأنه، رغم كونه طرفا في الإجراءات، لم يكن على علم بوجود الحماية.

ومنذ حكم محكمة النقض في ١٤ أبريل/نيسان ٢٠٠٥ فقد التمييز بين أحكام النظام العام والقوانين الآمرة جزءًا كبيرًا من فائدته العملية على المستوى الإجرائي. وقضت محكمة النقض بأنه، بغض النظر عن مسألة ما إذا كان الحكم المعني متعلقًا بالنظام العام أم لا، فإن "القاضي مطالب بالفصل في النزاع وفقًا للقاعدة القانونية المنطبقة؛ و(أنه) ملزم، مع احترام حقوق الدفاع، بإثارة الأسباب القانونية التي يتطلب تطبيقها الوقائع التي استشهد بها الأطراف على وجه التحديد لدعم مطالباتهم.

(2)V: **A.MEEUS,** « La notion de loi impérative et son incidence sur la procédure en cassation et sur l'office du juge », note sous Cass. (3e ch.), 17 mars 1986, *R.C.J.B.*, pp. 500, n° 3 et 510, n° 13; **H. DE PAGE**, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. 1, Bruxelles, Bruylant, 1962, pp. 109 à 121.; **P. WERY,** « L'essor du droit impératif et ses rapports avec l'ordre public en matière contractuelle », *R.G.D.C.*, 2011, n° 2, p.146.

(٣) راجع شرح تفصيلي لتعريف النظام العام وأنواعه: د.أحمد عبدالحميد أمين، دور فكرة النظام العام في محاية مشروعية العقد والطرف الضعيف ، بحث منشور بمجلة كلية الحقوق جامعة المنيا ، المجلد الثاني - العدد الأول - الجزء الأول - يونيه ٢٠١٩ ، ص ٨٧ وما بعدها . يقصد بالنظام العام مجموعة من القواعد القانونية التي تنظم المصالح الأساسية والعليا للمجتمع في شكل قواعد آمر وناهية يمنع على الأفراد الاتفاق على مخالفتها في الحال أو المآل لكونها تهم مصلحة المجتمع أكثر ما تهم الأفراد . ويتنوع إلى أنواع عديدة مثل النظام العام النصي والنظام العام الاجتهادي والنظام العام الاقتصادي والنظام العام السياسي والنظام العام الحمائي والنظام العام الوقائي. راجع شرح هذه الأنواع : المرجع السابق صفحات ٨٧ وحتى ٩٠ .

من النظام العام بالمعنى الدقيق للكلمة القانون الذي يمس المصالح الأساسية للدولة، أو الذي يحدد، في القانون الخاص، الأسس القانونية التي يقوم عليها النظام الاقتصادي أو الأخلاقي للمجتمع"[١].

وهذا التعريف هو المستقر عليه في الفقه البلجيكي حتى الآن[٢]، ولكن النظام العام بالمعنى السابق يتعارض معه نظامًا آخر لا يمكن تسميته بشكل صحيح بالنظام العام[٣] ولكن يسمى بالقواعد القانونية الآمرة[٤]. ويقصد بهذه الأخيرة، مجموعة القواعد التي تهدف أساساً إلى حماية الأطراف الضعيفة في العقود، أو هي مجموعة من القواعد القانونية التي لا يجوز الخروج عليها لأنها تحمي فقط المصالح الخاصة للأفراد، ولكن هذه القواعد لا تتعلق بالنظام العام، مما يؤدي إلى البطلان النسبي للاتفاقات المخالفة لها، وبالتالي لا يستبعد التنازل عنها (..)»[٥].

les lois impératives sont définies comme les « lois auxquelles il est interdit de *déroger*, mais qui ne sont *pas d'ordre public*, parce qu'elles ne protègent que des *intérêts privés*, qui n'entrainent pour cette raison que la *nullité relative* des conventions contraires et qui, dès lors, *n'excluent pas une renonciation* (…) ».

ثانيا - التعارض بين النظام العام والقواعد الإلزامية الآمرة فيما يتعلق بالمصلحة المحمية: يستند التعارض بين النظام العام والقواعد الإلزامية الآمرة أساساً على فكرة المصلحة المحمية؛ حيث يحمي النظام العام المصلحة العامة بينما تدافع القواعد الآمرة عن المصالح الخاصة[٦].

([1])V:Cass., 9 décembre 1948, *Pas*., 1948, I, p. 699.; Cass., 14 janvier 1954, *Pas*. 1954, I, p. 502. ; Cons. pour un commentaire de ces arrêts : P. DE HARVEN, « Contribution à l'étude de la notion d'ordre public », note sous Cass. (1e ch.), 14 janvier 1954, *R.C.J.B.*, 1954, pp. 259 à 266.

([2])V: A. MEEUS, op.cit.,n°15, p.510; P.VAN OMMESLAGHE, Traité de droit civil belge. 2, Le obligations, op. cit., p. 358 in fine, n°216 ; L. CORNELIS, «Mal aimé, mal armé: l'ordre public en droit privé », R.C.J.B., 2017/2, pp. 214 in fine, n° 40 à 220, n° 49.

([3])V:**J.VAN ZUYLEN**,«L'ordre public et le droit impératif dans les contrats spéciaux»,Chronique de jurisprudence en matière de contrats spéciaux, sous la direction de P.Wéry, Limal, Anthémis,201,p.93,n° 4.

([4])V: ibidem, n° 4, p.93.

([5])V: A.MEEUS, *op. cit.* , n°13, p. 510 et n°19, p.514.

راجع في هذا الصدد أحكام محكمة النقض البلجيكية الآتية :

Cass., 6 décembre 1956, *R.C.J.B.*, 1960, p. 156, note G.Baeteman.; Pour le premier arrêt consacrant la notion de « lois impératives», voy. Cass., 2 mai 1946, *Pas*., 1946, I, p. 168

([6])V:F.PEERAER, op. cit., n° 6, p. 2711**;** P.VAN OMMESLAGHE, op. cit., p. 361, n° 219. **;** J. VAN ZUYLEN, op.,cit., n°4, p.94; P.WERY, «L'essor du droit impératif et ses rapports avec l'ordre public..», op. cit., n°1, p.145.

ثالثا – التعارض بين النظام العام والقواعد الإلزامية الآمرة فيما يتعلق بالآثار المترتبة على انتهاك أي منهما:

يعد معيار المصلحة المحمية بمثابة الأساس لتطوير نظرية البطلان، والتي تنطبق في حالة انتهاك هذه القواعد[١]. وهكذا، وفقًا للمفهوم التقليدي[٢]، فإن انتهاك قاعدة تتعلق بالنظام العام يترتب عليه البطلان المطلق، في حين أن انتهاك القواعد الآمرة لا يؤدي إلا إلى البطلان النسبي[٣]. وفضلا عن ذلك، يجوز لأي شخص معني التمسك بالبطلان المطلق[٤]، وهذا البطلان لا يجوز التنازل عن التمسك به بإجازة صريحة أو ضمنية[٥]، أما البطلان النسبي فلا يجوز التمسك به[٦] إلا من قبل الطرف المستفيد من حماية هذه القاعدة[٧]، والذي يجوز له التنازل عن التمسك به[٨].

ويعتبر النظام العام عنصر إجرائي في الدعوى حيث يتعين على القاضي أن يثير تلقائيًا الدفع بانتهاك قاعدة تتعلق بالنظام العام[٩] ولو لأول مرة أمام محكمة النقض[١٠]. وعلى العكس من ذلك، فإن الدفع المستند إلى انتهاك قاعدة آمرة لا يقبل لأول مرة أمام محكمة النقض، وعليه لا يختص قاضي الموضوع بإثارة مسألة البطلان النسبي من تلقاء نفسه[١١].

وترتيبا على ذلك، يجوز التنازل عن القواعد الإلزامية الآمرة، وهذا التنازل لا يصح إجراؤه إلا منذ اللحظة التي تكون فيها الحماية التي منحها المشرع قد قررت لصالح الشخص المستفيد منها. وفيما

([1])V: P.VAN OMMESLAGHE, op. cit. , n° 220, pp. 361 à 364, pp. 371, n° 226 et 389, n° 233.

([2])V:F. PEERAER, op.,cit. , n° 25, p. 2727.

([3])V: P.VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, p. 361, n° 220. ; P. WERY, « L'essor du droit impératif et ses rapports avec l'ordre public en matière contractuelle », *op. cit.* , n° 1, p. 145 **.**

([4])V: P.WERY, *op. cit.*, p. 148, n° 10.

([5]) V:P.VAN OMMESLAGHE, op. cit. , n° 220, p. 361 ; J. VAN ZUYLEN, *op. cit.*, p. 95, n° 5. ; P. WERY, *op. cit.* , n° 11, p. 149 .

([6])V: F. PEERAER, *op. cit.*, p. 2744, n° 40.; J. VAN ZUYLEN, *op. cit.* , n° 6, p. 96.

([7])V: F. PEERAER, *op. cit*, n° 32., pp. 2733 et 2734. ; P. VAN OMMESLAGHE,*op. cit*, n° 220., p. 361**;** J. VAN ZUYLEN, *op. cit.* , n° 6., p. 96**;** P. WERY, *op. cit.* , n° 10, p. 148 .

([8])V:P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, p. 361 *in fine*, n° 220. ; W. VAN GERVEN et A. VAN OEVELEN, *op. cit.*, p.146. ; J. VAN ZUYLEN, n° 6, *op. cit.*, p. 97.

([9])V:P.VAN OMMESLAGHE, *op. cit.* , n° 220, p.362.; J. VAN ZUYLEN, *op. cit*, n° 5., p.95.

([10])V: W.-J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, *op. cit.*, p. 162. ; P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, p. 362, n° 220. ; J. VAN ZUYLEN, *op. cit*, n° 5., p. 95.

وراجع فيما يتعلق بالمادة السادسة من الاتفاقية الأوربية لحقوق الانسان:

P. GILLIAUX, *op. cit.*, p. 30

([11])V: P. VAN OMMESLAGHE,op.,cit., p. 363, n° 220. ; Cass., 13 mars 1975, *Pas.*, 1975, I, p. 710.

يتعلق بالقواعد المتعلقة بالنظام العام فيُحظر التنازل عنها كقاعدة عامة[١]. ويجد هذا الحظر أساسه في أن القواعد المتعلقة بالنظام العام ترتبط بالمصلحة العامة، بما يتجاوز المصالح الخاصة للمتقاضي[٢]. وبإنزال هذا الاستنتاج على مجال الحقوق الأساسية، فإن طابع النظام العام الداخلي للمادة ٦-١ من الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان من شأنه أن يشكل عقبة أمام التنازل عن الضمانات المنصوص عليها فيه.

ومن ثم، فإن دعم مسألة النظام العام بالمعنى السابق دون إضافة أي فارق بسيط إليها سيكون بمثابة إنكار للسوابق القضائية للمحكمة الأوروبية لحقوق الانسان، التي اعترفت هي نفسها بالتنازل عن بعض الضمانات الإجرائية المحاكمة العادلة[٣]. ولذلك فمن المناسب تحديد بعض الفروق الدقيقة التي حدثت لمسألة التعارض التقليدي بين النظام العام والقواعد الآمرة. وهذا ما سنبينه في الغصن التالي.

الغصن الثالث

التطورات الفقهية والقضائية بشأن التعارض بين النظام العام والقواعد الآمرة وأثر ذلك على مسألة التنازل.

يبدو أن التعارض التقليدي بين النظام العام والقواعد الإلزامية الآمرة يميل إلى التلاشي[٤]، سواء فيما يتعلق بأهمية المصلحة المحمية كمعيار للتعارض، أو فيما يتعلق بالآثار التي تترتب عليه. ولذلك من المناسب أن نشرح بإيجاز هذه التطورات أولا، ثم نتطرق ثانيا لأثر التطورات الفقهية والقضائية حول هذه المسألة على إمكانية التنازل عن ضمانات المحاكمة العادلة. وإيضاح ذلك سيكون على ما يلي:

([1])V:P.BAZIER, op. cit., p.151, n°17; M.DAL,«Le recours contre les sentences arbitrales..», op. cit., p. 361.
([2])V: A.VAN OEVELEN, op. cit, n° 46., p.50.
([3])V: P.FRUMER, *op. cit.*, n° 691, p.506.
([4])V: F.PEERAER, *op. cit.* , n° 43 à 2790, n° 75., pp. 2749; J.VAN ZUYLEN, op. cit., pp. 90 à 130. ; P. WERY, *op.cit*, n° 13 à 151, n° 18., pp. 149.

أولا - تلاشي التعارض التقليدي بين النظام العام والقواعد الإلزامية الآمرة:

أ. التعارض عرضة للانتقاد من البداية :

إن التعارض التقليدي بين النظام العام والقواعد الآمرة الذي ترسخ في بلجيكا منذ صدور حكم محكمة النقض في ٦ ديسمبر ١٩٥٦[١] كان عرضة للنقد منذ البداية[٢]؛ حيث فسر **دي هارفن** "النظام العام الصحيح[٣] كما حددته محكمة النقض بأنه ذو درجات متباينة[٤]. ومن ثم؛ فإن النهج الذي دافع عنه هذا الفقيه يميز بين نوعين من النظام العام: الأول هو النظام العام في حدوده القصوى، وينشأ عن انتهاكه (..) بطلان مطلق»[٥]، والنوع الثاني وهو النظام العام في حدوده الدنيا، وينشأ عن انتهاكه بطلان نسبي فقط»[٦]. ويستند هذا التمييز على أساس "(..) الطبيعة العامة أو الخاصة للمصالح المحمية[٧](..)".

وهذا الاتجاه يتوافق مع الوضع القائم في فرنسا، الذي لا يعرف تمييزا بين النظام العام والقوانين الإلزامية الآمرة[٨]؛ إذ أن جميع القوانين الآمرة تتعلق بالنظام العام، والتي تقبل التنازل عنها بعد ذلك بدرجات متفاوتة حسب المصلحة المحمية[٩].

ب – تلاشي التعارض على أساس المصلحة المحميـة :

ذهب جانب من الفقه إلى أن القواعد الآمرة لا تحمي المصالح الخاصة فحسب، بل تساهم في حماية المصلحة العامة[١٠]. وقد أصبح هذا الأمر جزءًا من اتجاه فقهي واسع يهدف إلى تقييد التعارض

([1])V:A.MEEUS, *op. cit.* , n° 13., p.510 ; Cass., 6 décembre 1956, *R.C.J.B.*, 1960, p. 156, note G. Baeteman.

([2])V: A.VAN REGENMORTEL,op. cit., p. 95.

([3])V: Cass., 9 décembre 1948, *Pas*., 1948, I, p. 699.

([4])V: P.DE HARVEN, op.cit., pp. 262, n° 4 et 264, n° 5.

([5])V: *ibidem*, n°5, p. 264.

([6])V: *ibidem*, n°5, p. 264; A.MEEUS, *op. cit*, n° 10., p. 508.

([7])V: P.DE HARVEN, *op. cit.* , n° 7, p. 265.

([8])V:A.MEEUS, op. cit., n°16, p. 511.

([9])V:P.FRUMER,*op. cit.*, n° 665, p. 489.

([10])V:A.MEEUS,op. cit., n°15, p. 511.

ويوضح المؤلف أنه ‘‘من الواضح أنه ليس صحيحا القول بأن القوانين الإلزامية تهدف فقط إلى حماية المصالح الخاصة. وإذا نظم المشرع هذه الحماية، فذلك لأن المصلحة العامة تقتضيها (..)".

التقليدي[١] بين النظام العام والقواعد الآمرة على أساس المصلحة المحمية[٢] انطلاقا من أن المصلحة العامة تقوم دائمًا على المصالح الخاصة للأفراد[٣].

ج – تلاشي التعارض فيما يتعلق بالأثار المترتبة على كل منهما: يتلاشى التعارض التقليدي بين النظام العام والقواعد الإلزامية الآمرة من زاوية سلطة القاضي التلقائية حيال كل منهما[٤]؛ فالاجتهاد القضائي لمحكمة النقض البلجيكية يتطور نحو «(..) نهج أكثر تجانسا تجاه النظام العام والقواعد الإلزامية الآمرة (..)»[٥].

تقليديًا، من واجب القاضي أن يثير تلقائيًا البطلان المطلق لأي انتهاك للنظام العام حتى ولو لم يتمسك به الخصوم[٦]، في حين أنه لا يستطيع ممارسة هذا الدور فيما يتعلق بالبطلان النسبي[٧]. ولكن هناك أصوات في الفقه البلجيكي تدعو إلى وجود دور أكثر إيجابية للقاضي فيما يتعلق بانتهاك القواعد الإلزامية الآمرة [٨]،لا سيما تحت تأثير السوابق القضائية لمحكمة العدل التابعة للاتحاد الأوروبي[٩]. وقد كان لهذه الأصوات انعكاسات على حكمين صادرين من محكمة النقض البلجيكية[١٠]، كرست بموجبهما مفهومًا جديدًا لسلطة القاضي[١١]، حيث أصبح القاضي ملزمًا بأن

([1])V: P.LEFEBVRE et M. SERVAIS, « Vers une conception large de l'ordre public à l'instar de la portée qui lui est conférée dans le cadre de l'annulation de sentences arbitrales », *b-Arbitra*, 2014/2, p. 297 .

([2])V: F.PEERAER, *op. cit.*, n° 45., pp. 2749; P. WERY, *op. cit*, n° 13 et 14., pp.149 .

([3])V: Ibidem, pp. 2749 et 2750.

([4])V: J.VAN ZUYLEN, op.,cit., n°16, pp. 111.

([5])V: P. LEFEBVRE et M. SERVAIS, *op. cit.* , n° 10, p. 304.

([6])V: F.PEERAER,*op.cit.*, n°52., p.2756; J.VAN ZUYLEN,op.cit., n°13.,p.111; P.WERY,*op.cit.*, n°18,p. 151.

([7])V: F.PEERAER, op. cit, n° 49., p. 2753; P. VAN OMMESLAGHE,*op. cit.* , n° 220, p. 361 et 362.

([8])V: J.VAN ZUYLEN, *op.cit.*, pp.111, n° 13 à 118, n° 16; P.WERY, *op. cit.* , n°18, p. 151; P.VAN OMMESLAGHE, op. cit., p.362, n° 220.

([9])V:F.PEERAER,op.cit.,n°65,pp.2767;P.WERY,*op.cit.*,p.151,n°18;C.J.U.E.,C-243/08*Pannon*,4 juin 2009, *JO* 2009, 180/19 .

([10])V: Cass., 14 avril 2005, *Pas*. 2005, I, p. 862; Confirmé par : Cass., 2 avril 2010, *Pas*. 2010, II, p. 1102. ; Cass.,14 décembre 2012, *Pas*. 2012, liv. 12, p. 2497. ; Cass (1ère ch.), 27 septembre 2013, *J.T.*, 2014, liv. 6560, p. 285; Cass (1ère ch.), 31 octobre 2013, *J.T.*, 2014, liv. 6564, p. 372.

([11])V:J.-F.VAN DROOGHENBROECK,«Chronique de l'office du juge»,J.L.M.B.,2013/25, pp.1307 à 1320.

يثير من تلقاء نفسه أية انتهاك ليس فقط لقواعد تتعلق بالنظام العام، بل أيضًا بالقواعد الإلزامية الآمرة وحتى المكملة[١].

ثانيا ـ أثر التطورات الجديدة من جانب الفقه والقضاء على مسألة التنازل عن ضمانات المحاكمة العادلة :

أ – الحلول الفقهية المقترحة لتبرير التنازل عن الضمانات الإجرائية للمحاكمة العادلة:

في ضوء التطورات السابقة يبدو أن هناك تصدعات في الجدار الداعم للتعارض بين النظام العام والقواعد القانونية الآمرة، سواء فيما يتعلق بأهمية المصلحة المحمية، أو على مستوى الآثار المترتبة على كل منهما، وبالرغم من أن هذه التصدعات لا تؤدي إلى الانهيار التام لهذا التعارض، إلا أنها يمكن أن تكون بمثابة ذريعة لإثبات أن طبيعة النظام العام للمادة ٦ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الانسان لا تشكل عائقًا أوليًا أمام التنازل عن الضمانات الاجرائية للمحاكمة العادلة، ومما يؤكد ذلك ما طرح من حلول من جانب الفقه لتبرير التنازل عن الضمانات الواردة بنص المادة السادسة من الاتفاقية. وتتمحور هذه المقترحات حول ثلاث اتجاهات، نوجزها على ما يلي:

الاتجاه الأول– يرى أن النظام العام يمكن أن يؤدي إلى قواعد إلزامية آمرة: ويتزعم هذا الاتجاه **Van Ommeslaghe**، الذي يرى أن طبيعة النظام العام لقاعدة ما لا تعني بالضرورة أن جميع القواعد الناتجة عنها تكتسب تلقائيًا نفس الطبيعة[٢]، وبالتالي لا تستبعد أية إمكانية للتنازل[٣]. وبعبارة أخرى، قد ينشأ عن القواعد المتعلقة بالنظام العام بعض الحقوق التي يجوز التنازل عنها من قبل الخصوم»[٤]. وبتطبيق هذه الملاحظة على المادة ٦- ١ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الانسان يترتب على ذلك أن طابع النظام العام الممنوح لهذا النص لا يمنع من التنازل عن بعض الضمانات المكرسة فيه.

الاتجاه الثاني– يرى أن القاعدة لا تكون من النظام العام إلا فيما يتعلق بجوهرها : ويتزعم هذا الاتجاه **G. GATHEM et A. STROWEL**؛ حيث يرى أنصار هذا الاتجاه أن طابع النظام العام لأحكام

([1])V:F.PEERAER,op., cit., n°55, p.2761.
([2])V:P.VAN OMMESLAGHE,*op., cit*,n°222.,p.365; P.WERY, *Droit des obligations.,op.,cit*, n° 309, p.300.
([3])V: P.VAN OMMESLAGHE, *op. cit.* , n° 10, p. 749.
([4])V:Ibid, n°10, p.749.

الحقوق الأساسية لا يتعلق إلا بجوهر الحق[١]، ومن ثم ليس من الجائز التنازل الذي يؤثر على"الجوهر الأساسي"[٢]للحق المعني لأنه يتعارض مع النظام العام[٣]. وهذا يعني ضمنا أن التنازل المتعلق بممارسة الحق هو وحده المقبول[٤]. على سبيل المثال، إذا لم يتمكن الطرفان من التنازل عن ضمانة البت في قضيتهما أمام محكمة محايدة، فإن هذا لن يمنعهما من التنازل عن حقهم في رد القاضي في حالة عدم إثارة سبب الرد في الوقت المناسب[٥].

الاتجاه الثالث– يرى أنصاره أنه من الجائز أن تكتسب قاعدة صفة النظام العام وصفة القاعدة الآمرة في نفس الوقت: ويتزعم هذا الاتجاه **جوفين؛** حيث يرى أن المادة ٦ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان هي قاعدة تتعلق بالنظام العام وقاعدة إلزامية آمرة، ويتوقف ذلك على طبيعة المخاطب بالقاعدة المعنية[٦]، وبالتالي، فإن هذا النص يعد من مسائل النظام العام عندما يتعين على الدولة ضمان استفادة الأطراف من الضمانات المنصوص عليها فيه[٧]. وفي المقابل لذلك تكون المادة ٦ من الاتفاقية قاعدة ملزمة للخصوم«بالمعنى المقصود في القانون البلجيكي»[٨]، بحيث يجوز لهم التنازل عنها جزئيا، إذا لزم الأمر، وذلك على سبيل المثال عن طريق اللجوء إلى التحكيم[٩].

ب – تقييم هذه الحلـــول :

تشترك جميع الحلول المقترحة من جانب الفقه رغم تباينها في أنها تدور حول مفهوم النظام العام. ووفقا لموقف **فان أوميسلاش** فإن ضمانات معينة فقط ستكون ذات فائدة للنظام العام. ووفقًا لـ **Gathem** و **Strowel**، فإن طابع النظام العام لن يؤثر إلا على جوهر الحقوق الأساسية، أما

([1]) V: G. GATHEM et A. STROWEL,*op. cit.*, pp.515 et 517.
([2])V: ibidem, p.515 .
([3]) V: *ibidem*, p. 517.
([4])V: P.FRUMER, *op. cit.* , n° 801, p.578.
([5])V:ibidem , n° 806, p.580.
([6])V: L.GOFFIN,«De l'arbitrage obligatoire au barreau », note sous Bruxelles (1e ch.), 4 octobre 1993, *R.T.D.H.*, 1994, n° 8, p. 614; P.WERY, « L'essor du droit impératif et ses rapports avec l'ordre public ..», *op. cit.*, n° 7, p.147.
([7])V: L.GOFFIN, *op. cit*, n° 8., p. 614 .
([8])V: L.GOFFIN, *op. cit*, n° 8., p. 614.
([9])V:*ibidem*, p. 614, n° 8. ; P. FRUMER, *op. cit.* , n°665, p. 489. *Adde* note n°1880.

ممارسة الحق فلا يتعلق بالنظام العام. ووفقا ل **جوفين** فإن طابع النظام العام لهذا النص لا ينطبق إلا على فئة معينة من المخاطبين. ومن ثم، فإن التنازل يكون جائز فيما يتعلق بالقواعد الآمرة.

إن التساؤل الجوهري الذي يطرح نفسه على بساط البحث هو مدى أهمية هذه الحلول فيما يتعلق بالمادة ٦ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الانسان. لاشك أن الحل الذي أوصى به **فان أوميسلاغي** يفتح الباب أمام التجزئة داخل النص نفسه بين الضمانات التي تعتبر جزء من النظام العام من ناحية، وتلك التي لا تعتبر جزء من النظام العام وبالتالي يكون من الجائز التنازل عنها[١]. وفضلا عن ذلك فإن الحل الذي دعا إليه **Gathem و Strowel** من شأنه أن يفضل التسلسل الهرمي بين جوهر الحقوق الأساسية، وهو مسألة تتعلق بالنظام العام ولا يجوز التنازل عنها، وممارسة هذه الضمانات، والأخيرة هي التي يمكن أن تكون محلا للتنازل.

ومع ذلك، فإن هناك جانب من هذا الفقه[٢] معاديًا لأي محاولة للتجزئة بين الحقوق الأساسية - ولا سيما في إطار الحق الأساسي في محاكمة عادلة نفسه وبين الضمانات المختلفة المنصوص عليها فيه[٣] - ولن يتردد في الكشف عن المخاطر المرتبطة بهذه الطريقة، خاصة فيما يتعلق بالأمن القانوني[٤]. وبالتالي فإن المحاولات المختلفة للتسلسل الهرمي لا تؤدي جميعها إلى نفس النتيجة، مما يترك شكًا حول الطريقة المستخدمة لإيجاد هذا التسلسل الهرمي[٥]. ويبدو أيضًا أن المحكمة نفسها لم تفصل مطلقا في وجود تسلسل هرمي بين هذه الضمانات المختلفة[٦].

إن معالجة التعارض بين النظام العام والقواعد الآمرة من زاوية ما يعد من النظام العام وما يعد قاعدة آمرة وفقًا للمصلحة المحمية والآثار المترتبة على كل منهما ليست السبيل المفضل للنظر في التنازل عن ضمانات المحاكمة العادلة. ولذا فقد اقترح **F. Peeraer** التحول من المنهج المفاهيمي إلى المنهج السياقي الذي يستند على الظروف المحيطة بالتنازل عن هذه الضمانات.

([1])V: P.FRUMER, *op. cit.* , n° 727, pp. 528 et 529.
([2])V: ibidem, pp. 522 à 529.
([3])V: ibidem, n° 727, p.528.
([4])V: ibidem, n° 727, p.529.
([5])V: ibidem, n°722 et 723, p.525 .
([6])V: ibidem,p.522.

يرى **بيرير** أن انتهاك قاعدة من قواعد النظام العام (..) قد يؤدي في بعض الحالات إلى بطلان مطلق، بينما قد يؤدي هذا الانتهاك في حالات أخرى إلى بطلان نسبي[1]. ومن ثم لا ينبغي الخلط بين أهمية القاعدة والمصلحة التي يريد هذا المعيار حمايتها، بحيث لا ينبغي لهذه المصلحة أن تحدد النتائج التي تنتج عنها تلقائيًا. وعلى ذلك، فإن البطلان لم يعد محدد مسبقا وفقا للمصلحة المحمية. ونفس المنطق ينطبق على التنازل، فلا ينبغي أن يجعل طابع النظام العام للمادة ٦ يستخلص منه تلقائيا أثار معينة بخصوص التنازل تجعله غير جائز، بل يتعين النظر في السياق المحيط بالتنازل.

وتحقيقًا لهذه الغاية، نرى ضرورة تبني موقف **أو.دي شوتر و ج. رينجلهايم** اللذان نجحا في الانفصال عن مفهوم النظام العام، ويقترحان البدء من"(..) السياق الذي يتم فيه التنازل (..)"[2]، إنهما يتصوران الوضع المثالي للعمل[3]، والذي يتضمن "(..) فحص الظروف المحيطة بالتنازل عن الضمانات المنصوص عليها في المادة ٦، الفقرة ١ من الاتفاقية وفقا لكل حالة على حدة (...)"[4].

وتأسيسا على ما تقدم يمكننا استخلاص حقيقة مؤداها جواز التنازل عن ضمانات المحاكمة العادلة المنصوص عليها في المادة ٦- ١ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان. وهذا الاستنتاج يتماشى مع ما تبنته المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان من موقف، فهي لم تحظر أبدًا مبدأ التنازل[5] بالرغم من طابع النظام العام للمادة ٦ من الاتفاقية [6]، عندما أكدت أنه **"لا نص ولا روح هذا النص يمنع الشخص من القيام بالتنازل عن هذه الضمانات بمحض إرادتهم** (..)"[7].

([1])V:F.PEERAER,«Actuele ontwikkelingen inzake totstandkoming en nietigheid van contracten en contractuele bedingen », *Themis*, 2015-2016/2, n° 95, p. 68, n° 48.
([2])V: O. DE SCHUTTER et J. RINGELHEIM, *op. cit.*, p. 442.
([3])V: ibidem, p. 456.
([4])V: ibidem, p. 442.
([5])V: P.FRUMER, *op.cit*, n° 693., p. 506.
([6])V: ibidem, n° 282, p.203**; S.GOLDMAN et J.-F. TOSSENS,**op.,cit, n° 22, pp. 231 et 232.
([7])V: Cour eur. D.H.,arrêt Hakansson et Sturesson c. Suède du 21 février 1990, www.echr.coe.int., § 66.; CEDH, Le Compte, Van Leuven et De Meyere, arrêt du 23 juin 1981, § 59 et CEDH, H. c. Belgique, arrêt

أخيرا، يتعين التنويه إلى أنه إذا كان من المسموح قانونا التنازل عن الضمانات المنصوص عليها في هذا النص، إلا أن ممارسة هذا التنازل يتعين ألا تتم «(...) بصورة عرضية أو بإهمال أو عدم إدراك»[1]. ولذلك، فمن الضروري إيضاح الظروف الزمانية والشخصية التي يمكن أن يتم بموجبها التنازل عن الضمانات الإجرائية الأساسية[2]. ولكن قبل أن نتعرض بالشرح والتفصيل لضوابط صحة التنازل عن هذه الضمانات، فمن المناسب بيان كيفية ممارسة التنازل عن الضمانات الإجرائية للمحاكمة العادلة. والآن ننتقل إلى بيان مدى وجود تعارض بين الضمانات الإجرائية للمحاكمة العادلة ورخصة التنازل.

الفرع الثاني

عدم تعارض الضمانات الإجرائية المحاكمة العادلة مع رخصة التنازل.

بالرغم من أن أحكام الاتفاقية الأوروبية لحقوق الانسان، بما في ذلك نص المادة السادسة تأخذ قيمة النظام العام في الأنظمة القانونية الداخلية للدول الأعضاء في الاتفاقية، إلا أن المحكمة الأوروبية لحقوق الانسان استقرت على أنه يجوز التنازل عن ضمانات المحاكمة العادلة؛ حيث أكدت في العديد من أحكامها على أنه "لا نص ولا روح هذا النص يمنع الشخص من القيام بالتنازل عن هذه الضمانات بمحض إرادتهم(..)"[٣].ولكن المحكمة استقرت على أنه لكي يؤخذ هذا التنازل في الاعتبار يتعين أن يكون ثابتًا بشكل لا لبس فيه ومحاطًا بالحد الأدنى من الضمانات التي تتناسب مع جديته. فضلا عن ضرورة عدم تعارضه مع أي مصلحة عامة مهمة.

وتعتمد المحكمة الأوروبية لحقوق الانسان معيار "التنازل المستنير". ويتطلب هذا الاختبار أن يتوافر في التنازل ما يلي:

- **يتم تأسيسه بشكل لا لبس فيه.**

---

du 30 novembre 1987, § 54.
P.FRUMER, op. cit., n°702, p.513.
([1])V: P.GILLIAUX, op.,cit., p.78.
([2])V: O.DE SCHUTTER et J. RINGELHEIM, op.,cit., p.442 ; P.FRUMER, *op. cit.* , n° 749, p.545.
([3])V:Cour eur. D.H., arrêt Hakansson et Sturesson c. Suède du 21 février 1990, www.echr.coe.int., § 66. ; CEDH, Le Compte, Van Leuven et De Meyere, arrêt du 23 juin 1981, § 59 et CEDH, H. c. Belgique, arrêt du 30 novembre 1987, § 54.

- **محاطاً بالحد الأدنى من الضمانات التي تتناسب مع جديته.**
- **وأن يكون إراديـــا.**
- **وأن يقوم على اختيار مستنير.**
- **وأن يكون واضحا: يجب أن يكون الشخص قادرًا على التنبؤ بشكل معقول بعواقب سلوكه.**
- **ولا يتعارض مع أي مصلحة عامة هامة.**

وعلى ذلك فإن المحكمة الأوروبية تمارس رقابة ملموسة بصدد التنازل المقدم من جانب الخصم؛ حيث اشترطت ضرورة أن يتوافر به مجموعة من الشروط، أولها أن يكون واضحًا لا لبس فيه، وأن يتم تنفيذه دون أي قيود، وبطريقة مستنيرة. وفضلا عن ذلك فإن المحكمة تجيز مبدأ التنازل الضمني عن بعض ضمانات المحاكمة العادلة. وتكريسا لذلك أبدت المحكمة الأوروبية وكذلك مجلس الدولة الفرنسي تأييدهما لافتراض التنازل الضمني عن ضمانة علنية الجلسات، وهو الأمر الذي يعطى الضوء لمسألة مشاركة مفوض الحكومة في مداولات مجلس الدولة[1].

وتكريسا لذلك فقد أجازت القوانين الداخلية للدول الأعضاء في الاتفاقية مسألة التنازل عن الضمانات الإجرائية للمحاكمة العادلة. ومن قبيل ذلك قانون المرافعات المدنية والتجارية الفرنسي، والقانون القضائي الخاص البلجيكي ، والقانون الفيدرالي للقانون الدولي الخاص السويسري. وسوف نوضح مظاهر إتاحة هذه التشريعات التنازل عن ضمانات المحاكمة العادلة في المطلب التالي.

وعلى صعيد القانون المصري نجد أنه كان مسايرا للتشريعات المقارنة بصدد التنازل عن الضمانات الإجرائية للمحاكمة العادلة إلى حد ما؛ حيث أجاز التنازل عن بعض الضمانات بموجب قانون المرافعات المدنية والتجارية ، وقانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤. وسوف يظهر ذلك جليا

([1])V:Béatrice Adam-Ferreira,La renonciation est-elle compatible avec la protection des droits fondamentaux? Article precedente

في المطلب التالي ، وتحديدا في الفرع الأول من المطلب الثاني الذي نعالج فيه كيفية ممارسة الخصم رخصة التنازل عن الضمانات الإجرائية للمحاكمة العادلة.

ويستخلص مما سبق قاعدة مؤادها جواز التنازل عن الضمانات الإجرائية المقررة بموجب المادة ٦-١ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الانسان بالرغم من أن جميع أحكام الاتفاقية تتعلق بالنظام العام في الأنظمة القانونية الداخلية للدول الأعضاء. وهذه القاعدة تطرح تساؤلا على بساط البحث ألا وهو كيفية إجراء هذا التنازل من قبل الخصم، هل يتعين أن يتم بمبادرة إرادية منه أم ينشأ هذا التنازل نتيجة تقاعسه عن اتخاذ إجراء معين ؟ هذا ما سنجيب عنه في المطلب التالي.

المطلب الثاني

كيفية ممارسة الخصم رخصة التنازل عن ضمانات المحاكمة العادلة والضوابط اللازمة لصحته.

إن دراستنا لهذا المطلب ستكون من خلال فرعين نتناول في الأول كيفية ممارسة الخصم رخصة التنازل عن ضمانات المحاكمة العادلة، ثم نبين في الفرع الثاني الضوابط اللازمة لصحة إجراء التنازل. وإيضاح ذلك سيكون على ما يلي:

الفرع الأول

كيفية ممارسة الخصم رخصة التنازل عن الضمانات الإجرائية المحاكمة العادلة

تختلف طريقة التنازل عن الضمانات الإجرائية للمحاكمة العادلة من حيث كيفية إجراؤها وتوقيت إجراؤها بحسب الضمانة المتنازل عنها؛ حيث يجوز التنازل عن بعض الضمانات في وقت سابق على حدوث نزاع بين الطرفين، كما يجوز التنازل عن ضمانات أخرى في وقت لاحق على حدوث نزاع بين الخصمين، وعلاوة على ذلك يجوز التنازل عن ضمانات أخرى في وقت سابق على بدء النزاع، وفي وقت لاحق على بدء النزاع . وإيضاح ذلك سيكون على ما يلي:

أولا – التنازل عن ضمانة الحق في الوصول إلى قاضي:

ذكرنا سابقا أن ضمانة الحق في اللجوء إلى محكمة منشأة بموجب القانون تعتبر واحدة من الضمانات الرئيسية التي لا غنى عنها لتحقيق المحاكمات العادلة؛ فبدون تمكين الشخص من

الوصول إلى قاضي لن نستطيع الحديث عن مدى احترام المحاكم الداخلية للدول الأعضاء وكذلك المحاكم المصرية للضمانات الأخرى للمحاكمة العادلة. وقد أكدت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في حكم **Golder** أن الاتفاقية تكرس حقوقاً « ليست نظرية، بل إنها ملموسة وفعالة»[١]، بحيث لا يمكن تصور تفعيل جميع ضمانات المحاكمة العادلة دون السماح أولاً بالوصول إلى قاضي يمكن التذرع أمامه باحترام تلك الضمانات. وعلى صعيد القضاء المصري فقد أكد على أن حق التقاضي يتكون من مجموعة من العناصر، من بينها تمكين كل متقاضي من النفاذ إلى القضاء نفاذا ميسرا لا تثقله أعباء. فضلا عن ضرورة أن توفر الدولة للخصومة حلا منصفا يمثل التسوية التي يعمد من يطلبها إلى الحصول عليها بوصفها الترضية القضائية التي يسعى إليها"[٢].

ولاشك أن ضمانة الحق في الوصول للقاضي تنطوي على وجهين: الوجه الأول يتمثل في حق الخصم في الالتجاء إلى المحاكم دون وجود عوائق تمنعه من ذلك، والوجه الآخر يتمثل في الحق في مباشرة سبل الطعن على الأحكام؛ إذ أن الحل المنصف للخصومة القضائية لن يتأتى إلا بإتاحة حق الطعن على الأحكام[٣].

ولما كانت هذه الضمانة تتعلق بالنظام العام وفقا لأحكام الاتفاقية الأوروبية لحقوق الانسان، وكذلك القانون المصري، فإن السؤال الذي يدور حوله موضوع البحث هل من الجائز التنازل عن هذه الضمانة ؟ وإذا كانت الإجابة بالإيجاب ففي أي مرحلة يجوز هذا التنازل ؟ هل يجوز التنازل في المرحلة السابقة على بدء النزاع أم في المرحلة اللاحقة على بدء النزاع ؟

أجاب الفقه والقضاء على هذا التساؤل؛ حيث قررا أنه بالرغم من أن الحق في الوصول إلى قاضي يعد من الحقوق الأساسية لكل إنسان[٤]، إلا أنه يجوز للخصوم أن يتفقوا بمجرد نشوء النزاع وحتى قبل نشوء أية نزاع، من خلال ابرام اتفاق تحكيم[٥]، على التنازل عن نظر قضيتهم من قبل المحكمة

([1])V: Cour eur. D.H., arrêt Airey c. Irlande du 9 octobre 1979, www.echr.coe.int., § 24.

([٢]) أنظر: د. محمد سعيد ابراهيم فودة، الحماية الدستورية لحق التقاضي، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية ، كلية الحقوق جامعة المنصورة ، العدد ٥٧ ، ابريل ٢٠١٥ ، ص ١٩٨ .

([٣]) الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا بجلسة ١٩٩٥/٨/٥، في الدعوى رقم ٩ لسنة ٢٠١٦ ق، مجموعة أحكام الدستورية العليا، ج ٧ ، ص ١٠٦.

([4])V: J. VAN MEERBEECK, *op. cit.*, n° 1, p.8 et 9.

([٥]) راجع شرح تفصيلي في التمييز بين شرط التحكيم ومشارطة التحكيم:

المختصة بنظرها[١] وإسناد مهمة الفصل في هذا النزاع إلى محكم أو هيئة تحكيم تشكل من قبل أفراد عاديين يتولوا هذه المهمة. وهكذا فإن اللجوء للتحكيم يفسر على أنه تنازل عن اختصاص المحاكم الرسمية للدولة[٢]؛ ومن ثم التنازل عن الوصول إلى قاضي الدولة[٣]، وهذا التنازل يستتبع التنازل عن بعض الضمانات الأخرى للمحاكمة العادلة[٤].

وفيما يتعلق بالوجه الآخر من هذه الضمانة، والمتمثل في ممارسة سبل الطعن على الأحكام؛ فيجيز القانون المصري والفرنسي إمكانية التنازل عن حق الطعن في الأحكام. فعلى صعيد القانون المصري تجيز المادة ٢١٩ من قانون المرافعات التنازل المسبق عن حق الطعن بالاستئناف من خلال اتفاق طرفي الخصومة على جعل الحكم الصادر من محكمة أول درجة انتهائيا، وفضلا عن ذلك فقد نصت المادة ٢١١ مرافعات على أن قبول الحكم يمنع المحكوم عليه من الطعن على الحكم.

وعلى صعيد قانون مرافعات الدولة الفرنسية باعتبارها إحدى الدول الموقعة على الاتفاقية الأوروبية لحقوق الانسان؛ فقد أجازت المواد ٤١، ٥٥٦، ٥٥٧ من قانون المرافعات الفرنسي التنازل عن حق الطعن بالاستئناف، وفضلا عن ذلك نظمت ٤٠٩ و ٤١٠ مسألة التنازل عن حق الطعن على الأحكام من خلال القبول بالحكم، وسوف نبين مسألة قبول الحكم بشكل تفصيلي ونحن بصدد ايضاح مسألة التنازل عن ضمانة التقاضي على درجتين.

وفيما يتعلق بالسؤال الثاني الذي يدور حول تحديد اللحظة التي يجوز فيها هذا التنازل ؟ ومدى جواز حدوث هذا التنازل بشكل مسبق على حدوث نزاع أو بعد حدوث النزاع ؟ فقد أكدت المحكمة

O. CAPRASSE, « L'arbitrage et la médiation », Droit judiciaire : Manuel de procédure civile, sous la direction de G. de Leval, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2015, n° 11.15 , p. 1386 et suiv.

([1])V:P.FRUMER, *op. cit.* , n°142, p.104 ; P. GILLIAUX, *op. cit.*, pp. 81 et 926. ; J. ARROYO, *op. cit.* , n° 215, p. 137.

وراجع في هذا الصدد أحكام المحكمة الأوروبية لحقوق الانسان الاتية:

Cour eur. D.H., arrêt Deweer c. Belgique du 27 février 1980, www.echr.coe.int., § 49. ; Cour eur. D.H., arrêt Tabbane c. Suisse du 1er mars 2016, www.echr.coe.int, § 25.

« إذن، لا تتعارض المادة ٦ من الاتفافية مع إنشاء محاكم التحكيم (..) ».

([2])V: G.CLOSSET-MARCHAL, *op. cit.*, p. 683, n° 14 ; J. ARROYO, *op. cit.* , n° 215, p. 137.

([3])V:P.FRUMER,op.,cit, n° 140, p.104; **P.LAMBERT**, «Les procédures d'arbitrage et la Convention européenne des droits de l'homme », *Présence du droit public et des droits de l'homme. Mélanges Jacques Velu, t. 2*, Bruxelles, Bruylant, 1992, n° 6, p.1288.

(**[4]**) V:P. GILLIAUX, op. cit., p. 930 et 931 .

الأوروبية لحقوق الانسان في العديد من أحكامها على جواز التنازل عن هذه الضمانة بمجرد حدوث النزاع، وكذلك قبل نشأة أي نزاع بين الخصمين.

وعلى صعيد القانون المصري نجد المادة ٢/٢١٩ من قانون المرافعات أجازت اتفاق الخصوم قبل إقامة الدعوى على أن يكون حكم أول درجة انتهائيا؛ ومن ثم فإن النزول عن حق الطعن بالاستئناف يجري باتفاق الخصوم وليس بإرادة أحد الطرفين، وهذا الاتفاق يخضع للقواعد العامة من حيث عيوب الرضا. **وفضلا عن ذلك فإن التنازل عن الطعن بالاستئناف يجوز في المرحلة السابقة على حدوث النزاع في القانون المصري، وذلك بخلاف القانون الفرنسي الذي أجاز التنازل عن الطعن بالاستئناف ولكن بشكل لاحق على حدوث النزاع، سواء أثناء سير الدعوى أو بعد صدور الحكم.**

وعلى صعيد الفقه المصري ينتقد بعض الفقه[١] ما استقر عليه القانون المصري من جواز القبول السابق على صدور الحكم؛حيث يرى هذا الاتجاه من الفقه أن التنازل السابق عن حق الطعن على الحكم يعد انتهاكا لمبدأ التقاضي على درجتين، والذي يعتبر من النظام العام. ويرى صاحب هذا الرأي أن " اتفاق طرفي الخصومة على تنازل كل منهما مقدما عن الطعن في الحكم الصادر في الدعوى يخالف النظام العام لأن حق الالتجاء للقضاء حق عام لا يجوز النزول عنه ولا يعتد بهذا التنازل لأنه مخالف للنظام العام، فالتنازل مقدما عن الطعن في الحكم بطرق الطعن التي خولها القانون للخصم يعتبر تنازل عن الوسيلة التي بمقتضاها يحمي الخصم حقه، وهذا لا يجوز لأنه لا يؤمن معه الاعتساف وفيه اعتداء على قواعد نظام القضاء ودرجاته التي يقصد بها استكمال حماية حقوق الأشخاص، فالدعوى ليست سلطة الالتجاء إلى القضاء لحماية الحق فحسب، وإنما هي سلطة الالتجاء إليه واستنفاد جميع الوسائل المقررة قانونا لحمايته، ومن ثم يجوز التنازل عن الطعن بعد ثبوت الحق فيه"[٢].

---

(١) أنظر: د. محمد وعبدالوهاب العشماوي، قواعد المرافعات، جزء ثاني، مرجع سابق، ص ٨٤٢؛ د. محمد باهي أبو يونس، انقضاء الخصومة الإرادية بالارادة المنفردة للخصوم في المرافعات الادارية ، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٤ ، ص ٢٦٨.

(٢) أنظر : د. محمد باهي أبو يونس، مرجع سابق، ٢٦٩ .

ثانيا – التنازل عن ضمانة علنية جلسات المحاكمة:

تعد ضمانة علنية جلسات المحاكمة واحدة من الضمانات الإجرائية التي تتعلق بالنظام العام؛ حيث إنها وردت بنص المادة ٦ -١ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الانسان بقولها" لكل شخص الحق في أن تُنظر قضيته (..) **علنًا** (..)"[١]. ولما كانت هذه الضمانة، كما ذكرت المحكمة الأوروبية لحقوق الانسان في قضية ويرنر ضد استراليا ، وقضية ***Lawless v Ireland*** وقضية ***Golder v the United Kingdom*** وقضية ***Axen v Germany***، تساهم في الحفاظ على الثقة في المحاكم، وتبث الثقة في نفوس المتقاضين تجاه الأحكام الصادرة من المحاكم ، وهو ما يؤدي إلى تحقيق الحق في إقامة العدالة بشكل جيد، وهذا الحق عنصر من عناصر المحاكمة العادلة، التي يعد ضمانها أحد الركائز الأساسية لأي مجتمع ديموقراطي[٢]، **فإن السؤال الذي يدور حوله موضوع البحث هل من الجائز التنازل عن هذه الضمانة ؟ وإذا كانت الإجابة بالإيجاب ففي أي مرحلة يجوز هذا التنازل ؟ هل يجوز التنازل عنها بشكل مسبق على بدء النزاع أم في المرحلة اللاحقة لبدء النزاع وأثناء سير الخصومة ؟**

أجابت المحكمة الأوروبية لحقوق الانسان على هذا التساؤل حيث أجازت التنازل بشكل صريح عن هذه الضمانة[٣] بالرغم من أنها تعتبر" قاعدة إجرائية تتعلق بالنظام العام"[٤]، ويتم هذا التنازل في صورتين : **الصورة الأولى** بموجبها يجوز لأي خصم أثناء سير الخصومة أن يتنازل عن هذه

([1]) Art. 6, § 1er de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

ويلاحظ أن هذه الضمانات منصوص عليها في المادة ١٤٨ و ١٤٩ من الدستور البلجيكي .

([2]) V: C.E.D.H., *Werner c. Autriche*, 24 novembre 1997, *Recueil* 1997-VII, § 45; ***Lawless case (Lawless v. Ireland), No. 1/61, Judgment of July I, 1961;*** Eur. Court H.R. Axen judgment of 8 December 1983, Series A No. 72 p. 12

.

([٣]) **راجع تفصيلا أحكام المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان التالية:**

Cour eur. D.H., arrêt *Hakansson et Sturesson c. Suède* du 21 février 1990, www.echr.coe.int., § 66. **;** Cour eur. D.H., arrêt *Le Compte, Van Leuven et De Meyere* du 23 juin 1981, www.echr.coe.int., § 54. ;

وراجع في صحة التنازل الضمني عن ضمانات المحاكمة العادلة :

P. FRUMER, op.cit., n° 293 à 222, , pp. 211 ; R.ERGEC et J. VELU, *op. cit.* , n° 511, p. 536;

([٤]) راجع تفصيلا حكم محكمة النقض البلجيكية الآتي:

Cass, 29 janvier 1981, *Pas*., 1981, I, p. 585.

الضمانة متى طلب من المحكمة أن تعقد جلساتها بشكل سري[١]. ولكن المحكمة تتمتع بسلطة تقديرية واسعة في إجابته لطلبه أو رفضه متى رأت أن الطلب يتعارض مع «مصلحة عامة مهمة»[٢].

وعلى صعيد القانون المصري، فقد أجازت المادة ١٠١ من قانون المرافعات للخصوم طلب إجراء جلسات المحاكمة بشكل سري؛ بقولها" تكون المرافعة علنية إلا إذا رأت المحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم إجراءها سراً محافظة على النظام العام أو مراعاة للآداب أو لحرمة الأسرة". ولاشك أن هذا النص يتيح للخصوم التنازل عن ضمانة علنية الجلسات، ولكن ذلك مرهون بموافقة المحكمة، واستيفاء الضوابط المنصوص عليها في المادة سالفة الذكر[3].

<u>الصورة الثانية</u> تتعلق بمدى اعتبار اللجوء للتحكيم من خلال إدراج شرط أو مشارطة التحكيم تنازلا مسبقا عن هذه الضمانة ؟

وقد استقر الفقه[٤]، وكذلك أحكام المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان[٥] على أن إبرام الأطراف لاتفاق التحكيم يعني موافقة الأطراف، بشكل مسبق، على سير الخصومة بسرية تامة[٦]، وهو ما يفسر على أنه تنازل مسبق عن ضمانة علنية الجلسات. وفي هذا السياق ذكر أستاذنا الدكتور/ طلعت دويدار أن ضمانة العلانية معكوسة تماما في خصومة التحكيم، نظرا لاستقلال التحكيم

---

(1)V:P.GILLIAUX, op. cit., p. 81.

(2)V:R.ERGEC et J.VELU, *op.,cit*, n°511, p.536;P .FRUMER, *op.,cit*, n° 286, pp.204; Cour eur. D.H., arrêt *Hakansson et Sturesson c. Suède* du 21 février 1990, www.echr.coe.int., §§ 66 et 67.

(٣) أنظر: د.أحمد أبوالوفا، التعلق على قانون المرافعات، طبعة ٢٠٠٧ ، مرجع سابق، ص ٤٤٠ .

(4)V: P.FRUMER, *op. cit.* , n° 160, p. 118 ; P. GILLIAUX, *op. cit.*, p.931; P. LAMBERT, op. cit. , n° 7, p. 1288; J. ARROYO, *op. cit.*, n° 221, p. 139; P.GILLIAUX, *op. cit.*, p. 930 et 931 .

وفي الفقه المصري: راجع: د.أحمد السيد صاوي، التحكيم..، مرجع سابق، ص١٣١ ؛ د. فتحي والي، قانون التحكيم..، مرجع سابق، ص ٣٣٣ ؛ د. طلعت دويدار، ضمانات التقاضي..، مرجع سابق، ١٣٧ وما بعدها.

(5)V:Cour eur. D.H., arrêt *Tabbane c. Suisse* du 1er mars 2016, www.echr.coe.int., §§ 25 *in fine*, 27 et 29.

(٦) تجدر الإشارة إلى أن العديد من التشريعات تكرس ضمانة السرية، وهو الأمر الذي يقطع باستقلال التحكيم بطبيعته الفنية عن القضاء. وقد كرس القانون النموذجي للتحكيم بموجب المادة ٤/٢٥ منه هذه الضمانة؛ حيث نصت على أنه " تكون جلسات المرافعات الشفوية وسماع الشهود مغلقة ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك" . وهذا النص يتطابق تماما مع ما نصت عليه المادة ٤/٢٥ من قواعد تحكيم في مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي. ويلاحظ أن أغلب التشريعات التي تأخذ بالقانون النموذجي للتحكيم مثل القانون المصري والأردني والعماني واليمني والتونسي لم تنص بشكل مباشر على ضمانة سرية الجلسات، لأن هذا مفترض طبيعي حتى في ظل الأنظمة التي تأخذ بعلانية الجلسات بناء على إرادة الخصوم، وذلك لأن العلانية تتنافى مع طابع السرية التي يحرص عليها الخصوم كميزة في التحكيم.

راجع تفصيلا: د. طلعت دويدار، ضمانات التقاضي..، مرجع سابق، ص ١٣٧-١٣٨ .

بطبيعته الفنية عن القضاء، فلا محل لهذه الضمانة في خصومة لتحكيم، وهو الأمر الذي دفع العديد من التشريعات والأنظمة الدولية للتحكيم وأنظمة مراكز التحكيم المؤسسي على تكريس ضمانة السرية لخصومة التحكيم. ومن قبيل ذلك القانون النموذجي للتحكيم الذي كرس هذه الضمانة بموجب المادة ٤/٢٥؛حيث نصت على أنه" تكون جلسات المرافعات الشفوية وسماع الشهود مغلقة ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك". وكذلك نص المادة ٤/٢٥ من قواعد تحكيم مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، والذي يتطابق مع المادة ٤/٢٥ من القانون النموذجي. وفضلا عن ذلك، نصت ٣/٢١ من نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس؛ بقولها" يكون لمحكمة التحكيم السلطة الكاملة في تنظيم سير الجلسات ويحق لجميع الأطراف حضورها، ويحظر حضور هذه الجلسات على كل من ليس له علاقة بالتحكيم، إلا بموافقة محكمة التحكيم والأطراف"[١].

ويستخلص مما سبق، أنه بالرغم من أهمية ضمانة علنية جلسات المحاكمة، إلا أن الاتفاقية الأوروبية لحقوق الانسان وكذلك القانون المصري (١٠١مرافعات) أجازا للخصوم التنازل عن هذه الضمانة بشكل صريح ومباشر من خلال تقديم طلب عقد جلسة بشكل سري، وهذا الطلب يقدم أثناء سير الخصومة طالما لم يقفل باب المرافعة. وعلاوة على ذلك، فإن الاتفاقية والقانون المصري أجازا للخصوم التنازل عن هذه الضمانة بشكل غير مباشر من خلال اللجوء إلى تسوية النزاع عن طريق التحكيم؛ حيث يفسر اللجوء للتحكيم على أنه تنازل مسبق عن ضمانة علنية الجلسات. وهذا التنازل يجوز أن يتم أثناء سير الخصومة، ويجوز أن يتم بشكل مسبق على بدء النزاع.

ثالثا– التنازل عن ضمانة عدالة الاجراءات :

تقتضي عدالة الإجرءات أن يتم تطبيق الإجراءات بطريقة تحقق العدل للجميع دون النظر إلى هوية الخصوم في الإجراءات، أو طبيعة الإجراءات نفسها[٢]. فضلا عن تمكين الخصوم من العلم التام وفي وقت مناسب بكافة إجراءات الخصومة وما تحتويه من عناصر واقعية وقانونية تضعهم في وضعية قانونية تسمح لهم بالدفاع عن أنفسهم والتعليق على حجج وأسانيد بعضهم البعض وتفنيدها

---

(١) تنص المادة ٣/٤٤ من قانون التحكيم المصري على عدم جواز نشر حكم التحكيم أو جزء منه إلا بموافقة طرفي التحكيم .

(٢) راجع: د. سيد أحمد محمود، مبدأ المساواة أمام هيئة التحكيم..، مرجع سابق، ص ٦٣٠ وما بعدها.

بغية إقناع المحكمة التي تنظر الدعوى[١]، وقد ذكرنا تفصيلا مضمون ضمانة عدالة الإجراءات في الفصل الأول المتعلق بضمانات المحاكمة العادلة، ومن ثم فإننا نحيل إليه منعا للتكرار، ولكن لما كانت هذه الضمانة تتعلق بالنظام العام، وهي عنصر رئيسي من عناصر المحاكمة العادلة؛ حيث إنها تساعد على كشف الحقيقة وتساهم في حسن سير النظام القضائي وتنظيمه[٢]، والتي يستتبع عدم احترامها بطلان إجراءات المحاكمة[٣]، **فإن السؤال المنطقي الذي يدور حوله موضوع البحث هل من الجائز التنازل عن هذه الضمانة من قبل الخصوم ؟ وإذا كانت الإجابة بالإيجاب ففي أي مرحلة يجوز هذا التنازل ؟ هل يجوز التنازل في المرحلة السابقة على بدء النزاع أم في المرحلة اللاحقة على بدء النزاع ؟**

أجابت المحكمة الأوروبية لحقوق الانسان على هذا التساؤل بإمكانية تنازل الخصم عن هذه الضمانة، ولكن هذا التنازل لا يصح بشكل مسبق على حدوث نزاع بين الطريق؛ نظرا لعدم استطاعة الخصوم قبل البدء في سير الخصومة التنبؤ بمدى احترام القاضي لهذا الالتزام وضوابطه[٤]؛ كاحترام مبدأ المواجهة بين الخصمين[٥]، ومن ثم لا يجوز لهم التنازل المسبق عن هذه الضمانة. ولكن بعد صدور الحكم يستطيع المتقاضي الوقوف على مدى احترام القاضي لهذه الضمانة وضوابطها. وعليه؛ يجوز للخصم منذ صدور الحكم أن يقرر التنازل عن هذه الضمانة من خلال عدم مباشرته حق الطعن على الحكم، أو من خلال قبول الحكم عن طريق تنفيذه رغم عدم صلاحيته للتنفيذ[٦].

---

(١) انظر : د.عيد محمد القصاص، التزام القاضي باحترام مبدأ المواجهة ، مرجع سابق، ص ١٠ وما بعدها.

(٢) انظر : المرجع السابق، ص ١٠٧- ١٠٨.

(٣) أجريت إحصائية بصدد بطلان أحكام التحكيم في الفترة بين ١٩٨١ وحتى ١٩٩٢ وجد أن دعوى بطلان حكم التحكيم للاخلال بمبدأ المواجهة قد رفعت حوالي ١٦٢ مرة ، وقد حكمت محكمة الاستئناف المختصة بإبطال حوالي ٢٠ حكم لهذا السبب .

Sophie crepin, les sentences arbitrales devant le juge français, pratique de l'exécution et du contrôle judiciaires depuis les réformes de 1980-1981, Thése de doctorat Paris2, 1995,no 399,p. 249.

(٤) راجع شرح تفصيلي لمبدأ المواجهة في التحكيم: د.أحمد هندي، المشكلات العملية في تنفيذ حكم التحكيم في النظام السعودي ، ٢٠٠٨ ، دار الجامعة الجديدة، الأسكندرية ص ١٠٠ وما بعدها.

(٥) تجيز المادة ١٥٢٠ من قانون المرافعات الفرنسي رفع دعوى بطلان حكم التحكيم في حالة عدم احترام مبدأ المواجهة.

(6) Dubois, Livia, "La renonciation aux garanties du procès équitable :.., op.,cit,p.51et s.

وعلى صعيد القانون المصري نجد أنه حظر التنازل عن ضمانة عدالة الإجراءات وفروضها المنبثقة عنها بشكل سابق على حدوث النزاع، ولكنه أتاحه في المرحلة اللاحقة على صدور حكم منهي للخصومة من خلال نص المادة ٢١١ مرافعات، التي قررت عدم جواز الطعن على الحكم ممن قبله، فقبول الحكم يعد تنازلا عن حق الطعن علي الحكم الباطل، أو المبني على إجراءات باطلة. وترتيبا على ذلك، إذا لم تراعي ضمانة المساواة بين الخصوم، أو حدث انتهاك لضمانة المواجهة جاز للخصم الذي تقرر البطلان لمصلحته أن يطعن على هذا الحكم بطرق الطعن المقررة قانونا حتى ولو كان هذا الحكم انتهائيا باتفاق الخصوم[١]، فإن تقاعس عن الطعن بالبطلان خلال المدة المقررة، أو قام بتنفيذ الحكم رغم عدم صلاحيته للتنفيذ فإن ذلك يفسر على أنه قبولا للحكم؛ ومن ثم تنازلا عن ضمانة عدالة الإجراءات. **وفي هذا السياق** ذهب جمهور الفقه إلى أن النزول عن الطعن يعد قبولا للحكم، فالقبول والتنازل وجهان لعملة واحدة؛ فالنزول عن الطعن يعني الرضا بالحكم وقبوله، والأخير لا معنى له غير التنازل عن حق الطعن، كما ذهبوا إلى أن التنازل عن حق الطعن المنصوص عليه في المادة ٢/٢١٩ مرافعات لا يحول دون الطعن في الحكم بعد صدوره طالما أن الحكم كان باطلا، أو صدر مبنيا على إجراءات باطلة؛ ومن ثم إذا كان القبول سابقا على صدور الحكم فينصب على ما تم سابقا عليه، فإذا جاء العيب لاحقا للقبول جاز الطعن فيه، أما إذا كان القبول لاحقا للحكم فلا يمكن الطعن على هذا الحكم نظرا لأن المحكوم عليه كان على علم بالعيوب وتنازل عنها؛ ومن ثم لا يجوز له التحدث ببطلانه للتحلل من قبوله ونزوله عنه، باستثناء أن تكون أوجه البطلان متعلقة بالنظام العام؛ إذ لا يجدي القبول أثره في المسائل المتعلقة به[٢].

ويستخلص مما سبق حقيقة مؤداها أنه إذا انصب القبول على حكم باطل، أو حكم بني على إجراء باطل وتمسك المحكوم عليه بأنه كان على جهل بهذا البطلان وقت حصول الرضا بالحكم من جانبه فلا يعتد بهذا القبول ويبقى الحكم قابلا للطعن عليه. وتطبيقا لذلك، قضت محكمة النقض الفرنسية

---

(١) راجع: د. طلعت يوسف خاطر، انقضاء الخصومة المدنية بالقبول، مرجع سابق، ص ١٧٦.

(٢) راجع : د.أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، المرجع السابق، ص ٧٧١ ؛ د. فتحي والى، الوسيط في قانون القضاء المدني، المرجع السابق، ص ٧٢٤ ؛ د.الانصاري حسن النيداني، الصلح القضائي: دراسة تأصيلية وتحليلية لدور المحكمة في الصلح والتوفيق ين الخصوم، ٢٠٠١، ص ٤٥؛ د. طلعت يوسف خاطر، مرجع سابق، ص ١٧٤ .

بأنه الرضا بالحكم لا يعتد به إذا صدرر ممن كان على جهل ببطلانه[1]. ولكن يلاحظ أن هناك جانب من الفقه المصري يرى ضرورة التفرقة بين أمرين في هذه المسألة؛ إذا حدث القبول بعد صدور الحكم فلا يملك المحكوم عليه التحدي بجهله ببطلانه ليصل إلى التحلل من هذا القبول، فقبوله يعني أنه على علم به وبمحتوياته وبأسبابه وأنه تنازل عن التمسك بأوجه البطلان التي تشوبه، أو تشوب الإجراءات السابقة عليه والتي بني عليها، إلا إذا كان البطلان متعلقا بالنظام العام. وفي المقابل لذلك، إذا حدث القبول فور صدوره وقبل إيداعه، أو إذا حدث أثناء نظر الدعوى وقبل صدور الحكم فيها فإنه لا يتضمن التنازل عن التمسك بأوجه البطلان التي تشوب الإجراءات بعد حصوله. ويرى هذا الاتجاه أن قبول الحكم الباطل، أو المبني على إجراء باطل يسري ويعتد به لأنه يتضمن تنازلا عن التمسك بالجزاء بعد ثبوت الحق فيه[2].

وعلى صعيد خصومة التحكيم فالأمر مختلف نوعا ما؛ حيث أجازت قوانين مرافعـــات بعض الدول الأعضاء في الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان؛ كقانون المرافعات الفرنسي والسويسري والبلجيكي والسويدي وقانون التحكيم في بيرو وقانون التحكيم الفيتنامي إمكانية التنازل عن حق الطعن بالاسئناف أو بدعوى بطلان حكم التحكيم بشكل سابق على حدوث النزاع بين الأطراف من خلال اتفاق الخصوم مسبقا على التنازل عن دعوى البطلان المقررة للطعن على حكم التحكيم الدولي، حتى ولو حدث انتهاك لضمانة المساواة بين الطرفين أو لضمانة المواجهة بين الأطراف. وإيضاح ذلك أنه بالرغم من أن المادة ١٩٠ من القانون الفيدرالي السويسري المنظم للتحكيم في فقرتها الثانية بند ج رتبت على عدم احترام ضمانة تحقيق المساواة بين الخصوم، أو عدم احترام المواجهة بين الخصوم سببا من أسباب الطعن على حكم التحكيم، وكذلك المادة ١٤٩٢ فقرة ٤ من قانون المرافعات الفرنسي التي جعلت من عدم احترام المواجهة سببا من أسباب الطعن على حكم التحكيم، سواء بالاستئناف في حالة اتفاق الخصوم على الطعن بالاستئناف على حكم التحكيم، أو بدعوى البطلان، ونفس الأمر قرره

([1]) Cass.,civ.,27 novembre 1963, S.1965,1,p.347 .

([2]) أنظر: د.أحمد أبوالوفا، نظرية الأحكام..، مرجع سابق، ص ١٠٩٢ .

قارن: د. طلعت خاطر، مرجع سابق؛ص ٢٠٩ – ٢١٠ ؛ حيث يفرق بين البطلان المتعلق بالنظام العام ، الذي لا يجوز فيه القبول ؛ حيث يجوز الطعن في الحكم للأسباب المتعلقة بالنظام العام طبقا لنص المادة ٢٢١ مرافعات ، المتمثلة في مخالفة قواعد الاختصاص المتعلقة بالنظام العام، أو وقوع بطلان في الحكم أو في الإجراءات يؤثر في الحكم. أما البطلان غير المتعلق بالنظام العام فيجوز فيه قبول الحكم حتى ولو كان القبول سابقا على صدور الحكم ولا يجوز الاعتداد بالجهل بالبطلان لأن الخصم عند القبول السابق للحكم كان يعلم بالمخاطر التي يمكن أن تحدث ومع ذلك قبل الحكم ولم يتحفظ على الطعن في الحكم إذا شابه البطلان.

القانون القضائي الخاص البلجيكي، إلا أن القوانين السابقة أجازت اتفاق الخصوم ولو قبل حدوث النزاع على التنازل كليا أو جزئيا عن طرق الطعن المقررة على حكم التحكيم؛ حيث تنص المادة ١٩٢ من القانون الفيدرالي السويسري على أنه "**١- إذا لم يكن للأطراف موطن أو محل إقامة معتاد أو مقر رئيسي في سويسرا، فيجوز لهم، عن طريق إعلان صريح في اتفاق التحكيم أو في اتفاق لاحق، استبعاد كل أو جزء من سبل الانتصاف القانونية ضد أحكام هيئة التحكيم**؛ ولا يمكنهم استبعاد الطعن بالتماس إعادة النظر بالمعنى المقصود في المادة. ١٩٠أ، الفقرة ١ بند ب. يجب أن يفي الاتفاق بالمتطلبات الرسمية للمادة ١٧٨ فقرة ١.

(٢) عندما يستبعد الأطراف أي طعون ضد أحكام التحكيم ويجب تنفيذها في سويسرا تنطبق اتفاقية نيويورك المؤرخة ١٠ يونيو ١٩٥٨ بشأن الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها عن طريق القياس"[١].

كما أجازت المادة ١٧١٨ من القانون القضائي الخاص البلجيكي التنازل عن رفع دعوى بطلان حكم التحكيم بموجب اتفاق صريح في اتفاق التحكيم أو بموجب اتفاق لاحق؛ بقولها"**١- يجوز للأطراف، بإعلان صريح في اتفاق التحكيم أو بموجب اتفاق لاحق، استبعاد أي طعن لإبطال حكم التحكيم عندما لا يكون أي منهم شخصًا طبيعيًا يحمل الجنسية البلجيكية أو موطنه أو محل إقامته المعتاد في بلجيكا، أو كيان قانوني له مكتبه المسجل أو مؤسسته الرئيسية أو فرعه في بلجيكا**"[٢].

([1]) Art.192 de LDIF "Si les parties n'ont ni domicile, ni résidence habituelle, ni siège en Suisse, elles peuvent, par une déclaration dans la convention d'arbitrage ou dans une convention ultérieure, exclure tout ou partie des voies de droit contre les sentences du tribunal arbitral; elles ne peuvent exclure la révision au sens de l'art.190a, al. 1, let. b. La convention doit satisfaire aux conditions de forme de l'art. 178, al. 1.156. Lorsque les parties ont exclu tout recours contre les sentences et que celles-ci doivent être exécutées en Suisse, la convention de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères 157 s'applique par analogie.

([2]) Art.1718. de c.j.prive dispose que" [Les parties peuvent, par une déclaration expresse dans la convention d'arbitrage ou par une convention ultérieure, exclure tout recours en annulation d'une sentence arbitrale lorsqu'aucune d'elles n'est soit une personne physique ayant la nationalité belge ou son domicile ou sa résidence habituelle en Belgique, soit une personne morale ayant en Belgique, son siège statutaire, son principal établissement ou une succursale'.

وعلى صعيد قانون التحكيم الفرنسي الصادر في ١٣ يناير ٢٠١١، بموجب المرسوم بقانون ٢٠١١ – ٤٨ ، فقد نصت المادة ١٥٢٢ من قانون المرافعات على أنه" **يجوز للخصوم بموجب اتفاق خاص التنازل في أي وقت بشكل صريح عن دعوى بطلان حكم التحكيم**"[١].

يستخلص مما سبق أن التنازل عن حق الطعن بالاسئناف، أو دعوى بطلان حكم التحكيم لا يكون أحادي الجانب، بل يجب أن يتم باتفاق مشترك بين الخصمين[2]. **وهكذا** فإن التنازل عن دعوى البطلان يكون جائزا ويجب أن يكون نتيجة فعل إرادي ثنائي الأطراف[3].

ولم يقتصر الأمر على ذلك، بل طرح جانب من الفقه تساؤلا جوهريا يدور حول ما إذا كان يمكن لإرادة الأطراف أن تسمح بالتنازل الجزئي عن بعض أسباب دعوى البطلان، أو بمعنى آخر هل يجوز لطرفي التحكيم الاتفاق على حذف حالة أو حالات معينة من أسباب قبول دعوى بطلان حكم التحكيم ؟

لقد أجاب **فان داي دو** في بحثه المعنون" بدور إرادة الأطراف في الطعن على أحكام التحكيم" بأنه في القانون الفرنسي لا تنص المادة ١٥٢٢ من قانون المرافعات على" **التنازل الجزئي**"، ومع ذلك يرى جانب من الفقه أن هناك "قائمة بحالات دعوى البطلان لا يجوز تمديدها أو تقييدها بإرادة الطرفين. ويكون الخيار الوحيد المتاح للطرفين هو الاتفاق على الاستبعاد المحض والبسيط لدعوى البطلان بأكملها"[4].

ومع ذلك، في النظام القانوني السويسري تنص الفقرة ١ من المادة ١٩٢ من القانون الفيدرالي على أنه، **إذا لم يكن لدى الطرفين موطن أو محل إقامة معتاد في سويسرا فيجوز لهما من خلال إتفاق صريح في اتفاق**

([1])Art.1522 dis.que" **Par convention spéciale, les parties peuvent à tout moment renoncer expressément au recours en annulation".**

([٢]) راجع شرح تفصيلي :

Van Dai DO, Le rôle de la volonté des parties dans les recours à l'encontre des sentences arbitrales internationales, Revue Internationale de Droit Économique–2019– pp.141-164–DOI: 10.3917/ride.332.0141.

([3]) J.-B. Racine, Droit de l'arbitrage, Paris, PUF, 2016, n° 928.

([4]) E. Gaillard, « Commentaire analytique du décret du 13janvier 2011 portant réforme du droit français de l'arbitrage », Cahiers de l'arbitrage, 1er avril 2011, n° 2, spéc. n° 77.

التحكيم أو اتفاق مكتوب لاحق استبعاد كل أو جزء من الطعون ضد أحكام التحكيم؛ ويجوز لهم أيضًا استبعاد الطعن فقط لسبب أو لآخر من الأسباب المذكورة في المادة ١٩٠ الفقرة ٢[1].

ويرى صاحب هذا الرأي– **ونحن نتفق مع سيادته**– أنه لا يوجد سبب لحرمان الأطراف من إمكانية استبعاد سبب أو أكثر من أسباب بطلان حكم التحكيم طالما يتم منحهم بالفعل إمكانية التنازل عن دعوى البطلان بأكملها. إن الحل السويسري المذكور جدير بالاتباع في قانون المرافعات الفرنسي، وهكذا فإن فكرة تعديل محتوى المادة ١٥٢٢ يومًا ما للاعتراف صراحةً بالتنازل الجزئي" هي فكرة "ممكنة" تماما"[2].

ومما هو جدير بالذكر أن الرخصة المتعلقة بالتنازل عن حق الطعن على حكم التحكيم سواء بالاستئناف، أو بدعوى البطلان تم إقرارها بموجب الكثير من تشريعات العديد من البلدان؛ فقد تم إقرارها في قانون التحكيم السويدي الصادر في ٤ مارس ١٩٩٩ بموجب المادة ٥١ منه، وكذلك قانون التحكيم البنمي بموجب المادة ٣٦ من المرسوم بقانون رقم ٥، ٨ يوليو ١٩٩٩، والقانون العام للتحكيم في بيرو الصار في ٣ يناير ١٩٩٣ بموجب المادة ١٢٦. وفي فيتنام بالرغم من أن القانون الفيتنامي لا يسمح بهذه الإمكانية، إلا أن مركز التحكيم الدولي الفيتنامي (VIAC) أجاز في إحدى القضايا التحكيمية المثارة أمامه الطلب المقدم من أحد الخصوم في نفس اليوم المحدد للجلسة، والذي بموجبه أرادا طرفي التحكيم الاتفاق على استبعاد دعوى بطلان حكم التحكيم بالرغم من أن هذه الرخصة غير مقررة بعد بالقانون الفيتنامي.

وعلى مستوى الدول العربية؛ فقد أجازت المادة ٧٨-٦ من قانون التحكيم التونسي الصادر في ٢٦ ابريل ١٩٩٣ هذه الإمكانية.

ولكن هناك بعض الدول لا تدرج هده الرخصة في قوانينها؛ كقانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، وكذلك قانون التحكيم المصري. **ولذلك فإننا نرى إمكانية استفادة المشرع المصري من**

([1]) P.-Y. Gunter et Al. Johnson, note sous Trib. féd., 1re cour civile, 4 janv. 2012, Cahiers de l'arbitrage, 1er janv. 2013.
Cité par: Van Dai DO, op.,cit, N° 30, p. 146.

([2]) J.-B. Racine, « Réflexions sur les voies de recours en droit de l'arbitrage. Propos introductifs », Rev. arb. 2018, p.7.

هذا النص من أجل جذب العديد من التحكيمات إلى مصر، ولذا نقترح إضافة نص مماثل للنص السابق ضمن نصوص قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ . ويكون النص المقترح كالأتي:

"يجوز للأطراف، بموجب إعلان صريح في اتفاق التحكيم أو في اتفاق لاحق، التنازل عن دعوى بطلان حكم التحكيم، ويجوز لهم استبعاد الطعن لسبب أو لآخر من الأسباب دعوى البطلان الواردة في في المادة ٥٣ ".

رابعا– التنازل عن ضمانة الاستقلاليــة والنزاهــة :

تعد ضمانة استقلالية ونزاهة المحكمة واحدة من أهم الضمانات الإجرائية الأساسية المنصوص عليها في المادة ٦-١ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان؛ حيث تنص المادة سالفة الذكر على أنه" ١- لكل شخص الحق في أن يتم النظر في قضيته بشكل عادل وعلنـي وفي غضون فترة زمنية معقولة، **من قبل محكمة مستقلة ومحايدة**..". ولما كانت هذه الضمانة، كما قررت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في حكمها الصادر في قضية ***De Cubber v Belgium*** تتعلق بالنظام العام وتمثل أحد الركائز الأساسية للحق في محاكمة عادلة [1]، **فإن السؤال الذي يدور حوله موضوع البحث هل من الجائز التنازل عن ضمانة استقلالية ونزاهة القاضي أو المحكم ؟ وإذا كانت الإجابة بالإيجاب ففي أي مرحلة يجوز هذا التنازل ؟ هل يجوز التنازل في المرحلة السابقة على بدء النزاع أم في المرحلة اللاحقة على بدء النزاع ؟**

أجابت المحكمة الأوروبية لحقوق الانسان على هذا التساؤل؛ حيث أكدت في العديد من سوابقها القضائية على أنه يجوز للخصم التنازل أثناء سير إجراءات الخصومة عن بعض ضمانات المحاكمة العادلة؛ كضمانة استقلالية ونزاهة المحكمة [2]. وهذا التنازل قد يستشف ضمنيا من سلوك الخصم، المتمثل في تقاعسه عن اتخاذ اجراء عقب انتهاك الضمانة الإجرائية[3].

([1]) European Court of Human Rights, CASE OF DE CUBBER v. BELGIUM , 26 October 1984.sur site : https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57465

([2])V:Cour eur.D.H.,arrêt Hakansson et Sturesson c. Suède du 21 février 1990, www.echr.coe.int., § 66 ; Cour eur. D.H., arrêt Le Compte, Van Leuven et De Meyere du 23 juin 1981, www.echr.coe.int.,§59; Cour eur. D.H., arrêt H. c. Belgique du 30 novembre 1987, www.echr.coe.int., §54.

([3])V: Cour eur. D.H., arrêt Micallef c. Malte du 15 octobre 2009, www.echr.coe.int., § 8 ;

وراجع في الفقه :

P.FRUMER,op.cit.,n° 315,p.228; O.DE SCHUTTER et J. RINGELHEIM,op. cit., pp. 445 et 451.

وعليه؛ فإن التنازل عن هذه الضمانة يتحقق في حالة تقاعس الخصم وتراخيه عن إثارة أسباب رد القاضي في الوقت المناسب. وفي هذا السياق قررت المادة ٨٣٣ من القانون القضائي البلجيكي أنه يتعين على كل خصم أن يتمسك بأسباب رد القاضي في الوقت المناسب، وإلا اعتبر متنازلا عن حقه في طلب الرد على أساس التحيز[١]. ولكن يتعين ملاحظة أن التنازل في هذه الحالة لا يكون صحيحا إلا إذا كان الخصم المتنازل على علم تام بالوقائع التي تثير شكوكا مشروعة في حيدة القاضي ونزاهته[٢].

وعلى صعيد القانون المصري، فقد أفادت المادة ١٥١ من قانون المرافعات أنه إذا تقاعس طالب الرد عن إبدائه قبل تقديم أي دفع أو دفاع في الدعوى سقط الحق في إثارة طلب الرد؛ بقولها "يجب تقديم طلب الرد قبل تقديم أي دفع أو دفاع وإلا سقط الحق فيه. فإذا كان الرد في حق قاض منتدب فيقدم الطلب خلال ثلاثة أيام من يوم ندبه إذا كان قرار الندب صادرا في حضور طالب الرد، فإن كان صادرا في غيبته تبدأ الأيام الثلاثة من يوم إعلانه به. وفضلا عن ذلك، نصت المادة ١٥٢ مرافعات أنه يجوز طلب الرد إذا حدثت أسبابه بعد المواعيد المقررة، أو إذا أثبت طالب الرد أنه لم يعلم بها إلا بعد مضي تلك المواعيد". وعلى ذلك، يعد الخصم متنازلا عن ضمانة الاستقلالية والنزاهة إذا لم يبدي سلوكا إيجابيا وفعالا يتمثل في إثارة طلب الرد قبل تقديم أي دفع أو دفاع في الدعوى، أو إذا كان عالما بسبب الرد ومع ذلك لم يبديه إلا في وقت متأخر. **ويلاحظ أنه لا يوجد نص في القانون المصري يكون مماثل للقانون الفرنسي يتعلق بالوقت المفيد.**

وفوق ذلك، فإن المشرع المصري يرتب على عدم انصياع القاضي للالتزام الواقع عليه بالتنحي عن نظر الدعوى في حالة توافر حالة من حالات عدم الصلاحية بشأنه انعدام الحكم الصادر منه. ولاشك أن آلية إصلاح هذا الحكم الباطل هي التمسك بالبطلان من خلال الطعن على الحكم بطرق الطعن المقررة قانونا، فإن تقاعس الخصم بإرادته عن ممارسة سبيل الطعن، أو بادر بتنفيذ الحكم من تلقاء نفسه رغم عدم صلاحية الحكم للتنفيذ، فإن سلوكه يعد قبولا للحكم[٣].

([1])V:Article 833 du Code judiciaire belge.

([2])V:P.FRUMER, op., cit. , n° 327, p. 238.

([٣]) راجع : د. محمد علي عدالسلام، دعوى البطلان الأصلية، مرجع سابق، ص ٤٨٩ وما بعدها.

وإن كان الحكم صادرا من قاضي بمحكمة النقض جاز للخصم المتضرر رفع دعوى بطلان هذا الحكم[١]، بالرغم من أن الأحكام الصادرة من محكمة النقض لا يجوز الطعن فيها. وفي هذه الحالة يظل للمحكوم عليه الحق في رفع دعوى البطلان في أي وقت، فهي لا تسقط إلا بالتقادم لطويل، أي مدة خمسة عشر عاما من تاريخ صدور الحكم، أو إعلانه حسب الأحوال، فإن تقاعس عن رفعها خلال الميعاد اعتبر سلوكه بمثابة تنازل عن أحد جزاءات انتهاك ضمانة الحيدة والنزاهة.

وفيما يتعلق بضمانة الاستقلالية والنزاهة في خصومة التحكيم، فثمة تساؤل يتعلق بمدى اعتبار لجوء الأطراف إلى التحكيم بمثابة تنازل مسبق عن الحق في رفع دعوى بطلان حكم التحكيم استنادا إلى وجود تحيز وعدم حيدة المحكم[٢]؟

في الحقيقة إن مجرد إبرام اتفاق التحكيم،حتى قبل نشوء النزاع، لا يعني التنازل المسبقً عن الحق في أن يقضى في الخصومة التحكيمية من قبل محكمين يتمتعون بجميع ضمانات الحيدة والنزاهة[٣]. **ولكن التنازل عن هذه الضمانة يكون جائزا أثناء سير خصومة التحكيم؛ فالخصم الذي يصبح على علم، أثناء سير إجراءات التحكيم، بأي سبب أو ظرف يكون من شأنه إثارة شكوك مشروعة في استقلالية ونزاهة المحكم ويمتنع عن التمسك بهذا الوجه من أوجه التبعية أو التحيز في الوقت المناسب يعتبر متنازلا عن التمسك بهذه الضمانة أمام القاضي المختص بدعوى البطلان[٤].**

وتكريسا لذلك، نصت المادة ١٤٦٦ من قانون مرافعات الدولة الفرنسية على أنه يعتبر الخصم، الذي امتنع دون مبرر مشروع عن إثارة مخالفة أمام هيئة التحكيم مع العلم بها في وقت مناسب قد تنازل عن حقه في الاحتجاج بها"[٥].

---

(١) أنظر: د.علي أبو عطية هيكل، النزول عن الحكم ، دراسة تأصيلية وتطبيقية في قانون المرافعات المدنية والتجارية، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، جامعة الأسكندرية ، العدد ١، يناير ٢٠٢١، ص ١١٩٩ .

(2)V:P.LAMBERT,op. cit., n° 5, p. 1286.
(3)V:P.FRUMER,op. cit., n°162,pp.119**;** J.ARROYO, *op.cit.*,n°220,p.139.
(4)V: M.DAL, op. cit., pp. 359; P.FRUMER, *op. cit.*, n°161,p.119.
(5) Article 1466 de c.p.c. dis.que " La partie qui, en connaissance de cause et sans motif légitime, s'abstient d'invoquer en temps utile une irrégularité devant le tribunal arbitral est réputée avoir renoncé à s'en prévaloir.

ونفس الأمر طبقته سويسرا ؛ حيث نصت المادة ٣٧٣ من القانون الفيدرالي على أنه "٦- يتعين على الخصم أن يثير أية انتهاك للقواعد الإجرائية على الفور. وفي حالة تخلف ذلك فلا يجوز إثارة هذه المخالفة في وقت لاحق"[١].

ومما هو جدير بالذكر أن المبادي الإرشادية للاتحاد الدولي للمحامين بلندن بشأن تضارب المصالح نصت بشكل صريح على هذه القاعدة؛ بقولها"إذا لم يثر الخصم اعتراضا صريحا بشأن المحكم في غضون ثلاثين يوما من تلقي أية إفصاح من جانب المحكم أو من وقت علمه بالوقائع والظروف التي يمكن أن تشكل تضاربا محتملا في المصالح فإنه يعتبر قد تنازل عن التمسك بالدفع بانتهاك الالتزام بالإفصاح عن تضارب المصالح القائم على مثل هذه الوقائع والظرف.."[٢].

وعلى صعيد القانون المصري، فقد أجاز التنازل عن ضمانة استقلالية ونزاهة المحكم، بموجب المادة الثامنة من قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤؛ بقولها **"**إذا استمر أحد طرفي النزاع في إجراءات التحكيم مع علمه بوقوع مخالفة لشرط في اتفاق التحكيم أو لحكم من أحكام القانون مما يجوز الاتفاق على مخالفته ولم يقدم اعتراضا على هذه المخالفة في الميعاد المتفق عليه أو في وقت معقول عند عدم الاتفاق **اعتبر ذلك نزولا منه عن حقه في الاعتراض"**.

ويستخلص مما سبق أن الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان وتشريعات بعض الدول الأعضاء في الاتفاقية، مثل قانون المرافعات الفرنسي، والقانون الفيدرالي السويسري، والقانون القضائي البلجيكي أتاحوا للخصم التنازل عن احترام ضمانة الاستقلالية والنزاهة، ويستفاد هذا التنازل من سلوك الخصم المتمثل في علمه، أثناء سير إجراءات التحكيم، بأي سبب أو ظرف يكون من شأنه إثارة شكوك مشروعة في استقلالية ونزاهة المحكم ومع ذلك يمتنع عن التمسك بهذا الوجه من أوجه التبعية أو التحيز في الوقت المناسب ؛ حيث اعتبرت القوانين السابقة أنه يعد متنازلا عن التمسك بهذه الضمانة أمام القاضي المختص بدعوى البطلان.

وعلى صعيد القانون المصري فقد واكب التشريعات السابقة بإقراره نص المادة الثامنة من قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤.

([1]) Article 373 de LDIP " 6 Toute violation des règles de procédure doit être immédiatement invoquée; à défaut, elle ne peut l'être par la suite".

([٢]) راجع تفصيلا: مؤلفنا، التزام المحكم بالإفصاح عن تضارب المصالح..، مرجع سابق، ص ٧٧٨ وما بعدها.

خامسا– التنازل عن ضمانة الفصل في القضية خلال مدة معقولة:

تعد ضمانة ضرورة الفصل في القضية خلال مدة معقولة واحدة من أهم الضمانات الإجرائية المنصوص عليها في المادة ٦-١ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان؛ ولذلك فقد أكدت المحكمة الأوروبية لحقوق الانسان على ضرورة احترام الدول الأعضاء لهذا الضمانة لتعلقها بالنظام العام الأوروبي، الذي يوجب على الدول الأعضاء أن توفر العدالة بشكل مبسط وسريع[١] وإلا ترتب للخصم المتضرر الحق في التعويض[٢]؛حيث تتحمل الدولة مسئوليتها عن تعطيل سير العدالة في حالتين:الحالة الأولى– عدم الفصل في القضية المعروضة على أحد محاكمها خلال مدة زمنية معقولة[٣]. الحالة الثانية– عدم قيام الأجهزة القضائية المسئولة عن تنفيذ الحكم القضائي بتنفيذ الحكم خلال أجل معقول[٤].

ولما كانت هذه الضمانة تعتبر عنصر من عناصر المحاكمة العادلة، فإن السؤال المنطقي الذي يدور حوله موضوع البحث هل من الجائز التنازل عن هذه الضمانة ؟ وإذا كانت الإجابة بالإيجاب

([1]) CEDH 24 oct. 1989, H. c/ France, n° 10073/82, § 58, CEDH, 24 oct. 1989, n° 10073/82, RFDA 1990. 203, note O. Dugrip et F. Sudre

([2]) CEDH 8 févr. 2018, Goetschy c/ France, n° 63323/12, Dalloz actualité, 21 févr. 2018, obs. H. Diaz .

تم إدانة فرنسا لانتهاكها الفقرة ١ من المادة ٦ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان نظرا لأن إجراءات التحقيق استمرت لأكثر من سبع سنوات بين الأمر بالحبس الاحتياطي وبين صدور الحكم.

وقد قضت محكمة الخصومة ب **ميـــوو** أن المدة المستغرقة بين جلسة التوفيق وإصدار الحكم كان ٣٤ شهرا في حين أنه كان نزاعا عاديا لا يوجد به أية صعوبة خاصة. وهي تعتبر أن هذا التأخير غير معقول بشكل خاص للحصول على حكم في منازعة تتعلق بقانون العمل. ويشكل هذا التأخير الطويل بشكل غير عادي الذي عانى منه مقدم الطلب (وهو موظف تعرض للفصل بسبب سوء سلوك جسيم) إنكاراً للعدالة. ويرى القاضي أن الدولة لم تقدم بشكل واضح الوسائل اللازمة لمجلس العمل لكي يتمكن من إصدار أحكامه في غضون فترة زمنية مقبولة. ويجب على الدولة أن تدفع للشخص المعني مبلغ ٤٤٢٠ يورو كتعويض عن الأضرار المعنوية التي لحقت به نتيجة إنكار العدالة.

JUGEMENT RELATIF À La CONDAMNATION DE L'ETAT POUR DÉNI DE JUSTICE EN RAISON DES DÉLAIS ANORMALEMENT LONGS EN MATIÈRE PRUD'HOMALE ; Tribunal d'instance de Meaux, 22/03/2017.

([3])V: Civ. 1re, 22 mars 2005, n° 03-10.355, Bull. civ. I, n° 145 ; D. 2005. 987 ; 20 févr. 2008, n° 06-20.384, D. 2008. 791 ; Resp. civ. et assur. 2008. Comm. 146).

([4])V: CEDH 28 juill. 1999, Immobiliare Saffi c/ Italie, n° 22774/93, D. 2000. 186 , obs. N. Fricero ; 20 déc. 2007, Kocsis c/ Roumanie, n° 10395/02, Dr. et proc. 2008, n° 2, p. 9, obs. N. Fricero ; Civ. 1re, 17 mai 2017, n° 16-14.637, Dalloz actualité, 16 juin 2017, obs. M. Kebir).

ففي أي مرحلة يجوز هذا التنازل ؟ هل من الجائز التنازل عن هذه الضمانة في المرحلة السابقة على بدء النزاع أم في المرحلة اللاحقة على بدء النزاع ؟

أجابت المحكمة الأوروبية لحقوق الانسان على هذا التساؤل؛ حيث أكدت على أنه يجوز للخصم التنازل عن التمسك بالأثر المترتب على انتهاك أحد محاكم الدول الأعضاء لمبدأ ضرورة الفصل في القضية خلال مدة زمنية معقولة. ويتحقق هذا التنازل من خلال عدم قيام الخصم برفع دعوى إزالة انتهاك أحد الحقوق الواردة بنص المادة السادسة من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الانسان خلال المدة المقررة لرفع الدعوى. **وتطبيقا لذلك قضي في فرنسا** أن دعوى مسئولية الدولة عن تأخير الفصل في الدعوى يتعين أن ترفع خلال أربعة سنوات من تاريخ صدور الحكم؛ حيث قضت الدائرة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية أن دعوى التعويض عن المدة المفرطة لإجراءات الخصومة والخلل الوظيفي لخدمة العدالة يتعين أن ترفع في في غضون أربع سنوات تبدأ من اليوم الأول من السنة التالية لليوم الذي صدر فيه الحكم الذي يشكل الفعل الضار والمنشئ للمسئولية[1]. ومن ثم إذا لم يقم الخصم المتضرر برفع دعوى التعويض خلال المدة المقررة فإنه يكون قد تنازل عن حقه في رفع دعوى التعويض المقررة لمواجهة انتهاك ضمانة ضرورة الفصل في القضية خلال مدة معقولة.

ولا يمكن التنازل مطلقا عن التمسك بهذه الضمانة بشكل مسبق على بدء النزاع بين الخصمين.

وعلى صعيد القانون المصري، فلا يوجد إطار تشريعي يلزم المحاكم بضرورة الفصل في القضايا المعروضة عليها خلال مدة معقولة[2] على غرار ما هو موجود في تشريعات الدول الأعضاء في

---

(1) تطبق محكمة النقض الفرنسية المادة ١ من القانون رقم ٦٨-١٢٥٠ المؤرخ ٣١ كانون الأول/ديسمبر ١٩٦٨، التي تنص على أن فترة تقادم الدعاوى المرفوعة ضد الدولة هي أربع سنوات.

Anaïs Hacene, Délai raisonnable et point de départ du délai de prescription de la responsabilité de l'État, Civ. 1re, 5 sept. 2018, F-P+B, n° 17-23.147 , *le 27 septembre 2018* sur site: https://www.dalloz-actualite.fr

(٢) راجع تفصيلا في المدة المعقولة للفصل في الدعوى : رسالتنا للدكتوراه ، تعاون الخصوم..، مرجع سابق، ص ٧٦ وحتى ٨٩ .

الاتفاقية؛ كفرنسا التي أوجبت على القضاة التزاما بضرورة الفصل في القضايا خلال مدة معقولة، بموجب نص المادة ١١١-٣ من قانون التنظيم القضائي.

وعلاوة على ذلك فلا يوجد في نظامنا القانوني آلية من خلالها يستحق الخصم المتضرر من تأخير الفصل في القضية أية تعويضات، كما هو مقرر في فرنسا التي تتيح للمتقاضي أن يرفع دعوى التعويض عن المدة المفرطة لإجراءات الخصومة والخلل الوظيفي لخدمة العدالة، والتي يتعين رفها خلال أربعة سنوات سنوات تبدأ من اليوم الأول من السنة التالية لليوم الذي صدر فيه الحكم الذي يشكل الفعل المنشئ للمسئولية. **ولذلك فإننا نقترح أن يضيف المشرع المصري نصا إلى قانون المرافعات يضع التزاما على المحاكم أن تقضي في الدعاوى المعروضة عليها خلال مدة معقولة، وفي حالة الاخلال بهذه الضمانة جاز للمتقاضي المتضرر أن يرفع دعوى التعويض عن المدة المفرطة لإجراءات الخصومة والخلل الوظيفي لخدمة العدالة. ويجوز للمتقاضي رفع هذه الدعوى خلال ثلاث سنوات من تاريخ صدور الحكم .**

سادسا- التنازل عن ضمانة تسبيب الأحكـام :

يشكل الالتزام بتسبيب الأحكام ضمانة من الضمانات الإجرائية الهامة لتحقيق المحاكمة العادلة؛ حيث يتطلب الحق في محاكمة عادلة أن تكون الأحكام الصادرة من محاكم النظام القضائي للدولة أو من هيئات التحكيم مسببة تسبيبا كافيا[١]. ويتطلب التسبيب من القاضي أو المحكم مراعاة بعض الضوابط؛ كالرد على طلبات ووسائل الدفاع المقدمة من الأطراف بشكل منهجي[٢]، وكذلك اشتمال حيثيات الحكم على شرح وافي يمكن المتقاضي من التحقق من احترام مبدأ المواجهة أو حيدة القاضي[٣]، بما يساعد المتقاضي الخاسر على اتخاذ قرار الطعن في الحكم من عدمه[٤].

ولما كانت هذه الضمانة تعد من الركائز الأساسية للمحاكمة العادلة، فإن السؤال المنطقي الذي يدور حوله موضوع البحث هل من الجائز التنازل عن هذه الضمانة ؟ وإذا كانت الإجابة بالإيجاب

([1])V:A.HOC,«Principe de la contradiction, obligation de motivation et appel-nullité »,op.,cit, n° 6576, p. 615,n°12**;** F. KUTY,«L'obligation de motivation des décisions judiciaires au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *R.T.D.H.*, 1998, pp. 843 à 852.
Cour eur. D.H., arrêt *H. c. Belgique* du 30 novembre 1987, www.echr.coe.int.,§ 53.
([2])V: G.DE LEVAL, « Le jugement », *Droit judiciaire : Manuel de procédure civile*, 2e éd., sous la direction de G. de Leval, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 639, n° 7.15.
([3])V:G.CLOSSET-MARCHAL,«Examen de jurisprudence (2000-2015)–.. », *op. cit.* , n° 109. , p.153.
([4])V:F. KUTY, op.cit., n°4, p.847.

ففي أي مرحلة يجوز هذا التنازل ؟ هل من الجائز التنازل عن هذه الضمانة في المرحلة السابقة على بدء النزاع أم في المرحلة اللاحقة على بدء النزاع ؟

أجابت المحكمة الأوروبية لحقوق الانسان على هذا التساؤل؛ حيث أكدت على أنه لا يمكن للأطراف قبل صدور الحكم توقع مضمون تسبيب الحكم الصادر من القاضي. ومن ثم لا يجوز لهم التنازل المسبق عن ممارسة سبيل الطعن الناشي عن إخلال القاضي بالالتزام بالتسبيب[١]. ولكن بعد صدور الحكم يستطيع المتقاضي الوقوف على مدى مراعاة القاضي لهذا الالتزام وضوابطه؛ وبالتالي يمكنه التنازل عن مباشرة حقه في الطعن الناشيء عن انعدام تسبيب الحكم، أو القصور في التسبيب من خلال قبول الحكم بالتنازل عن حق الطعن رغم ما لحق به من عيوب[٢].

وفيما يتعلق بالتنازل عن ضمانة تسبيب أحكام التحكيم، فالأمر مختلف تماما عن تسبيب الأحكام القضائية، فوفقا لتشريعات بعض الدول الأعضاء في الاتفاقية الأوروبية لحقوق الانسان؛ كفرنسا فقد قررت المادة ١٤٨٢ فقرة ٢ من قانون المرافعات ضرورة أن يكون حكم التحكيم مسببا، ورتب في المادة ١٤٨٣ البطلان في حالة عدم مراعاة تسبيب حكم التحكيم. فضلا عن أن المادة ١٤٩٢ فقرة ٦ جعلت من عدم تسبيب حكم التحكيم سببا من أسباب رفع دعوى بطلان حكم التحكيم. وفي ذات الاتجاه قررت قواعد التحكيم في غرفة التجارة الدولية بباريس، التي تنص في المادة ٢/٢٥ على أنه " يجب أن يكون حكم التحكيم مسببا ".

ونفس الحكم قررته الدولة البلجيكية بموجب المادة ١٧١٣ فقرة ٤ من القانون القضائي الخاص ؛ حيث أوجبت ضرورة أن يكون حكم التحكيم مسببا دون أن تعطي لإرادة الخصوم أي دور لامكانية الاتفاق على خلاف ذلك، وقد رتبت المادة ١٧١٧ فقرة ٣ بند ٤ أ على عدم مراعاة ضمانة تسبيب حكم التحكيم سببا من أسباب رفع دعوى بطلان حكم التحكيم. وهكذا، تكون هذه القوانين لم تربط ضمانة التسبيب بإرادة الخصوم، أو بالقانون الإجرائي الواجب التطبيق على التحكيم معتبرة أن

([1])V: Ibid.,., n° 9., p. 850.
([2])V:G.DE MAESENEIRE, *op. cit.*, n° 3 à 195, n°5, pp.194; F. KUTY,op.cit., n° 11, p. 851.

قاعدة تسبيب حكم التحكيم قاعدة متعلقة بالنظام العام، ومن ثم يبطل حكم التحكيم إذا انطوى على قصور في التسبيب، أو غموض، أو تناقض في الأسباب.

وتأسيسا على ما تقدم، يمكننا استخلاص حقيقة مؤداها أن أحكام التحكيم الصادرة داخل بعض الدول الأعضاء في الاتفاقية وفقا للقاعدة العامة لا يجوز للأطراف أن يستبعدوا، بشكل مسبق أو أثناء سير إجراءات خصومة التحكيم، إمكانية مباشرة دعوى بطلان حكم التحكيم لأحد الأسباب المنصوص عليها قانونا، ومن ثم لا يجوز التنازل عن التمسك بالبطلان الذي لم يكونوا على علم به بعـد[١]. وهكذا فإن التنازل المسبق عن ضمانة التسبيب غير جائز[٢]، إلا أنه من المقبول التنازل بعد إصدار حكم أول درجة بقبول الحكم وعدم رفع دعوى بطلان حكم التحكيم بسبب انعدام التسبيب خلال الميعاد المقرر قانونا[٣].

ولكن يستثنى من هذه القاعدة الفرضية المنصوص عليها بالمادة ١٧١٨ من القانون القضائي البلجيكي، التي تجيز امكانية التنازل المسبق عندما لا يكون لأطراف التحكيم الدولي الذي يجري في بلجيكا أية صلة بالبلد[٤]. كما يجوز لهذه الأطراف أن تتفق بشكل خاص وبإرادة صريحة[٥] بشكل مسبق على حدوث النزاع على التنازل عن رفع دعوى بطلان حكم التحكيم في حالة انعدام تسبيب الحكم من قبل المحكم[٦]. ونفس الأمر قررته المادة ١٩٢ من القانون الفيدرالي السويسري، بقولها إذا لم يكن لدى الطرفين موطن أو محل إقامة معتاد في سويسرا فيجوز لهما من خلال إتفاق صريح في اتفاق التحكيم أو اتفاق مكتوب لاحق استبعاد كل أو جزء من الطعون ضد أحكام التحكيم؛ ويجوز لهم أيضًا استبعاد الطعن فقط لسبب أو لآخر من الأسباب المذكورة في المادة ١٩٠ الفقرة ٢.

وكذلك نص المادة ١٥٢٢ من قانون المرافعات الفرنسي، بقولها يجوز للخصوم بموجب اتفاق خاص التنازل في أي وقت بشكل صريح عن دعوى بطلان حكم التحكيم دون أن تقصر التنازل عن

([1])V:G.-A.DAL et G.KEUTGEN,op.cit.,p.554, n°696; M.DAL, « Le recours.. », *op. cit.*, p. 365.
([2])V:G.KEUTGEN, op. cit., p.104.
([3])V:G.-A.DAL et G.KEUTGEN, *op. cit.*, n°644, p.531; M.DAL, op. cit., p. 365.
([4])V:G. KEUTGEN, op.cit., p. 105 .
([5])V:G.-A.DAL et G. KEUTGEN, op. cit. , n° 698, p. 556.
([6])V:ibidem, n°698, p.556 **;** J.VAN COMPERNOLLE, op. cit., n° 4, p.369.

دعوى البطلان على حكم التحكيم المحلي أو الدولي. وقد أرجع بعض الفقه وجود هذا الحكم إلى الرغبة في جذب المزيد من التحكيمات الدولية إلى بلجيكا وسويسرا وفرنسا والسويد وبيرو وفيتنام وغيرها من الدول التي نصت على هذا الحكم[١]، بغض النظر عن الثمن المدفوع فيما يتعلق بانتهاك ضمانات المحاكمة العادلة[٢].

وعلى صعيد المحكمة الأوروبية لحقوق الانسان فقد اعترفت مؤخرًا في قضية **Tabbane** c. **Suisse** بتوافق مثل هذه الشروط،- والتي بموجبها يتنازل الأطراف بشكل مسبق عن التمسك ببطلان حكم التحكيم في حالة انعدام تسبيب الحكم- مع المادة ٦ فقرة ١ من الاتفاقية؛ حيث قضت المحكمة بأنه"**إن السماح بمثل هذه البنود تسمح بالتنازل المسبق عن التمسك بدعوى بطلان حكم التحكيم"(..) وهو ما يعكس اختيار السياسة التشريعية التي تستجيب لرغبة المشرع السويسري في زيادة جاذبية وفعالية التحكيم الدولي في سويسرا"**[٣].

وعلى مستوى القانون المصري، فنجد أنه كان أكثر تفريطا في ضمانة تسبيب حكم التحكيم عن نظيره الفرنسي والبلجيكي متأثرا في ذلك بالقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي؛ حيث ربط المشرع المصري قاعدة تسبيب أحكام التحكيم بإرادة الخصوم واعتبرها قاعدة مكملة تنطبق حيث لا يوجد اتفاق على خلافها، أو قاعدة احتياطية إذا لم ينص القانون الواجب التطبيق على التحكيم على خلافها؛ حيث نصت المادة ٤٣ فقرة ٢ من قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ على أنه ".. ٢- يجب أن يكون حكم التحكيم مسبباً إلا **إذا إتفق طرفا التحكيم على غير ذلك أو أن القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم لا يشترط ذكر أسباب الحكم**..". وفي ذات الاتجاه نصت المادة ٣/٢٣ من قواعد تحكيم مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي؛ بقولها " يجب أن تسبب هيئة التحكيم الحكم ، ما لم يكن الطرفان قد اتفقا على عدم تسبيبه".

([1])V: M. DAL, « Le recours..», op. cit., p. 365.
([2])V: M. DAL, « La nouvelle loi sur l'arbitrage », op. cit., p. 785. .
([3]) V:Cour eur. D.H., arrêt Tabbane c. Suisse du 1er mars 2016, www.echr.coe.int., § 33.
L'autorisation de telles clauses permettant de renoncer par avance à invoquer le recours en annulation « (…) reflète un *choix de politique législative* qui répond au souhait du législateur suisse d'augmenter *l'attractivité* et *l'efficacité* de l'arbitrage international en Suisse ».

ونفس الأمر قررته قواعد الأونسيترال؛ حيث تنص المادة ٢/٣١ على أن يبين في قرار التحكيم الأسباب التي يبني عليها القرار، **ما لم يكن الطرفان قد اتفقا على عدم بيان الأسباب** أو ما لم يكن القرار قد صدر بشروط متفق عليها بمقتضى المادة ٣٠" .

ويستخلص من ذلك، أنه يجوز للخصوم الاتفاق المسبق على التنازل عن ضمانة تسبيب حكم التحكيم، ورغم هذا الموقف من جانب المشرع المصري إلا أن هناك جانب من الفقه المصري[١]، **نؤيده**، يدافع عن ضرورة تسبيب حكم التحكيم، ويعتبر أن عيوب التسبيب التي من شأنها أن تبطل حكم التحكيم كثيرة؛ كالقصور في التسبيب، أو غموض الأسباب، أو إبهامها، أو تناقضها.

وعلى صعيد القانون السويسري نجد أنه يقترب من موقف المشرع المصري بخصوص ضمانة التسبيب؛ حيث ربط التسبيب بإرادة الخصوم، فتنص المادة ١٨٩ من القانون الفيدرالي على أنه"يصدر حكم التحكيم بموجب الإجراءات **ووفقا للشكل الذي يتفق عليه الخصوم**.

وفي حالة عدم وجود مثل هذا الاتفاق فإن الحكم يصدر بالأغلبية، وفي حالة عدم توافر الأغلبية فمن قبل الرئيس وحده. ويتعين أن يكون الحكم مكتوبا **ومسببا** ومؤرخا وموقعا. ويكفي توقيع الرئيس"[٢].

وعلى ذلك، يجوز للخصوم الاتفاق على التنازل عن ضمانة تسبيب أحكام التحكيم، يستوي أن يتم هذا الاتفاق بشكل سابق على حدوث النزاع، أو بعد حدوث نزاع بين الطرفين.

سابعا – التنازل عن ضمانة التقاضي على درجتين:

تعتبر ممارسة سبل الانتصاف القانونية عنصر من عناصر الحق في محاكمة عادلة[٣]؛ حيث استقرت المحكمة الأوروبية لحقوق الانسان على أن حرمان الأفراد من ممارسة سبيل الانتصاف

---

(١) راجع : د. أحمد السيد صاوي، التحكيم، مرجع سابق ، بند ١٤٧ ، ص ١٨٦ .

(2) Article 189 d(LDIP) suisse dispose que" [1] La sentence arbitrale est rendue dans la procédure et selon la forme convenues par les parties.

[2] À défaut d'une telle convention, la sentence est rendue à la majorité ou, à défaut de majorité, par le président seul. Elle est écrite, motivée, datée et signée. La signature du président suffit.

(3)V:G.CLOSSET-MARCHAL et J.-F. VAN DROOGHENBROECK, Les voies de recours en droit judiciaire..,op.,cit.,n°11,p.9.

يعد حرمانا لهم من حق الوصول للقاضي[1]. ولما كانت هذه الضمانة تعد من الركائز الأساسية للمحاكمات العادلة، **فإن السؤال المنطقي الذي يدور حوله موضوع البحث هل من الجائز التنازل من قبل الخصوم عن هذه الضمانة ؟ وإذا كانت الإجابة بالإيجاب ففي أي مرحلة يجوز هذا التنازل ؟ هل من الجائز التنازل عن هذه الضمانة في المرحلة السابقة على بدء النزاع أم في المرحلة اللاحقة لبدء النزاع ؟**

أجابت المحكمة الأوروبية لحقوق الانسان على هذا التساؤل؛ حيث أكدت على جواز التنازل عن ضمانة التقاضي على درجتين. ولكن فيما يتعلق بمدى جوازه في المرحلة السابقة على بدء النزاع، أو في المرحلة اللاحقة لبدء النزاع فقد قرر الفقه والقضاء الأوروبي بضرورة التمييز بين الأحكام الصادرة من محاكم القضاء الرسمي والأحكام الصادرة من هيئات التحكيم، وكذلك التمييز بين مرحلتي التنازل الزمانية.

أولا- التنازل المسبق عن ضمانة التقاضي على درجتين :

١- **فيما يتعلق بالتقاضي الرسمي** : استقر الفقه والقضاء على قاعدة مفادها حظر الموافقة المسبقة على المخالفات الجسيمة التي لم يكن بوسع الخصم توقعها بشكل مسبق على بدء النزاع، ومن ثم فإن التنازل المسبق عن مبدأ التقاضي على درجتين يكون محظور. ويرجع السبب في ذلك أن الخصوم ليس لديهم أي فكرة عن نتيجة الحكم الصادر من محكمة أول درجة[٢]. وفي هذا الاتجاه قررت المادة ٥٥٧ من قانون المرافعات المدنية الفرنسي ذلك بشكل صريح؛حيث نصت على أنه" **لا يجوز التنازل عن الطعن بالاستئناف بشكل سابق على حدوث النزاع..**"[٣].

وعلى صعيد القانون المصري، فقد أجاز التنازل المسبق عن حق الطعن بالاستئناف بموجب المادة ٢/٢١٩ من قانون المرافعات؛ بقولها " للخصوم في غير الأحوال المستثناة بنص في القانون أن يستأنفوا أحكام

([1])V: Julie meunier, La notion de procès équitable devant la Cour européenne des droits de l'homme. Cour eur. D.H., arrêt Boulougouras c. Grèce du 27 mai 2004, www.echr.coe.int., § 22.

([2])V:G.CLOSSET-MARCHAL,«Les garanties du procès équitable..»,op.cit., n°14,p.683 ; CLOSSET-MARCHAL et J.-F. VAN DROOGHENBROECK, op. cit., n°11, p. 9.

([3]) Art. 557 du nouveau Code de procédure civile, lequel prévoit expressément que « la renonciation à l'appel ne peut être antérieure à la naissance du litige».

محاكم الدرجة الأولى الصادرة في حدود اختصاصها الابتدائي. **ويجوز الاتفاق ولو قبل رفع الدعوى على أن يكون حكم محكمة الدرجة الأولى انتهائياً"**[١].

وبتدقيق النظر في هذا النص نجد أن التنازل المسبق عن الطعن بالاستئناف مرهون تشريعيا بضرورة أن يتم باتفاق بين الخصوم، ومن ثم لا يجوز للخصم أن يتنازل مقدما عن الحق في الاستئناف بإرادته المنفردة، لأن مثل هذا الاتفاق لا يؤمن معه الاعتساف فقد يفرضه الجانب القوي في العقد، علاوة على أنه يخل بإجراءات التقاضي التي تجيز الاستئناف المقابل من جانب المستأنف عليه[٢].

وعلاوة على ما سبق، يتعين أن يكون للخصوم المتفقين على نهائية حكم أول درجة أهلية الصلح في موضوع النزاع، فضلا عن أن يكون الموضوع غير متعلق بالنظام العام، فإذا اتفق على نهائية حكم في موضوع نزاع يتعلق بالنظام العام فإن هذا الاتفاق لا يقيد صاحبه، ويجوز له العدول عنه طالما أن ميعاد الطعن لم ينقضي[٣].

٢- <u>فيما يتعلق بالقضاء الاتفاقـــي:</u> استقر الفقه والقضاء الأوروبي على جواز التنازل المسبق عن ضمانة التقاضي على درجتين[٤]؛ حيث يجوز التنازل عن حق الطعن بالاستئناف على أحكام التحكيم المحلية، وكذلك أحكام التحكيم الدولية. وإيضاح ذلك على ما يلي:

أ- فيما يتعلق بالتنازل المسبق عن حق الطعن بالاستئناف على أحكام التحكيم المحلية فيجوز التنازل عنها من خلال ما يسمى بشروط "الاستئناف"[٥]. ويقصد بهذه الشروط مجموعة البنود المدرجة في اتفاق التحكيم، والتي من خلالها يستنتج أن الأطراف قد تنازلوا ضمنا عن الطعن بالاستئناف على الحكم المحتمل صدوره[٦]. وتفسير ذلك أنه في حالة عدم إدراج طرفي التحكيم بندا

---

(١) بررت المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات التنازل السابق عن الطعن بالاستئناف بأن الاستئناف كغيره من الحقوق يجوز النزول عنه، فضلا عن أن هذا النزول أقرب شبها بنظام التحكيم ، ولا يعتبر من جهة أخرى حرمانا للخصم من حق الالتجاء إلى القضاء بقدر ما هو منظم لهذا الحق .

(٢) راجع تفصيلا : د.أحمد هندي، مبدأ التقاضي على درجتين، مرجع سابق، ص٤٠؛ د.عيد محمد القصاص، التنازل عن الحق في الطعن ، دار النهضة العربية، ١٩٩٥؛ الوسيط في شرح قانون المرافعات..، مرجع سابق، ص ١٠٠٧.

(٣) راجع : د.أحمد هندي، مرجع سابق، ص ٤١.

(4)Cour eur. D.H., arrêt Tabbane c. Suisse du 1er mars 2016, www.echr.coe.int.,§33.

(5)V:K.BROECKX,op.,cit,n°741,p.333.

(6)V:Ibidem.

صريحا في اتفاق التحكيم يقضي بحقهما في الطعن بالاستئناف، فإن ذلك يعتبر تنازلا ضمنيا عن حق الطعن بالاستئناف[١]. خلاصة القول إن غياب النص على حق الطعن بالاستئناف على حكم التحكيم يفسر على أن الأطراف قد تنازلوا ضمنا عن ضمانة التقاضي على درجتين[٢].

ب- فيما يتعلق بالتنازل المسبق عن مباشرة دعوى بطلان أحكام التحكيم الدولية فيجوز التنازل عن ضمانة التقاضي على درجتين من خلال اتفاق الأطراف صراحة في عقد التحكيم على التنازل المسبق عن مباشرة دعوى بطلان حكم التحكيم حتى في حالة حدوث مخالفات جسيمة لم يكن بوسع الخصوم توقعها بشكل مسبق على بدء النزاع. وتفسير ذلك أنه بسبب رغبة بعض الدول الأوروبية الأعضاء في الاتفاقية جذب المزيد من التحكيمات الدولية إليها فقد أجازت تشريعات هذه الدول لأطراف التحكيم الدولي الذي يجري على أراضيها أن يتفقوا بشكل صريح من خلال اتفاق التحكيم على التنازل عن رفع دعوى بطلان حكم التحكيم[٣]. **وتكريسا لذلك،** قررت المادة ١٧١٨ من القانون القضائي الخاص البلجيكي أنه يجوز التنازل المسبق عن رفع دعوى بطلان حكم التحكيم متى لم يكن لأطراف التحكيم الدولي الذي يجري في بلجيكا أية صلة ببلدنا[٤]. وكذلك المادة ١٩٢ من القانون الفيدرالي السويسري، وكذلك المادة ١٥٢٢ من قانون المرافعات الفرنسي التي توسعت في التنازل عن دعوى البطلان ، فأجازت للخصوم بموجب اتفاق خاص التنازل في أي وقت عن دعوى بطلان حكم التحكيم[٥]. ويجوز للأطراف ذلك حتى بدون اشترط عدم وجود صلة للتحكيم بفرنسا[٦].

([1])V:G.-A.DAL et G. KEUTGEN,op.cit., n°639, p.529 **;** Thomas clay, Liberte , Egalite,Efficacite:..,Article precedent **;** Van Dai Do, le role de la volonté des parties dans le recours a l'encontre des sentences arbitrales, op.,cit, pp141-164.

وفي الفقه المصري راجع : المؤلف، السكوت الإجرائي..، ص ١٨٤ وحتى ١٨٦.

([2])V:G.CLOSSET-MARCHAL,op.,cit.,n°14,p.683.

([3])V:G.-A.DAL et G.KEUTGEN,*op.cit.*,n°698,p.556; M. DAL, «Le recours contre les sentences arbitrales…»,op.,cit.,p.365.

([4])V:G. KEUTGEN,*op. cit*, p.105.

([5])Article 1522 de code de procédure civil dispose que" **Par convention spéciale, les parties peuvent à tout moment renoncer expressément au recours en annulation**".

([6])V:G.KEUTGEN, op. cit., p.105.

ثانيا - التنازل اللاحق عن ضمانة التقاضي على درجتين :

على خلاف ما هو معمول به بالنسبة للتنازل المسبق عن ضمانة التقاضي على درجتين فإن الفقه والقضاء الأوروبي استقر على جواز التنازل عن مباشرة حق الطعن في الأحكام الصادرة من محاكم القضاء الرسمي أو هيئات التحكيم من خلال ما يسمى بقبول الحكم[١]. ولكن يشترط لممارسة التنازل أن يكون قدر صدر حكم من محاكم الدرجة الأولى أو من أحد هيئات التحكيم، ثم يمتنع المحكوم عليه عن مباشرة حق الطعن بالاستئناف، أو عن مباشرة دعوى بطلان حكم التحكيم خلال المواعيد المقررة قانونا.

فعلى صعيد قانون مرافعات الدولة الفرنسية نجد أنه أجـاز التنازل اللاحق عن حق الطعن بالاستئناف بموجب العديد من النصوص؛ فالمادة ٥٤٥ أتاحت حق الطعن بالاستئناف لكل من له مصلحة فيه ما لم يتم التنازل عنه"، أما المادة ٥٥٦ فأتاحت التنازل عن الاستئناف لأولئك الذين يملكون الصلح، وبشرط أن ينصب على الحقوق التي يملكون حرية التصرف فيها"[٢]. وقد جاءت المادة ٥٥٧ مرافعات لتقصره على التنازل اللاحق دون السابق؛ بقولها"لا يجوز التنازل عن الاستئناف قبل نشوء النزاع"[٣]. وأخيرا حددت المادة ٥٥٨ صور التنازل عن الاستئناف؛ بقولها يكون التنازل صريحا **أو ناتجا عن التنفيذ غير المشروط لحكم غير قابل للتنفيذ.."**[٤].

وعلاوة على ما سبق، فقد وضع المشرع الفرنسي إطارا تشريعيا منظبطا للتنازل عن حق الطعن بشكل عام، من خلال ما يسمى قبول الحكم **L'acquiescement au jugement** ؛ حيث نصت المادة ٤٠٨ مرافعات على أنه "يستتبع القبول بالطلب الاعتراف بالأسس الموضوعية لادعاءات

([1])V:G.DE LEVAL,«Les voies de recours ordinaires», Droit judiciaire: Manuel d procédure civile, 2e éd.,sous la direction de G. de Leval, Bruxelles, Larcier, 2015,n°8.10,p.762.

([2]) Article 556 de c.p.c. dispose que" Les personnes capables de compromettre peuvent renoncer à l'appel. Elles ne le peuvent que pour les droits dont elles ont la libre disposition".

([3]) Article 557 de c.p.c. dispose que" La renonciation à l'appel ne peut être antérieure à la naissance du litige".

([4]) Article 558 de c.p.c. disp.que" La renonciation peut être expresse ou résulter de l'exécution sans réserve d'un jugement non exécutoire…".

الخصم والتنازل عن الدعوى. ولا يقبل إلا فيما يتعلق بالحقوق التي يملك الخصم حرية التصرف فيها"[١].

أما المادة ٤٠٩ تنص على أنه" يترتب على القبول بالحكم الخضوع لأوجه الحكم والتنازل عن حق الطعن ما لم يقم طرف آخر، فيما بعد، استئنافه بانتظام. ويتم قبوله دائمًا، ما لم ينص على خلاف ذلك"[٢]. وقد بينت المادة ٤١٠ صور القبول؛ حيث نصت على أنه" قد يكون القبول صريحا أو ضمنيا.ويعتبر التنفيذ غير المشروط للحكم غير القابل للتنفيذ بمثابة قبول، إلا في الحالات التي لا يجوز فيها ذلك"[٣].

وعلى صعيد القانون القضائي للدولة البلجيكية باعتبارها واحدة من الدول الأعضاء في الاتفاقية نجد أن القانون القضائي الخاص وضع إطارا تشريعيا دقيقا لمسألة قبول الحكم؛ حيث عرف القبول، على خلاف التشريع الفرنسي والمصري[٤]، بموجب المادة ١٠٤٤ بقوله" **قبول الحكم هو تنازل الخصم عن أي سبل**

([1]) Article 408 dispose que" L'acquiescement à la demande emporte reconnaissance du bien fondé des prétentions de l'adversaire et renonciation à l'action.
Il n'est admis que pour les droits dont la partie a la libre disposition".
En ce sens: 2e Civ., 2 février 2023, n° 21-18.942, (B), FRH.

([2])Article 409 dispose que" L'acquiescement au jugement emporte soumission aux chefs de celui-ci et renonciation aux voies de recours sauf si, postérieurement, une autre partie forme régulièrement un recours. Il est toujours admis, sauf disposition contraire".

([3]) Article 410 dispose que " L'acquiescement peut être exprès ou implicite. L'exécution sans réserve d'un jugement non exécutoire vaut acquiescement, hors les cas où celui-ci n'est pas permis".

([٤]) على مستوى الفقه المصري عرف أستاذنا الدكتور العميد / أحمد هندي القبول بأنه" الرضا بالحكم صراحة أو ضمنا بحيث يمتنع على من رضى به الطعن فيه بعدئذ بأي طريق من طرق الطعن في مواجهة من صدر الحكم والقبول في مصلحته". د.أحمد هندي، قانون المرافعات المدنية والتجارية ، ١٩٩٥، دار الجامعة الجديدة للنشر، الأسكندرية، ص ٥٩٩ . وقد عرفه أستاذنا الدكتور الأنصاري حسن النيداني بأنه " الرضا بالحكم صراحة أو ضمنا بحيث يمتنع الطعن فيه بعد ذلك بأي طريق من طرق الطعن ". د.الأنصاري حسن النيداني، التنازل عن الحق في الدعوى، مرجع سابق، ص ٣٠.
وفي الفقه الفرنسي يعرف القبول بتعريفات عديدة؛ حيث عرفه E. Garsonnet et Ch cézar- Bru بأنه" الموافقة على الحكم بما يستوجب التنازل عن طرق الطعن التي يمكن استخدامها ضده"
E.Garsonnet et Ch cézar- Bru, traite theorique et pratique de procédure civile et commerciale, 3eme éd.t.3, 1913 . no 910.pp .778-779.
، وعرفه Morel,(A) Tisser. et (T) Glasson بأنه " الموافقة على الحكم من قبل من له حق الطعن فيه بالتنازل عن طرق الطعن التي يمكن استخدامها ضده أو التخلي عن الطعن الذي سبق تقديمه وعن الخصومة التي ترتبت عليه".
Morel (A), (A) tissiér, et (t) Glasson, traité théorique et pratiqué d'organisation de competence judiciaire et procédure civil, 3éd . t.1. 1935 paris .
وقد عرفه C. Bodart بأنه" الموافقة الصريحة أو الضمنية على قرار قضائي يمكن الطعن فيه بإحدى طرق الطعن بما يترتب عليه إكتسابه لحجية الأمر المقضي به".

انتصاف قد يمارسها، أو سبق أن مارسها ضد كل أو بعض أجزاء هذا الحكم. ومتى كان القبول مشروطا فهو لا ينتج الآثار المترتبة عليه إلا إذا قبله الخصم الآخر"[1]، ثم جاءت المادة ١٠٤٥ لتبين صور القبول، وكيفية إجراؤه، ومظاهر استنتاج القبول الضمني للحكم؛ بقولها " يكون القبول صريحا أو ضمنيا. ويجري القبول الصريح بموجب عمل مكتوب يوقعه الطرف أو وكيله بتفويض خاص. ولا يمكن استنتاج القبول الضمني إلا من أفعال أو وقائع دقيقة ومتسقة تكشف عن نية معينة لدى الطرف للموافقة على القرار"[2].

ونظرا لأن المشرع المصري لم يضع إطار تشريعيا لمسألة قبول الحكم كما فعله نظيره الفرنسي بموجب المواد ٤٠٨ وحتى ٤١٠ من قانون المرافعات، وكذلك البلجيكي بموجب المادتان ١٠٤٤ و ١٠٤٥ من القانون القضائي، فإننا نقترح أن ينص في قانون المرافعات على تعريف محدد لقبول الحكم كما هو مقرر بالمادة ١٠٤٤ من القانون القضائي البلجيكي، علاوة على ضرورة النص على اعتبار التنفيذ الاختياري للحكم قرينة على قبول الحكم كما فعل نظيره الفرنسي بموجب المادة ٥٥٨ و٤٠٩ من قانون المرافعات، وكذلك المادة ١٠٤٥ من القانون القضائي.

الفرع الثاني

الضوابط اللازمة لصحة التنازل عن ضمانات المحاكمة العادلة.

تمهيد وتقسيم:

تتطلب المحكمة الأوروبية لحقوق الانسان مجموعة من الضوابط لصحة ممارسة التنازل عن الضمانات الاجرائية للمحاكمة العادلة؛حيث اشترطت توافر مجموعة من الظروف الشخصية

V : C .Bordat, de l' acquiescement en matiére civile ,thése paris, p.1 .

مشار إلى هذه التعريفات في : د. محمد فتحي محمد، أثر قبول الحكم، مرجع سابق، ص ٦٤، هامش رقم٢ ، و٣.

([1]) **Article 1044 de code judiciaire prive**" L'acquiescement à une décision est la renonciation par une partie à l'exercice des voies de recours dont elle pourrait user ou qu'elle a déjà formées contre toutes ou certaines des dispositions de cette décision.

L'acquiescement, lorsqu'il est conditionnel, ne produit d'effets que s'il est accepté par la partie adverse.

([2])**Article 1045 de code judiciaire prive**"L'acquiescement peut être exprès ou tacite. L'acquiescement exprès est fait par un simple acte signé de la partie ou de son mandataire nanti d'un pouvoir spécial.

L'acquiescement tacite ne peut être déduit que d'actes ou de faits précis et concordants qui révèlent l'intention certaine de la partie de donner son adhésion à la décision".

(الغصن الأول) والظروف الزمانية (**الغصن الثاني**) لصحة ممارسته. وإيضاح ذلك سيكون على ما يلي:

الغصن الأول

الظروف الشخصيــة للتنازل عن ضمانات المحاكمة العادلــة.

يقصد بالظروف الشخصية للتنازل[١] جميع الظروف التي يتم من خلالها التعبير عن موافقة المتقاضي على إبداء رغبته في تحرير نفسه أو التخلص من بعض الضمانات الإجرائية للمحاكمة العادلة[٢]. وقد اعتمدت المحكمة الأوروبية لحقوق الانسان مجموعة من الظروف، والتي من بينها معيار"**التنازل الواعي والمستنير**" من أجل صحة التنازل عن الضمانات الواردة بالمادة ٦-١ من الاتفاقية[٣]؛ حيث أكدت على ضرورة أن يتوافر في التنازل[٤] ما يلي:

- **أن يتم إبداؤه بشكل واضح لا لبس فيه[٥].**
- **أن يكون المتنازل محاطاً بالحد الأدنى من الضمانات التي تتناسب مع جديته.**
- **أن يكون التنازل إراديــا.**
- **أن يقوم التنازل على إرادة مستنيرة.**
- **أن يكون الشخص المتنازل قادرًا على التنبؤ بشكل معقول بعواقب سلوكه.**
- **ألا يتعارض التنازل مع أي مصلحة عامة هامة .**

ولما كانت الظروف الشخصية للتنازل تعتمد في تحديدها على الظروف الزمانية، إذ يتوقف تحديد الطابع المستنير للتنازل بشكل خاص على اللحظة التي يحدث فيها، فإن معالجة هذه الجزئية

([1])V: P.FRUMER, *op. cit.*, pp. 549 à 602 **;** O.DE SCHUTTER et J. RINGELHEIM, op.,cit., pp.456 à 480.
([2])V: Ibidem, pp.456 à 480 ; G.GATHEM et A. STROWEL,op.,cit.,p.518.
([3])V: CEDH-KS , Thème clé – Article 6 Renonciation aux garanties d'un procès équitable .
([4])V:Dvorski c. Croatie [GC], 2015, §§ 100-102 ; Simeonovi c. Bulgarie [GC], 2017, § 115 ; Pishchalnikov c. Russie, 2009, § 77).
([5])V: P.GILLIAUX, op.,cit., pp.79 et 80**;** P.BAZIER, op.,cit., n°11 et 12, pp.144 à 146 **;** S.JANSEN, op. cit., n° 11, pp. 337 et 338.

ستنصب على إيضاح الطابع المستنير للتنازل من زاوية تحديد أي من أنواع التنازل يكون أكثر استنارة من الآخر.

وقد استقر الفقه على أن التنازل اللاحق على بدء النزاع يكون أكثر استنارة من التنازل السابق على حدوث النزاع[١]. وسوف نوضح مفهوم التنازل المستنير، ثم نبين مدى قوة معيار الاستنارة في نوعي التنازل، وذلك على ما يلي:

أولا – المقصود بشرط التنازل المستنيـر: يعني التنازل المستنير أن يتصرف المتقاضي وهو على علم تام بالوقائع التي في ضوئها يقرر التنازل[٢]. ويعتمد ذلك على المعلومات المتاحة للمتنازل في اللحظة التي يقوم فيها بفعل التنازل[٣]. ومن ثم، سيكون للمحامي المدافع عن الخصم دور أساسي في إبقاء موكله على علم بتطور سير الاجراءات وتوضيح الخيارات الإجرائية التي يواجهها"[٤]، وكذلك إبلاغ المتنازل على النحو الواجب من ناحية بنطاق حقوقه[٥]، أي أن يكون على علم تام بالحقوق التي يمكنه التمسك بها بموجب نصوص الاتفاقية[٦]، مع تحذيره في الوقت المناسب من المخالفات المحتملة التي يمكن أن تفسد الإجراءات[٧]. ومن ناحية أخرى، أن يكون المتقاضي على علم تام بالعواقب المرتبطة بممارسة حقه في التنازل[٨]. وإجمالاً، تهدف المعلومات إلى منع الخصم من تقديم التزام أو تعهد لا يفهم نطاقه"[٩].

ثانيا – مدي قوة معيار الاستنارة في نوعي التنازل:

بعد إيضاح ماهية التنازل المستنير ننتقل إلى بيان مدى قوة معيار الاستنارة في التنازل اللاحق لبدء النزاع والتنازل السابق على بدء النزاع:

---

(1)V:O.DE SCHUTTER et J.RINGELHEIM,*op.cit.*,p.447; J.VAN ZUYLEN, op.,cit., n° 18, pp.122 et 123.
(2)V:P.BAZIER, *op. cit.*, p. 145, n° 12.
(3)V:O.DE SCHUTTER et J. RINGELHEIM, *op. cit.*, p. 464.
(4)V: P.FRUMER, *op. cit.* , n° 797, p. 575.
(5)V: Ibid, n° 786, p. 569.
(6)V: P.GILLIAUX, *op. cit.*, p. 79.
(7)V: P.FRUMER, *op. cit.* , n° 793, pp. 569 et 573.
(8)V: Ibid, pp. 569 et 573 ; P. GILLIAUX, *op. cit.*, p. 80.
(9)V: G.GATHEM et A. STROWEL, op.,cit., p. 518.

أ- التنازل اللاحـق :

يتسم التنازل الصادر من المتقاضي بعد بدء النزاع وأثناء سير إجراءات الخصومة بطابع أكثر استنارة من التنازل السابق على بدء النزاع. ويرجع ذلك إلى أن هذا التنازل يتم تنفيذه وفقًا لحالة واضحة ويكون فيها الموضوع محددا[١]؛ حيث يستطيع المتقاضي أن يحدد الوقائع والظروف التي من شأنها أن تعيب الإجراءات. ولإيضاح ذلك نضرب مثالا حيا على صحة هذه الاستناج مفاده أنه إذا اكتشف أحد الخصوم أثناء سير إجراءات الخصومة سببا من أسباب رد القاضي أو المحكم، إلا أنه لم يتمسك بهذا الادعاء في الوقت المناسب، فإنه يعتبر متنازلاً عن ممارسة حقه في طلب الرد[٢]، ومن ثم لا يجوز له أن يتذرع بهذا الوجه من أوجه الطعن في وقت لاحق على صدور حكم في الخصومة طالما كان على علم تام بهذه الوجه من أوجه الطعن. ولكن الأمر يكون على خلاف ذلك في حالة عدم علمه بذلك قط، أو لم يتحقق العلم إلا بعد صدور الحكم[٣].

وعلى ذلك، فإن المتنازل يكون على دراية أفضل بالعواقب المرتبطة بممارسة حقه في التنازل بمجرد علمه بالمخالفات التي من شأنها أن تشوه الحكم المحتمل، حيث يمكنه أن يرد القاضي أو المحكم في حالة علمه بسبب الرد أثناء سير الإجراءات أو يطعن على الحكم في حالة علمه بالمخالفة بعد صدور الحكم، فإذا لم يكن هذا أو ذاك اعتبر متنازلا عن طلب الرد في الفرض الأول، ومتنازلا عن الطعن في الحكم في الفرض الثاني[٤]، وقد اشترط الفقه أن يكون قد استفاد الخصم من الاستعانة بمحامٍ لم يتردد في إعلامه بالعواقب المرتبطة بقبول الحكم[٥] المتمثلة في التنازل حقه في الطعن"[٦].

([1])V: O.DE SCHUTTER et J. RINGELHEIM, *op.,cit.*, p. 447.
([2])V: P.FRUMER, op.,cit., p. 228, n° 315.
([3])V: I*bidem*, n° 793, p.573.
([4])V: G.CLOSSET-MARCHAL,La compétence en droit judiciaire privé, *op.,cit.*, n°478, p.366- 367.
([5])V: P. GILLIAUX, *op. cit.*, p.80.
([6])V: G.CLOSSET-MARCHAL,*op.cit.*,n°478, p.368.

ب- التنـازل السابق:

على خلاف التنازل اللاحق لبدء النزاع، فإن التنازل السابق على بدء النزاع يكون أقل استنارة[١]. ويرجع السبب في ذلك إلى أنه لا يمكن للخصوم قبل حدوث النزاع أو وقت حدوثه أن يتوقعوا المخالفات المحتملة التي يمكن أن تؤثر على الإجراءات، كما أنهم لن يستطيعوا العلم بشكل كامل بهذه المخالفات إلا أثناء سير الخصومة، أو منذ لحظة النطق بالحكم[٢]. وتأكيدا لذلك، فقد قضي بأن التجاء الأطراف للتحكيم لا يعد تنازلا مسبقا عن ضمانة حيدة ونزاهة المحكم[٣]. ومن ثم، فإن الطرف الذي لا يتمسك أثناء سير اجراءات الخصومة بانعدام الحيدة والنزاهة فإنه يفترض أنه قد تنازل عن حيدة المحكّمين[٤]، شريطة أن يكون على علم بسبب التحيز.

وينطبق نفس الاستنتاج على ضمانة التقاضي على درجتين؛ إذ لا يجوز للخصوم التنازل المسبق عن ممارسة سبل الطعن طالما أنه لم يكن على علم بالمخالفات المحتملة- مثل مخالفة عدم حيدة القاضي أو انتهاك مبدأ المواجهة أو انعدام التسبيب- التي يمكن أن تؤثر على الحكم قبل صدوره[٥]. ومن ثم فإن التنازل السابق عن بعض ضمانات المحاكمة العادلة يكون مستنيرا بشكل أقل من التنازل اللاحق[٦].

الغصن الثاني

الظروف الزمانيـــة للتنازل عن ضمانات المحاكمة العادلــة.

لما كانت المحكمة الأوروبية لحقوق الانسان لم تحظر مطلقا مبدأ التنازل عن الضمانات الإجرائية للمحاكمة العادلة بالرغم من إقرارها اكتساب المادة السادسة من الاتفاقية طابع النظام العام[٧]، فمن الضروري توضيح الضوابط الزمانية اللازمة لصحة إجراء التنازل، أي تحديد اللحظة التي يجوز

([4])V: O.DE SCHUTTER et J. RINGELHEIM, op. cit., p. 447.
([5])V: G. CLOSSETMARCHAL, *op. cit.*, p. 367, n° 477.
([3])V: P.LAMBERT, *op. cit.*, n°5., p. 1287; P. FRUMER, *op. cit.*, p. 119, n° 161.
([7])V: P. FRUMER, *op. cit.*, p. 119, n° 161.
([5])V: P.Gillaux,op.,cit.,p.80; G.Closset-Marchal,op.,cit.,n°477,p.366;G.Deleval,op.,cit,n°810, pp. 762 et 763.
([9])V: G.-A. DAL et G. KEUTGEN, op.,cit., n° 696, p.554 ; M. DAL, op., cit., p. 365.
([1])V:Ibid.

فيها إجراء التنازل. ومن أجل تحديد اللحظة التي يمكن للأطراف الاحتجاج فيها بحماية ضمانات المحاكمة العادلة فقد اعتمد جانب من الفقه معيار وجود منازعة[١]، إلا أن المحكمة تفضل مصطلح النزاع باعتباره أكثر شمولا من مصطلح المنازعة[٢]. ومن ثم فإن الحماية التي توفرها المادة ٦ من الاتفاقية تبدأ منذ لحظة اندلاع الأزمة القانونية دون أن يكون من الضروري أن تكون المحاكم قد نظرت بالفعل في الدعوى[٣]. وعلى ذلك تشير ممارسة حق التنازل إلى لحظتين مختلفتين: **الأولى** هي التنازل اللاحق على بدء النزاع، **والثانية** هي التنازل السابق على بدء النزاع[٤].

إن ممارسة التنازل عن الضمانات الإجرائية للمحاكمة العادلة تختلف بحسب طبيعة الضمانة والضابط الزماني لممارستها؛ فالتنازل غير جائز في كل الأحوال الزمانية؛ حيث يجوز التنازل عن بعض الضمانات بشكل سابق على بدء النزاع، ويجوز التنازل عن بعض الضمانات الأخرى بشكل لاحق على بدء النزاع وأثناء سير الخصومة، ويجوز التنازل عن بعض الضمانات الأخرى بشكل سابق ولاحق على بدء النزاع. ومن قبيل ذلك ضمانة الوصول للقاضي؛ حيث يجوز التنازل عنها بشكل سابق على بدء النزاع من خلال ابرام الخصوم شرط التحكيم، وكذلك بعد بدء النزاع من خلال مشارطة تحكيم.

وفيما يتعلق بضمانة علانية جلسات المحاكمة يجوز التنازل عنها بشكل سابق على بدء النزاع؛ حيث يفسر اللجوء للتحكيم على أنه موافقة من قبل الخصوم على سير الخصومة بسرية تامة. وكذلك يجوز التنازل عنها بشكل لاحق على بدء النزاع؛ حيث يجوز لكل خصم أثناء سير الخصومة أن يطلب من المحكمة أن تعقد جلساتها بشكل سري.

وفيما يتعلق بضمانة استقلالية ونزاهة المحكمة فلا يجوز التنازل عنها إلا أثناء سير الخصومة من خلال عدم التمسك بسبب التحيز في الوقت المناسب، أو بمجرد صدور الحكم من خلال قبول الحكم بالتنازل الصريح أو الضمني عن حق الطعن على الحكم، أو من خلال إهمال الخصم بتفويت ميعاد

([1])V:R.Ergec et J.velu ,op.,cit, n°411, p.444; P.Gillaux, op.,cit.,p.116; F.matscher, op.,cit, n°1, p. 396.
([2])V: Ibid.
([3])V: J.VAN ZUYLEN, op.,cit., n°18, p.122.
([4])V:G. GATHEM et A. STROWEL, *op. cit.*, p. 507.

الطعن على الحكم المشوب بمخالفة هذه الضمانة. ومن ثم لا يجوز التنازل المسبق عن ضمانة الحيدة والنزاهة.

وفيما يتعلق بضمانة الفصل في القضية خلال مدة معقولة فيجوز للخصم التنازل عن التمسك بالأثر المترتب على انتهاك أحد محاكم الدول الأعضاء لمبدأ ضرورة الفصل في القضية خلال مدة زمنية معقولة. ويتحقق هذا التنازل من خلال عدم قيام الخصم برفع دعوى إزالة انتهاك أحد الحقوق الواردة بنص المادة السادسة من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الانسان خلال المدة المقررة لرفع الدعوى. ومن ثم لا يجوز التنازل المسبق عن هذه الضمانة.

وفيما يتعلق بضمانة تسبيب الأحكام فيتم التفرقة بين التنازل عن تسبيب الأحكام الصادرة من محاكم القضاء الرسمي، والأحكام الصادرة من هيئات التحكيم، فبالبنسبة للأحكام الصادرة من محاكم النظام القضائي فلا يجوز للأطراف التنازل المسبق عن ممارسة سبيل الطعن الناشي عن إخلال القاضي بالالتزام بالتسبيب. ولكن بعد صدور الحكم يمكن للمتقاضي التنازل عن مباشرة حقه في الطعن الناشيء عن انعدام تسبيب الحكم أو القصور في التسبيب من خلال قبول الحكم رغم ما لحق به من عيوب.

وفيما يتعلق بأحكام التحكيم الدولية الصادرة داخل بعض الدول الأعضاء في الاتفاقية الأوروبية لحقوق الانسان فيجوز للأطراف أن يتفقوا بشكل مسبق على حدوث النزاع على التنازل عن رفع دعوى بطلان حكم التحكيم في حالة انعدام تسبيب الحكم من قبل المحكم. وكذلك يجوز للمتقاضي بعد صدور الحكم أن يتنازل عن مباشرة حقه في الطعن الناشيء عن انعدام تسبيب الحكم أو القصور في التسبيب من خلال قبول الحكم رغم ما لحق به من عيوب. ومن ثم يجوز التنازل عن هذه الضمانة بشكل سابق ولاحق على بدء النزاع.

وأخيرا فيما يتعلق بضمانة التقاضي على درجتين فيختلف الأمر في فرنسا عن نظيره المصري؛ **ففي فرنسا** لا يجوز التنازل المسبق عن ممارسة سبل الانتصاف القانونية ضد الأحكام الصادرة من محاكم القضاء الرسمي، ولكن يجوز ذلك في القانون المصري؛ حيث تجيز المادة ٢/٢١٩ مرافعات للخصوم الاتفاق ولو قبل رفع الدعوى على أن يكون حكم أول درجة انتهائيا.

ولكن يجوز التنازل عن هذه الضمانة بعد صدور حكم محكمة أول درجة سواء في فرنسا أو مصر؛ فالتنازل اللاحق عن الطعن بالاستئناف جائز، وبالنسبة لطرق الطعن بصفة عامة فقد أجازت المادة ٢١١ مرافعات مصري قبول الحكم المانع من حق الطعن، وكذلك المادة ٤٠٩ و٤١٠ من قانون المرافعات الفرنسي.

وفيما يتعلق بالقضاء الاتفاقي فيجوز للخصوم التنازل المسبق عن ممارسة حق الطعن بالاستئناف على أحكام التحكيم الوطنية من خلال الاتفاق الضمني على عدم مباشرة حق الطعن بالاستئناف في التشريعات التي تجيز ذلك كفرنسا (١٤٨٩ مرافعات) ، وبلجيكا (م.١٧١٦ قانون قضائي).

وفضلا عن ذلك يجوز للأطراف التنازل المسبق عن هذه الضمانة بالنسبة لأحكام التحكيم الدولية من خلال اتفاق الأطراف بشكل مسبق على عدم مباشرة دعوى بطلان حكم التحكيم. وقد نصت على ذلك العديد من تشريعات الدول الأعضاء في الاتفاقية الأوروبية لحقوق الانسان؛ كالتشريع البلجيكي بموجب المادة ١٧١٨ من القانون القضائي، والتشريع السويسري بموجب المادة ١٩٢ من القانون الفيدرالي، والتشريع الفرنسي بموجب المادة ١٥٢٢ من قانون المرافعات ، والتشريع السويدي بموجب المادة ٥١ من القانون الصادر في ٤ مارس ١٩٩٩، وكذلك في قانون التحكيم البنمي بموجب المادة ٣٦ من المرسوم بقانون رقم ٥، ٨ يوليو ١٩٩٩، والمادة ١٢٦ من القانون العام للتحكيم في بيرو الصار في ٣ يناير ١٩٩٣. **وفي كل الأحوال** يجوز التنازل عن ممارسة حق الطعن على حكم التحكيم بشكل لاحق على بدء النزاع من خلال قبول الحكم، أو عدم إقامة دعوى البطلان خلال المواعيد المقررة قانونا.

خـاتمــة

انصبت دراسة هذا البحث حول موضوع التنازل عن الضمانـات الإجـرائية المقررة للخصوم بغية تحقيق المحاكمــة العادلـــة- دراسة تحليلية مقارنة في ضــوء قواعــد الاتفاقيــة الأوروبيـة لحقــوق الانسان والقانون المصري في محاولة متواضعة للوقوف على مدى جواز التنازل عن الضمانات الإجرائية للمحاكمة العادلة الواردة بالاتفاقية الأوروبية لحقوق الانسان والقانون المصري بالرغم من تعلق هذه الضمانات بالنظام العام. وقد تتبعنا هذه المسألة في ضوء أحكام الاتفاقية الأوروبية لحقوق الانسان انطلاقا من أن هذه الاتفاقية ترتب أثرا مباشرا لأحكامها داخل الأنظمة القانونية الداخلية للدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي كفرنسا وبلجيكا وسويسرا، وكذلك في ضوء قواعد القانون المصري، وتحديدا قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ وتعديلاته، وقانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤. ولذلك تبدو أهمية دراسة هذا الموضوع مبررة؛ حيث إنها ستقدم إجابة شافية لحقيقة الوضع القانوني لمدى امكانية التنازل الفعلي عن هذه الضمانات في ضوء الحماية التي توفرها الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، وكذلك القانون المصري. فضلا عن أنها ستبين مدى وجود دور لإرادة الخصوم الخاصة في الانتقاص من هذه الضمانات بالرغم من تعلقها بالنظام العام.

وقد واجه هذا البحث صعوبتان: **الأولى** تتعلق باكتساب نص المادة السادسة من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الانسان طابع النظام العام الأوروبي، وهو ما يجعل من الصعوبة بمكان ممارسة رخصة التنازل عن الضمانات الإجرائية للمحاكمة العادلة؛ حيث إن طابع النظام العام لحكم قانوني يتعارض مع إتاحة الفرصة للخصوم الاتفاق على استبعاده. وبعد التغلب على العقبة الأولى بإيضاح مسألة مدى تعلق المقتضيات الإجرائية للمحاكمة العادلة، سواء الواردة بنص المادة ٦ – ١ من الاتفاقية، أو الواردة بالقانون المصري بالنظام العام وإثبات عدم وجود تعارض بين إضفاء طابع النظام العام عليها ومسألة التنازل عن بعضها فإن السياق لم ينته بعد، وسيكون من الضروري بعد ذلك تحديد الظروف التي يكون فيها هذا التنازل جائــزا، فهذه الرخصة ليست طليقة من كل قيد بل إن ممارستها مرهون بمراعاة مجموعة من الضوابط الشخصية والزمانية. ولاشك أن تحديد هذه

الضوابط تمثل العقبة الثانية التي تعترض إمكانية التنازل عن هذه الضمانات؛ إذ سيكون من الضروري تحديد الظروف التي يكون فيها هذا التنازل جائـزا؛ حيث تثير هذه العقبة تساؤلات يتعين أن تجيب عنها هذه الدراسة بعضها يدور حول تحديد اللحظة التي يجوز للخصم بموجبها التنازل عن هذه الضمانات؟ هل يمكن للمتقاضي التنازل عن هذه الضمانات متى رأى ذلك مناسبًـا ؟ وما مدى جواز التنازل المسبق على حدوث نزاع بين الطرفين عن هذه الضمانات؟ والبعض الآخر يدور حول تحديد الضوابط الشخصية لصحة إجراء التنازل عن هذه الضمانات؟

وقد أجابت الدراسة عن هذه التساؤلات من خلال بيان حقيقة هذه المسألة في ضوء قواعد الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، وكذلك القواعد القانونية لبعض الدول الأعضاء في الاتفاقية؛ كفرنسا وبلجيكا وسويسرا، مدعمين ذلك بموقف المحكمة الأوروبية لحقوق الانسان في هذا الصدد، ثم إلقاء الضوء على الوضع في القانون المصري حتى تكون للدراسة فائدة لنظامنا القانوني.

وتبدو ملامح هذا البحث من خلال التقسيم الأتــي: مقدمة وفصلين وخاتمة وقائمة مراجع باللغة العربية والأجنبية. وقد تناولنا في المقدمة الإشكالية التي ينطلق منها هذا البحث، وأهميته، ونطاقه، وأوضحنا طبيعة الدراسة، والمنهج المتبع، وقد اهتدينا في معالجة هذه الموضوع بالمنهج التحليلي المقارن؛ حيث انصبت الدراسة على شرح وتفسير المواضيع المتعلقة بالبحث من خلال تحليل وتأويل النصوص الواردة بالاتفاقية الأوروبية لحقوق الانسان، وكذلك القانون الفرنسي والبلجيكي والسويسري، باعتبار هذه الدول من الدول الأعضاء في الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، والتي تلزمهم الاتفاقية بمراعاة أحكام الاتفاقية داخل أنظمتهم القانونية، من أجل استنباط حكم عام يمكن أن تنتهي له هذه الدراسة. وقد دعمنا ذلك بالعديد من السوابق القضائية للمحكمة الأوروبية لحقوق الانسان باعتبارها هي المسئولة عن حماية الحقوق الموضوعية والاجرائية الواردة بالاتفاقية.

ومن أجل أن تكتمل فائدة الدراسة فقد بينا حقيقة وضع هذه المسألة في النظام القانوني المصري، لاسيما قانون المرافعات المدنية والتجارية، وقانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤.

وفي الفصل الأول من هذا البحث تناولنا ماهية الضمانات الإجرائية للمحاكمة العادلة، وقد قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين تناولنا **في المبحث الأول** الضمانـات الإجرائية الرئيسية المقررة بالاتفاقية

الأوروبية لحقوق الإنسان والقانون المصري، وقد قسمنا هذا المبحث إلى خمسة مطالب أوضحنا في المطلب الأول ضمانة الحق في الوصول للقاضي، وفي المطلب الثاني تناولنا ضمانة عدالة الإجراءات، وفي المطلب الثالث تناولنا ضمانة علانية جلسات المحاكمة، وفي المطلب الرابع تناولنا ضمانة استقلالية ونزاهة المحكمة، وفي المطلب الخامس تناولنا ضمانـة ضرورة الفصل في القضية خلال مدة معقولـة، **وفي المبحث الثاني** تناولنا الضمانـات الإجرائية الفرعية المقررة بالاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والقانون المصري، وقد قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين تناولنا في المطلب الأول ضمانة تسبيب الأحكام، وفي المطلب الثاني تناولنا ضمانة التقاضي على درجتين.

وفي الفصل الثاني من هذا البحث تناولنا مدى جواز التنازل عن الضمانات الاجرائية للمحاكمة العادلة وماهيته. وقد قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين، تناولنا **في المبحث الأول** ماهية التنازل عن ضمانات المحاكمة العادلة وأنواعه وخصائصـه وأركانـــه، وقد قسمنا هذا المبحث إلى **مطلبين** تناولنا في المطلب الأول: مفهـوم التنازل عن ضمانات المحاكمة العادلــة وأنواعـــه، وفي المطلب الثاني: تناولنا خصائص التنازل عن ضمانات المحاكمة العادلة وأركانــه.

أما المبحث الثاني من هذا الفصل فقد خصصناه لبيان مدى جواز التنازل عن ضمانات المحاكمة العادلة والضوابط اللازمة لصحته، وقد قسمناه إلى **مطلبين** تناولنا في المطلب الأول: مدى تعلق ضمانات المحاكمة العادلة بالنظام العام ومدى تعارضها مع رخصة التنازل، وقد قسمناه بدوره إلى فرعيين، **تناولنا في الفرع الأول** مدى تعلق ضمانات المحاكمة العادلة بالنظام العام، وقد قسم هذا الفرع إلى ثلاثة غصون تناولنا في الغصن الأول طابع النظام العام لأحكام الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان على مستوى الأنظمة القانونية للدول الأعضاء كفرنسا وبلجيكا وسويسرا، وفي الغصن الثاني ألقينــا الضوء على التعارض التقليدي بين النظام العام والقواعد القانونية الآمرة داخل بعض الأنظمة القانونية الداخلية للدول الأعضاء في الاتفاقية، وفي الغصن الثالث أوضحنا التطورات الفقهية والقضائية بشأن مسألة التعارض بين النظام العام والقواعد الآمرة وأثر ذلك على

مسألة التنازل.**وفي الفرع الثاني** أوضحنا مدى وجود تعارض بين الضمانات الاجرائية للمحاكمة العادلة ورخصة التنازل .

أما المطلب الثاني من هذا المبحث فقد خصصناه لبيان كيفية ممارسة الخصم رخصة التنازل عن ضمانات المحاكمة العادلة والضوابط اللازمة لصحة التنازل، وقد قسمناه بدوره إلى **فرعيين**، أحدهما لبيان كيفية ممارسة الخصم رخصة التنازل عن ضمانات المحاكمة العادلة، والثاني لبيان الظروف الشخصية والزمانية للتنازل ضمانات المحاكمة العادلة.

وأعقبنا ذلك بخاتمة تعرضنا فيها للنتائج والتوصيات التي انتهت إليها الدراسة، وفي الختام عرضنا لقائمة المراجع المستخدمة في هذه الدراسة والتي احتوت على نوعين من المراجع، الأولى باللغة العربية والثانية باللغة الأجنبية.

وقد توصلت الدراسة محل البحث إلى مجموعة من النتائج والتوصيات نوجزها على النحو الأتي:

أولا- كشفت الدراسة عن أن الاتفاقية الأوروبية لحقوق الانسان ترتب أثرا مباشرا لأحكامها داخل الأنظمة القانونية الداخلية للدول الأعضاء؛ ومن ثم فإن الضمانات المكرسة بموجب نص المادة السادسة تنطبق على أية قضية تعرض على المحاكم الداخلية الرسمية، ويكون الأمر متروكا لهذه الأخيرة ضمان هذه الفعالية، ولا سيما السماح للمتقاضي بأن يطالب أمام المحاكم الوطنية بحماية أحكام الاتفاقية، بما في ذلك الحق في محاكمة عادلة. كما يحقُّ لأي مواطن أوروبي عاديّ يعتقد أن إحدى الدول الموقِّعة على الاتفاقية انتهكت حقوقه- بما يخالف شروط الاتفاقية- أن يلجأ إلى المحكمة الأوربية لحقوق الانسان مطالبا إياها بإزالة آثار هذا الانتهاك، وتلتزم جميع الدول الموقعة على الاتفاقية بأي حكم تصدره المحكمة، ويكون من واجبها تنفيذه.

ثانيا– توصلت الدراسة إلى أن الضمانات الواردة بالاتفاقية الأوروبية لحقوق الانسان، لاسيما الواردة بالمادة السادسة تتعلق بالنظام العام الأوروبي، وهو الأمر الذي يلقي على الدول الأعضاء في الاتفاقية توفير نصوص تشريعية داخل أنظمتها القانونية تكرس هذه الضمانات، وقد لاحظنا، من خلال الدراسة، مراعاة ذلك في الأنظمة القانونية لبعض الدول الأعضاء؛ كقانون المرافعات الفرنسي والقانون القضائي البلجيكي، والقانون الفيدرالي السويسري.

وعلاوة على ذلك، يتعين على محاكم الداخلية لهذه هذه الدول مراعاة هذه الضمانات والعمل على عدم مخالفتها، وإلا كان للمتقاضي الحق في اللجوء إلى المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان من أجل تقرير حماية عن انتهاك الضمانات الإجرائية للمحاكمة العادلة. **وقد أثبتت الدراسة ذلك** من خلال إيضاح الجداول الموجزة لموضوعات القضايا، التى نظرتها دوائر المحكمة في عام ١٩٩٩، و٢٠٠٠ و ٢٠٠١ ، والتي ظهر من خلالها أن الغالبية العظمى من الأحكام التي أصدرتها المحكمة تتعلق بالمادة ٦ من الاتفاقية؛ حيث تم الادعاء بانتهاك أحكام هذه المادة في ١٣١ قضية من أصل ١٧٧ قضية حكمت فيها المحكمة عام ١٩٩٩، أي ما يعادل ٧٤% من الأحكام التي أصدرتها المحكمة في ذلك العام. وفي عام٢٠٠٠ تم تطبيق هذا النص في ٨١% من القضايا التي تم البت فيها، أي في حوالي ٥٦٥ حكماً من أصل ٦٩٥ حكما. وفي عام ٢٠٠١ تم تطبيقه في ٧٠% من القضايا التي فصلت فيها المحكمة أي حوالي ٦١٥ حكما من أصل ٨٨٨ حكما.

ثالثا – كشفت الدراسة عن أن التنازل عن ضمانات المحاكمة العادلة يتميز بمجموعة من السمات التي تميزه عن التنازل بوجه عام، فبالرغم من أن الأخير هو عمل أحادي الجانب أو تصرف قانوني يتم بالإرادة المنفردة للمتنازل، إلا أن التنازل عن ضمانات المحاكمة العادلة يجوز أن يتخذ طابعًا أحاديا، ويجوز أن يتم بالإرادة الثنائية للطرفين، كما لو اتفق الطرفين على التنازل عن ضمانة الحق في الوصول إلى قاضي، أو عن ضمانة علانية الجلسات، أو عن ضمانة التقاضي على درجتين، أو عن ضمانة تسبيب حكم التحكيم.

وفضلا عن ذلك يتميز التنازل عن ضمانات المحاكمة العادلة بإمكانية إجـراؤه بشكل سابق على حدوث أية نزاع بين الطرفين.

رابعا – كشفت الدراسة عن أن التنازل عن ضمانات المحاكمة العادلة يظهر في أنواع عديدة، فمن الممكن أن يكون صريحا أو ضمنيا، ومن الممكن أن يكون سابقا على بدء النزاع بين الطرفين" **التنازل الأعمى"**، ومن الممكن أن يكون لاحقا على بدء النزاع. وفي كل الأحوال فإنه لايمكن أن يرد على جميع ضمانات المحاكمة العادلة.

وعلاوة على ذلك، فإن التنازل عن ضمانات المحاكمة العادلة يقوم على أركان ثلاثة: تحقق الإرادة الصحيحة والمستنيرة للمتنازل، وجود المحل الذي يرد عليه التنازل ومشروعية التنازل عنــه، **وأخيرا** ركن السبب أو الباعث.

خامسا- كشفت الدراسة عن أن مصدر الضمانات الإجرائية للمحاكمة العادلة متنوع، فعلى صعيد الاتفاقية الأوروبية لحقوق الانسان نجد **المادة ٦-١ تمثل الرافد الأساسي لهذه الضمانات. وفي ضوء ذلك** أظهرت الدراسة أن هذه الضمانات قد ورد بعضها بشكل مباشر في المادة سالفة الذكر؛ والبعض الآخر من الضمانات لم تشر إليها المادة ٦-١ من الاتفاقية بشكل مباشر، بل وردت بالمادة ٢ من البروتوكول الإضافي السابع للاتفاقية.

وعلى صعيد الأنظمة القانونية الداخلية لبعض الدول الأعضاء في الاتفاقية، والتي انصبت عليها الدراسة، كفرنسا وبلجيكا وسويسرا فقد وردت هذه الضمانات بالعديد من النصوص الواردة بقانون المرافعات الفرنسي والقانون القضائي البلجيكي والقانون الفيدرالي السويسري.

وعلى مستوى القانون المصري نلحظ أن بعض هذه الضمانات قد وردت في نصوص متفرقة من قانون المرافعات المدنية والتجارية وقانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، ولكن ليس بالشكل الأمثل التي هي عليه في التشريعات المقارنة.

أ- فيما يتعلق بضمانة الحق في الوصول للقاضي

ب- **فيما يتعلق بضمانة عدالــة الإجراءات انتهت الدراسة إلى أن هذه الضمانة يتفرع عنها العديد من الضمانات؛ كضمانة المساواة بين طرفي النزاع وتكافؤ الفرص، وضمانة المواجهة بين الخصوم**.

١- **بالنسبة لضمانة المساواة بين طرفي النزاع وتكافؤ الفرص** كشفت الدراسة عن أن هذه الضمانة تم إقرارها بشكل مباشر في قوانين بلدان الدول الموقعة على الاتفاقية كسويسرا وفرنسا وبلجيكا، وكذلك في النظام القانوني المصري؛ **إذ جعلت المادة ١٩٠ من القانون الفيدرالي السويسري من عدم احترام الخصم لضمانة تحقيق المساواة بين الخصوم سببا من أسباب الطعن على حكم التحكيم بالاستئناف.**

وعلاوة على ذلك أكدت المادة ١٥١٠ من قانون المرافعات الفرنسي على هذه الضمانة؛ بقولها" تضمن هيئة التحكيم المساواة بين الخصوم وتحترم مبدأ المواجهة"، فضلا عن أن المادة ١٤٩٢ فقرة ٤ من قانون المرافعات جعلت من عدم احترامها سببا من أسباب الطعن على حكم التحكيم سواء بالاستئناف أو بدعوى البطلان. **وعلى صعيد القانون المصري** فقد أكد على هذه الضمانة بموجب المادة ٢٦ من قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤؛ حيث تقرر المادة سالفة الذكر أنه "يعامل طرفا التحكيم على قدم المساواة وتهيأ لكل منهما فرصة متكافئة وكاملة لعرض دعواه".

٢- **وفيما يتعلق بضمانة المواجهة بين الخصوم** كشفت الدراسة عن أن قانون المرافعات المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ لم يتضمن إطارا تشريعيا لها كما هو مقرر بالقانون الفرنسي الذي قنن هذا المبدأ ونظم ضوابط احترامهبموجب المواد من ١٤ وحتى ١٧ من قانون المرافعات الفرنسي. وعلاوة على ذلك، فقد تم إقرارها بشكل مباشر كضمانة حاكمة لخصومة التحكيم بموجب المادة ١٥١٠ مرافعات، وكذلك المادة ١٤٩٢ مرافعات التي رتبت على عدم احترام المواجهة إمكانية الطعن بالاستئناف على حكم التحكيم، أو إقامة دعوى البطلان. ونفس الحكم قررته المادة ١٩٠ من القانون الفيدرالي السويسري، إذ رتبت على انتهاك ضمانة المواجهة إمكانية الطعن بالاستئناف على حكم التحكيم.

وفي ضوء هذا التنظيم التشريعي الصريح لهذه الضمانة فإننا نقترح ضرورة استفادة المشرع المصري من هذا التنظيم التشريعي المقرر بالقانون المقارن، لاسيما وأن قانون المرافعات المصري لم يتضمن إطارا تشريعيا كما هو مقرر بقوانين مرافعات الدول الأعضاء في الاتفاقية؛ كفرنسا وبلجيكا وسويسرا، بل إنه اقتصر على إلزام القاضي باحترام هذه الضمانة أثناء مرحلة المداولة من خلال عدم جواز سماع أحد الخصوم أو وكيله إلا بحضور خصمه، أو أن تقبل أوراق أو مذكرات دون إطلاع الخصم الآخر عليها.

وتكون النصوص المقترحة كالتالي:

النص الأول : "يجب أن يعلم الأطراف، أو يتمكنوا من العلم والإطلاع بطريق التبادل وفي وقت مناسب على وسائل الدفاع– الواقعية والقانونية- والحجج التي يستندون عليها في تأسيس ادعاءاتهم حتى يتمكن كل خصم من تنظيم وسائل دفاعه ودحض حجج خصمه".

النص الثاني: " يلزم القاضي بأن يراعي، وأن يحترم هو نفسه مبدأ المواجهة.

ولا يجوز له أن يبني حكمه على وسائل دفاع ومستندات قدمها أحد الخصوم إلا إذا تمكن الطرف الآخر من مناقشتها بطريقة حضورية ".

النص الثالث يضاف إلى قانون التحكيم : " تقبل دعوى بطلان حكم التحكيم في الحالات التالية:

١– إذا لم يتم احترام مبدأ المساواة بين الأطراف، وكذلك المواجهة بين الخصوم .

ج- وفيما يتعلق بضمانة علنية جلسات المحاكمة انتهت الدراسة إلى أن القانون المصري كرس هذه الضمانة، كما تم تكريسها بموجب المادة السادسة من الاتفاقية وكذلك العديد من قوانين البلدان الموقعة على الاتفاقية(المادة ٢٢ و٤٣٥ من قانون المرافعات الفرنسي)؛ حيث وردت بالمادة ١٨٧ من الدستور المصري، والمادة ١٨ من قانون السلطة القضائية ، والمادة ١٠١ من قانون المرافعات.

د- وفيما يتعلق بضمانة استقلالية ونزاهة المحكمة انتهت الدراسة إلى أن القانون المصري كرس هذه الضمانة كما تم تكريسها بموجب المادة السادسة من الاتفاقية، وكذلك العديد من قوانين البلدان الموقعة على الاتفاقية(**المادة ١١١-٥ و١١١-٦ من قانون التنظيم القضائي الفرنسي، ٧ -١ من من الأمر رقم ٥٨-١٢٧٠ المؤرخ في ٢٢ ديسمبر ١٩٥٨ المتعلق بتحديد القانون الأساسي المتعلق بمركز السلطة القضائية**)؛ فحرصا من المشرع المصري على زيادة التحوط لسمعة القاضي وحماية منه لضمانة الحيدة والنزاهة المقررة لتحقيق المحاكمة المنصفة فقد جعل، بموجب المادة المادة ١٤٦ و١٤٧ من قانون المرافعات، أحوال عدم صلاحية القاضي لنظر الدعوى متعلقة بالنظام العام، وهو الأمر الذي يوجب على القاضي أن يتنحى عن نظر الدعوى من تلقاء نفسه، وأجاز للخصوم أن يطلبوا ذلك، فإذا لم ينصاع القاضي لهذا الالتزام وقع عمله أو قضاؤه باطلا ولو باتفاق

الخصوم، ولو بدون علمه المسبق بسبب عدم صلاحيته. **وعلاوة على ذلك** أجاز للخصوم بموجب المادة ١٤٨ مرافعات طلب استبعاد القاضي من تشكيل المحكمة أو من الحكم في الدعوى إذا كان مشتبها في تحيزه.

ولكن معالجة القانون المصري لهذه الضمانة لم تكن بنفس الكيفية التي هي عليها في التشريع الفرنسي؛ حيث كرس المشرع الفرنسي نصا حاكما لعمل القاضي بشكل عام من شأنه أن يعمل على تحقيق ضمانة عدالة الإجراءات؛ حيث إنه يفرض على القضاه التزاما بمنع تضارب المصالح الذي قد ينشأ في نفس القاضي أو في غيره، وهو الأمر الذي يعمل على تحقيق مزيدا من الاستقلالية والنزاهة في القاضي المكلف بالفصل في الدعوى، فضلا عن أنه يعمل على تحقيق ضمانة الأمانة الإجرائية؛ **ولذا نقترح أن يستفيد المشرع المصري من هذا التنظيم التشريعي بإضافة نص مماثل له في قانون المرافعات المصري بحيث يكون أحد المباديء التوجيهية في الخصومة القضائية .**

ويكون النص المقترح كالآتي:

" يلتزم القضاة بمنع أو الوقف الفوري لحالات تضارب المصالح .

ويشكل تضارب في المصالح أية حالة من التداخل بين مصلحة عامة ومصلحة الخاصة، أو بين مصلحة عامة ومصلحة عامة أخرى يكون من المحتمل أن تؤثر، أو يبدو أنها تؤثر على الممارسة المستقلة والمحايدة والموضوعية لوظيفة ما ".

ه - وفيما يتعلق بضمانة ضرورة الفصل في القضايا خلال مدة معقولة فلا يوجد في التشريع المصري إطارا تشريعيا يلزم القضاة بالفصل في القضايا خلال مدة معقولة، كما هو مقرر بالاتفاقية الأوروبية لحقوق الانسان، وكذلك بعض الدول الأعضاء في الاتفاقية؛ كالقانون الفرنسي الذي نص بموجب المادة ١١١-٦ من قانون التنظيم القضائي على ضرورة أن تصدر المحاكم أحكامها خلال مدة معقولة؛ **ولذا فإننا نقترح أن يضيف المشرع المصري نص مماثل لقانون المرافعات المدنية والتجارية يضع على عاتق القضاه التزاما بأن تقضي في الدعاوى المعروضة عليها خلال مدة معقولة .**

ويكون النص المقترح كالآتي:

" يتعين أن تصدر الأحكام خلال مدة معقولة".

وفضلا عن ذلك فإنه لا يوجد في نظامنا القانوني آلية من خلالها يستحق الخصم المتضرر من انتهاك هذه لضمانة أية تعويضات ، كما هو الحال في القانون الفرنسي الذي يتيح للمتقاضي الحق في رفع دعوى التعويض عن المدة المفرطة لإجراءات الخصومة والخلل الوظيفي لخدمة العدالة، والتي يتعين رفها خلال أربعة سنوات سنوات تبدأ من اليوم الأول من السنة التالية لليوم الذي صدر فيه الحكم الذي يشكل الفعل الضار والمنشئ للمسئولية.

ولذا فإننا نقترح أن يضيف المشرع المصري نصا آخر لقانون المرافعات يجيز للمتقاضي المتضرر الحق في رفع دعوى التعويض عن المدة المفرطة لإجراءات الخصومة والخلل الوظيفي لخدمة العدالة في حالة حدوث إخلال بهذه الضمانة، ويجوز للمتقاضي رفع هذه الدعوى خلال ثلاث سنوات من تاريخ صدور الحكم.

و- وفيما يتعلق بضمانة تسبيب الأحكام فقد كشفت الدراسة عن أن تسبيب الأحكام القضائية مسألة تتعلق بالنظام العام؛ حيث رتب المشرع الفرنسي والبلجيكي والمصري البطلان في حالة انتهاك هذه الضمانة؛ ومن ثم لا يجوز الاتفاق بين الخصوم على التنازل عن ضمانة تسبيب الأحكام. **ولكن الأمر على خلاف ذلك بالنسبة لأحكام التحكيم؛ حيث أجازت بعض التشريعات اتفاق الخصوم على التنازل عن ضمانة تسبيب حكم التحكيم**، ومن قبيل هذه التشريعات قانون التحكيم المصري الذي ربط، بموجب المادة ٤٢ فقرة ٢، قاعدة التسبيب بإرادة الخصوم واعتبرها قاعدة مكملة تنطبق عندما لا يوجد اتفاق على خلافها، أو قاعدة احتياطية عندما لم ينص القانون الواجب التطبيق على التحكيم على خلافها. وقد تأثر مسلك المشرع المصري في ذلك بالنهج الذي اتبعه القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي ؛ حيث قررت المادة ٢/٣١ ذات التحكم.

وعلى صعيد تشريعات مرافعات بعض الدول الأعضاء في الاتفاقية؛ كفرنسا وسويسرا وبلجيكيا فقد ساوت ين حكم التحكيم والحكم القضائي في هذه المسألة؛ حيث أكدت المادة ١٤٨٢ فقرة ٢ مرافعات فرنسي، و١٧١٣ قانون قضائي بلجيكي ضرورة أن يكون حكم التحكيم مسببا، ورتب المادة التالية ١٤٨٣ و ١٤٩٢ فقرة ٦ فرنسي، و١٧١٧ بلجيكي البطلان في حالة عدم مراعاة التسبيب؛ ومن ثم جواز رفع دعوى بطلان حكم التحكيم.

ولكن هذه التشريعات أجازت التنازل عن دعوى بطلان حكم التحكيم حتى ولو حدث انتهاك لضمانة التسبيب طالما لم يكن للخصوم موطن أو محل إقامة أو مقر في سويسرا أو بلجيكا؛ ومن ثم يجوز للأطراف الاتفاق ولو بشكل مسبق على التنازل عن طرق الطعن المقررة ضد أحكام التحكيم الدولية.

ز- وفيما يتعلق بضمانة التقاضي على درجتين فقد كشفت الدراسة عن أن هذه الضمانة من الضمانات الإجرائية المتعلقة بالنظام العام، سواء في النظام الفرنسي أو البلجيكي أو السويسري أو المصري.

سادسا– انتهت الدراسة إلى عدم وجود تعارض بين طابع النظام العام لأحكام الاتفاقية الأوروبية لحقوق الانسان وبين امكانية التنازل عن ضمانات المحاكمة العادلة؛ حيث أكدت المحكمة الأوروبية لحقوق الانسان في العديد من أحكامها على أنه" **لا نص ولا روح نص المادة السادسة يمنع الخصوم من التنازل عن هذه الضمانات محض إرادتهم(..)"**

وقد انتهت غالبية تشريعات مرافعات بعض الدولة الأعضاء في الاتفاقيةإلى هذه القاعدة السابقة ؛ كقانون المرافعات الفرنسي والبلجيكي والسويسري.

وعلى مستوى القانون لمصري تجيز العديد من النصوص التنازل الاتفاقي أو الإرادي عن بعض ضمانات المحاكمة العادلة.

سابعا – في ضوء النتيجة السابقة انتهت الدراسة إلى جواز التنازل عن بعض الضمانات الإجرائية للمحاكمة العادلة، ولكن هذا التنازل يتم مارسته من قبل الخصوم بأشكال مختلفة، نوجزها على ما يلي:

١ – **<u>فيما يتعلق بالتنازل ضمانة الحق في الوصول الى قاضي</u>** فقد أجاز القانون المصري والمقارن للخصوم الاتفاق على التنازل عن هذه الضمانة من خلال اتفاق الأطراف بمجرد نشوء النزاع، وحتى قبل حدوث أي نزاع بينهما على استبعاد اختصاص محاكم الدولة وإسناد مهمة الفصل في النزاع إلى محكم أو هيئة تحكيم تشكل من قبل أفراد عاديين. وهكذا يفسر اللجوء للتحكيم على أنه تنازل عن ضمانة الوصول إلى قاضي.

وفيما يتعلق بالوجه الآخر من هذه الضمانة، والمتمثل في ممارسة سبل الطعن على الأحكام؛ فيجيز القانون المصري والفرنسي البلجيكي إمكانية التنازل عن حق الطعن في الأحكام من خلال مسألة

القبول بالحكم، والتي وضع لها المشرع الفرنسي والبلجيكي إطارا تشريعيا منظبطا لا مثيل له في القانون المصري.

٢ – **فيما يتعلق بالتنازل عن ضمانة علانية جلسات المحاكمة؛** فقد توصلت الدراسة إلى أن الاتفاقية الأوروبية والقانون المصري أجازا للخصوم التنازل عنها من خلال تقديم طلب عقد الجلسة بشكل سري، ويجوز تقديم هذا الطلب أثناء سير الخصومة طالما باب المرافعة لم يقفل، وفضلا عن ذلك يجوز للخصوم التنازل عن هذه الضمانة بشكل غير مباشر من خلال اللجوء للتحكيم، الذي يفسر على أنه يعتبر تنازل مسبق عن هذه الضمانة.

٣ – **فيما يتعلق بالتنازل عن ضمانة عدالة الإجراءات؛** فقد انتهت الدراسة إلى إمكانية تنازل الخصم عن هذه الضمانة، ولكن هذا التنازل لا يصح بشكل سابق على حدوث نزاع بين الطريق، نظرا لعدم استطاعة الخصوم قبل البدء في سير الخصومة التنبؤ بمدى احترام القاضي لهذه الضمانة. ولكن بعد صدور الحكم يستطيع المتقاضي الوقوف على مدى احترام القاضي لهذه الضمانة. وعليه؛ يجوز للخصم التنازل عن ضمانة احترام المساواة بين الطرفين، وكذلك المواجهة من خلال قبوله للحكم، فقبول الحكم يعد تنازلا عن حق الطعن علي الحكم الباطل، أو المبني على إجراءات باطلة.

ولكن على صعيد خصومة التحكيم فالأمر مختلف نوعا ما؛ حيث أجازت قوانين مرافعات بعض الدول الأعضاء في الاتفاقية ؛ كقانون المرافعات الفرنسي والسويسري والبلجيكي والسويدي وقانون التحكيم في بيرو وقانون التحكيم الفيتنامي إمكانية التنازل عن حق الطعن بالاسئناف، أو عن دعوى بطلان حكم التحكيم بشكل سابق على حدوث النزاع بين الأطراف من خلال اتفاق الخصوم مسبقا على التنازل عن دعوى البطلان المقررة للطعن على حكم التحكيم سواء الدولي(سويسرا وبلجيكا)، أو المحلي، حتى ولو حدث انتهاك لضمانة المساواة بين الطرفين، أو لضمانة المواجهة بين الخصوم.

لقد أجازت المادة ١٩٢ من القانون الفيدرالي السويسري، والمادة ١٧١٨ من القانون القضائي البلجيكي اتفاق الخصوم ولو قبل حدوث النزاع على التنازل كليا أو جزئيا عن طرق الطعن المقررة على حكم التحكيم الدولي طالما لم يكن للأطراف موطن أو محل إقامة معتاد أو مقر رئيسي

في سويسرا من خلال إعلان صريح في اتفاق التحكيم أو في اتفاق لاحق، استبعاد كل أو جزء من سبل الانتصاف القانونية ضد أحكام هيئة التحكيم.

ولكن على صعيد فرنسا، فقد أجازت المادة ١٥٢٢ مرافعات للخصوم الاتفاق على التنازل في أي وقت عن دعوى بطلان حكم التحكيم المحلي أو الدولي. وعلاوة على ذلك، فقد تم إقرار هذه الرخصة بموجب المادة ٥١ من قانون التحكيم السويدي، والمادة ٣٦ من قانون التحكيم البنمي، والمادة ١٢٦ من القانون العام للتحكيم في بيرو. وعلى مستوى الدول العربية بموجب المادة ٧٨-٦ من قانون التحكيم التونسي.

وأكثر من ذلك، فقد نادى اتجاه في الفقه الفرنسي في بحث له بعنوان " دور إرادة الأطراف في الطعن على أحكام التحكيم" بضرورة اتباع الحل السويسري(المادة ١٩٠ فقرة ١) ، الذي يجيز التنازل الجزئي عن أسباب الطعن على حكم لتحكيم، الاستئناف أو بدعوى البطلان.

ويرى صاحب هذا الرأي– **ونحن نتفق مع سيادته**– أنه لا يوجد سبب لحرمان الأطراف من الاتفاق على التنازل عن سبب أو أكثر من أسباب بطلان حكم التحكيم طالما يتم منحهم بالفعل إمكانية التنازل عن دعوى البطلان بأكملها.

وعلى صعيد القانون المصري فلا يكرس هده الرخصة سواء بالنسبة لأحكام التحكيم المحلية أو الدولية. **ولذلك فإننا نرى إمكانية استفادة المشرع المصري من هذا النص من أجل جذب العديد من التحكيمات الدولية إلى مصر، ولذا نقترح إضافة نص مماثل للنص السابق ضمن نصوص قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ .**

<u>ويكون النص المقترح كالأتى:</u>

"يجوز للأطراف، بموجب إعلان صريح في اتفاق التحكيم أو في اتفاق لاحق، التنازل عن دعوى بطلان حكم التحكيم، ويجوز لهم استبعاد الطعن لسبب أو لآخر من أسباب دعوى البطلان الواردة في في المادة ٥٣ ".

<u>٤– فيما يتعلق بالتنازل عن ضمانة استقلالية ونزاهة القاضي؛</u> فقد انتهت الدراسة إلى إجازة التنازل عن هذه الضمانة، سواء على صعيد الخصومة القضائية، أو على صعيد خصومة التحكيم بموجب قواعد الاتفاقية الأوروبية لحقوق الانسان، وقانون المرافعات الفرنسي، والقانون القضائي البلجيكي، والقانون الفيدرالي السويسري، وقانون المرافعات المصري. ويستفاد هذا التنازل من

سلوك الخصم، المتمثل في علمه أثناء سير إجراءات خصومة التحكيم بأي سبب أو ظرف يكون من شأنه إثارة شكوك مشروعة في استقلالية ونزاهة المحكم ورغم ذلك يمتنع عن إثارة هذا الوجه من أوجه التبعية أو التحيز في وقت مناسب. في هذه الحالة يعتبر التشريع المصري والمقارن هذا السلوك بمثابة تنازل عن التمسك بدعوى بطلان حكم التحكيم، وكذلك عن حق الطعن الذي قد ينشأ نتيجة الاخلال بهذه الضمانة .

وفضلا عن ذلك فإن المشرع المصري يرتب على عدم انصياع القاضي للالتزام الواقع عليه بالتنحي عن نظر الدعوى في حالة توافر حالة من حالات عدم الصلاحية بشأنه انعدام الحكم الصادر منه. ولاشك أن آلية إصلاح هذا الحكم الباطل هي التمسك بالبطلان من خلال الطعن على الحكم بطرق الطعن المقررة قانونا، فإن تقاعس الخصم بإرادته عن ممارسة سبيل الطعن، أو بادر بتنفيذ الحكم من تلقاء نفسه رغم عدم صلاحية الحكم للتنفيذ ، فإن سلوكه يعد قبولا للحكم.

وإن كان الحكم صادرا من قاضي بمحكمة النقض جاز للخصم المتضرر رفع دعوى بطلان هذا الحكم بالرغم من أن الأحكام الصادرة من محكمة النقض لا يجوز الطعن فيها. وفي هذه الحالة يظل للمحكوم عليه الحق في رفع دعوى البطلان في أي وقت، فهي لا تسقط إلا بالتقادم لطويل، أي مدة خمسة عشر عاما من تاريخ صدور الحكم، أوإعلانه حسب الأحوال، فإن تقاعس عن رفعها خلال الميعاد اعتبر سلوكه بمثابة تنازل عن أحد جزاءات انتهاك ضمانة الحيدة والنزاهة .

٥- فيما يتعلق بالتنازل عن ضمانة ضرورة الفصل في القضايا خلال مدة معقولة، فقد انتهت الدراسة إلى جواز التنازل عن هذه الضمانة؛ حيث أكدت العديد من أحكام المحكمة الأوروبية لحقوق الانسان على إمكانية التنازل عن التمسك بالأثر المترتب على انتهاك أحد محاكم الدول الأعضاء لمبدأ ضرورة الفصل في القضية خلال مدة زمنية معقولة، ويتم هذا التنازل من خلال عدم قيام الخصم برفع دعوى إزالة انتهاك أحد الحقوق الواردة بنص المادة السادسة خلال المدة المقررة لرفع الدعوى.

وقد حدد القانون الفرنسي المدة التي يجوز للخصم خلالها رفع دعوى التعويض عن المدة المفرطة لإجراءات الخصومة والخلل الوظيفي لخدمة العدالة بأربعة سنوات تبدأ من اليوم الأول من السنة التالية لليوم الذي صدر فيه الحكم الذي يشكل الفعل المنشئ للمسئولية. ***ويستخلص من ذلك، أنه إذا لم***

يقم الخصم برفع دعوى التعويض خلال المدة المقررة فإنه يكون قد تنازل عن حقه في إزالة انتهاك ضمانة ضرورة الفصل في القضية خلال مدة معقولة.

كما انتهت الدراسة إلى أن التنازل عن هذه الضمانة لا يمكن أن يتم بشكل مسبق على حدوث نزاع بين الطرفين.

٦- فيما يتعلق بالتنازل عن ضمانة تسبيب الأحكام؛ فقد انتهت الدراسة إلى جواز التنازل عن هذه الضمانة من خلال عدم مباشرة حق الطعن على الحكم المعيب بعيب التسبيب وقبول هذا الحكم، ولكن هذا التنازل لا يجوز إلا بعد صدور الحكم؛ إذ في هذه اللحظة يستطيع المتقاضي الوقوف على مدى مراعاة القاضي لهذا الالتزام وضوابطه؛ فلا يمكن للخصوم قبل صدور الحكم توقع مضمون تسبيب الحكم.

وفيما يتعلق بالتنازل عن ضمانة تسبيب أحكام التحكيم فالأمر مختلف تماما بحسب ما إذا كان حكم التحكيم محليا أو دوليا، حيث رتبت المادة ١٤٩٢ فقرة ٦ مرافعات فرنسي، والمادة ١٧١٧ فقرة ٣ بند ٤ أ من القانون القضائي البلجيكي على انتهاك ضمانة تسبيب حكم التحكيم جواز رفع دعوى بطلان حكم التحكيم. وعلى ذلك، لا يجوز التنازل المسبق عن ضمانة التسبيب؛ حيث تعتبر من النظام العام، ولكن بعد صدور حكم التحكيم يجوز للخصم التنازل عن الآثار القانونية المترتبة على انتهاك ضمانة التسبيب من خلال عدم مباشرته دعوى البطلان خلال المدة المقررة لرفعها.

ولكن فيما يتعلق بأحكام التحكيم الدولية الصادرة داخل بعض الدول الأعضاء في الاتفاقية الأوروبية لحقوق الانسان؛ كفرنسا وبلجيكا وسويسرا فقد انتهت الدراسة إلى جواز التنازل المسبق عن هذه الضمانة من خلال التنازل عن طرق الطعن المقررة على حكم التحكيم؛ حيث أجازت المادة ١٩٢ من القانون الفيدرالي السويسري، والمادة ١٧١٨ من القانون القضائي البلجيكي، والمادة ٥١ من قانون التحكيم السويدي اتفاق الخصوم ولو قبل حدوث النزاع على التنازل كليا أو جزئيا عن طرق الطعن المقررة على حكم التحكيم الدولي طالما لم يكن للأطراف موطن أو محل إقامة معتاد أو مقر رئيسي في سويسرا من خلال إعلان صريح في اتفاق التحكيم أو في اتفاق لاحق، استبعاد كل أو جزء من سبل الانتصاف القانونية ضد أحكام هيئة التحكيم. **وفي فرنسا**، فقد أجازت المادة ١٥٢٢ مرافعات للخصوم الاتفاق على التنازل في أي وقت عن دعوى بطلان حكم التحكيم المحلي أو الدولي.

وقد انتهت الدراسة إلى أن القانون المصري ربط قاعدة التسبيب بإرادة الخصوم واعتبرها قاعدة مكملة تنطبق عندما لا يوجد اتفاق على خلافها، أو قاعدة احتياطية عندما لا ينص القانون الواجب التطبيق على التحكيم على خلافها. وعلى ذلك يجوز للخصوم الاتفاق على التنازل عن ضمانة تسبيب حكم التحكيم.

ونحن نرى أن هذا المسلك من جانب القانون المصري محل انتقاد، نظرا لأن تسبيب الحكم القضائي أو حكم التحكيم من أهم الضمانات الإجرائية للمحاكمة العادلة؛ حيث إنه يعتبر وسيلة من وسائل مراقبة العلانية في أداء المحاكم.

<u>ولذا نرى أن من الأفضل</u> ضرورة أن ينص المشرع المصري على ضرورة تسبيب أحكام التحكيم وإلا كانت باطلة. ويستثنى من ذلك فقط أحكام التحكيم الدولية تشجيعا على جذب المزيد من التحكيم إلى مصر؛ حيث يجوز للخصوم الاتفاق ولو بشكل مسبق على التنازل عن دعوى بطلان حكم التحكيم الناشئة عن انتهاك ضمانة تسبيب حكم التحكيم وغيرها من الضمانات، التي ذكرناها سابقا.

٧– **<u>فيما يتعلق بالتنازل عن ضمانة التقاضي على درجتين</u>**؛ فقد انتهت الدراسة إلى جواز التنازل عن هذه الضمانة سواء بشكل سابق على حدوث نزاع، أو بشكل لاحق على حدوث النزاع، ولكن يختلف مدى التنازل بحسب ما إذا كان التنازل ينصب على التقاضي الرسمي، والقضاء الاتفاقي.

١- **ففيما يتعلق بالتنازل السابق**،فقد أجازت المادة ٢/٢١٩ من قانون المرافعات المصري للخصوم الاتفاق فيما بينهم ولو قبل إقامة الدعوى على التنازل عن حق الطعن بالاستئناف.

ولكن هذه الإمكانية غير موجودة بقانون المرافعات الفرنسي؛ حيث تحظر المادة ٥٥٧ التنازل السابق عن الطعن بالاستئناف.

وفيما يتعلق بالقضاء الاتفاقي، فيجوز التنازل السابق عن ضمانة التقاضي على درجتين؛ حيث يجوز التنازل عن حق الطعن بالاستئناف على أحكام التحكيم المحلية من خلال ما يعرف بشروط الاستئناف التي أجازها القانون الفرنسي والبلجيكي.

ويجوز التنازل المسبق عن دعوى البطلان على أحكام التحكيم الدولية حتى في حالة حدوث مخالفات لم يكن بوسع الخصوم توقعها، وقد أتيحت هذه الإمكانية رغبة من بعض الدول الأعضاء في الاتفاقية في جذب العديد من

التحكيمات إلى بلدانها. وقد تم تكريس هذه الضمانة بموجب المواد ١٧١٨ قضائي بلجيكي، و١٩٢ فيدرالي سويسري، و١٥٢٢ مرافعات فرنسي، والمادة ٥١ من قانن التحكيم السويدي.

٢– وفيما يتعلق بالتنازل اللاحق، فقد انتهت الدراسة إلى جواز التنازل عن حق الطعن في الأحكام الصادرة من محاكم القضاء الرسمي، أو هيئات التحكيم من خلال ما يسمى بقبول الحكم عن طريق التنازل عن حق الطعن، أو من خلال القيام بتنفيذ حكم غير قابل للتنفيذ. وبتتبع هذه المسألة في بعض تشريعات الدول الأعضاء في الاتفاقية نجد أن المشرع الفرنسي والبلجيكي قد وضع إطارا تشريعيا منظبطا لقبول الحكم بموجب المواد ٤٠٨ وحتى ٤١٠ مرافعات فرنسي، والمواد ١٠٤٤ و ١٠٤٥ من القانون القضائي البلجيكي.

ونظرا لأن المشرع المصري لم يضع إطار تشريعيا لمسألة قبول الحكم كما فعله نظيره الفرنسي والبلجيكي، فإننا نقترح ضرورة أن ينص في قانون المرافعات على تعريف محدد لقبول الحكم كما هو مقرر بالمادة ١٠٤٤ من القانون القضائي البلجيكي، علاوة على ضرورة النص على اعتبار التنفيذ الاختياري للحكم قرينة على قبول الحكم كما فعل نظيره الفرنسي، بموجب المادة ٥٥٨ و٤٠٩ من قانون المرافعات، وكذلك المادة ١٠٤٥ من القانون القضائي البلجيكي.

قائمة المراجع

أولا – المراجـع العربيـــة :

أ- <u>المراجع العامة :</u>

- **د.أحمد السيد صاوي:** الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية ، طبعة سنة ٢٠ ، ١٩٨١ ، وطبعة سنة ٢٠٠٦، وطبعة سنة ٢٠١٩ .

.....: التحكيم طبقا للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم الدولية، طبعة ٢٠٠٢.

.....: الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ، ج ١ ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٦.

- **د.أحمد ابو الوفـــا :** نظرية الدفوع في قانون المرافعات ، منشاة المعارف بالأسكندرية ، ط٥ .

.....: المرافعات المدنية والتجارية، منشأة المعارف، طبعة سنة ١٩٨٠ ، وط سنة ١٩٨٦ .

- **د.أحمد خليل :** مبدأ المواجهة ودوره في التنفيذ الجبري، دار المطبوعات الجامعية، ط ١٩٩٩ .

- **د. أحمد كمال موسى** : نظرية الإثبات في القانون الإداري، رسالة دكتوراه بحقوق القاهرة ، ١٩٧٦ .

- **د. أحمد هنـدي** : قانون المرافعات المدنية والتجارية، النظام القضائي والاختصاص والدعوى، دار الجامعة الجديدة للنشر، طبعة ١٩٩٥.

- **د.أحمد شوقي عبد الرحمن:** النظرية العامة للحق، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٥.

- **د.أحمد ماهر زغلول :** الموجز في أصول وقواعد المرافعات، الكتاب الأول، بدون تحديد دار نشر، ١٩٩١.

- **د.أحمد مسلم:** أصول المرافعات، التنظيم القضائي والإجراءات والأحكام في المواد المدنية والتجارية والشخصية، بدون اسم ناشر ، طبعة ١٩٦١.

.....: أصول المرافعات ، دار النهضة العربية، ١٩٧٨ .

- **د. أنور سلطان :** قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، ١٩٨٤.

- **د. أمينة مصطفى النمر :** قوانين المرافعات، د/. ط ، منشأة المعارف - الإسكندرية ، ١٩٩٢ .

- **د. توفيق حسن فرج :** قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، ١٩٨٢ .

- **د.عبد الحميد أبو هيف:** المرافعات المدنية والتجارية والنظام القضائي في مصر، مطبعة الاعتماد ، سنة ١٩٢١.

.....: المرافعات المدنية والتجارية، طبعة ١٩٢١ .

- **د.عبد الحميد الشواربي:** قواعد تسبيب الأحكام المدنية والجنائية في ضوء الفقه والقضاء،منشأة المعارف بالإسكندرية، بدون سنة نشر.

- **د.عبد الباسط جميعى:** مبادئ المرافعات، دار الفكر الجامعي ١٩٨٠ ، ط، ١٩٨٤.

- **د.عبدالرزاق السنهوري:** نظرية العقد، دار الفكر، بيروت ، بدون تاريخ .

- **د.عزمي عبد الفتاح :** تسبيب الأحكام وأعمال القضاة في المواد المدنية والتجارية، الناشر دار الفكر الجامعي ١٩٨٣ ، وطعة دار النهضة العربية سنة ٢٠٠٨.

.....: قانون التحكيم الكويتي-دراسة لقواعد التحكيم الداخلي فى قانون المرافعات الكويتي، الطبعة الثانية، مؤسسة دار الكتب، الكويت ، ٢٠١٢.

- **د.عيد محمد القصاص:** الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ، الطبعة الثانية ، ٢٠١٠ . **.....:** حكم التحكيم، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٠.

- **د. رمزي سيف:** الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، الطبعة التاسعة، سنة ١٩٦٩.

- **د. فتحي اسماعيل والي :**الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، سنة ١٩٨٠.

..... : الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠١.

- **د.نبيل اسماعيل عمر:** الطعن باالستئناف واجراءاته في المواد المدنية والتجارية، منشاة المعارف، الأسكندرية، ١٩٨٠.

.....: تسبيب الأحكام القضائية في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠١.

- **د.محمد حامد فهمى المرافعات:** المرافعات المدنية والتجارية ، د / ط ، مطبعة فتح الله إلياس نوري . مصر، ط ١٣٥٩ ه – ١٩٤٠.

- **د. محمد كمال عبدالعزيز:** تقنين المرافعات في ضوء القضاء والفقه، ج١ ، ط٣ ، ١٩٩٥.

- **د. محمد شكري سرور :** موجز أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، ١٩٨٦ .

- **د. محمد محمود إبراهيم:** الوجيز في المرافعات، مطبعة دار الفكرالعربي، سنة ١٩٨١.

- **د. وجدي راغب فهمي:** مباديء القضاء المدني، ط١ ، دار الفكر العربي، ١٩٨٦– ١٩٨٧.

.....: مبادئ القضاء المدني ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠١ .

.....: مبادئ القضاء المدني،قانون المرافعات،الطبعة الرابعة دار النهضة العربي، ٢٠٠٤.

ب- المراجع الخاصة (الرسائل والأبحاث والمقالات):

- **د.الأنصاري حسن النيداني**: الصلح القضائي: دراسة تأصيلية وتحليلية لدور المحكمة في الصلح والتوفيق ين الخصوم، ٢٠٠١.

.....: التنازل عن الحق في الدعوى، دراسة تأصيلية وتطبيقية، دار الجامعة الجديدة، الأسكندرية، ٢٠٠٩.

- **د.أحمد عبدالحميد أمين:** دور فكرة النظام العام يف محاية مشروعية العقد والطرف الضعيف، بحث منشور بمجلة كلية الحقوق جامعة المنيا ، المجلد الثاني - العدد الأول - الجزء الأول - يونيه ٢٠١٩ .

- **د.أحمدعوض هندي :** مبدأ التقاضي على درجتين، حدوده وتطبيقاته في القانون المصري والقانون الفرنسي، مكتبة ومطبعة الاشعاع الفنية للطباعة والنشر،١٩٩٤.

.....: المشكلات العملية في تنفيذ حكم التحكيم في النظام السعودي، دار الجامعة الجديدة، الأسكندرية، ٢٠٠٨.

- **د.أحمد صبحي العطار:** حق الإنسان في اللجوء إلى قاضيه الطبيعي، مجلة العلوم القانونية واالقتصادية، جامعة عين شمس ، مصر، مج٤٤ ،ع ٢ ،٢٠٠٢ .

- **د.أحمد صدقي محمود:** المدعى عليه وظاهرة البطء في التقاضي، دار النهضة العربية ، ١٩٩٤ .

- **د.أحمد خليفة شرقاوي:** علانية التقاضي في محاكم الأسرة بين المبادئ القانونية والحق في الخصوصية- (دراسة مقارنة على ضوء المستجدات المعاصرة)- بحث منشور بالمؤتمر العلمي الدولي الرابع المنعقد بكلية الشريعة والقانون بطنطا- أغسطس ٢٠٢١.

- **د.أسامة الروبي:** التوازن بين علانية المحاكمة ومبدأ الخصوصية – دراسة مقارنة بين أحكام الشريعة الاسلامية والقوانين الوضعية في فرنسا ومصر والكويت والإمارات ، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية.

- **د.أسامة روبي- د. وليد الشناوي :** ضمانات استقلال القضاء (دراسة مقارنة بين الأنظمة القانونية في مصر والإمارات وعمان وألمانيا) ، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية ، كلية الحقوق جامعة المنصورة ، العدد ٥٨ لسنة ٢٠١٥.

- **د. جلال العدوي :** التنازل عن الحقوق وغيرها من مراكز القانون الخاص، بحث منشور بمجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية ، كلية الحقوق جامعة الأسكندرية، المقالة ٣، المجلد ١٩٦٤، العدد ٣،٤، يناير ١٩٦٤.

- **د. حسام أحمد العطار:** تسبيب الأحكام القضائية ، دراسة في قانون المرافعات المصري والفرنسي، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية كلية الحقوق جامعة عين شمس، العدد الثاني، الجزء الثاني ، السنة ٥٨ ، يوليو ٢٠١٦ .

- **د. سيد أحمد محمود :** مبدأ المساواة أمام هيئة التحكيم وأثره على العدالة الاجتماعية، مجلة كلية الحقوق جامعة عين شمس، العدد الثاني – الجزء الثاني – السنة ٥٨ – يوليو ٢٠١٦.

- **د. شادية إبراهيم المحروقي:** د. أحمد محروس، الضمانات الدستورية لحقوق الانسان في مرحلة المحاكمة، مكتبة القانون ٢ واالاقتصاد، الرياض، ٢٠١٢ .

- **د.عبدالله عبدالحي الصاوي:** الحق في التقاضي وتحقيق السلام الاجتماعي ، بحث منشور بمجلة الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون بالقاهرة جامعة الأزهر، العدد ٣٨ ، أكتوبر ٢٠٢١ .

- **د.عائشة عبدالله هياس الزهراني،** تسبيب الأحكام القضائية – دراسة تحليلية تطبيقية وفقا للنظام السعودي، بحث منشور بمجلة البحوث الفقهية والقانونية بكلية الشريعة والقانون بدمنهور، العدد الثالث والأربعين، أكتوبر ٢٠٢٣.

- **د.عزمي عبدالفتاح عطية:** واجب القاضي في تحقيق مبدأ المواجهة باعتباره أهم تطبيق لحق الدفاع ، مجلة المحامي تصدرها جمعية المحامين الكويتية، السنة العاشرة، عدد يوليو – أغسطس، ١٩٨٧.

د.علي أبو عطية هيكل: النزول عن الحكم، دراسة تأصيلية وتطبيقية في قانون المرافعات المدنية والتجارية، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، جامعة الأسكندرية، العدد ١، يناير ٢٠٢١.

- **د.عيد محمد القصاص:** التزام القاضي باحترام مبدأ المواجهة ، دراسة تحليلية مقارنة ، دار النهضة العربية، ١٩٩٤، والطبعة الثانية ، ٢٠١٠ .

.....: التنازل عن الحق في الطعن ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٥.

- **د.طلعت دويدار:** ضمانات التقاضي في خصومة التحكيم، دراسة مقارنة في التشريعات الدولية وأنظمة مراكز التحكيم والتشريعات الوطنية العربية ، دار الجامعة الجديدة ، الأسكندرية، ٢٠٠٩.

- **د.طلعت يوسف خاطر:** انقضاء الخصومة المدنية بالقبول، دراسة تأصيلية مقارنة، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية ، كلية الحقوق جامعة المنصورة ، العدد ٧٢ ، يونيو ٢٠٢٠ .

- **د.محمد باهي أبو يونس:** انقضاء الخصومة الإرادية بالارادة المنفردة للخصوم في المرافعات الادارية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٤.

- **د.محمد سعيد ابراهيم فودة:** الحماية الدستورية لحق التقاضي، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية ، كلية الحقوق جامعة المنصورة ، العدد ٥٧ ، ابريل ٢٠١٥ .

- **د. محمد فتحي محمد:** أثر قبول الحكم على الحق في الطعن، بحث منشور بمجلة الدراسات القانونية ، كلية الحقوق جامعة أسيوط، المجلد الخمسون، العدد ١، ديسمبر ٢٠٢٠ .

- **د.محمود علي عبدالسلام وافي:** الإجراء الضمني في القضية- دراسة تحليلية مقارنة للوقوف على تطبيقات الإجراءات القضائية في الدعوى والخصومة القضائية في النظامين المصري والسعودي، بحث منشور بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية - العدد الأول – السنة ٦٥– يناير ٢٠٢٣ .

- **د.هاني يحي محمد أحمد خليفة**: تعاون الخصوم في الإثبات، دراسة تأصيلية تطبيقية مقارنة، رسالة كلية الحقوق جامعة المنوفية - ٢٠١٥.

.....: السكوت الاجرائي، "دراسة تحليلية مقارنة للأثر القانوني لسكوت الخصم في القضية المدنية في ضوء قواعد القانون المصري والفرنسي والسويسري."، بحث منشور بمجلة الدراسات القانونية والاقتصادية – كلية الحقوق جامعة مدينة السادات – المجلد ١٠، العدد ١، مارس ٢٠٢٤.

.....: التزام المحكم بالإفصاح عن تضارب المصالح في التحكيم المحلي والتجاري الدولي"- دراسة تأصيلية تطبيقية مقارنة" (فرنسا، سويسرا، بلجيكا،انجلترا، أمريكا، مصر نموذجا)- بحث منشور بمجلة البحوث القانونية والاقتصادية– كلية الحقوق جامعة المنصورة– العدد (٨٤) يونيو ٢٠٢٣.

- **هويدا احمد عبدالله حنفي،** مبدأ التقاضي على درجتين في التشريع المصري وتطبيقاته في القضاء الإداري وموقف الفقه الإسلامي منه، بحث منشور بمجلة الشريعة والقانون بالقاهرة جامعة الأزهر ، العدد الحادي والأربعين ، ٢٠٢٣ .

- **د.وجدي راغب فهمي :** دراسات في مركز الخصم أمام القضاء المدني، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية ، كلية الحقوق جامعة عين شمس ، مجلد ١٨ ، عدد ١ ، ١٩٧٦ .

- **د. يحي عبدالعزيز الجمل:** حيدة واستقلال المحكمين ، مجلة التحكيم العربي، العدد الرابع ، أغسطس ٢٠٠١ .

ثانيا – المراجع الأجنبيـــة :

أ – المراجع العامة :

- Auby IM : Le principe de la publicité de la justice et le droit public ». Ann. de la Fac. de droit de Toulouse 1968.

- Caprasse (O.) : « L'arbitrage et la médiation », *Droit judiciaire : Manuel de procédure civile*, sous la direction de G. de Leval, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2015.

- Closset –Marchal (G.): La compétence en droit judiciaire privé– Aspects de procédure, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2016.

……..: « Examen de jurisprudence (2000-2015) – Droit judiciaire privé – Principes généraux du Code judiciaire », *R.C.J.B.*, 2017.

- Dal (M.): « Le recours contre les sentences arbitrales en droit belge», L'arbitre et le juge étatique: études de droit comparé à la mémoire de Giuseppe Tarzia, sous la direction de A.Saletti, J. van Compernolle et J.-F. van Drooghenbroeck, Bruxelles, Bruylant, 2014.

- De leval (G.) : « Le jugement », *Droit judiciaire : Manuel de procédure civile*, 2e éd., sous la direction de G. de Leval, Bruxelles, Larcier, 2015.

…… : «Les voies de recours ordinaires», Droit judiciaire: Manuel d procédure civile, 2e éd.,sous la direction de G. de Leval, Bruxelles, Larcier, 2015.

- De page (H.): *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. 1, Bruxelles, Bruylant, 1962.

- Ergec (R.) et J.VELU: Convention européenne des droits de l'homme, Bruxelles, Bruylant, 2014.

- Gilliaux (P.): Droit(s) européen(s) à un procès équitable, Bruxelles, Bruylant,2012.

- Guinchard(S.) : Droit processuel – Droits fondamentaux du procès, 8e éd., Paris, Dalloz, 2015.

- Kohl (A.) : « Implications de l'article 6, alinéa 1er, de la Convention européenne de droits de l'homme, en procédure civile »,J.T., 1987.

- Lambert (P.) : « Les procédures d'arbitrage et la Convention européenne des droits de l'homme », Présence du droit public et des droits de l'homme. Mélanges Jacques Velu, t. 2, Bruxelles, Bruylant, 1992.

-Merle R.: « Le seact et la procédure en droit français"· Trav. de I' Ass. H. Capitani 1974.

Oppetit B. : « Justice étatique et justice arbitrale » ét off. à P. Bellet Litec 1991.

- Raynaud P.: Le secret et la procédure: rapport général ». Trav. de I' Ass. H. Capitani 1974.XXV.715**.**

- **Wery (P.):** *Droit des obligations. Théorie générale du contrat*, 2e éd., vol. 1, Précis de la Faculté de Droit de l'Université catholique de Louvain, Bruxelles, Larcier, 2011.

ب – المراجع الخاصة(الرسائل والأبحاث والمقالات) :

- **Ahmed Mahmoud(Sayed):** Le principe du contradictoir dans la procedure civile en france et en egypte; these Rennes,1990.

- **Adam-Ferreira (Béatrice) :** La renonciation est-elle compatible avec la protection des droits fondamentaux? La renonciation aux droits procéduraux dans la jurisprudence du Conseil d'Etat et de la Cour européenne des droits de l'homme sur: https://www.trans-lex.org

- **Arroyo (J.) :**La renonciation aux droits fondamentaux. Etude de droit français, Paris, A. Pedone, 2016.

-Bamdé (Aurélien): Le principe de loyauté de la preuve, juillet 4, 2023, 8:10 pm . sur site: https://aurelienbamde.com

- **Bazier (PIERRE) :** «La renonciation à un droit et la rechtsverwerking en droit privé », Chroniques de jurisprudence sur les causes d'extinction des obligations (2000 – 2013), sous la direction de P. Wéry, Bruxelles, Larcier, 2014 **.**

- **Bohnet (François) – Jeannin (Pascal):** Procédure civile, droit a une audience publique , ATF 144 III 442, RSPC 2018 461 (d) , 2018-2019.

- **Buisson Fizellier (Arnaud)et François-Xavier Goulard:** Délai raisonnable : la Cour de cassation précise sa position, 30/11/2022.

- **Caprasse (O.) :** « Introduction au nouveau droit belge de l'arbitrage », *Actualités en droit judiciaire*, sous la direction de H. Boularbah et F. Georges, Bruxelles, Larcier, 2013.

- **Carré (Stéphane):** Le principe de la publicité devant les juridictions d'Etat et la notion de secret, Gazette du Palais, 1994.

- **Clay** (**Thomas**)**:** «Liberté, Égalité, Efficacité: la devise du nouveau droit français de l'arbitrage. Commentaire article par article » (Première partie), JDI 2012.

- **Closset –Marchal (G.) :** «Les garanties du procès équitable en droit judiciaire privé », J.T., 2011

- **Dai Do (Van) :** Le rôle de la volonté des parties dans les recours à l'encontre des sentences arbitrales, Revue Internationale de Droit Économique, 2019 .

- **DAL (G.-A.) et G. KEUTGEN :** « Les voies de recours contre la sentence arbitrale », *L'arbitrage en droit belge et international. 1, Le droit belge*, 3e éd., Bruxelles, Bruylant, 2015.

- **Dal (M.) :** « Le recours contre les sentences arbitrales en droit belge », *L'arbitre et le juge étatique : études de droit comparé à la mémoire de Giuseppe Tarzia*, sous la direction de A. Saletti, J. van Compernolle et J.-F. van Drooghenbroeck, Bruxelles, Bruylant, 2014.

- De salvia (M.) et J.-C. Soyer : « Article 6 », La Convention européenne des droits de l'Homme. Commentaire article par article, sous la direction de L.-E. Pettiti et al., Paris, Economica, 1999.

- De schutter (O.) et Ringlheim (J.) : «La renonciation aux droits fondamentaux. La libre disposition de soi et le règne de l'échange », La responsabilité, face cachée des droits de l'Homme, sous la direction de H. Dumont, F. Ost et S. van Drooghenbroeck, Bruxelles, Bruylant, 2005.

- Flauss (J.-F.) : «A propos de la renonciation à la publicité des débats judiciaires », note sous l'arrêt Hakansson et Sturesson du 21 février 1990, R.T.D.H., 1991.

- Frumer (P.): La renonciation aux droits et libertés. La Convention européenne des droits de l'Homme à l'épreuve de la volonté individuelle, Bruxelles, Bruylant, 2001**.**

- Gathem (G.) et Strowel (**A.**) **:** «La renonciation limitée aux droits de la personnalité : l'indice d'obligations ?», *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme*, sous la direction de H. Dumont, F. Ost et S. van Drooghenbroeck, Bruxelles, Bruylant, 2005.

- Ganshof Vander Meersch(W.-J.) : « La Convention européenne des droits de l'Homme a-t-elle, dans le cadre du droit interne, une valeur d'ordre public ? », Les droits de l'homme en droit interne et en droit international : Actes du 2e colloque international sur la convention européenne des droits de l'homme Vienne, 18-20 octobre 1965), Bruxelles, Presses universitaires, 1968.

- **Goffin (L.) :** « De l'arbitrage obligatoire au barreau », note sous Bruxelles (1e ch.), 4 octobre 1993, *R.T.D.H.*, 1994.

- **Goldman (S.) et TOSSENS (J.-F.):** « Recours en annulation : commentaire des arrêts de la Cour de cassation du 7 novembre 2013 et de la Cour d'appel de Bruxelles du 6 décembre 2011 », *b-Arbitra*, 2014.

- **Gonçalves Alvare z(Vanessa):** Le délai raisonnable du procès dans le systeme européen des droits de l'homme et les décrets magendie, Article publié de 23 août 2023. sur site: https://www.village-justice.com.

- ***Hacene*** **(Anaïs):** Délai raisonnable et point de départ du délai de prescription de la responsabilité de l'État, Civ. 1re, 5 sept. 2018, F-P+B, n° 17-23.147 , *le 27 septembre 2018* sur site: https://www.dalloz-actualite.fr

- **Hoc (A.):** « Principe de la contradiction, obligation de motivation et appel-nullité », *J.T.*, 2014.

- **KUTY (F.) :** « L'obligation de motivation des décisions judiciaires au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *R.T.D.H.*, 1998.

- **Lambert (P.):** «Le droit d'accès à un tribunal dans la convention européenne de droits de l'homme », Le procès équitable et la protection juridictionnelle du citoyen, Bruxelles, Bruylant, 2001.

……:«Les procédures d'arbitrage et la Convention européenne des droits de l'homme », *Présence du droit public et des droits de l'homme. Mélanges Jacques Velu, t. 2*, Bruxelles, Bruylant, 1992.

- Lefebvre (P.) et Servais(M.) : «Vers une conception large de l'ordre public à l'instar de la portée qui lui est conférée dans le cadre de l'annulation de sentences arbitrales », *b-Arbitra*, 2014.

- Livia (Dubois): La renonciation aux garanties du procès équitable : sur la piste d'une approche contextuelle de la renonciation? Faculté de droit et de criminologie, Université catholique de Louvain, 2017.

- LONGIN (Christelle) et David MÉTIN: Les nouvelles règles de comparution des parties : que reste-t-il de la conciliation? Le Droit Ouvrier • NOVEMBRE 2018.

- Matscher (F.): « La notion de "décision d'une contestation sur un droit ou une obligation (de caractère civil)" au sens de l'article 6, § 1 de la Convention européenne des Droits de l'Homme », Mélanges en l'honneur de J. Wiarda, sous la direction de F. Matscher et H. Petzold, Köln, Berlin, 1988.

.....: «L'arbitrage et la Convention », La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article, sous la direction de L.-E. Pettiti et al.,Paris, Economica, 2e éd., 1999.

- Meeus (A.) : « La notion de loi impérative et son incidence sur la procédure en cassation et sur l'office du juge », note sous Cass. (3e ch.), 17 mars 1986, *R.C.J.B.*.

- **Meunier (Julie):** La notion de procès équitable devant la Cour européenne des droits de l'homme.

- **Mock (P.) :** « Le droit à un procès équitable en matière civile », *R.T.D.H.*, 1995.

- **Mugeni Joyeux(Mushekuru):** Droit au double degré de juridiction comme garantie du droit à un procès équitable : cas de la Cour militaire opérationnelle dans l'affaire Minova, KAS African Law Study Library– Librairie Africaine d'Etudes Juridiques 3(2016). Sur site: https://www.nomos-elibrary.de/agb

- **Rigaux (F.) :** « Les renonciations au bénéfice de la loi en droit civil belge», Travaux de l'Association Henri Capitant (1959-1960), Paris, Dalloz, 1963.

- **Romain (J.-F.) :** « L'ordre public (notion générale) et les droits de l'homme », L'ordre public:Concept et applications, vol.3, sous la direction de M. Grégoire,J.-F.Romain et V.Simonart, Bruxelles, Bruylant, 1995.

- **Schurmans (Marie) :** « L'indépendance et l'impartialité de l'Arbitre: entre apparence et réalité» , L'Université catholique de Louvain , Faculté de droit et de criminologie (DRT) , Année académique 2016-2017.

- **Sudre (F.) :** «A propos du dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l'homme », *J.C.P. éd. Gén.*, n°28 du 11 juil. 2001.

……..: « L'ordre public européen », L'ordre public : Ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux, sous la direction de M.-J. Redor, Bruxelles, Bruylant, 2001.

- **Van compernolle (J.):** «L'incidence de la Convention européenne des droits de l'Homme sur l'administration de la justice: Le droit à un procès équitable », *La mise en oeuvre interne de la Convention européenne des droits de l'Homme*, sous la direction de J. Velu, Bruxelles, Editions du Jeune Barreau, 1994.

…….: « L'accès à la justice à l'aune des exigences européennes », *L'accès à la justice*, sous la direction de J. Van Meerbeeck, Limal, Anthemis, 2017.

…….: « L'annulation de la sentence arbitrale pour défaut de motivation en droit belge », *L'arbitre et le juge étatique*, sous la direction de A. Saletti, J. van Compernolle et J.-F. van Drooghenbroeck, Bruxelles, Bruylant, 2014.

- **Van meerbeeck (J.):** « L'accès à la justice à l'aune des exigences européennes », *L'accès à la justice*, sous la direction de J. Van Meerbeeck, Limal, Anthemis, 2017.

- **Van zuylen (J.):** « L'ordre public et le droit impératif dans les contrats spéciaux », Chronique de jurisprudence en matière de contrats spéciaux, sous la direction de P. Wéry, Limal, Anthémis, 2011.

- **Wery (P.) :** Droit des obligations. Les sources des obligations extracontractuelles, Le régime général des obligations, vol. 2, Précis de la Faculté de Droit de l'Université catholique de Louvain, Bruxelles, Larcier, 2016.

…….. : « L'essor du droit impératif et ses rapports avec l'ordre public en matière contractuelle », *R.G.D.C.*, 2011.

ج – الأحكام القضائية (أحكام المحكمة الأوروبية لحقوق الانسان) :

C.E.D.H., *Häkansson et Sturesson c. Suède*, 21 février 1990, série A n°171-A, § 66.

C.E.D.H., arrêt Hakansson et Sturesson c. Suède du 21 février 1990, www.echr.coe.int.

C.E.D.H., arrêt Le Compte, Van Leuven et De Meyere du 23 juin 1981, www.echr.coe.int.

C.E.D.H., arrêt H. c. Belgique du 30 novembre 1987, www.echr.coe.int.

C.E.D.H., arrêt *Deweer c. Belgique* du 27 février 1980, www.echr.coe.int.

C.E.D.H., arrêt *Tabbane c. Suisse* du 1er mars 2016, www.echr.coe.int

C.E.D.H.,arrêt *Hakansson et Sturesson c. Suède* du 21 février 1990, www.echr.coe.int., §§ 66 et 67.

C.E.D.H., arrêt *Golder c. Royaume-Uni* du 21 février 1975, www.echr.coe.int.

C.E.D.H., arrêt *Micallef c. Malte* du 15 octobre 2009, www.echr.coe.int.

C.E.D.H., arrêt *Hakansson et Sturesson c. Suède* du 21 février 1990, www.echr.coe.int.

C.E.D.H., arrêt *Le Compte, Van Leuven et De Meyere* du 23 juin 1981, www.echr.coe.int.

C.E.D.H., arrêt *Airey c. Irlande* du 9 octobre 1979, www.echr.coe.int.

C.E.D.H., arrêt Golder c. Royaume-Uni du 21 février 1975, www.echr.coe.int.

C.E.D.H. Cour eur. D.H., arrêt *Tabbane c. Suisse* du 1er mars 2016, www.echr.coe.int.

C.E.D.H., arrêt Airey c. Irlande du 9 octobre 1979, www.echr.coe.int.

C.E.D.H., arrêt Le Compte, Van Leuven et De Meyere du 23 juin 1981, www.echr.coe.int.

C.E.D.H., arrêt Le Compte, Van Leuven et De Meyere du 23 juin 1981, www.echr.coe.int.

C.E.D.H., arrêt Le Compte, Van Leuven et De Meyere du 23 juin 1981, www.echr.coe.int.

C.E.D.H., arrêt Golder c. Royaume-Uni du 21 février 1975, www.echr.coe.int.

C.E.D.H., Neumeister c. Autriche, 27 juin 1968, série A n°8, § 24.

C.E.D.H., *Ringeisen c. Autriche*, 16 juillet 1971, série A n°13, § 94.

C.E.D.H., Campbell et Fell c. Royaume-Uni, 28 juin 1984, série A n°80, § 76.

C.E.D.H., *Golder c. Royaume-Uni*, 21 février 1975, préc., § 36.

C.E.D.H., *Airey c. Irlande*, 9 oct.1979, série A n°32, § 26.

C.E.D.H., *Airey c. Irlande*, 9 oct.1979, série A n°32, § 26.

C.E.D.H., *Feldbrugge c. Pays-Bas*, 29 mai 1986, série A n°99, § 44.

C.E.D.H., *Van de Hurk c. Pays-Bas*, 19 avril 1994, série A n°288, § 61.

C.E.D.H., *Barberà, Messegué et Jabardo c. Espagne*, 6 décembre 1988, série A n° 146, § 83.

C.E.D.H., *Schenk c. Suisse*, 12 juillet 1988, série A n° 140, § 46.

C.E.D.H., ***W****erner c. Autriche*, 24 novembre 1997, *Recueil* 1997-VII, § 45;

Lawless case (*Lawless v. Ireland), No. 1/61, Judgment of July I, 1961*

C.E.D.H., *Werner c. Autriche*, 24 novembre 1997, *Recueil* 1997-VII, § 45.

European Court of Human Rights, CASE OF DE CUBBER v. BELGIUM , 26 October 1984.sur site : https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57465

C.E.D.H., *Langborger c. Suède*, 22 juin 1989, série A n°155, § 32.

C.E.D.H., arrêt *H. c. Belgique* du 30 novembre 1987, www.echr.coe.int.

C.E.D.H.,arrêt *De Wilde, Ooms et Versyp* du 18 juin 1971,www.echr.coe.int.

C.E.D.H., arrêt *Albert et Lecompte c.Belgique* du 10 février 1983, www.echr.coe.int.

C.E.D.H.,arrêt *H. c.Belgique* du 30 novembre 1987, www.echr.coe.int.

C.E.D.H., *arrêt Boulougouras c. Grèce du 27 mai 2004*, *www.echr.coe.int*., **.**

C.E.D.H., arrêt Deweer c. Belgique du 27 février 1980, www.echr.coe.int.

C.E.D.H., arrêt Loizidou c. Turquie du 23 mars 1995, www.echr.coe.int.

C.E.D.H.,arrêt Hakansson et Sturesson c. Suède du 21 février 1990, www.echr.coe.int.

C.E.D.H., Le Compte, Van Leuven et De Meyere, arrêt du 23 juin 1981, § 59 et CEDH, H. c. Belgique, arrêt du 30 novembre 1987, § 54.

C.E.D.H., arrêt Hakansson et Sturesson c. Suède du 21 février 1990, www.echr.coe.int.

C.E.D.H., arrêt Deweer c. Belgique du 27 février 1980, www.echr.coe.int. ;

C.E.D.H., arrêt Tabbane c. Suisse du 1er mars 2016, www.echr.coe.int .

C.E.D.H.,arrêt Hakansson et Sturesson c. Suède du 21 février 1990, www.echr.coe.int.

C.E.D.H., arrêt Le Compte, Van Leuven et De Meyere du 23 juin 1981, www.echr.coe.int.

C.E.D.H., arrêt H. c. Belgique du 30 novembre 1987, www.echr.coe.int.

C.E.D.H., arrêt Micallef c. Malte du 15 octobre 2009, www.echr.coe.int.

C.E.D.H., arrêt *Tabbane c. Suisse* du 1er mars 2016, **www.echr.coe.int.**

C.E.D.H., arrêt *H. c. Belgique* du 30 novembre 1987, www.echr.coe.int.

C.E.D.H., arrêt Tabbane c. Suisse du 1er mars 2016, www.echr.coe.int.

C.E.D.H., *arrêt Boulougouras c. Grèce du 27 mai 2004,* ***www.echr.coe.int.***

C.E.D.H., *Eckle c. Allemagne*, 15 juillet 1982, série A n°51, § 73.

C.E.D.H., *Werner c. Autriche*, 24 novembre 1997, *Recueil* 1997-VII, § 45;

Lawless case (Lawless v. Ireland), No. 1/61, Judgment of July I, 1961

C.E.D.H., arrêt *Hakansson et Sturesson c. Suède* du 21 février 1990, www.echr.coe.int.

C.E.D.H., arrêt *Le Compte, Van Leuven et De Meyere* du 23 juin 1981, www.echr.coe.int.

C.E.D.H., arrêt *Hakansson et Sturesson c. Suède* du 21 février 1990, www.echr.coe.int.

C.E.D.H., arrêt *Tabbane c. Suisse* du 1er mars 2016, www.echr.coe.int.

C.E.D.H., CASE OF DE CUBBER v. BELGIUM , 26 October 1984.sur site: https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57465

CEDH., H. c/ France, n° 10073/82, § 58, CEDH, 24 oct. 1989, n° 10073/82, RFDA 1990. 203, note O. Dugrip et F. Sudre.

CEDH, arrêt *Hakansson et Sturesson c. Suède* du 21 février 1990, www.echr.coe.int.

تم بحمد الله وتوفيقه .