

استقلالية المحكم في التحكيم الداخلي

(دراسة في ضوء قانون التحكيم التونسي)

أ. درصاف الشبلي (*)

مقدمة:

تحتكر الدولة وظيفة الحكم بممارسة السلطة القضائية، إلا أن هذا الاحتكار ليس مطلقاً، حيث يمكن اللجوء للوسائل البديلة لحل النزاعات، ومن أهمها التحكيم بوصفه قضاءً خاصاً موازياً للقضاء العدلي، واللجوء إليه أمر استثنائي⁽¹⁾، لفضّ بعض أصناف النزاعات التي يمكن أن تنشأ عن المعاملات التجارية الدولية، وذلك بواسطة هيئة تحكيمية⁽²⁾ أوكل لها الأطراف هذه المهمة بموجب

(*) باحثة في كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة تونس - المنار، الجمهورية التونسية.

(1) حول هذه المسألة يراجع في الفقه التونسي بالخصوص: محمد كمال شرف الدين، القانون المدني، النظرية العامة للقانون، النظرية العامة للحق، مجمع الأطرش، الطبعة الثانية، تونس، 2017، ص128؛ واعتبر هذا الرأي الفقهي أن الأصل هو اللجوء إلى قضاء الدولة للفصل في جميع النزاعات؛ عملاً بمبدأ وجوبية الالتجاء لقضاء الدولة، وأن التحكيم طريقة استثنائية لفض النزاعات؛ وحول موقف فقه القضاء التونسي من هذه المسألة يراجع: القرار الاستثنائي رقم 40، مؤرخ في 1999/5/5، المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي، رقم 13، ص65، حيث أكدت محكمة الاستئناف بتونس من خلال قراءتها وتحليلها للفصل الأول من مجلة التحكيم، أن الأصل هو اللجوء لقضاء الدولة للفصل في جميع أنواع النزاعات، وأن التحكيم استثناء لفض بعض أصناف النزاعات.

(2) تعتبر الهيئة التحكيمية هيئة قضائية، وهذا ما أكده فقه القضاء التونسي في العديد من الأحكام القضائية، من ذلك نذكر القرار الاستثنائي رقم 57213، (غير منشور)، مؤرخ في 2014/5/13 والذي ورد في حيثيته ما يلي: «... إن هيئة التحكيم بعد قبول المهمة المسندة إليها مطالبة بفصل النزاع المطروح عليها، فهي تنتصب كمحكمة خاصة...».

اتفاقية تحكيم⁽¹⁾، دون أن يكون للدولة دخل في إيلائهم هذه الوظيفة.

ويخشى مجتمع الأعمال التجارية وخاصة الدولية، أن يكون القضاء الوطني أيًا كان البلد الذي يعمل فيه غير مستقل أو غير ملتزم بالمعايير الدولية، لذلك فإنهم يعدون نظام التحكيم وسيلة مقنعة وأمنة لتسوية النزاعات الناشئة عن عقود التجارة الدولية، بعيدًا عن القضاء العمومي وتنازع القوانين، وبعيدًا أيضًا عن الانتماءات السياسية والوطنية⁽²⁾.

ويوفر التحكيم للأطراف التجارية الحياد المطلوب⁽³⁾، فضلًا عن العديد

(1) عرف المشرع التونسي اتفاقية التحكيم في الفصل الثاني من م.ت كما يلي: «اتفاقية التحكيم هي التزام أطراف على أن يفضوا بواسطة التحكيم كل أو بعض النزاعات القائمة أو التي قد تقوم بينهم بشأن علاقة قانونية معينة؛ تعاقدية كانت أو غير تعاقدية. وتكتسي الاتفاقية صيغة الشرط التحكيمي أو صيغة الاتفاق على التحكيم»؛ وقد ورد بالقرار الاستثنائي رقم 61133، الصادر عن محكمة الاستئناف بتونس في 19/10/1999، م.ق.ت رقم 4، أبريل 2001، ص 17 وما يليها، ما يلي: «باعتبار أن التراضي على التحكيم يمكن أن يكون من قبل التوقيع والتوقي، كما يمكن أن يكون من قبل التدارك والتلافي، فقد جاء بالفصل الثاني من مجلة التحكيم أن تكتسي اتفاقية التحكيم صيغة الشرط التحكيمي أو صيغة الاتفاق على التحكيم.

ثم إن الفصلين المواليين قد أوضحا المقصود بمفهوم الشرط التحكيمي والاتفاق على التحكيم باعتماد معيار الزمن، بحيث يقع التمييز بين الشرط التحكيمي والاتفاق على التحكيم باعتماد المعيار الآتي: إذا كان التراضي على التحكيم سابقًا لوجود النزاع، فإن الأمر يتعلق بالشرط التحكيمي، أما إذا كان التراضي على اللجوء إلى التحكيم لاحقًا لوقوع النزاع فإن الأمر يتعلق باتفاق على التحكيم... وعملاً بالفصل الثاني من م.ت، فإن كلاً من الشرط التحكيمي والاتفاق على التحكيم يشكلان اتفاقية تحكيم، أي إن وجود أحدهما يغني عن الثاني».

(2) انظر في هذا المعنى: منير عبد المجيد، التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي على ضوء الفقه وقضاء التحكيم، منشأة المعارف، 1977، ص 8.

(3) حول هذه المسألة يراجع:

AMAZU A.ASOUZU, International commercial Arbitration and African States: Practice, Participation and Institutional Development, Cambridge University Press, 2001, p.33.

من المزايا⁽¹⁾ التي تتمشى مع متطلبات التجارة الدولية كالتسرية والخصوصية بحسبان أن المحاكمة العلنية قد تمس من سمعة بعض الأشخاص في الأوساط التجارية⁽²⁾.

ويدعى التحكيم أيضًا إلى تحقيق المرونة⁽³⁾ والابتعاد عن الشكلية المتسم بها قضاء الدولة⁽⁴⁾، كما يوفر للمحتكمين الاقتصاد في النفقات⁽⁵⁾، وسرعة الفصل في النزاع، خاصة مع كثرة القضايا التي تفصل فيها المحاكم الوطنية⁽⁶⁾.

وبالإضافة للمزايا المذكورة فإن الطابع النهائي والملزم، من أهمّ المزايا التي يتميز بها قضاء التحكيم، فبالرجوع إلى أغلب التشريعات الوطنية الحديثة والاتفاقيات الدولية وأنظمة مراكز التحكيم، نلاحظ أنها أقصت كل طرق الطعن في الحكم التحكيمي، واقتصرت على الطعن بالإبطال لأسباب محددة، على سبيل

(1) حول مزايا التحكيم يراجع في الفقه التونسي باللغة الفرنسية:

Sami. BOSTANJI, Propos conclusifs les vingt ans du code tunisien de l'arbitrage: Bilan et perspectives, in S.BOSTANJI, F.HORCHANI et S.MANCIAUX (ss dir.), le Juge et l'arbitrage, Pedone, 2014, p.341.

(2) حول هذه المسألة يراجع في الفقه التونسي: نور الدين قارة، (مقدمة عامة - التحكيم الداخلي)، مركز النشر الجامعي، تونس، 2007، ص3.

(3) انظر في الفقه التونسي باللغة الفرنسية:

Mohamed El Arbi HACHEM, "L'instance arbitrale selon le code de l'arbitrage", RTD., 1994, p. 27.

(4) بخصوص هذه المسألة يراجع:

PH.FOUCHARD, "L'arbitrage commercial international", D., 1965, n°258. ;

وقد اعتبر الفقيه الفرنسي «فليب فوشار» أن التحكيم تأثر وكرس العديد من الإجراءات القضائية، وهذا من شأنه أن يؤدي إلى تعقيد إجراءات التحكيم.

(5) صادق محمد محمد الجبران، التحكيم التجاري الدولي: وفقًا للاتفاقية العربية للتحكيم التجاري لعام 1987، بحث في قانون التجارة الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006، ص23؛ وتجدر الملاحظة أن هذه الميزة انتقدت، بحسبان أن المحكّم يتلقى أجره من الأطراف، على عكس القاضي الذي يتلقى أجره من الدولة عن مهمته القضائية.

(6) نور الدين قارة، (مقدمة عامة - التحكيم الداخلي)، المرجع السابق، ص3.

الحصر⁽¹⁾، وهذا يعني أنه لا يجوز للمحكمة المتعده أن تبتّ في أصل النزاع باعتبار أن مهمتها تقتصر على إجراء رقابة شكلية على الأحكام التحكيمية لتمييزها بالطابع النهائي⁽²⁾.

أما الطابع الملزم للحكم التحكيمي، فيعني أن النزاع ينتهي بحكم حائز لحجية الأمر المقضيّ به⁽³⁾، أي إنه لا يجوز رفع الدعوى نفسها بين الخصوم أنفسهم وللسبب نفسه أمام المحكمة التي أصدرت الحكم أو أمام محكمة أخرى؛ وإذا أثير مضمون هذا الحكم أمام محكمة أخرى وجب الاعتراف بهذا المضمون دون تجديد البحث في مدى صحته؛ احتراماً للحكم السابق⁽⁴⁾، فالحكم متضمّن لقرينة لا تقبل الدليل العكسي⁽⁵⁾.

(1) MARGARET L. MOSES, The Principles and Practice of International Commercial Arbitration, Cambridge University Press, 2008, p.2.

(2) أقرت محكمة الاستئناف بتونس صراحة في القرار الاستثنائي رقم 25، الصادر بتاريخ 1998/2/10، م.ق.ت، رقم 5، مايو 1999، ص 227 وما يليها، أنها لما تتعهد بطلب إبطال قرار تحكيمي فإنها «لا تنتصب كمحكمة استئناف تعيد النظر في الجوانب الواقعية للقضية ولا تنظر كمحكمة تعقيب، في مدى سلامة تأويل هيئة التحكيم للقانون وتطبيقه، وإنما تسلط رقابة شكلية على القرار الصادر عن هيئة التحكيم، فتراقب سلامة تركيب هيئة التحكيم ومدى احترام قواعد النظام العام».

(3) ينص الفصل 32 من م.ت (الوارد في الباب الثاني: في التحكيم الداخلي)، على ما يلي: «يصدر حكم هيئة التحكيم داخل التراب التونسي. ويكون له - بمجرد صدوره - نفوذ الأمر المقضي به بالنسبة لموضوع الخلاف الذي بُتّ فيه»؛ حول حجية الأمر المقضي به يراجع في الفقه المصري بالخصوص فتحي والي: قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، الطبعة الأولى، الإسكندرية، 2007، ص 460 وما يليها.

(4) في هذا الشأن يراجع في الفقه المصري: أحمد السيد الصاوي، التحكيم طبقاً للقانون رقم 27 لسنة 1994، وأنظمة التحكيم الدولية، مطبعة المؤسسة الفنية للطباعة والنشر، 2002، ص 255؛ نبيل إسماعيل عمر، قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، 1994، ص 555؛ فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، 1981، ص 161.

(5) حول هذه المسألة يراجع في الفقه المصري: وجدي راغب، مبادئ القضاء المدني، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، القاهرة، 2001، ص 52.

وبناءً على ما سبق ذكره، فإن نظام التحكيم يعد الوسيلة المثلى لفض النزاعات المتعلقة بالتجارة الدولية؛ لذلك فإن أغلب العقود التجارية تتضمن شروطًا تحكيمية، فالتحكيم وصل في الوقت الحالي إلى أزهى عصوره، وأصبح القضاء الرئيس في مجال التجارة الدولية⁽¹⁾، رغم أن جذوره راسخة في التاريخ القديم⁽²⁾.

وحسب بعض المؤرخين، ظهر التحكيم في مصر القديمة⁽³⁾، وعند السومريين في العراق، كما ظهر عند الإغريق (اليونانيون القدامى)⁽⁴⁾ في عهد حكم صولون، وفي روما ظهر التحكيم في الإمبراطورية الرومانية القديمة في القرنين السادس والسابع قبل الميلاد⁽⁵⁾، أما العرب فقد عرفوا التحكيم قبل الإسلام، حيث كانوا يحتكمون إلى الكهنة والأصنام. وبمجيء الإسلام ازدهر نظام التحكيم، حيث أجازت الشريعة الإسلامية التحكيم، وأكدت عليه عدة سور قرآنية، ففي «سورة النساء» يقول الله سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى: ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا

(1) حول هذه المسألة يراجع في الفقه الفرنسي:

Ph.FOUCHARD, E.GAILLARD et GOLDMAN, Traité de l'arbitrage commercial international, Litec, Paris, 1996, n°1, p.3.

(2) حول التطور التاريخي للتحكيم بوجه عام، هناك العديد من المراجع نذكر منها على سبيل المثال رسالة حسين السالمي، التحكيم وقضاء الدولة، دكتوراه في القانون الخاص، جامعة تونس - المنار، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 2003-2004، ص 3 وما بعدها.

(3) حول تاريخ ظهور التحكيم في مصر القديمة يراجع: محمد جمال عيسى، تاريخ القانون في مصر في العصور القديمة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995، ص 69.

(4) حول تاريخ ظهور التحكيم عند الإغريق واليونان يراجع: عبد الحميد عثمان الحنفي، التحكيم في منازعات العمل الجماعية «نطاق تطبيقه ودوره المنشئ» - دراسة مقارنة، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، 1995م، ص 11 وما بعدها.

(5) حول تاريخ ظهور التحكيم في روما يراجع: نور الدين قارة، قانون التحكيم، (مقدمة عامة - التحكيم الداخلي)، مرجع سابق، ص 31.

تَسْلِيمًا» [النساء، 64]. وبالإضافة إلى القرآن الكريم ثبت أيضًا مشروعية التحكيم في السُّنة النبوية وِبِإِجْمَاعِ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ، حيث قال الإمام فخر الدين عثمان الزيلعي: «وهو جائز - يقصد التحكيم - بالكتاب والسُّنة، وعليه إجماع الصحابة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ»⁽¹⁾.

يستخلص من كل ما سبق ذكره، أن التحكيم مر بمراحل عديدة عبر التاريخ إلى أن وصل إلى مرحلة ازدهار التجارة الدولية في العصر الحالي، حيث أصبح هو القضاء الرئيس لتسوية المنازعات المتعلقة بالتجارة الدولية⁽²⁾.

ونتيجة للتطور الذي شهده قضاء التحكيم، والذي يرد بالأساس لمزاياه ويرد أيضًا للعولمة، فالعالم الآن يشهد عصر عولمته الاقتصادية، وهذا شجع على الانفتاح الاقتصادي وتطور العلاقات التجارية الدولية، وسعت غالبية الدول العربية⁽³⁾ والغربية إلى تحديث قوانين التحكيم، على إثر صدور القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة لسنة 85 (CNUDCI)، والذي كانت غايته توحيد قوانين التحكيم في العالم⁽⁴⁾، خاصة أن الدعوة كانت موجَّهة من الأمم المتحدة لدول العالم لاعتماده قانونًا للتحكيم التجاري الدولي لديها بحسبان أنه لا يطبق على التحكيم الداخلي.

وقد واكبت تونس هذه التطورات، حيث صادقت على أهمّ الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم، من ذلك نذكر اتفاقية نيويورك (في 10 أبريل

(1) فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وبهامشه حاشية الشيخ العلامة شهاب الدين أحمد الشلبي، المطبعة الكبرى الأميرية، الطبعة الأولى، 1314هـ، ج4، باب التحكيم، ص193.

(2) صادق محمد محمد الجبران، التحكيم التجاري الدولي: وفقًا للاتفاقية العربية للتحكيم التجاري لعام 1987، بحث في قانون التجارة الدولية، المرجع السابق، ص9.

(3) A.EL- AHDAB, "l'arbitrage dans les pays arabes", Economica, 1988, p.15.

(4) Ph.FOUCHARD, "Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international", J.D.I, 1987, p.861.

1967)⁽¹⁾، اتفاقية واشنطن (في 5 مايو 1965، ودخلت حيز التنفيذ في 14 أكتوبر 1966)⁽²⁾، كما صادقت على عديد الاتفاقيات العربية المبرمة بين الدول العربية⁽³⁾ والاتفاقيات الثنائية⁽⁴⁾ أيضًا، وألغت الجزء السابع من مجلة المرافعات المدنية والتجارية الذي تضمن أحكامًا تتعلق بالتحكيم الداخلي دون التحكيم الدولي. وأصدرت مجلة التحكيم بمقتضى القانون رقم 42 لسنة 1993 المؤرخ في 26 أبريل 1993، مكرّسة لأهمّ المبادئ التي توصل إليها الفقه وفقه القضاء في ميدان التحكيم؛ لضمان نجاعة هذا القضاء الخاص.

أما شكلاً فتميزت المجلة بتقسيمها الثلاثي، حيث تنقسم إلى ثلاثة أبواب، تم تخصيص الباب الأول للأحكام المشتركة، والباب الثاني لنظم التحكيم الداخلي، أما الباب الثالث فخصص لتنظيم التحكيم الدولي⁽⁵⁾، حيث اقتبست أحكام

(1) صادقت تونس على اتفاقية نيويورك بموجب القانون رقم 12 لسنة 1967، المؤرخ في 10 أبريل 1967، الرائد الرسمي رقم (11-14)، بتاريخ 14 أبريل 1967.

(2) صادقت تونس على اتفاقية واشنطن في 22 يونيو 1966، ودخلت حيز التنفيذ في 14 أكتوبر 1966، الرائد الرسمي، أبريل 1967، ص 251.

(3) صادقت تونس على العديد من الاتفاقيات العربية المتعلقة بالاستثمارات والتعاون القضائي واتفاقية واحدة متعلقة بالتحكيم، وهي اتفاقية عمان الخاصة بالتحكيم التجاري، وذلك بموجب القانون رقم 17-88، بتاريخ 19 مايو 1988. وتجدر الملاحظة أن اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري أول اتفاقية عربية خاصة بالتحكيم التجاري ووقعت على الاتفاقية 14 دولة عربية، هي: فلسطين، وسوريا، والعراق، وليبيا، وموريتانيا، ولبنان، وجمهورية اليمن الديمقراطية الشعبية، والجمهورية العربية اليمنية، والأردن، وجيبوتي، والسودان، والجزائر، والمغرب، وتونس.

(4) صادقت تونس على العديد من الاتفاقيات الثنائية المتعلقة بالتشجيع على الاستثمار والتعاون القضائي وبعض الاتفاقيات الأخرى في مجال الاكتساء بالصيغة التنفيذية لأحكام التحكيم الدولي، ومن بين هذه الاتفاقيات نذكر، على سبيل المثال، اتفاقية تونس وألمانيا المتعلقة بالاعتراف بأحكام التحكيم وتنفيذها والمصادق عليها بموجب القانون رقم 66119، والمؤرخ في 26 يوليو 1966، الاتفاقية التونسية البلغارية والمصادق عليها بموجب القانون رقم 27 لسنة 1976، المؤرخ في 4 فبراير 1976.

(5) K.MEZIOU et A.MEZGHANI, "Le code tunisien de l'arbitrage", Rev. arb, 1993, p.521 et s.

هذا الأخير من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 85، مع بعض الاجتهادات؛ وذلك استجابة لدعوة لجنة القانون التجاري في الأمم المتحدة⁽¹⁾، ومسايرة للتطور الاقتصادي والمالي الذي شهده العصر الحالي، حيث تم تكريس أهم القواعد القانونية التي تمنح الهيئة التحكيمية والأطراف الحرية في تسيير الإجراءات التحكيمية⁽²⁾، وتحديد دور القضاء الوطني؛ فهذا الأخير يتدخل فقط لضمان نجاح سير الخصومة التحكيمية، وضمان نجاعة التحكيم بصفة عامة.

وعلى خلاف معظم قوانين التحكيم المقارنة عرّف المشرع التونسي التحكيم⁽³⁾ في الفصل الأول من م.ت، على النحو التالي: «التحكيم طريقة خاصة

(1) «إن الجمعية العامة توصي بأن تعطي جميع الدول الاعتبار الواجب للقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، بالنظر إلى أنه من المرغوب فيه أن يكون قانون إجراءات التحكيم موحدًا، وبالنظر إلى الاحتياجات المحددة لممارسات التحكيم التجاري الدولي».

(2) من خاصيات المجلة تكريسها لأهم المبادئ التي توصل إليها الفقه وفقه القضاء في التحكيم، من ذلك مبدأ استقلالية الشرط التحكيمي عن العقد الأصلي في الفصل 61 من م.ت، في الباب الثالث المتعلق بالتحكيم الدولي. وتجدر الملاحظة أن المشرع لم ينص على مبدأ الاستقلالية في التحكيم الداخلي، ولكن غياب النص لا يحول دون تطبيق فقه القضاء لهذا المبدأ في التحكيم الداخلي، من ذلك نذكر القرار الاستثنائي رقم 112 (غير منشور)، الصادر في 2002/4/16 عن محكمة الاستئناف بتونس، والذي ورد فيه ما يلي: «صحة العقد لا تترتب عنها بالضرورة صحة الشرط التحكيمي الذي يتمتع بالاستقلالية عن العقد الوارد به ويخضع لشروط غير شروط العقد، بحيث يمكن أن يكون العقد صحيحًا والشرط التحكيمي باطل»، (وقع ذكره في هامش ص 40 من كتاب نور الدين قارة، قانون التحكيم، مقدمة عامة - التحكيم الداخلي، المرجع السابق)؛ مبدأ الاختصاص بالاختصاص في الفصل 26 من م.ت في التحكيم الداخلي، وفي الفصل 61 من م.ت بالنسبة للتحكيم الدولي؛ ومبدأ عدم الأخذ بالاحترازات إن لم تتم إثارتها في الإبان، في الفصل 50 من م.ت، في باب الأحكام المشتركة.

(3) التحكيم: لغة: ابن منظور، لسان العرب، دار صادر للطباعة والنشر، الطبعة الأولى، 1990، الجزء الأول، ص 42، مادة (ح.ك.م)؛ واصطلاحًا: زكريا البورياحي، التحكيم في إطار قانون المسطرة المدنية، مقال منشور بمجلة الدفاع، العدد (4) 2003، ص 79.

لفصل بعض أصناف النزاعات من قبَل هيئة التحكيم يسند إليها الأطراف مهمة البتّ فيها بموجب اتفاقية تحكيم⁽¹⁾.

يتشابه التعريف التشريعي المذكور مع التعريفات التي قيلت عن التحكيم من قبَل بعض التشريعات المقارنة، الفقه وفقه القضاء.

ومن بين القوانين المقارنة نذكر مثلاً المشرّع المصري الذي عرف التحكيم في المادة 1/4 من قانون التحكيم المصري كما يلي: «ينصرف لفظ «التحكيم» في حكم هذا القانون إلى التحكيم الذي يتفق عليه طرفا النزاع بإرادتهما الحرة،

(1) الفصل الأول من م.ت التونسية الصادرة بموجب القانون رقم 42 لسنة 93، المؤرخ في 1993/4/26. وتجدر الملاحظة أنه على خلاف معظم قوانين التحكيم المقارنة عرف المشرع التونسي «التحكيم» بالرغم من أن هذه المسألة من مهام الفقهاء. وقد تعرض للنقد من قبل بعض الفقه في تونس الذين استغربوا من إعطائه تعريفاً للتحكيم رغم أن مسألة وضع التعاريف من مهمة الفقهاء، وحول هذه المسألة انظر:

K. MEZIOU et A. MEZGHANI, Le code tunisien de l'arbitrage, op. cit, p.521 et s;

ومن بين التشريعات الوطنية المعاصرة التي عرفت «التحكيم» نذكر على سبيل المثال: المشرع القطري الذي عرف التحكيم في المادة 1 من قانون التحكيم القطري لسنة 2017 بأنه: «أسلوب اتفاقي قانوني لحل النزاع بدلاً من اللجوء للقضاء، سواءً كانت الجهة التي ستتولى إجراءات التحكيم، بمقتضى اتفاق الأطراف، مركزاً دائماً للتحكيم أم لم تكن كذلك»؛ نذكر كذلك المشرع اليمني الذي عرف التحكيم في المادة 2 من القانون رقم 22 لسنة 1992، بأنه: «اختيار الطرفين برضاؤهما شخصاً آخر أو أكثر للحكم بينهما، دون المحكمة المختصة، فيما يقوم بينهما من خلافات أو نزاعات».

ومن التشريعات الوطنية الحديثة التي لم تعرف التحكيم باعتباره مسألة نظرية مجتمة من خاصيات الفقه، نذكر مثلاً التنظيم السعودي؛ إذ اقتصر على تعريف اتفاق التحكيم في المادة الأولى من نظام التحكيم الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/46، في 1403/7/12 هـ، والمنشور في جريدة أم القرى في العدد (2969)، في 1404/8/22 هـ؛ قانون التحكيم الفرنسي، حيث اقتصر الفصل 1442 وما بعده من المجلة الجديدة للإجراءات المدنية على تعريف اتفاقية التحكيم؛ ونذكر كذلك القانون السويسري للتحكيم لسنة 1969، الذي لم يعرف التحكيم. وحول هذه المسألة انظر:

P.LALIVE, J-F.POUDRET, C.REYMOND, Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse, Payot Lausanne, 1989.

سواء كانت الجهة التي تتولى إجراءات التحكيم، بمقتضى اتفاق الطرفين، منظمة أو مركز دائم للتحكيم، أو لم يكن كذلك⁽¹⁾. وعرفه المشرع الهندي في المادة 2 من قانون التحكيم والمصالحة الهندي بأنه: «أي تحكيم، سواء كان يدار من مؤسسة تحكيم دائمة أو لم يكن كذلك»⁽²⁾.

وبالإضافة للتعريفات التشريعية المذكورة، تعددت التعريفات الفقهية للتحكيم، حيث أثار هذا المفهوم جدلاً؛ لصعوبة تعريفه وتحديد مفهومه فهناك من اعتبره «طريقة لفض النزاعات»⁽³⁾، وجانب آخر من الفقه اعتبره «مؤسسة قانونية»⁽⁴⁾. كما اعتبره بعض الشراح «تقنية»⁽⁵⁾، والبعض الآخر «قضاءً خاصاً»⁽⁶⁾. وتفادياً للاختلافات النظرية اعتبر بعض الفقه أن التحكيم يتمثل في اتفاق الأطراف⁽⁷⁾ على عرض النزاع على هيئة تحكيمية بعيداً عن القضاء العمومي.

-
- (1) المادة 4 من قانون التحكيم المصري لسنة 1994، والمنشور في الجريدة الرسمية رقم 16، بتاريخ 21 أبريل 1994. وتجدر الملاحظة أن المشرع المصري تعرض أيضاً لتعريف التحكيم في الفقرة الأولى من المادة 10 من قانون التحكيم المصري، وهو بصدد تعريف اتفاق التحكيم، وقد ورد فيها ما يلي: «1- اتفاق الطرفين على الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة؛ عقدية كانت أو غير عقدية».
- (2) "Arbitration: means any arbitration, whether or not administered by a permanent arbitral Institution", Article 2 of Indian arbitration and conciliation act, No.26 of 1996.
- (3) Répertoire de droit international privé suisse, T.1, Suisse, Berne: Staempfli, 1986, p.241.
- (4) Ch. JARROSSON, la notion d'arbitrage, LGDJ, 1987, n°785.
- (5) R. DAVID, "L'arbitrage dans le commerce international, Economica, 1982, p.9.
- (6) أحمد عبد الكريم سلامة، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، القاهرة، 2006، ص18؛ مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998، ص23.
- (7) أحمد السيد الصاوي، التحكيم طبقاً للقانون رقم 27 لسنة 1994 وأنظمة التحكيم الدولية، المرجع السابق، ص10؛ أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1983، الطبعة الرابعة، ص15؛ وباللغة الفرنسية: Ph.FOUCHARD, "L'arbitrage commercial international", op.cit, p.9.

أما عن تعريف فقه القضاء للتحكيم، فنذكر مثلاً تعريف محكمة الاستئناف في تونس التي اعتبرت: «أن التحكيم باعتباره طريقة خاصة وبديلة عن قضاء الدولة، يختاره الأطراف طوعاً منهما لفض النزاعات الناشئة أو التي قد تنشأ بمناسبة تنفيذ العقد، شُرِّع لفصل النزاعات وحسمها»⁽¹⁾. وعرفته محكمة النقض المصرية بأنه: «طريق استثنائي لفض الخصومات، قوامه الخروج على طرق التقاضي العادية وما تكفله من ضمانات، ومن ثمَّ فهو مقصور حتماً على ما تنصرف إرادة المحكِّمين إلى عرضه على هيئة التحكيم»⁽²⁾.

وبناءً على ما سبق ذكره، تجدر الملاحظة أن بعض التعريفات ركزت على مصدر التحكيم، وبعضها الآخر قامت بالتركيز على غايته، كما اعتبره البعض مزيجاً بين العقد والقضاء، في حين اعتمد جانب آخر على طبيعة مهمة المحكِّمين. ويفهم من ذلك أن هناك خلافاً في وجهات النظر حول تحديد أساس التحكيم، ترتب عنه جدل حول تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم⁽³⁾.

-
- (1) القرار الاستئنافي رقم 85246، (غير منشور)، مؤرخ في 2016/11/29.
- (2) الطعن رقم 275 لسنة 36 قضائية، الصادر بجلسة 1971/12/16، الموسوعة الذهبية للقواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض المصرية منذ إنشائها عام 1931، للأستاذين حسن الفكهاني وعبد المنعم حسني، الموسوعة الذهبية للقواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض المصرية منذ إنشائها عام 1931، الدار العربية للموسوعات، الإصدار المدني، ج4، ص546.
- (3) بشأن آراء الفقه المصري حول الطبيعة القانونية للتحكيم يراجع بالخصوص: إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، القاهرة، 1997، ص28؛ أسامة أحمد المليجي، هيئة التحكيم الاختياري - دراسة تحليلية - مقارنة لطبيعتها القانونية ولطبيعة العمل الذي تقوم به، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص49؛ فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص49؛ جورج شفيق ساري، التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص35؛ أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، 1981، ص23؛ محمود هاشم، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية، اتفاق التحكيم، دراسة مقارنة بين التشريعات الوضعية والفقه الإسلامي، ج1، دار الفكر العربي، 1990م، ص210؛ محمود السيد التحيوي، الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003، =

ونتيجة لذلك ظهرت أربع نظريات لتحديد الطبيعة القانونية للتحكيم، فالبعض اعتبر أن للتحكيم طبيعة عقدية⁽¹⁾؛ فحسب رأيهم يتمثل جوهر نظام التحكيم في اتفاق الأطراف⁽²⁾ على اللجوء إليه، والبعض الآخر اتجه إلى اعتبار أن للتحكيم طبيعة قضائية⁽³⁾؛ وذلك بتغليب الوظيفة على المصدر فالمحكّم قاضٍ خاص، مثله مثل القاضي الوطني، يفصل في النزاع المعروض عليه بحكم حائز لحجية الأمر المقضي بمجرد صدوره⁽⁴⁾.

ومنهم من يرى أن التحكيم ذو طبيعة مختلطة⁽⁵⁾ عقدية وقضائية، فالتحكيم

= ص24؛ علي رمضان علي بركات، خصومة التحكيم في القانون المصري والقانون المقارن، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، 1996، ص21.

(1) من أنصار النظرية العقدية في الفقه المصري نذكر: وجدي راغب فهمي، النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المقارن، منشأة المعارف، 1974، ص282 وما يليها؛ محمود مختار أحمد بريري، التحكيم التجاري الدولي - دراسة خاصة للقانون المصري الجديد، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995، ص8.

(2) تراجع في الفقه الفرنسي:

Hugues KENFACK, Droit du commerce international, D., 5ème éd, Paris, 2015, p. 71.

(3) من أنصار النظرية القضائية للتحكيم في الفقه المصري: فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص52؛ أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1983، الطبعة الرابعة، ص19؛ عيد محمد القصاص، حكم التحكيم - دراسة تحليلية في قانون التحكيم المصري والمقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص84 وما يليها.

(4) أحمد عبد الكريم سلامة، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، القاهرة، 2006، ص45؛ وحول موقف فقه القضاء التونسي من هذه المسألة نذكر: القرار التعقيبي رقم 18528، (غير منشور)، الصادر في 2015/5/7، والذي ورد في حيثيته ما يلي: «يعتبر الحكم النهائية الطبيعية التي تختم بها الخصومة القضائية، فهو القرار الذي تصدره المحكمة في الخصومة كقضاء وطني أو تصدره الهيئة التحكيمية وفقاً للقواعد المقررة قانوناً في نهايتها أو في أثناء سيرها. ويظل الحكم متى صدر قائماً ويرتب آثاره وأهمها حجية الأمر المقضي، ما لم يتم إلغاؤه بإحدى الطرق المقررة قانوناً..».

(5) من أنصار النظرية المختلطة: أحمد المليجي، موسوعة التحكيم، (التعليق على قانون التحكيم)، =

قائم على إرادة الأطراف للجوء إليه، ثم يمر بمجموعة من الإجراءات وينتهي بعمل قضائي وهو «الحكم»⁽¹⁾، وخلافاً لكل النظريات السابقة اعتبر اتجاه آخر أن التحكيم ذو طبيعة مستقلة⁽²⁾؛ فهو مستقل عن العقد وعن قضاء الدولة، فحسب رأيهم فإنه يعد نظاماً مستقلاً للفصل في النزاعات⁽³⁾.

وترتيباً على ما سبق ذكره، تجدر الإشارة إلى أن كل النظريات المذكورة تعرضت للنقد والمناقشة. وإلى الآن لا يوجد إجماع حول نظرية معينة، ولكننا نرى أن النظرية القضائية للتحكيم هي الوحيدة التي تفسر وجود التحكيم بالنظر لسيادة الدولة، فهذه الأخيرة هي التي تسمح بإمكانية اللجوء للتحكيم كقضاء خاص موازٍ للقضاء العمومي. أما عن دور الإرادة في التحكيم، فكما نعلم أن رفع دعوى أمام القضاء يستوجب اتفاق الأطراف على ذلك، وهذا يعني أن للإرادة دوراً كذلك في اللجوء للقضاء الوطني، وهذا الرأي أكدت عليه أغلب التشريعات الوطنية والدولية الحديثة، الفقه وفقه القضاء، فالتحكيم والقضاء يتبعان قواعد إجرائية تكاد تكون واحدة في جوهرها، كاحترام المحكم للضمانات الأساسية للتقاضي، ومن أهمها مبدأ المساواة بين الخصوم، ومبدأ المواجهة⁽⁴⁾، هذا كما ينتهي التحكيم بحكم تتوفر فيه كل خصائص الحكم القضائي من

= دن، الطبعة الأولى، ج1، 2011، ص64؛ محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي - دراسة مقارنة في قانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص20؛ أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص32.
(1) محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي: دراسة مقارنة في قانون التجارة الدولية، المرجع السابق، ص20.

(2) من أنصار النظرية المستقلة: حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، القاهرة، 2007، ص46؛ محمد فهمي الجوهري، ملاحظات في التحكيم التجاري الدولي، دن، دت، ص15.

(3) Julian D.M. LEW, Loukas A. MISTELIS, Stefan KROLL, Comparative International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, USA, 2001.

(4) أحمد عبد الكريم سلامة، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية، مرجع سابق، ص44.

حيث الشكل، كالكتابة⁽¹⁾، والتوقيع⁽²⁾، والتسبيب⁽³⁾. ومن حيث المضمون، كبيان عناصر الادعاء والقواعد القانونية المطبقة، فهو حكم حاسم للنزاع حائز لحجية الأمر المقضي، بمجرد صدوره، مثل الحكم القضائي.

وبناءً على ما سبق ذكره، نقترح تعريف التحكيم على النحو التالي: «هو قضاء خاص لفصل بعض أنواع النزاعات عن طريق قضاة خاصين، بموجب اتفاقية تحكيم ووفقاً لما يسمح به القانون»⁽⁴⁾.

ويستخلص من كل ما سبق ذكره، أن التحكيم قضاء خاص يهدف لحل بعض أنواع النزاعات، بموجب حكم تحكيمي نهائي حائز لحجية الأمر المقضي، وهذا يعني أنه يختلف عن بعض الوسائل البديلة الأخرى لحل النزاعات، رغم أن هناك أوجهًا للتشابه بينهم⁽⁵⁾.

(1) تجدر الملاحظة أن المشرع التونسي لم ينص على شرط الكتابة صراحة في الفصل 30 من م.ت (الوارد في باب التحكيم الداخلي)، على عكس التحكيم الدولي، ولكنه اشترط توقيع الحكم. ويفهم من ذلك أن الحكم التحكيمي يحرر كتابة.

(2) ينص الفصل 30 من م.ت على ما يلي: «... كما يجب أن يقع الإمضاء عليه من طرف المحكمين، وإذا رفض واحد منهم أو أكثر الإمضاء، أو كان عاجزاً عنه ينص بالحكم على ذلك. ويكون الحكم صحيحاً إذا وقع الإمضاء عليه من طرف أغليبتهم. وإذا لم تتكون الأغلبية فإن رئيس هيئة التحكيم ينص على ذلك ويصدر الحكم طبق رأيه. ويكتفي في هذه الصورة بإمضائه على الحكم».

(3) بخصوص موقف فقه القضاء من هذه المسألة: أكدت محكمة الاستئناف في تونس في القرار رقم 25، سبق ذكره، أن: «تعليل الأحكام يجب أن يكون متناسقاً ومتجانساً ومتكاملاً ومؤدياً بصفة منطقية إلى النتيجة المحكوم بها، بحيث لا يعقل أن يكون الحكم متناقض الأجزاء»؛ أما محكمة استئناف القاهرة فقد قضت بأنه: «إذا كانت هيئة التحكيم قد قبلت تدخل الشركة طرفاً منضماً للمحتكم ضدها، وورد ذلك في مدونات حكمها، ثم قضت في المنطوق بشيء ضدها، فإن الحكم يكون: «قد تهافتت أسبابه مع منطوقه»؛ إذ لا يجوز أن يقضي الحكم في طلب ضده» (استئناف القاهرة - 7 تجاري - 2001/1/9 في الدعوى رقم 77 و78 لسنة 117 ق. وهذا الحكم المذكور في هامش ص 598 من كتاب فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق).

(4) هذا التعريف اقترحه الباحث.

(5) نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2004، ص 6 وما يليها.

ولذلك يجب التمييز بين التحكيم والعقود القريبة منه، من ذلك نذكر الصلح⁽¹⁾ الذي يعد عملاً إراديّاً، مثله مثل التحكيم، وما لا يجوز فيه الصلح لا يجوز فيه التحكيم⁽²⁾، هذا كما أن غايتيهما واحدة، وهي حسم النزاعات، ولكن رغم التشابه، فإن الفرق بينهما جوهري⁽³⁾، فالصلح يكون بتنازل كل من المتصالحين عن بعض من مطالبهم؛ للتوصل لحل النزاع القائم بينهم⁽⁴⁾ بدون تدخل شخص ثالث، أما التحكيم فيحسم النزاع دون أي تنازل، ولا بد من تدخل شخص ثالث وهو المحكم أو المحكمون.

وبالنسبة للتوفيق⁽⁵⁾، فإنه يتشابه مع التحكيم في أن كليهما مرجعه اتفاق الأطراف للجوء لأحدهما لحل النزاع القائم بينهم عن طريق شخص ثالث⁽⁶⁾، ولكن الفرق الجوهري بينهما يتمثل في أن قرارات الموفّق غير ملزمة، بمعنى أنه يمكن للأطراف اللجوء للقضاء الوطني في أثناء عرض النزاع أمام الموفّق، بحسب أن التوفيق لا يسلب حق المحكمة المختصة في النظر في النزاع⁽⁷⁾.

- (1) حول شرح عقد الصلح يراجع بالخصوص: عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج5، تحديث المستشار أحمد مدحت المراغي، ط. 2006، ص372.
- (2) أقرت جل التشريعات الخاصة بالتحكيم بأن ما لا يجوز فيه التحكيم لا يجوز فيه الصلح، من ذلك المشرع التونسي في الفصل (7)، رابعاً من م.ت، والذي ورد فيه ما يلي: «لا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح»؛ وبالمضمون نفسه. انظر: المادة 11 من قانون التحكيم المصري؛ المادة 2 من نظام التحكيم في المملكة العربية السعودية؛ المادة 233 من قانون المرافعات المدنية والتجارية البحريني؛ المادة 190 من قانون المرافعات المدنية والتجارية القطري؛ المادة 203/رابعاً من قانون المرافعات المدنية والتجارية الإماراتي؛ المادة 11 من قانون التحكيم العماني.
- (3) بخصوص الفرق بين الصلح والتحكيم انظر: زيد بن عبد الكريم آل زيد، الصلح فيه توفير لجهود القضاة والخصوم وإنهاء المنازعات، جريدة الرياض، عدد (13947)، 2006. يمكن الاطلاع على موقع جريدة الرياض الإلكترونية على الرابط التالي <http://riy.cc/182898>
- (4) فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص20.
- (5) حول تعريف التوفيق انظر: فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص22.
- (6) عبد الحميد الأحذب، موسوعة التحكيم، التحكيم الدولي، دار المعارف، ج2، 1998، ص26.
- (7) ماهر محمد حامد، النظام القانوني للمحكم في التحكيم التجاري الدولي، (دراسة مقارنة =

أما الخبرة⁽¹⁾، فإنها تشبه التحكيم في أن كليهما يتم اللجوء فيه لشخص ثالث على أساس أنه من أهل الخبرة في المسألة المتنازع عليها، إلا أنه يختلف عن التحكيم من عدّة نواحٍ؛ من ذلك نذكر أن الخبير يبدي رأيه فقط في الوقائع العلمية والفنية دون القانونية، ويكون ذلك في شكل تقرير وليس حكم باعتبار أن مهمته فنية⁽²⁾، أما المحكّم فيفصل في النزاع بحكم ملزم للخصوم يحوز حجية الأمر المقضيّ، بمجرد صدوره.

نستنتج مما سبق ذكره، أنه رغم تشابه التحكيم مع بعض الأنظمة الأخرى لحل النزاعات، إلا أن الفرق بينهم شاسع، وهنا يبرز جلياً؛ كون «السلطة القضائية لا تثبت إلا عند المحكّم»⁽³⁾، فالتحكيم قضاء خاص، مثله مثل القضاء الوطني، لذلك فإنه يستوجب اتباع جملة من الإجراءات تختلف حسب طبيعة التحكيم، سواء الداخلي أو الدولي.

وبالرجوع إلى مجلة التحكيم التونسية تجدر الملاحظة، أنه لا يوجد معيار أساس لوصف التحكيم بـ«الداخلي»، فالمشرّع التونسي اعتبر أنه يكون التحكيم داخلياً عند غياب أي معيار من المعايير المنصوص عليها بالفصل 48 من م.ت⁽⁴⁾،

= طبقاً لتشريعات التحكيم بدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية والتشريعات المصرية، مع الإشارة إلى اتفاقيات التحكيم الدولية ونظم مراكز التحكيم العربية)، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، 2011، ص 42.

(1) أحمد مليجي، موسوعة التحكيم، التعليق على قانون التحكيم، المرجع السابق، ص 74.

(2) فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص 26.

(3) نور الدين قارة، قانون التحكيم (مقدمة عامة - التحكيم الداخلي)، المرجع السابق، ص 29.

(4) تجدر ملاحظة أن المشرع التونسي جمع في الفصل 48 من م.ت (الوارد في باب التحكيم الدولي) بين المعيار القانوني والاقتصادي، ومثله نذكر المشرع المصري في المادة 3 من قانون التحكيم المصري، ولكن في اعتقادنا كان من الأفضل عدم ذكر الحالات المتعلقة بالمعيار القانوني، والاكتفاء بالمعيار الاقتصادي؛ لتفادي توسع نطاق التحكيم الدولي، ولأنه أكثر واقعية =

وهذا يعني أنه اعتمد لتكييف التحكيم بـ«الداخلي» مفهوم المخالفة للتحكيم الدولي.

وفي اعتقادنا أنه كان من الأفضل تحديد مفهوم التحكيم الداخلي صراحة؛ وذلك لأهمية التفرقة بين التحكيمين على مستوى تحديد المحكمة المختصة، والقانون المنطبق، وتحديد تطبيق النظام العام، وطرق الطعن، والإذن بالتنفيذ... إلخ.

بالإضافة لذلك، تختلف إجراءات تعيين المحكمين⁽¹⁾ أيضًا حسب طبيعة التحكيم، سواء الداخلي أو الدولي⁽²⁾، وحسب شكله التنظيمي، سواء كان حرًا أو مؤسسيًا⁽³⁾، ولكن في جميع الأحوال يجب أن يكون عدد المحكمين وترتيبًا⁽⁴⁾، وذلك لحماية مصالح الأطراف باعتبار أن قاعدة التورية تحقق الأغلبية عند انقسام الآراء⁽⁵⁾.

كما يجب أن تتوفر في المحكم عدة شروط متعلقة بشخصه، وهذا من

= لتحديد دولية التحكيم؛ لذلك أصبح المعيار الوحيد المعمول به في فرنسا (الفصل 1504)، والذي استوحاه المشرع الفرنسي من فقه القضاء.

(1) هذه المقولة الشهيرة "Tant vaut l'arbitre, tant vaut l'arbitrage" - «بقدر قيمة المحكم بقدر قيمة التحكيم»، أصبحت بمثابة الحكمة التي يقع استعمالها عند تعيين المحكم أو المحكمين؛ يراجع بخصوص هذه المقولة: R.DAVID, L'avenir de l'arbitrage, in mélanges M.Domke, LaHaye, 1976, 56 et s. وبخصوص هذا الاتجاه يراجع: ثروت حبيب، قانون التجارة الدولية، مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة، 1975، ص 105.

(2) ينص الفصل 18 من م.ت على طرق تعيين المحكمين (في التحكيم الداخلي)؛ والفصل 56 من م.ت على طرق تعيين المحكمين (في التحكيم الدولي).

(3) تنص الفقرة الأخيرة من الفصل 18 على ما يلي: «وفي صورة تعيين نظام تحكيم معلوم فإن إجراءات تعيين هيئة التحكيم هي الإجراءات المبينة بهذا النظام».

(4) تجدر الإشارة إلى أن جل التشريعات الخاصة بالتحكيم نصت على قاعدة وتورية عدد المحكمين، نذكر الفصل 1/18 من م.ت التونسية، المادة 2/15 من قانون التحكيم المصري؛ المادة 2/15 من قانون التحكيم العماني؛ المادة 1453 من قانون المرافعات الفرنسي الجديد.

(5) فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص 200.

مفترضات الوظيفة القضائية، فالمحكّم منذ تعيينه يصبح بمثابة القاضي، وأحكامه تصبح بمثابة الأحكام القضائية، وقد نص المشرّع التونسي على هذه الشروط في الفصل 10 من م.ت، الوارد بالباب الأول المتعلق بالأحكام المشتركة ويمكن تقسيمها إلى شروط خاصة تتمثل في شرط الحصول على ترخيص⁽¹⁾، وعدم الإخلال بالوظائف الأصلية بالنسبة للقاضي، والعون العمومي⁽²⁾، وأخرى عامة تنقسم إلى شروط ذاتية وموضوعية.

ومن الشروط الذاتية المذكورة في الفصل 10 من م.ت: أن يكون المحكّم شخصًا طبيعيًا، وهذا يعني أنه لا يمكن أن يكون شخصًا اعتباريًا، وقد أكد المشرّع التونسي المنع الوارد بخصوص الشخص المعنوي في الفقرة الثانية من الفصل 10 من م.ت، حيث اعتبر أنه: «إذا عينت اتفاقية التحكيم شخصًا اعتباريًا فإن هذا الشخص الاعتباري ينحصر دوره في تعيين هيئة التحكيم»⁽³⁾.

(1) بخصوص موقف فقه القضاء من هذه المسألة: تجدر الملاحظة أن محكمة الاستئناف بتونس في القرار رقم 15465، الصادر بتاريخ 18/7/1994، المجلة التونسية للقانون، 1994، ص 318، اعتبرت بصورة ضمنية أن غياب الرخصة الإدارية لا يؤثر على صحة القرار التحكيمي، وفي القرار رقم 25، سبق ذكره، أقرت المحكمة نفسها بوجوبية الترخيص، ثم في تراجع محكمة الاستئناف بتونس عن موقفها وسأيرت موقف محكمة التعقيب في القرار رقم 86287، الصادر بتاريخ 6/11/1998، م.ق.ت، رقم 5، مايو 1999، ص 211، وأقرت في العديد من أحكامها بعدم تأثير غياب الرخصة الإدارية على صحة الحكم التحكيمي، وأنه لا يترتب عن غيابها إلا تتبع تأديبي للمحكّم المخالف، رغم أن الفصل 97/ثالثًا من المجلة الجزائية (الذي أضيف بالقانون رقم 33 لسنة 1998 بتاريخ 23/5/1998)، يجرم قيام الموظف العمومي بنشاط مأجور مواز لنشاطه الأصلي، دون حصوله على ترخيص.

(2) تنص الفقرة 2 من الفصل 10 من م.ت على أنه: «يجوز للقاضي أو للعون العمومي أن يكون محكّمًا بشرط عدم الإخلال بالوظائف الأصلية، والحصول على ترخيص مسبق من السلطة المختصة قبل القيام بأية مهمة في التحكيم، وبالنسبة للعون العمومي يجب زيادة على ذلك أن لا تخل المهمة بمصالح الإدارة».

(3) الفصل 2/10 من م.ت.

ويفهم من أحكام الفقرة 2 من الفصل 10 المذكور، أن تعيين المحكم من طرف شخص اعتباري، لا يعتبر استثناء لمبدأ وجوب تعيين شخص طبيعي، وإنما هي صورة تعيين محكم بطريقة غير مباشرة بواسطة شخص معنوي، وهذا منطقي باعتبار أن الشخص المعنوي تحول بينه وبين هذه المهمة استحالةً ماديةً بحتةً، وبالتالي لا يمكن لغير الشخص الطبيعي ممارسة التحكيم⁽¹⁾.

وبالإضافة لذلك، اشترط الفصل 10 من م.ت أن يكون المحكم راشداً⁽²⁾، كفتاً، متمتعاً بكامل حقوقه المدنية⁽³⁾. وهذا منطقي ومتفق عليه ولئن كان شرط الكفاءة محلّ خلاف؛ لصعوبة تحديد مفهومه، فهل المقصود بالكفاءة الخبرة في مجال ما؟ أم الشهادات العلمية للمحكم؟ أم الكفاءة الفنية، القانونية؟

(1) انظر: هدى عبد الرحمن، دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص 94؛ مصطفى الجمال ود. عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، المرجع السابق، ص 605؛ د. سيد أحمد محمود، خصومة التحكيم القضائي (التحكيم المختلط) وفقاً للقانون الكويتي رقم 11 لسنة 1995، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 1997، ص 78.

(2) تجدر الإشارة إلى أن تحديد سن الرشد يختلف من قانون وطني لآخر، ففي تونس حدد سن الرشد بثمانية عشرة سنة كاملة، حيث ورد بالفصل 7 من م.ا.ع أنه: «كل إنسان ذكراً كان أو أنثى، تجاوز عمره ثمانية عشرة سنة كاملة يعتبر رشيداً»، ومثله المشرع الفرنسي الذي حدد سن الرشد بثمانية عشرة سنة كاملة في المادة 44 من القانون المدني. أما المشرع المصري فقد حدد سن الرشد بسن الواحد والعشرين، في المادة 44 من القانون المدني، وحدد السن نفسه قانون دولة الإمارات العربية المتحدة، في المادة 85 من قانون المعاملات المدنية؛ حول تطور تحديد سن الرشد. انظر: محمد كمال شرف الدين، القانون المدني، النظرية العامة للقانون، النظرية العامة للحق، المرجع السابق، ص 308 وما يليها.

(3) اشترط المشرع في الفصل 10 من م.ت أن يكون المحكم متمتعاً بكامل حقوقه المدنية، أي أن لا تكون أهليته مقيدة؛ كأن يكون مثلاً مجبوراً عليه، أو مفلساً، أو محكوماً عليه في جنابة أو جنحة مخلة بالشرف... وتجدر الملاحظة أن هذا الشرط من الصعب تحقيقه؛ لذلك من الأفضل تغليب روح النص؛ حول هذه المسألة بوجه عام انظر: محمد كمال شرف الدين، القانون المدني، النظرية العامة للقانون، النظرية العامة للحق، المرجع نفسه، ص 307 وما يليها؛ ويراجع في هذا الخصوص: T. CLAY, l'arbitre, Nouvelle Bibliothèque de thèse, D, 2001, n°454.

ويبدو أن مسألة الكفاءة مسألة واقعية غير خاضعة لمفهوم دقيق، وقد اعتبرت محكمة الاستئناف في تونس أن «شرط الكفاءة لا يمكن تعريفه بمعزل عن المهمة القضائية، وعليه فإن الزاد العلمي الكافي للقضاء يصبح ضرورياً»⁽¹⁾. ويفهم من ذلك أن الفصل 10 من م.ت اشترط الكفاءة القانونية؛ أما بخصوص الكفاءة الفنية فبإمكان المحكّم الاستنجاذ بالخبراء بخصوص المسائل الفنية.

وبالنسبة للشروط الموضوعية، فقد اشترط الفصل 10 من م.ت، أن يكون المحكّم مستقلاً ومحايداً⁽²⁾، وهما أهم شرطين لا بد أن يلتزم بهما، بوصفه يمارس وظيفة قضائية؛ فمنذ تعيينه يصبح بمثابة القاضي الوطني. ولكن تجدر ملاحظة أن المشرّع التونسي لم يعرف هذين المصطلحين⁽³⁾؛ ولكنه أوجب في الفصل 22 من م.ت على المحكّم منذ تعيينه، وما دامت إجراءات التحكيم سارية، أن لا يتأخر في إعلام أطراف النزاع بوجود أي سبب يدعو للشك في حياده أو استقلاليتته⁽⁴⁾، إلا إذا سبق له أن أحاطهم علماً بذلك؛ ليضمن الأطراف أن إجراءات التحكيم تحقق لهم حقوقاً متوازنة⁽⁵⁾.

ونظراً لأهمية توفر شرطي الاستقلالية والحياد في المحكّم تم التنصيص عليهما في جل التشريعات الخاصة بالتحكيم، هذا كما أكد على ذلك فقه القضاء في عديد المناسبات والفقه أيضاً في العديد من الكتابات الفقهية، حيث اعتبرها

-
- (1) قرار استئنائي رقم 7457، (غير منشور)، صادر بتاريخ 19/10/1999 (ذكره نور الدين قارة، قانون التحكيم (مقدمة عامة - التحكيم الداخلي)، المرجع السابق، ص 109).
 - (2) تجدر ملاحظة أن شرطي الاستقلالية والحياد معترف بهما في جل التشريعات الخاصة بالتحكيم، بحسبان أنهما من الضمانات الأساسية في التقاضي.
 - (3) حول تعريف فقه القضاء لمصطلح الاستقلالية والحياد انظر للفقرة الأولى من الجزء الثاني من هذا البحث، والتي جاءت تحت عنوان «أسباب التجريح في المحكّم».
 - (4) فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص 227 وما يليها.
 - (5) حول واجب الإفصاح انظر: فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، المرجع نفسه، ص 244.

بعض الفقه «جوهر المهمة القضائية للمحكّم»⁽¹⁾، و«مبدأً أساسياً في التحكيم»⁽²⁾، فالتحكيم قضاء خاص، وبالتالي يجب أن يتضمن الضمانات الأساسية التي يوفرها القضاء الوطني.

ولكن في الواقع العملي من الصعب التأكد من حياد واستقلالية المحكّمين الذين وقع تعيينهم؛ لذلك اعتمد المشرّع التونسي، مثله مثل جُلّ التشريعات الوطنية الحديثة، ضمانات لتحقيق ذلك، وأهمها التزام المحكّم بالإفصاح عن كل الوقائع التي تثير الشكوك حول حياده أو استقلاليته⁽³⁾، بحسبان أنه يقع على المحكّم نفسه لذلك أسماء بعض الفقه بـ«الاختبار لضمير المحكّم»⁽⁴⁾.

وتبرز الأهمية العملية للوسيلة الحمائية التي اعتمدها المشرع، والمتعلقة بواجب الإفصاح بكل الأسباب التي تثير الشكوك حول حيّدة المحكّم واستقلاله، في تفادي جزاء إخلال المحكّم بهذا الواجب، والمتمثل في التجريح في المحكّم، والذي يترتب عنه تعطيل الإجراءات التحكيمية، باعتبار أن يقع تعليق الإجراءات إلى حين البتّ في طلب التجريح⁽⁵⁾، وهذا يتعارض مع غاية التحكيم، وهي سرعة الفصل في النزاع، بالإضافة إلى إمكانية إبطال الحكم التحكيمي عند وجود أسباب تثير الشكوك حول استقلالية المحكّم وحياده، لم يعلم بها الأطراف، وليس هناك ما يثبت علمهم بها قبل إنهاء المرافعة.

(1) T. CLAY, l'arbitre, ibid, n°608 et s.

(2) J.CL.DUBARRY et E.LOQUIN, "La désignation comme arbitre de l'avocat de l'une des parties", obs. sous Versailles, 14/11/1996, R.T.D.com. 1997, p.234.

(3) أبو العلا علي أبو العلا النمر، تكوين هيئات التحكيم، دراسة تحليلية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 83.

(4) R.BADINTER, L'impartialité de l'arbitre, les petites affiches, 29 novembre 1991, n°143, p.6.

(5) ينص الفصل 25 من م.ت (الوارد في باب التحكيم الداخلي) على ما يلي: «تتوقف إجراءات التحكيم إذا قدم طلب في عزل المحكّم أو في التجريح فيه، إلى حين البت في الطلب».

وبناءً على كل ما سبق ذكره، فإن دراسة موضوع استقلالية المحكّم تجعلنا نتساءل عن مدى ضمان هذه الاستقلالية في شخص المحكّم فالإلى أي مدى يمكن ضمان استقلالية المحكّم؟

وللإجابة عن الإشكالية المطروحة يرتكز البحث على دراسة ضمانات استقلالية المحكّم (الجزء الأول)، ثم النظر إلى جزاء انعدام الاستقلالية لدى المحكّم (الجزء الثاني).

الجزء الأول

ضمانات استقلالية المحكّم

يعد شرطاً الاستقلالية والحياد جوهر المهمة القضائية الموكولة للمحكّم؛ لذلك نص المشرّع على عديد الضمانات لضمان توفر الاستقلالية في المحكّم، وتبعاً لذلك سنتعرض في (المبحث الأول) للضمانات النابعة من المحكّم، وفي (المبحث الثاني) للضمانات القضائية عند التعيين القضائي للمحكّم.

المبحث الأول

الضمانات النابعة من المحكّم

يتحمل المحكّم في أثناء ممارسته المهمة التحكيم العديد من الالتزامات، ومن أهمها الالتزام الذي يقع على ضميره فيرفض المهمة التحكيمية (فقرة أولى)، أو يبادر بالإفصاح عما يشكك في استقلاليته (فقرة ثانية).

فقرة أولى: رفض المحكّم المهمة التحكيمية

تعيين أطراف الخصومة التحكيمية للمحكّم، لا يعني قبوله للمهمة الموكولة إليه، فالمحكّم يمكن أن يرفض المهمة التحكيمية منذ البداية دون الإفصاح عما يشكك في استقلاليته بحسبان أن سبب الرفض يتعلق مثلاً بالسّر المهني،

وفي هذه الحالة يعد المحكّم رافضاً لمهمته، حسب أحكام الفصل 11 من م.ت، الذي ورد فيه ما يلي: «يثبت قبول المحكّم لمهمته كتابة، أو بتوقيعه على الاتفاق على التحكيم، أو بقيامه بعمل يدل على شروعه في المهمة»⁽¹⁾.

ونستنتج من أحكام الفصل 11 المذكور أن هناك صورتين للقبول:

إما صراحة، ويكون ذلك كتابة بكتب خاص بين الأطراف والمحكّم، وبالتوقيع فقط في حالة وجود اتفاق على التحكيم.

أو ضمناً؛ بقيام المحكّم بأي عمل يدل على شروعه في مهمته، وفي هذه الحالة يكون الإثبات حرّاً؛ لتعلقه بالوقائع⁽²⁾.

وسواء كان القبول صريحاً أو ضمناً فإنه يكون فعلياً، وبه يحتسب أجل التحكيم حسب الفقرة الأولى من الفصل 24 من م.ت، التي نصت على أن سريان أجل التحكيم يبتدئ من تاريخ قبول المحكّم أو آخر المحكّمين لمهمته⁽³⁾.

ولكن في اعتقادنا، كان من المستحسن تعيين أجل محدّد لقبول المحكّم لمهمته، وفي صورة عدم قبوله يعد رافضاً للمهمة التحكيمية؛ لتفادي تعطيل الإجراءات التحكيمية؛ لأنه في بعض الحالات يعبر المحكّم عن إرادته في القبول بعد فترة زمنية طويلة من طلب التحكيم، وهذا يتعارض مع الغاية المرجوة من التحكيم، وهي سرعة الفصل في النزاع.

(1) الفصل 11 من م.ت الوارد في باب الأحكام المشتركة من مجلة التحكيم.

(2) Tribunal de grande instance de paris, référé, 28 octobre 1983, Rev. arb. 1985, p.151.

(3) تنص الفقرة الأولى من الفصل 24 من م.ت الوارد في (باب التحكيم الداخلي) على ما يلي: «إذا وقع تحديد أجل للبت في الخصومة، فإن سريان ذلك الأجل يبتدئ من تاريخ قبول المحكّم أو آخر المحكّمين لمهمته». وهذا ما أكد عليه فقه القضاء التونسي، حيث ورد في حيثية القرار الاستئنائي رقم 92473 الصادر في 2016/6/14: «أن هيئة التحكيم يمكن أن تحدد أجلاً لفض النزاع، وعندها يكون انطلاق هذا الأجل بدايةً من قبول مهمة التحكيم..».

فقرة ثانية: واجب الإفصاح

يعد واجب الإفصاح أو الإعلام من أهم الضمانات المحمولة على المحكّم نفسه؛ لأنه في الواقع من الصعب على الأطراف، مهما كانت قدرتهم على التحري، أن يتأكدوا من استقلالية المحكّم وحياده أو المحكّمين المختارين وحيادهم، لذلك فإن أفضل وسيلة هي إلزام المحكّم بالإفصاح عن كل الظروف التي قد تثير الشكوك حول حياده واستقلاليته، وهذا ما نص عليه المشرّع التونسي في الفقرة الأولى من الفصل 22 من م.ت، التي ورد فيها ما يلي «على الشخص - حين يعرض عليه احتمال تعيينه محكّمًا - أن يصرح بكل الأسباب التي من شأنها أن تثير شكوكًا لها ما يسوّغها حول حياده أو استقلاليته. وعليه - منذ تعيينه وما دامت إجراءات التحكيم سارية - ألا يتأخر عن إعلام أطراف النزاع بوجود أي سبب من هذا القبيل، إلا إذا كان قد سبق له أن أحاطهم علمًا به، ويضرب لهم أجلاً للرد، مع إشعارهم بأنه لا يقبل المهمة أو يتمادى فيها إلا بعد موافقتهم الصريحة»⁽¹⁾.

ويتضح من أحكام الفقرة الأولى من الفصل 22 المذكور، أن المشرّع ألزم المحكّم بالإفصاح خلال سير الإجراءات التحكيمية عن كل الوقائع والظروف التي قد تؤثر على استقلاليته أو حياده، مع تعليق قبوله للمهمة التحكيمية على الموافقة الصريحة للأطراف، فإذا وافقوا على استمرار المحكّم في المهمة الموكولة إليه، يكون قبوله نهائيًا، ولا يجوز لأحد الأطراف بعد الموافقة على تعيينه أن يطلب التجريح فيه لسبب سبق أن أحاطهم علمًا به⁽²⁾، أما إذا اعترض أحد الخصوم على شخص المحكّم لا يقبل هذا الأخير المهمة التحكيمية، وعلى الأطراف تعيين محكّم بديل.

(1) الفصل 1/22 من م.ت.

(2) حول هذه المسألة يراجع في الفقه الفرنسي:

J.ROBERT, Influence de la validité de l'arbitrage sur les rapports antérieurs des arbitres avec Les parties, Rev.arb.1969, p.115.

نستنتج مما سبق ذكره، أن واجب إفصاح المحكّم عن أي ظرف يثير شكوكًا حول حيّده أو استقلاله، يعد من أهم الضمانات التي وضعها المشرّع التونسي على عاتق المحكّم؛ لتفادي التجريح فيه لاحقًا في أثناء سير الإجراءات التحكيمية، والذي يترتب عنه توقف الخصومة التحكيمية إلى حين البتّ في طلب التجريح⁽¹⁾، فالقبول الصريح للأطراف على تعيين المحكّم بعد تصريحه بكل الأسباب التي تبعث على الشك في استقلاله أو حياده يمنع قيام مسؤوليته لاحقًا.

إن واجب الإفصاح من أهم الالتزامات التي تقع على المحكّم نفسه؛ لذلك تم النص عليه في أغلب التشريعات الوطنية المعاصرة⁽²⁾، الاتفاقات الدولية⁽³⁾

(1) الفصل 25 من م.ت.

(2) تجدر ملاحظة أن أغلب التشريعات الوطنية المعاصرة نصت على «واجب الإعلام»؛ لذلك سنذكر على سبيل المثال البعض منها: المادة 3/16 من قانون التحكيم المصري الذي جاء فيه ما يلي: «يكون قبول المحكّم القيام بمهمته كتابة، ويجب أن يفصح عند قبوله عن أية ظروف من شأنها إثارة شكوك حول استقلاله وحيده»؛ المادة 1/16 من نظام التحكيم السعودي، والذي ورد فيه ما يلي: «يجب أن لا يكون للمحكّم مصلحة في النزاع، وعليه - منذ تعيينه وطوال إجراءات التحكيم - أن يصرح - كتابة - لطرفي التحكيم بكل الظروف التي من شأنها أن تثير شكوكًا لها ما يسودها حول حياده واستقلاله، إلا إذا كان قد سبق له أن أحاطهما علمًا بها»؛ المادة 3/16 من قانون التحكيم العماني التي تنص على أنه: «يكون قبول المحكّم القيام بمهمته كتابة، ويجب عليه أن يفصح عند قبوله عن أية ظروف من شأنها إثارة شكوك حول استقلاله أو حيده». ونذكر أيضًا المادة 2/1456 من قانون المرافعات الفرنسي:

Article 1456/2 CPC: "...Avant d'accepter sa mission, l'arbitre doit révéler toute circonstance susceptible d'affecter son indépendance ou son impartialité.."

وتنص المادة 2/1456 من قانون المرافعات الفرنسي على ما يلي: «قبل الموافقة على مهمته، على المحكّم أن يكشف عن الظروف كافة التي يمكن أن تشكل في استقلاله أو حياده..».

(3) نذكر مثلًا المادة 9 من قواعد تحكيم لجنة الأمم المتحدة الأونسيترال التي تنص على ما يلي: «يجب على المحكّم المقترح أن يكشف للطرف أو الأطراف الراغبين في تعيينه عن كل ظرف من الظروف التي تجر ما يبرر لديه قيام الريبة في حياده أو استقلاله، فإذا تم تعيين المحكّم أو اختياره، وجب عليه الكشف للطرفين عن هذه الظروف، ما لم يكن قد أحاطهما علمًا بها قبل تعيينه أو اختياره».

وأنظمة مراكز التحكيم⁽¹⁾، كما أكد على ذلك فقه القضاء التونسي في العديد من المناسبات، من ذلك نذكر القرار التعقيبي رقم 5030، الصادر في 2014/7/21، والذي ورد في حيثيته ما يلي: «أوجب الفصل 22 من مجلة التحكيم، على المحكّم أن يصرح بكل الأسباب التي من شأنها أن تثير شكوكاً لها ما يبررها حول حياده أو استقلاليته، وعليه منذ تعيينه، وما دامت إجراءات التحكيم السارية، أن لا يتأخر عن إعلام أطراف النزاع بوجود أي سبب من هذا القبيل، إلا إذا سبق له أن أحاطهم علماً به؛ وذلك حتى يوفر للطرفين الاطمئنان إلى أن إجراءات التحكيم تحقق لهما حقوقاً متوازية، وتمكينهما من التنازل عن تلك الأسباب، إذا لم يجد منها ما يدعو للشك، ويمكن أن يكون ذلك ضمنياً كما لو علموا بها ولم يثيروها قبل ختم المرافعة»⁽²⁾.

يستخلص من كل ما سبق ذكره، أن واجب إفصاح المحكّم عما يشكك في استقلاليته أو حياده يعد من أولى وأهم وأصعب الضمانات التي يمكن أن تُطلب منه، بوصف ذلك من الأمور التي تقع عليه.

المبحث الثاني

الضمانات عند التعيين القضائي للمحكّم

إن المبدأ في التحكيم يتمثل في أن يتم تعيين المحكّمين وفقاً لإرادة الأطراف، بحسبان إنها تمثل أساس التحكيم، فمن يقول تشكيل هيئة تحكيمية يقول كامل

(1) نذكر مثلاً الفصل الثالث من نظام تحكيم مركز تونس للمصالحة والتحكيم (CCAT)، والذي جاء فيه ما يلي: «... وعلى المحكّم الذي يعرض عليه التحكيم، أن يوقع قبل تعيينه على تصريح باستقلاليته عن الطرفين. وعليه عند الاقتضاء إعلام كتابة المركز بالوقائع أو الظروف التي من شأنها أن تمس باستقلاليته في نظر الأطراف. ويتولى المركز إعلام الأطراف بذلك كتابة، ويحدد لهم أجلاً لإبداء ملحوظاتهم عند الاقتضاء، وعلى المحكّم أن يعلم المركز والأطراف كتابة في الحال بالوقائع والظروف التي تطرأ في أثناء إجراءات التحكيم وتحديث الأثر نفسه لدى الأطراف».

(2) القرار التعقيبي رقم 5030، (غير منشور)، صادر في 2014/7/21.

الحرية لطرفي الخصومة التحكيمية. ولكن قد تعترض عملية تعيين المحكّمين صعوبات عديدة تؤدي إلى إخفاق الأطراف في تشكيل هيئة التحكيم؛ لذلك اتخذ المشرّع التونسي ضمانات لتجاوز مثل هذه الصعوبات، تتمثل في التدخل القضائي⁽¹⁾ لتجاوز التشكيل المختل للهيئة التحكيمية، أو لطلب المساعدة على تعيين الهيئة؛ لتفادي تعطيل سير الإجراءات التحكيمية المتميزة بالسرعة في البتّ في النزاع، ولكن على القاضي عند تعيينه للهيئة التحكيمية أن يراعي الاعتبارات الضامنة للاستقلالية والحياد، وهذا ما أكد عليه المشرّع في الفصل 18 من م.ت، الذي جاء فيه ما يلي: «إذا تعدد المحكّمون وجب أن يكون عددهم وترّاً، وإذا كان عدد المحكّمين المعيّنين من قبّل أطراف النزاع شفّعاً، فإن هيئة التحكيم تكتمل بإضافة محكّم تسند إليه رئاستها: إما باتفاق الأطراف، وإما من قبّل المحكّمين المعيّنين. وعند تعذر الاتفاق بين الأطراف أو بين المحكّمين، فإن رئيس المحكمة الابتدائية التي يوجد بدائرتها مقر التحكيم يتولى بناءً على طلب أحد الأطراف، تعيين المحكّم بقرار استعجالي غير قابل لأي وجه من أوجه الطعن، مراعيّاً في ذلك المؤهلات المطلوب توفرها في المحكّم، والاعتبارات الضامنة لاستقلالته وحياده»⁽²⁾.

نستنتج من أحكام الفصل 18 المذكور، أن المشرّع أكد على ضرورة مراعاة رئيس المحكمة الابتدائية للاعتبارات الضامنة للاستقلالية والحياد عند تعيينه للمحكّم، بوصفها جوهر المهمة القضائية الموكولة إليه ومبدأً أساسياً في التحكيم.

ولكن تجدر ملاحظة أن المشرّع تعرض لصورة تعيين رئيس المحكمة الابتدائية «للمحكّم الرئيس»، بقرار استعجالي عند تعذر الاتفاق بين الأطراف

(1) بخصوص تعيين المحكمة المختصة للمحكم انظر: نبيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، المرجع السابق، ص 90.

(2) الفصل 18 من م.ت الوارد في (باب التحكيم الداخلي).

أو بين المحكّمين، وذلك إذا كان عدد المحكّمين شفعاً، دون أن يتعرض لصورة التحكيم بـ «محكّم فردي»، كما أنه لم ينص على صورة امتناع أحد الأطراف عن تعيين المحكّم، على الرغم من أن مثل هذا التقاعس يترتب عنه تعطيل الإجراءات التحكيمية، مما يوجب اللجوء للقضاء لإلزام الطرف المتقاعس بتنفيذ ما التزم به.

وكانت صياغة الفصل 18 من م.ت محلّ تأويلاتٍ الفقه وفقه القضاء، حيث اعتبر بعض الفقه أن الفصل 18 يجب أن يؤول بصفة واسعة، ليشمل فرضيات أخرى متعلقة بصعوبة تشكيل هيئة التحكيم، وخاصة صورة الطرف المتقاعس الذي يريد الامتناع عن تعيين محكّم⁽¹⁾.

أما محكمة الاستئناف بقفصة فقد اعتبرت في قرارها رقم 262 الصادر في 1994/6/16، أن الفصل 18 يجب أن يؤول بصفة ضيقة، وقد ورد في حيثيته ما يلي: «حيث إن الإجراءات المنصوص عليها بالفصل 18 من م.ت، تتعلق - مثلما سبقت الإشارة - بتعيين المحكّم الذي تسند إليه رئاسة هيئة التحكيم. والمعنى المقصود بهاته الكلمة هو المحكّم الرئيس بدون خلاف، باعتبار أن الفصل وضع لحل إشكالية تعيين المحكّم الرئيس في صورة الخلاف بين الطرفين أو المحكّمين حول تعيينه. وحيث إنه لا يمكن توسيع نطاق هذا الفصل ليشمل - مثلما تبناه شراح القانون - تعيين المحكّم مع المحكّم الرئيس؛ ذلك أن عباراته واضحة وصریحة في مخالفة هذا التبني»⁽²⁾.

ويفهم من الحيثية المذكورة أن محكمة الاستئناف بقفصة اعتبرت أن الفصل 18 من م.ت، يخص فرضية تعيين رئيس المحكمة الابتدائية «للمحكّم الرئيس»

(1) يراجع في هذا الاتجاه في الفقه التونسي:

K.MEZIOU et A.MEZGHANI, "Le Code tunisien de l'arbitrage"; op.cit, p.531.

(2) قرار استئنافي رقم 262 صادر عن محكمة الاستئناف بقفصة في 1994/6/15.

بقرار غير قابل للطعن دون سواها؛ لأن أحكام الفصل 18 من م.ت، استثنائية بالنسبة لأحكام مجلة المرافعات المدنية والتجارية⁽¹⁾، والاستثناء «لا يتجاوز القدر المحصور مدة وصورة»⁽²⁾.

وبناءً على ما سبق ذكره، نرى أن اجتهاد محكمة الاستئناف بقفصة منطقي، ولكننا نميل إلى التأويل الواسع للفصل 18 من م.ت؛ لأن ذلك يراعي الإرادة الحقيقية للمشرع، الذي قصد من تكريس التدخل القضائي لتعيين محكم إيجاد حل للصعوبات المتعلقة بتشكيل هيئة التحكيم سواء كانت هذه الأخيرة بتركيبة مجلسيه أو بمحكم فردي؛ لتحقيق الغاية المرجوة من التحكيم، وهي سرعة الفصل في النزاع، كما أن هذا التأويل يجعل قرارات رئيس المحكمة الابتدائية المتعلقة بتعيين محكم للأطراف أو تحديد شكل الهيئة التحكيمية محصنة من أي طعن.

ويعد مجال تدخل القاضي في تعيين المحكم، أكثر اتساعاً في التحكيم الداخلي، حيث اعتبر المشرع أن رئيس المحكمة الابتدائية التي يوجد في دائرتها مقر التحكيم يختص بالفصل في صعوبات تشكيل هيئة التحكيم إذا كان التحكيم داخلياً، في حين أنه في مجال التحكيم الدولي لا يختص الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف في تونس بالفصل في صعوبات تشكيل هيئة التحكيم إلا إذا كان القانون التونسي هو المنطبق على الإجراءات التحكيمية باختيار

(1) ورد بالفصل 18 من م.ت أن: «تعيين رئيس المحكمة الابتدائية للمحكم يكون بقرار استعجالي غير قابل لأي وجه من أوجه الطعن»، في حين أن المبدأ يتمثل في أن القرارات الاستعجالية الصادرة عن رئيس المحكمة الابتدائية تخضع للاستئناف على معنى أحكام الفصل 1/208 من م.م.ت، الذي جاء فيه ما يلي: «يرفع استئناف الأحكام الاستعجالية الصادرة من رؤساء المحاكم الابتدائية للمحكمة الاستئنافية ذات النظر».

(2) ينص الفصل 540 من م.ا.ع، على ما يلي: «ما به قيد أو استثناء من القوانين العمومية أو غيرها، لا يتجاوز القدر المحصور مدة وصورة».

الأطراف⁽¹⁾ أو كان مكان التحكيم في تونس على معنى الفقرة 2 من الفصل 47 من م.ت.⁽²⁾.

وقد مكّن الفصل 18 من م.ت، رئيس المحكمة الابتدائية من تعيين المحكّم في فَرُضية واحدة، وهي اتفاق الأطراف على تعيين مقر التحكيم. ويفهم من ذلك أنه في صورة غياب الاتفاق هل يمكن تحديد المحكمة المختصة أم يجب تطبيق القواعد المبدئية المتعلقة بالاختصاص الترابي؟

يستخلص من كل ما سبق ذكره، أنه على المشرّع التدخل بتنقيح الفصل 18 من م.ت؛ لأن هناك عديد الفرضيات التي تفتقر لنص تشريعي ينظمها، كما يساعد ذلك على تجاوز الصعوبات التأويلية التي أثارها الفصل المذكور بالرغم أنه على المستوى التطبيقي لا يثير صعوبات؛ لأنه لا يحول دون تدخل القضاء الوطني في الفرضيات المذكورة لإنقاذ الإجراءات التحكيمية⁽³⁾.

-
- (1) بخصوص تطبيق فقه القضاء التونسي لهذه المسألة يراجع: القرار التعقيبي رقم 2013/7876، المؤرخ في 2014/1/2، والذي ورد في حيثيته ما يلي: «وحيث إن اتفاق الطرفين على تطبيق القانون التونسي يحول لأحدهما اللجوء إلى رئيس محكمة الاستئناف لطلب تعيين محكم طالما لم يتوصلا إلى تعيينه اتفاقاً بعد أن وجهت المعقّب ضدها للمعقّبة مكتوباً في الغرض تطالبها فيه باختيار محكم وبقي بدون نتيجة، بما يؤول إلى تعذر حصول الاتفاق، ولا مجال حينئذ للاحتجاج بأحكام الفصلين 151 و152 م.ا.ع، باعتبارهما من النصوص العامة التي لا تنطبق في حالة توفر نص خاص يتعلق بالحالة الراهنة، على غرار ما اقتضاه الفصل 56 ثالثاً، المذكور أعلاه، والذي طبقته محكمة القرار المنتقد تطبيقاً سليماً لا وهنّ فيه، واتجه كذلك رد هذا المطعن».
- (2) تنص الفقرة الثانية من الفصل 47 الواردة في الباب الثالث (في التحكيم الدولي)، على ما يلي: «باستثناء أحكام الفصول 53، 54، 80، 81، 82 من هذه المجلة، لا تنطبق أحكام هذا الباب إلا إذا كان مكان التحكيم واقعاً في التراب التونسي، أو إذا وقع اختيار هذه الأحكام، سواء من قبَل الأطراف أو من قبَل هيئة التحكيم».
- (3) نور الدين قارة، قانون الحكيم (مقدمة عامة - التحكيم الداخلي)، المرجع السابق، ص 108.

الجزء الثاني

جزاء انعدام الاستقلالية لدى المحكم

أوجب المشرع على المحكم أن يبادر بالإفصاح عن كل الأسباب التي تثير شكوكاً حول استقلاليته أو حياده؛ لتفادي التجريح فيه في أثناء سير الإجراءات التحكيمية؛ لأن إخفاءه لأي سبب حدث بعد تعيينه أو قبل تعيينه ولم يعلم به الطرفان، هو سبب يمكن التجريح على أساسه (المبحث الأول)، أما الأسباب التي لم يعلم بها الأطراف وليس هناك ما يثبت علمهم بها قبل ختم المرافعة، فتبقى سبباً من أسباب الطعن بإبطال القرار التحكيمي (المبحث الثاني).

المبحث الأول

التجريح في المحكم

إن للأطراف الحق في اللجوء للمحكمة المختصة لتقديم طلب تجريح في المحكم، إذا وُجدت أسباب تبعث على الشكوك في استقلاليته أو حياده (فقرة أولى)، ولكن لقبول هذا الطلب يجب اتباع إجراءات محددة (فقرة ثانية).

فقرة أولى: أسباب التجريح

نظمت مجلة التحكيم أسباب التجريح في المحكم، في الفصل 2/22 الذي جاء فيه ما يلي: «لا يجوز التجريح في المحكم إلا إذا وجدت أسباب من شأنها أن تثير شكوكاً لها ما يبررها حول حياده أو استقلاليته، أو إذا لم تتوفر فيه المؤهلات التي اتفق عليها الأطراف. ولا يجوز لأي من أطراف النزاع التجريح في محكم عينه أو اشترك في تعيينه، إلا لأسباب تبينها بعد أن تم التعيين. ويجرح أيضاً في المحكم بمثل ما يجرح به في القاضي»⁽¹⁾.

(1) الفقرة الثانية من الفصل 22 من م.ت، الوارد في باب (التحكيم الداخلي).

ونستنتج من أحكام الفقرة الثانية من الفصل 22 المذكور، أن هناك صورتين لتقديم طلب التجريح في المحكّم هما:

الصورة الأولى: ظهور أسباب تثير الشكوك حول حياده أو استقلاليته بعد تعيينه.

الصورة الثانية: ظهور أسباب تثير الشكوك حول حياده أو استقلاليته قبل تعيينه، ولم يعلم بها الأطراف عند التعيين.

وبناءً على ما سبق ذكره، فإنه لا يمكن التجريح في المحكّم في كل الحالات، فهناك تقييد بسبب الموافقة الصريحة للأطراف على تعيين المحكّم بعد تصريحه بكل الأسباب التي تثير الشكوك حول استقلاليته أو حياده⁽¹⁾، «الموافقة الصريحة للأطراف تمنع التجريح لاحقاً في المحكّم»⁽²⁾.

ولم ينصّ المشرّع صراحة على أسباب التجريح في المحكّم، إنما اعتبر أن الأسباب الموجبة للتجريح هي شكوك لها ما يبررها حول حياده أو استقلاليته. ويفهم من ذلك أنه لا يجرح فيه لأسباب التجريح نفسها التي يجرح بها في القاضي⁽³⁾، فأسباب التجريح في المحكّمين عديدة، قد تكون هي نفسها أسباب

(1) تنص الفقرة الأولى من الفصل 22 من م.ت، على ما يلي: «على الشخص - حين يعرض عليه احتمال تعيينه محكّمًا - أن يصرح بكل الأسباب التي من شأنها أن تثير شكوكًا لها ما يبررها حول حياده أو استقلاليته. وعليه - منذ تعيينه وما دامت إجراءات التحكيم سارية - ألا يتأخر عن إعلام أطراف النزاع بوجود أي سبب من هذا القبيل، إلا إذا كان قد سبق له أن أحاطهم علمًا به، ويضرب لهم أجلًا للرد، مع إشعارهم بأنه لا يقبل المهمة أو يتمادى فيها، إلا بعد موافقتهم الصريحة».

(2) نور الدين قارة، قانون الحكيم (مقدمة عامة - التحكيم الداخلي)، مرجع سابق، ص 114.

(3) ينص الفصل 2/22 من م.ت، على أنه: «ويجرح أيضًا في المحكّم بمثل ما يجرح به في القاضي...». ويفهم من ذلك أن الفصل 2/22 من م.ت، اعتمد القياس على أحكام الفصل 248 من م.م.ت، الذي ينظم التجريح في القضاة، والذي ورد فيه ما يلي: «تجرح مباشرة الوظائف العدلية أصالة على «الحكام»:

التجريح في القضاة، وقد تكون غيرها؛ لذلك خيّر المشرّع بين ترك المجال للمحكمة المختصة للفصل في طلب التجريح، وبين التصريح بوجود الاستقلالية من عدمها، باعتبار أن ذلك يتعلق بالوقائع.

وقد أكدت محكمة الاستئناف في تونس هذا التوجه، وحاولت تحديد مفهوم الحياد والاستقلالية، فورد في حيثية القرار الاستئنائي رقم 86 و87 و88، المؤرخ في 2001/4/24 أن: «الاستقلالية مفادها أن لا يكون للمحكّم أية علاقة أو رابطة، سواء كانت مادية أو أدبية بأحد أطراف الخصومة التحكيمية، وأن كل رابطة من هذا القبيل توجد بين المحكّم وأحد طرفي النزاع التحكيمي، تشكل خطراً على الطرف الآخر وتُفقد المحكّم استقلالته»⁽¹⁾.

ويفهم من حيثية القرار المذكور، أنه من الأسباب التي تثير الشكوك حول استقلالية المحكّم والتي تجيز التجريح فيه، ثبوت علاقة خاصة بأحد الأطراف كصلة القرابة أو المصاهرة، أو أن يكون له مصلحة شخصية من النزاع؛ كأن تكون له روابط مهنية أو تجارية بأحد الأطراف، مما يتوقع حصول الفائدة له

= أولاً: في النوازل التي هم فيها خصوم، أو لهم مشاركة مع الخصوم، أو مشاركة في التزام لأحد الخصوم، أو كان عليهم فيها مرجع الدرك.
ثانياً: في نوازل نسائهم، ولو بعد انفصال الزواج.
ثالثاً: في نوازل أقاربهم أو مصاهريهم بدون نهاية بسلسلة النسب المستقيم «وحواشيهم إلى الدرجة» (1) السادسة للأقارب، وإلى الدرجة الرابعة بالنسبة للأصهار.
رابعاً: في النوازل التي لزمهم القيام فيها بصفة نائب قانوني عن أحد الخصوم.
خامساً: في النوازل التي وقع سماعهم فيها بصفة شهود، أو التي باثروها بصفة حكام أو محكمين، أو سبق منهم إعطاء رأي فيها.
سادساً: إذا كانوا دائنين أو مدينين لأحد الخصوم.
سابعاً: إذا كان أحد الخصوم مستخدماً عندهم.
ثامناً: إذا سبق خصام بينهم وبين أحد الخصوم».

(1) القرار الاستئنائي رقم 86 و87 و88، (غير منشور)، مؤرخ في 2001/4/24، في: نور الدين قارة، قانون التحكيم (مقدمة عامة - التحكيم الداخلي)، مرجع سابق، ص 118.

من النزاع، وهذا ما نصت عليه صراحة محكمة الاستئناف في تونس في قرارها رقم 49205، المؤرخ في 27 يناير 1999، حيث اعتبرت أن: «وجود مثل هذه الروابط من شأنه أن يثير شكوكاً لها ما يبررها حول حياد المحكّم واستقلاليتة، خصوصاً وأنه اتضح أن المحكّم نفسه قد تولّى النيابة لدى القضاء عن الشركة المطلوبة التي هي طرف في التحكيم»⁽¹⁾.

يستخلص مما سبق ذكره، أنه يمكن تقديم طلب التجريح في المحكّم على أساس شكوك حول الاستقلالية، والتي يمكن تقديرها بموضوعية من خلال التحقق من انتفاء أية روابط مادية كعلاقة تجارية أو صداقة بأحد الأطراف أو قرابة دون علم الطرف الآخر بذلك⁽²⁾؛ أما الحياد فهو حالة ذهنية نفسية لها طابع ذاتي يتعلق بأخلاق المحكّم ومبادئه؛ لذلك يصعب تحديد مفهومه وإثباته، ولكن يمكن تقديره من خلال طريقة تعامل المحكّم مع المحتكمين وتجربته من كل ما قد يؤثر في حياده⁽³⁾.

وقد اعتبرت محكمة الاستئناف في تونس أن الحياد المنصوص عليه في الفصل 10 من م.ت، هو الحياد بالمعنى الأخلاقي (l'impartialité)، أي عدم التحيز لأحد الأطراف، وهذا يختلف عن الحياد بمعناه الفني (la neutralité)⁽⁴⁾ المنصوص عليه بالفصل 12 من م.م.م.ت، والذي يمنع على المحكمة إتمام أو

(1) القرار الاستئنائي رقم 49205، مؤرخ في 27 يناير 1999، م.ق.ت، مايو 1999، ص 280.

(2) حول تعريف الفقه لاستقلالية المحكّم انظر: هدى عبد الرحمن، دور المحكّم في الخصومة التحكيمية، المرجع السابق، ص 102.

(3) حول تحديد الفقه لمفهوم الحياد بالمعنى الأخلاقي انظر: أبو العلا علي أبو العلا النمر وأحمد قسمت الجداوي، المحكمون - دراسة تحليلية، إعداد المحكم، دراسة خاصة لطلبة الدراسات العليا بدبلوم التحكيم، مركز تحكيم حقوق عين شمس، دار أبو المجد للطباعة بالهرم، القاهرة، 2002، ص 27 وما يليها.

(4) حول مبدأ حياد القاضي المدني انظر: محمد كمال شرف الدين، القانون المدني، النظرية العامة للقانون، النظرية العامة للحق، المرجع السابق، ص 131 وما يليها.

إحضار حجج للخصوم⁽¹⁾.

وقد عرّفت محكمة الاستئناف بالقاهرة عدم الحياد بأنه: «ميل نفسي أو ذهني للمحكّم لصالح، أو ضد، أحد أطراف النزاع، بحيث يرجح معه عدم استطاعته الحكم بغير ميل أو هوى لأحد (أطراف النزاع) أو ضده، بيد أنه يجب أن تكون العداوة أو المودة شخصية، ومن القوة بحيث يستنتج منها قيام خطر عدم الحيادة عند إصدار الحكم»⁽²⁾.

ومن الأسباب التي تثير الشكوك حول حياد المحكّم، والتي تجيز التجريح فيه، نذكر سبق نظره في النزاع أو إبداء رأيه فيه، وهذا ما أكدت عليه محكمة التعقيب في قرارها رقم 5030 الصادر في 2014/7/21، والذي جاء فيه ما يلي: «اعتبرت محكمة الحكم المنتقد أن المحكّم هو محامي المعقّبة، وأن نيابته لها متواصلة، وهو ما يوفر في جانبه التبعية والارتباط المؤثر مادياً ومعنوياً وتفقدته النجاعة والموضوعية، وأن إخفائه لما كان يجب عليه التصريح به، من شأنه أن يقوم قرينة قاطعة على انعدام الحياد في جانبه»⁽³⁾.

ويمكن تقديم طلب التجريح في المحكّم على أساس أسباب تثير الشكوك حول استقلاليتها أو أسباب تثير الشكوك حول حياده، وهذا يعني أن هناك تفرقة بين الاستقلالية والحياد، وهذا ما أكد عليه المشرّع التونسي في الفصل 2/22 من م.ت، حيث اعتبر أنه «لا يجوز التجريح في المحكّم إلا إذا وجدت أسباب من شأنها أن تثير شكوكاً لها ما يبررها حول حياده أو استقلاليتها»⁽⁴⁾.

(1) قرار استئنائي رقم 42 (غير منشور)، صادر بتاريخ 1999/7/6، في: نور الدين قارة، قانون التحكيم (مقدمة عامة - التحكيم الداخلي)، مرجع سابق، ص 119.

(2) استئناف القاهرة، دائرة 91، 2004/3/30 في القضية 78 لسنة 120 ق. تحكيم (هذا الحكم الصادر عن محكمة الاستئناف بالقاهرة المذكور في هامش الصفحة 245 من: فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سبق ذكره).

(3) القرار الاستئنائي رقم 5030 (غير منشور)، مرجع سبق ذكره.

(4) الفصل 2/22 من م.ت.

وفي اعتقادنا، يبدو أن التفرقة بين الاستقلالية والحياد في الفصل 2/22 المذكور، مقصودة باعتبار وجود نظرية للتفرقة بين الاستقلالية بما هي معيار موضوعي، والحياد بما هو معيار شخصي، ولكن تجدر الإشارة إلى أنه رغم الفرق بينهما، يمكن الربط بين الاستقلالية والحياد؛ فالمحكّم غير المستقل من الصعب أن يكون محايداً، ولكن لا يجوز القول: إن غياب الاستقلالية يؤدي إلى فقدان الحياد؛ لأن المسألة تتعلق بأخلاق المحكّم ومبادئه⁽¹⁾.

يستخلص من كل ما سبق ذكره، أن المشرّع التونسي لم ينص على أسباب حصرية للتجريح في المحكّم، وهذا يعني أن أسباب التجريح فيه عديدة، وقد تكون هي نفسها أسباب التجريح في القاضي، وقد تكون غيرها، ولكن في كل الحالات لقبول طلب التجريح يجب اتباع إجراءات محددة (الفقرة الثانية).

فقرة ثانية: إجراءات التجريح

على طالب التجريح في المحكّم تقديم هذا الطلب للمحكمة المختصة (أ) في الآجال المحددة لذلك (ب).

(أ) الجهة المختصة بالنظر في طلب التجريح

تنص الفقرة الأخيرة من الفصل 22 من م.ت، على ما يلي: «يرفع طلب التجريح في المحكّم للمحكمة الابتدائية التي يوجد بدائرتها مقر التحكيم، والتي تنظر فيه طبق أحكام مجلة المرافعات المدنية والتجارية»⁽²⁾.

ويتضح من أحكام الفقرة الأخيرة من الفصل 22 المذكور، أن الاختصاص الترابي للمحكمة الابتدائية يحدد حسب مقر التحكيم. ويقصد بهذا الأخير

(1) نور الدين قارة، قانون التحكيم (مقدمة عامة التحكيم - التحكيم الداخلي)، المرجع السابق، ص 119 وما بعدها.

(2) الفقرة الأخيرة من الفصل 22 من م.ت (الوارد في باب التحكيم الداخلي).

مكان الجلسات والمواعيد، والذي يفضل أن يكون مكانًا محايدًا⁽¹⁾ يقع تحديده باتفاق المحكّمين، فإذا لم يتفقوا على ذلك يجدده المحكّم، مراعيًا محل إقامة الطرفين أو (ممثليهما)، محل إقامة الشهود⁽²⁾.

وتختلف الجهة المختصة بالنظر في طلب التجريح حسب طبيعة التحكيم، سواء الداخلي أو الدولي؛ فعندما يكون التحكيم دوليًا، فإنه يتعين تقديم طلب التجريح لمحكمة الاستئناف في تونس بوصفها المحكمة المختصة في مجال التحكيم الدولي⁽³⁾، وفي بصورة اتفاق الأطراف على إسناد إجراءات التحكيم لمؤسسة معينة، على محكمة الاستئناف في تونس رفض طلب التجريح⁽⁴⁾.

أما إذا كان التحكيم داخليًا، فإنه يتعين تقديم طلب التجريح للمحكمة الابتدائية التي يوجد بدائرتها مقر التحكيم، والتي تنظر فيه طبقًا لأحكام مجلة المرافعات المدنية والتجارية، وتحديدًا الفصل 68 وما يليه من م.م.ت، ويكون الحكم الصادر في طلب التجريح قابلاً للطعن بالاستئناف طبقًا أحكام

(1) حول موقف فقه القضاء التونسي من هذه المسألة نذكر: القرار الاستئنائي رقم 40438، الصادر بتاريخ 2013/12/10، والذي ورد في حيثيته ما يلي: «وحيث إن الأمر كذلك بالنسبة لمكتب المحاماة الذي يأخذ قانونًا شكل شركة مدنية تعمل كوحدة متكاملة لمصلحة وكلائها ويسعى جميع المحامين المنتمين إليه إلى بذل ما في وسعهم لربح القضايا المرفوعة من طرفهم حتى يضمنوا استمرارية تعامل أكبر عدد من الحرفاء، مما يجعل الفصل بين المحامي والمكتب الذي ينتهي إليه أمرًا عسيرًا، ومن هذا المنطلق يكون ارتباط ذلك المكتب بالهيئة التحكيمية أمرًا من شأنه أن يثير شكوكًا حول استقلالية المحكّمين وحيادهم في نظر الطرف الثاني في الخصومة، سواء كان لتلك الشكوك ما يؤيدها واقعياً أم لا».

(2) يراجع في هذا الشأن: فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص 324.
(3) ينص الفصل 3/58 من م.ت (الوارد في باب التحكيم الدولي) على ما يلي: «إذا لم يتخل المحكّم المجرح فيه أو لم يوافق الطرف الآخر على طلب التجريح، فللقائم بالتجريح أن يطلب من محكمة الاستئناف في تونس، خلال خمسة وأربعين يومًا من العرض المنصوص عليه بالفقرة 2 المتقدمة - النظر في التجريح».

(4) ينص الفصل 4/58 من م.ت على ما يلي: «إذا أسندت إجراءات التحكيم التي اتفق عليها الأطراف، البتّ في التجريح لمؤسسة معينة، فعلى المحكمة رفض النظر فيه».

مجلة المرافعات المدنية والتجارية، على خلاف حكم التجريح في مجال التحكيم الدولي الذي يكون غير قابل للطعن بأية طريق من طرق الطعن⁽¹⁾.

ويستخلص من كل ما سبق ذكره، أن المشرع فرّق بين إجراءات التجريح في المحكّم في التحكيم الداخلي والدولي، من ذلك نذكر أنه في مجال التحكيم الداخلي يجوز الطعن بالاستئناف في حكم التجريح؛ أما في التحكيم الدولي فإن حكم التجريح لا يقبل أي وجه من أوجه الطعن؛ وذلك لسرعة الفصل في النزاع، ولكن السرعة في فصل النزاعات هي الغاية المرجوة من التحكيم، سواء كان دولياً أو داخلياً؛ لذلك يجب على المشرع التدخل بتنقيح الفصل 22 من م.ت؛ لأن الطعن في حكم التجريح يعرقل إجراءات التحكيم، ويمكن الطرف سيئ النية من اصطناع أسباب وهمية بهدف المماطلة وتعطيل سير الإجراءات التحكيمية⁽²⁾. كما يجب النص على استمرار الإجراءات التحكيمية⁽³⁾ عند تقديم طلب تجريح في المحكّم وتحديد أجلٍ للبتّ في هذا الطلب؛ حتى لا تتعطل هذه الإجراءات.

ولقبول طلب التجريح في المحكّم، يجب احترام المبادئ الأساسية التي

(1) ينص الفصل 3/58 من م.ت على ما يلي: «ويكون الحكم الصادر في الموضوع غير قابل لأي وجه من أوجه الطعن».

(2) لحظ الفقيه إيمانويل قايار أن: «كل القواعد التي تحكم إجراءات التحكيم أو جلها يمكن أن ينحرف بها بعض الأطراف الذين لا يودون أن يصل التحكيم إلى النتيجة المرجوة»، (نقلًا عن لطفي الشاذلي، التصدي للمماطلة والتعطيل في التحكيم التجاري الدولي، المجلة القانونية التونسية، مركز النشر الجامعي، 2004، ص102)؛

E.GAILLARD, "Les manœuvres dilatoires des parties et des arbitres dans l'arbitrage commercial international", Rev. arb., 1990, p.759.

(3) ينص الفصل 25 من م.ت (الوارد في باب التحكيم الداخلي) على ما يلي: «تتوقف إجراءات التحكيم إذا قدم طلب في عزل المحكّم أو في التجريح فيه، إلى حين البت في الطلب»؛ وينص الفصل 3/58 من م.ت (الوارد في باب التحكيم الدولي)، على ما يلي: «وانتظار الحكم المذكور تتوقف إجراءات التحكيم».

يرتكز عليها التحكيم، والمتمثلة في ضرورة احترام حقوق الدفاع والمواجهة لطرفي التداعي⁽¹⁾، والآجال المحددة لرفع طلب التجريح (ب).

(ب) أجل تقديم طلب التجريح

ينص الفصل 12 من م.ت، على أنه: «لا يقبل عزل المحكّم أو التجريح فيه بعد ختم المرافعة»⁽²⁾.

ويتضح من أحكام الفصل 12 من م.ت المذكور، أنه بالنسبة للتحكيم الداخلي لم يعين المشرّع التونسي أجلاً محدداً لتقديم طلب التجريح في المحكّم، حيث اعتبر أن هذا الطلب يسقط إذا قدّم بعد ختم المرافعة. وهذا يعني أنه لا يقبل تقديم طلب التجريح إلا قبل ختم المرافعة، وقد أكدت هذا الاتجاه محكمة الاستئناف بتونس، حيث اعتبرت «أن التجريح في المحكّم، ولئن كان من حق طرفي النزاع إلا أن ذلك لا يكون إلا وفق الإجراءات التي حددها المشرّع، وهي أن يكون التجريح قبل ختم المرافعة، وطالما اقتضى الفصل أنه لا يقبل فإنه

(1) حول المبادئ الأساسية التي يركز عليها التحكيم انظر: فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص 590 وما بعدها؛ أكد فقه القضاء التونسي في عديد المناسبات على واجب احترام حقوق الدفاع، من ذلك نذكر القرار التعقيبي رقم 2011/63980 (غير منشور)، مؤرخ في 18 يوليو 2011، والذي ورد فيه ما يلي: «لئن لم تحدد مجلة التحكيم مفهوم القواعد الأساسية للإجراءات، وكذلك القانون التونسي بصفة عامة، إلا أن الفقه وفقه القضاء عرفها بكونها القواعد التي لا يمكن دون احترامها إصدار قرار عادل وضامن لحد أدنى من العدالة، وعليه يمكن القول: إن القواعد الأساسية للإجراءات هي القواعد المتعلقة باحترام حقوق الدفاع التي تمكن كل طرف بعد استدعائه من الدفاع عن نفسه وإبداء ما له من ملحوظات وأدلة ومناقشة دفوعات خصمه، وهو ما يلزم هيئة التحكيم باعتماد نظام يضمن للأطراف حق الدفاع».

(2) الفصل 12 من م.ت (الوارد في باب التحكيم الداخلي).

بصريح النص لا يمكن التجريح في المحكّم إلا قبل ختم المرافعة وليس بعد صدور القرار التحكيمي⁽¹⁾.

وفي مجال التحكيم الدولي، حدّد المشرّع آجالاً دقيقة ومضبوطة لتقديم طلب التجريح وإلا يعتبر الطرف المجرّح متنازلاً عن حقه في التجريح؛ عملاً بأحكام الفصل 58، فقرة 2 من م.ت⁽²⁾، وذلك لتجنب إثارة الأطراف سيئي النية احترازا في مرحلة متقدمة من الخصومة التحكيمية، مما يترتب عليه تعطيل سير الإجراءات التحكيمية⁽³⁾.

ونستنتج من كل ما سبق ذكره، أن أجل تقديم طلب التجريح في المحكّم يختلف حسب طبيعة التحكيم (الداخلي أو الدولي)، ونرى أنه كان من الأفضل عدم التفريق بين التحكيمين، وتعيين أجل قانوني مضبوط للقيام بالتجريح في المحكّم بالنسبة للتحكيم الداخلي، على غرار التحكيم الدولي؛ لتوفير ضمانات كافية للمحكّمين، وعدم توفير وسائل للطرف سيئي النية تمكّنه من تعطيل التحكيم؛ فالأطراف غايتهم من اللجوء للتحكيم، سواء كان داخلياً أو دولياً، هو

(1) قرار استثنائي رقم 38180 (غير منشور)، صادر في 2014/5/13.

(2) ينص الفصل 2/58 من م.ت (الوارد في باب التحكيم الدولي) على أنه: «إذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق فإن الطرف الذي يعترم التجريح في محكم ما، ينبغي عليه أن يعرض أسباب التجريح كتابة على هيئة التحكيم خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ علمه بتأليفها، أو من تاريخ علمه بأي سبب من الأسباب المشار إليها بالفقرة 2 من الفصل 57 من هذه المجلة».

(3) انظر: لطف الشاذلي، التصدي للمماطلة والتعطيل في التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 121؛ وهذا ما أكدت عليه محكمة الاستئناف في تونس في القرار الاستثنائي رقم 82 (غير منشور)، الصادر في 2001/4/24، حيث أقرت صراحة: «أن المشرع قيد حق طلب التجريح بأجل مضبوط لغاية تلافي الإجراءات التعسفية، وحدده بخمسة عشر يوماً ينطلق إما من العلم بتأليف هيئة التحكيم، وإما من العلم بأي سبب من أسباب التجريح. ويقع احتساب أجل التجريح من تاريخ العلم بتأليف هيئة التحكيم. أما احتساب الأجل المذكور من تاريخ العلم بأسباب التجريح فيحصل في صورة ما إذا تفضن طالب التجريح إلى أسباب التجريح بعد تشكيل هيئة التحكيم».

سرعة الفصل في النزاع؛ لذلك يجب على المشرع التدخل بمعالجة الفصل 12 من م.ت؛ لضمان نجاعة التحكيم.

ويسقط تقديم طلب التجريح في المحكّم، بعد ختم المرافعة، على معنى أحكام الفصل 12 من م.ت، وهذا يعني أنه لا يجوز التجريح في المحكّم بعد صدور الحكم التحكيمي، وبالتالي فإن الأسباب التي تثير الشكوك حول استقلالية المحكّم ولم يعلم بها الأطراف وليس هناك ما يثبت علمهم بها في هذه المرحلة، تبقى سبباً من أسباب الطعن بإبطال الحكم التحكيمي (المبحث الثاني).

المبحث الثاني

الطعن بإبطال الحكم التحكيمي

نظم المشرع التونسي في الفصل 42 من م.ت، الطعن بإبطال الحكم التحكيمي الداخلي، والذي ورد فيه ما يلي:

«يجوز طلب إبطال حكم هيئة التحكيم الصادر نهائياً في الأحوال التالية:

أولاً: إذا كان قد صدر دون اعتماد على اتفاقية تحكيم أو خارج نطاقها.

ثانياً: إذا صدر بناءً على اتفاقية تحكيم باطلة أو خارج آجال التحكيم.

ثالثاً: إذ شمل أموراً لم يقع طلبها.

رابعاً: إذا خرق قاعدة من قواعد النظام العام.

خامساً: إذا لم تكن هيئة التحكيم مترتبة بصفة قانونية.

سادساً: إذا لم تراعى القواعد الأساسية للإجراءات»⁽¹⁾.

(1) الفصل 42 من م.ت (الوارد في باب التحكيم الداخلي).

ويتضح من أحكام الفصل 42 المذكور، أن المشرع لم ينص صراحة على صورة إبطال حكم تحكيمي صادر عن محكم غير مستقل أو غير محايد، ولكن رغم غياب النص القانوني اجتهد القضاء التونسي واعتبر في عديد القضايا المعروضة عليه، أن غياب الاستقلالية أو الحياد في شخص المحكم، يؤدي إلى إبطال الحكم التحكيمي على معنى الفصل 42 من م.ت.

و نذكر على سبيل المثال القرار الاستئنائي رقم 49205، الصادر عن محكمة الاستئناف في تونس بتاريخ 1998/1/27، حيث اعتبرت المحكمة أن الغلط في الصفات الجوهرية للمحكم، خاصة صفتي الحياد والاستقلالية مبطلٌ لانفاقية التحكيم، بما يوجب إبطال الحكم التحكيمي المؤسس عليه؛ لأنه صدر عن هيئة تحكيمية متركبة بصفة غير قانونية⁽¹⁾، أما محكمة التعقيب فقد اعتبرت في القرار التعقيبي رقم 75130، الصادر بتاريخ 2000/2/21، أن إخلال المحكم بشرط الحياد يجعل الحكم التحكيمي خارقاً للمبادئ الأساسية للإجراءات ولقواعد النظام العام، ويكون مآله الإبطال طبقاً لأحكام الفصل

(1) القرار الاستئنائي رقم 49205، سبق ذكره، وقد ورد في حيثيته أنه: «ومن ثم فإن عقد التحكيم هو عقد متعدد الأطراف، يشترط فيه رضا طرفي المنازعة ورضاء المحكمين بالمهمة. وإن رضاء كل طرف من أطراف الخصومة التحكيمية بالمحكمين ضروري، حتى بالنسبة للمحكم الذي يعينه خصمه، وإلا فله القدرح فيه أمام هيئة التحكيم، كما له التخلي عن القدرح فيه والرضاء بتحكيمه رغم وجود القوادح. وحيث لا يصح التحكيم إذا انبنى رضاء أحد أطرافه بالتحكيم أو بالمحكمين على الغلط. وحيث يتضح من أوراق القضية أن المحكم لم يصرح بالقوادح؛ عملاً بالفصل 22 من مجلة التحكيم، وأنه تبين أنه تربطه علاقات أعمال بالمطلوبة الآن، ومن ثمة يتأكد غلط الطالبة في الصفة الجوهرية للمحكم. وأن مثل هذا الغلط هو الذي جعل طالبة الإبطال تمسك عن القدرح في المحكم أثناء سير إجراءات التحكيم. مما يجعل رضاها بتحكيمه موجباً للإبطال؛ عملاً بالفصل 43 من مجلة الالتزامات والعقود. وحيث إن بطلان فرع من فروع عقد التحكيم موجب لإبطال أعمال التحكيم والقرار التحكيمي أيضاً، ولو كان غياب الاستقلالية والحياد خاصاً بأحد المحكمين دون سواه».

42 من م.ت⁽¹⁾. وقد أقرت المحكمة نفسها صراحة في القرار التعقيبي رقم 5030 الصادر بتاريخ 2014/7/21، بأنه لما «اعتبرت محكمة الحكم المنتقد أن المحكّم هو محامي المعقبة وأن نيابته لها متواصلة، وهو ما يوفر في جانبه التبعية والارتباط المؤثر مادياً ومعنوياً، ويفقده النجاعة والموضوعية، وأن إخفاءه لما كان يجب التصريح به من شأنه أن يقوم قرينة قاطعة على انعدام الحياد في جانبه، ويجعل قرار التحكيم خارقاً للمبادئ الأصولية للإجراءات ولقواعد النظام العام تكون قد أقامت قضاءها على ما له أصل صحيح من حيث الواقع والقانون، وطبقت أحكام الفصل 42 من م.ت تطبيقاً سليماً»⁽²⁾.

(1) قرار تعقيبي رقم 75130، صادر بتاريخ 2000/2/21، نشرية محكمة التعقيب لسنة 2000، القسم المدني، ج2، مرافعات مدنية وتجارية، ص81. وورد في حيثيته ما يلي: «وحيث إن أحد المحكمين وهو الأستاذ (...) المعين من طرف الطاعنة، وإن صرح بجلسة يوم 1997/10/28 باستعداده لمواصلة مأموريته، مع التذكير بأنه كان نائباً لمن عينته في قضايا أخرى لا علاقة لها بموضوع التحكيم، إلا أنه لم يقف عند هذا الحد، بل ناب الطاعنة الآن في قضية أخرى بتاريخ 1997/12/12، دون أن يصرح بذلك ودون أن يوجد بالملف ما يثبت علم المعقب عليه بهذا الأمر، علماً بأن هذا الأخير رضي بمواصلة المحكّم الأستاذ (...) إثر القيام هذا الأخير بالتصريح الصادر عنه بجلسة 1997/10/28، ملاحظاً أنه طالما كان الأمر يتعلق بقضايا سابقة عن قضية التحكيم الحالية، ولا علاقة لها بالخصام فإنه لا يرى مانعاً في استمراره كمحكم. وحيث إن مواصلة الأستاذ (...) الترافع عن الطاعنة أثناء جريان قضية التحكيم وإعلان نيابته عنها في القضية [رقم] 96421 بتاريخ 1997/12/12، من شأنه كما لاحظت محكمة القرار أن يثير شكوكاً لها ما يبررها حول حياده أو استقلاليتها؛ لما ترتب عن نيابته من مصالح مالية من شأنها أن تخل بمبدأ الموازنة بين الأطراف في الدفاع عن حقوقهم. وتأسيساً على ذلك فإن محكمة القرار لما اعتبرت أن إخلال المحكّم بهذا المبدأ وإخفاءه لما كان يجب عليه التصريح به؛ من شأنه أن يقوم قرينة قاطعة على انعدام الحياد في جانبه، ويجعل قرار التحكيم خارقاً للمبادئ الأصولية للإجراءات ولقواعد النظام العام، تكون قد أقامت قضاءها على ما له أصل صحيح من حيث الواقع والقانون، وطبقت الفصل 42 من مجلة التحكيم تطبيقاً سليماً، فأمسى الطعن فاقداً لما يسنده واستحق بذلك الرفض».

(2) قرار تعقيبي رقم 5030 (غير منشور)، سبق ذكره.

وقد أكدت هذا الاتجاه محكمة الاستئناف في تونس، حيث اعتبرت: «أن عدم الكشف عن هوية المحكّم لا يخول للأطراف التثبيت من توفر الشروط المستوجبة في المحكّم والمنصوص عليها بالفصل 10 من م.ت، كما يخول دون تطبيق أحكام الفصل 22 من م.ت، المتعلقة بالتجريح في المحكّم، فغياب النص القانوني الذي يوجب صراحة على مؤسسة التحكيم الكشف عن هوية المحكّمين لا يعني هذه الأخيرة من ذلك، طالما كان تطبيق الفصلين 10 و22 من م.ت يقتضي ضرورة إعلام الأطراف بهوية المحكّم. إن حرمان الطالبة من حقها في معرفة هوية المحكّم للتثبيت من توفر الشروط التي أوجبها الفصل 10 من م.ت من كفاءة واستقلالية وحياد وتمتع بالحقوق المدنية والسياسية، بما يخول لها ممارسة حقها في التجريح في المحكّم عند الاقتضاء، وفق الفصل 22 من م.ت يعد هضمًا صريحًا لحقوق الدفاع وخرقًا واضحًا للإجراءات الأساسية يوجب التصريح بإبطال القرار التحكيمي»⁽¹⁾.

ونستنتج من كل ما سبق ذكره، أن فقه القضاء التونسي اعتبر أنه عند اكتشاف أحد الأطراف أي سبب من شأنه أن يثير الشكوك حول استقلالية المحكّم أو حياده بعد ختم المرافعة يكون سبب لطلب إبطال الحكم التحكيمي على معنى الفصل 42 من م.ت.

وهناك اختلاف حول الأساس القانوني للإبطال؛ فمحكمة الاستئناف في تونس اعتبرت في القرار رقم 49205 الصادر بتاريخ 1998/1/27، أن الغلط في الصفات الجوهرية للمحكّم، خاصة صفتي الحياد والاستقلالية - مبطل لاتفاقية التحكيم، بما يوجب إبطال الحكم التحكيمي المؤسس عليه، ولكن هذا الحل الذي توصلت إليه محكمة الاستئناف في تونس يتعارض مع رأي الفقه القائل: «إن هناك عقدًا مستقلًا عن اتفاقية التحكيم»، وهو «عقد المحكّم»

(1) قرار استئنائي رقم 63269 (غير منشور)، صادر في 2014/6/24.

الذي يقع إبرامه بين الأطراف والمحكم⁽¹⁾؛ لذلك أقرت محكمة التعقيب حلاً بديلاً في القرار التعقيبي رقم 75130، والصادر بتاريخ 2000/2/21، حيث اعتبرت أن إخلال المحكم بشرط الحياد يجعل الحكم التحكيمي خارقاً للمبادئ الأساسية للإجراءات ولقواعد النظام العام، ويكون مآله الإبطال طبقاً لأحكام الفصل 42 من م.ت. وهذا السند البديل الذي وجدته محكمة التعقيب استندت إليه عديد القرارات التعقيبية والاستئنافية التي أجازت إبطال الحكم عند معرفة الأطراف أي سبب يثير الشكوك حول استقلالية المحكم أو حياده بعد ختم المرافعة؛ لأن الحكم التحكيمي يعد خارقاً للمبادئ الأساسية للإجراءات على معنى أحكام الفصل 6/42 من م.ت.

ويستند القضاء التونسي إلى المعطيات الموضوعية لا إلى المعطيات الذاتية، عند التثبت من استقلالية المحكم، بمعنى أنه لا يهتم بنية المحكم أو إرادته؛ ففي القرار التعقيبي رقم 75130، والصادر بتاريخ 2000/2/21، إذا كان المحكم يمتن المحاماة وصرح بأنه كان نائباً للشركة التي عينته في قضايا أخرى لا علاقة لها بموضوع التحكيم وقبّل الأطراف بذلك، ثم ناب عنها في قضية أخرى بعد تعيينه محكماً، دون أن يصرح بذلك للأطراف، ربما يكون ذلك سهواً منه، ولكن محكمة التعقيب لم تهتم بنية المحكم، واستندت إلى معطيات موضوعية، حيث اعتبرت أن إخفاء المحكم لما كان يجب عليه التصريح به، من شأنه أن يقوم قرينة قاطعة على انعدام الحياد، ويجعل قرار التحكيم خارقاً للمبادئ الأساسية للإجراءات، ولقواعد النظام العام.

ويستخلص من كل ما سبق ذكره، أن المشرع أجاز إبطال الحكم التحكيمي إذا اكتشف الأطراف أي سبب يثير الشكوك حول استقلالية المحكم أو حياده بعد ختم المرافعة؛ لكي لا ينتج الحكم آثاره باعتباره خارقاً للمبادئ الأساسية

(1) حول هذه المسألة انظر: T. CLAY, l'arbitre, op.cit, n°587et s. :

للإجراءات، ولكن إبطال الحكم التحكيمي يترتب عنه ضياع الوقت والمال؛ لذلك فإن على المحكّم عدم إخفاء ما كان يجب عليه التصريح به، وإعلام الأطراف بتلك الظروف والوقائع التي قد تثير الشكوك حول استقلاليتها؛ لتحقيق نجاعة التحكيم.

النتائج والتوصيات

في النهاية توصل البحث إلى عدّة نتائج وتوصيات، نوردها كالتالي:

أولاً- النتائج:

خلص البحث إلى النتائج التالية:

- للمحكّم دور مركزي في الخصومة التحكيمية؛ لذلك اشترط الفصل 10 من م.ت عدة شروط تتعلق به، وأهمها الاستقلالية والحياد إزاء الأطراف؛ لكونهما جوهر المهمة القضائية الموكولة إليه⁽¹⁾.

- يصعب في الواقع التأكد من استقلالية وحياد المحكّم أو المحكّمين الذين وقع تعيينهم؛ لذلك اعتمد المشرّع التونسي، مثله مثل جُلّ التشريعات الوطنية الحديثة، ضمانات لتحقيق ذلك.

- من أهم الضمانات التي نص عليها المشرّع تلك النابعة من المحكّم نفسه، فهو يتحمل العديد من الالتزامات، وأهمها الالتزام الذي يقع على ضميره⁽²⁾، فيرفض المهمة التحكيمية منذ البداية دون الإفصاح عما يشكك في استقلاليتها، أو يبادر بالإفصاح - مثلما نص على ذلك الفصل 22 من م.ت -

(1) انظر: T.CLAY, "L'arbitre", ibid., n°276.

(2) انظر: أبو العلا علي أبو العلا النمر، تكوين هيئات التحكيم، دراسة تحليلية مقارنة، المرجع السابق، ص 83.

عن كل الأسباب التي قد تثير الشكوك في استقلاليتها أو حياده طوال إجراءات التحكيم وقبل ختم المرافعة، مع تعليق قبوله للمهمة التحكيمية على الموافقة الصريحة للأطراف بشأن ما صرح به.

- الهدف من الموافقة الصريحة للأطراف على تعيين المحكم بعد إفصاح المحكم عما يشكك في استقلاليتها، هو تفادي التجريح فيه في أثناء سير الإجراءات التحكيمية؛ لأنه يترتب عنه تعطيل التحكيم، باعتبار أن الفصل 22 في فقرته الأخيرة أسند الاختصاص للمحكمة الابتدائية، مع الإحالة لمجلة المرافعات المدنية والتجارية التي تمكن من الاستئناف الذي من شأنه أن يوقف الحكم الابتدائي، وهذا يعني أن الأطراف بلجوئهم للتحكيم أرادوا سرعة الفصل في النزاع والبعد عن القضاء الوطني والشكالية وجدوا أنفسهم أمام قضية ينظر فيها ابتدائياً واستئنافياً، وهذا يترتب عنه تعطيل التحكيم، خاصة أن الفصل 25 من م.ت أقر أن إجراءات التحكيم تتوقف إلى حين البت في طلب التجريح في المحكم.

- لم يعين المشرع أجلاً مضبوطاً للقيام بالتجريح في المحكم بالنسبة للتحكيم الداخلي، حيث أقر الفصل 12 من م.ت، أنه يسقط هذا الطلب إذا قدم بعد ختم المرافعة، وهذا من شأنه أن يمكن الطرف سيئ النية من إثارة احترازاات في مرحلة متقدمة من الخصومة التحكيمية، مما يترتب عنه تعطيل التحكيم.

- رغم غياب النص القانوني، اجتهد القضاء التونسي واعتبر في العديد من القضايا المعروضة عليه، أن الأسباب التي لم يعلم بها الأطراف قبل ختم المرافعة تبقى سبباً من أسباب الطعن بالإبطال، طالما أن أحد المحكمين له علاقة تبعث الشك في استقلاليتها أو حياده، وهذه قاعدة إجرائية تهم الإجراءات الأساسية المنصوص عليها بالفصل 6/42 من م.ت.

- بالإضافة للضمانات النابعة من المحكّم نفسه، اتخذ المشرّع التونسي ضمانات قضائية في الفصل 18 من م.ت، تتمثل في التدخل القضائي لتعيين المحكّم في صورة إخفاق الأطراف في تشكيل هيئة التحكيم؛ لتفادي تعطيل التحكيم، هذا كما أكد على ضرورة مراعاة رئيس المحكمة الابتدائية عند تعيينه للهيئة التحكيمية الاعتبارية الضامنة للاستقلالية والحياد.

- أثار الفصل 18 من م.ت، إشكالاً؛ لأنه لم ينص على كل الفرضيات التي تستوجب التدخل القضائي لتعيين المحكّم، وخاصة صورة امتناع أحد الأطراف عن تعيين المحكّم، بالرغم أن مثل هذا التقاعس يترتب عنه تعطيل الإجراءات التحكيمية، مما يوجب التدخل القضائي لإلزام الطرف المتقاعس بتنفيذ ما التزم به.

- مكّن الفصل 18 من م.ت، رئيس المحكمة الابتدائية من تعيين المحكّم في فرضية واحدة، وهي اتفاق الأطراف على تعيين مقر التحكيم، وهذا يجعلنا نتساءل: هل في صورة غياب الاتفاق لا يمكن تحديد المحكمة المختصة؟ أم يجب تطبيق القواعد المبدئية المتعلقة بالاختصاص الترابي؟

- أعطى المشرّع الأطراف ضمانات للتصدي للمحكّم غير مستقل أو غير محايد، ولكن تبين لنا أن هذه الضمانات يمكن الانحراف بها لتعطيل التحكيم، وهذا لا يتماشى مع روح التحكيم.

ثانياً- التوصيات:

على ضوء النتائج السابقة، خلص البحث إلى التوصيات التالية:

- تعيين أجل محدد لقبول المحكّم لمهمته، وفي صورة عدم قبوله يعد رافضاً للمهمة التحكيمية؛ لتفادي تعطيل التحكيم.

- المحكّم قاض خاص؛ لذلك عليه أن يكون مستقلاً ومحايلاً إزاء الأطراف، وعليه الإفصاح عن الأسباب التي من شأنها أن تثير شكوكاً حول حياده أو استقلاليته.

- مكّن المشرّع الأطراف كافة من التجريح في المحكّم، إذا وجدت أسباب تثير الشكوك في استقلاليته أو حياده، ولكن عليه التصدي للأطراف سيئي النية الذين يريدون استعمال هذه الضمانة أداة للتعطيل، خاصة في التحكيم الداخلي.

- على المشرّع التدخل بتنقيح الفصل 22 من م.ت؛ وذلك بعدم الإحالة لمجلة المرافعات المدنية والتجارية، وإسناد اختصاص التجريح لمحكمة الاستئناف في تونس، على غرار التحكيم الدولي؛ لتفادي تعطيل التحكيم.

- النص على استمرار الإجراءات التحكيمية إلى حين البتّ في طلب التجريح وتحديد أجل محدد للبت في هذا الطلب؛ لتفادي التعطيل.

- تمكين الأطراف من الاتفاق على إجراءات التجريح، وفي صورة عدم اتفاقهم التنصيص على آجال دقيقة ومضبوطة لتقديم طلب التجريح، وإلا يعتبر الطرف المجرح متنازلاً عن حقه في التجريح؛ وذلك لتجنّب إثارة الأطراف سيئي النية الاحترازات في مرحلة متقدمة من الخصومة التحكيمية، مما يترتب عنه تعطيل إجراءات التحكيم.

- تحصين حكم التجريح في المحكّم من أي وجه من أوجه الطعن؛ لعدم تمكين الطرف سيئي النية من اصطناع أسباب وهمية بهدف تعطيل سير الإجراءات التحكيمية.

- يترتب عن إبطال الحكم التحكيمي ضياع الوقت والمال؛ لذلك على المحكّم عدم إخفاء ما كان يجب عليه التصريح به، وإعلام الأطراف بكل

الظروف والوقائع التي قد تثير الشكوك حول استقلاليته أو حياده؛ لتحقيق نجاعة الحكم التحكيمي، فما الفائدة من صدور حكم تحكيمي مآله الإبطال؟

- مراعاة القاضي عند تعيينه للمحكّم الاعتبارات الضامنة للاستقلالية والحياد بوصفها جوهر المهمة القضائية الموكولة إليه.

- تنقيح الفصل 18 من م.ت؛ لأنه أسند اختصاص التعيين لرئيس المحكمة الابتدائية التي يوجد بدائرتها مقر التحكيم، وهنا نصّ على فرضية واحدة وهي اتفاق الأطراف على تعيين مقر التحكيم، وهذا يعني أنه في صورة غياب الاتفاق لا يمكن تحديد المحكمة المختصة.

- التصدي لكل الحالات التي تستوجب التدخل القضائي لتعيين محكّم أو إتمام تعيين هيئة التحكيم، وخاصة صورة الطرف المتقاعس الذي لا يريد تعيين محكّم لتفادي تعطيل الإجراءات التحكيمية، كما يساعد ذلك على تجاوز الصعوبات التأويلية التي أثارها الفصل 18 من م.ت.

- تصدي قانون التحكيم وفقه القضاء أيضًا للثغرات الإجرائية لعدم استعمالها واستغلالها من الأطراف سبب التّية لتعطيل التحكيم.

- على المحكّمين عدم إخفاء ما يجب عليهم التصريح به للأطراف، وإعلامهم بوجود أي سبب من شأنه أن يثير الشكوك حول استقلاليتهم أو حيادهم؛ لكي لا يضعوا أنفسهم محل شبهة، وكما يقول رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ «ادروا الحدود بالشبهات».

*

المصادر والمراجع

أولاً- العربية:

(أ) المصادر:

- حسن الفكهاني وعبد المنعم حسني، الموسوعة الذهبية للقواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض المصرية منذ إنشائها عام 1931، الدار العربية للموسوعات، الإصدار المدني، ج4.
- زيد بن عبد الكريم آل زيد، الصلح فيه توفير لجهود القضاة والخصوم وإنهاء المنازعات، جريدة الرياض، عدد (13947)، 2006.
- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج5، تحديث المستشار أحمد مدحت المراغي، ط. 2006.
- فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، 1981.
- فخر الدين عثمان بن علي الزَيْلعي الحنفي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، وبهامشه حاشية الشيخ العلامة شهاب الدين أحمد الشلبي، المطبعة الكبرى الأميرية، الطبعة الأولى، 1314هـ، ج4، باب التحكيم.
- محمد جمال عيسى، تاريخ القانون في مصر في العصور القديمة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995.
- محمد كمال شرف الدين، القانون المدني، النظرية العامة للقانون، النظرية العامة للحق، مجمع الأطرش، الطبعة الثانية، تونس، 2017.
- ابن منظور، لسان العرب، دار صادر للطباعة والنشر، الطبعة الأولى، ج12، 1990.
- منير عبد المجيد، التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي على ضوء الفقه وقضاء التحكيم، منشأة المعارف، الإسكندرية 1977.
- نبيل إسماعيل عمر، قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، 1994.
- وجدي راغب فهمي، النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية 1974.
- _____، مبادئ القضاء المدني، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، القاهرة، 2001.

(ب) المراجع:

- إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، القاهرة، 1997.
- أحمد السيد الصاوي، التحكيم طبقاً للقانون رقم 27 لسنة 1994، وأنظمة التحكيم الدولية، مطبعة المؤسسة الفنية للطباعة والنشر، 2002.
- أحمد عبد الكريم سلامة، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، القاهرة، 2006.

- أحمد المليجي، موسوعة التحكيم (التعليق على قانون التحكيم)، دن، الطبعة الأولى، ج1، 2011.
- أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة المعارف، الطبعة الرابعة، الإسكندرية، 1983.
- أسامة أحمد المليجي، هيئة التحكيم الاختياري - دراسة تحليلية - مقارنة لطبيعتها القانونية ولطبيعة العمل الذي تقوم به، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.
- ثروت حبيب، قانون التجارة الدولية، مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة، 1975.
- جورج شفيق ساري، التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفصل المنازعات في مجال العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999.
- حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، القاهرة، 2007.
- زكريا البورياحي، التحكيم في إطار قانون المسطرة المدنية، مقال منشور بمجلة الدفاع، العدد (4)، 2003.
- أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، 1981.
- سيد أحمد محمود، خصومة التحكيم القضائي (التحكيم المختلط) وفقاً للقانون الكويتي رقم 11 لسنة 1995، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 1997.
- صادق محمد محمد الجبران، التحكيم التجاري الدولي وفقاً للاتفاقية العربية للتحكيم التجاري لعام 1987، بحث في قانون التجارة الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006.
- عبد الحميد الأحمد، موسوعة التحكيم، التحكيم الدولي، دار المعارف، ج2، 1998.
- عبد الحميد عثمان الحنفي، التحكيم في منازعات العمل الجماعية «نطاق تطبيقه ودوره المنشئ» - دراسة مقارنة، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، 1995.
- أبو العلا علي أبو العلا النمر وأحمد قسمت الجداوي، المحكمون - دراسة تحليلية، إعداد المحكم، دراسة خاصة لطلبة الدراسات العليا بدبلوم التحكيم، مركز تحكيم حقوق عين شمس، دار أبو المجد للطباعة بالهرم، القاهرة، 2002.
- _____، تكوين هيئات التحكيم، دراسة تحليلية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
- عيد محمد القصاص، حكم التحكيم - دراسة تحليلية في قانون التحكيم المصري والمقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.
- فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، الطبعة الأولى، الإسكندرية، 2007.
- ماهر محمد حامد، النظام القانوني للمحكم في التحكيم التجاري الدولي (دراسة مقارنة طبقاً لتشريعات التحكيم بدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية والتشريعات المصرية، مع الإشارة إلى اتفاقيات التحكيم الدولية ونظم مراكز التحكيم العربية)، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، 2011.

- محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي - دراسة مقارنة في قانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997.
- محمد فهمي الجوهري، ملاحظات في التحكيم التجاري الدولي، دن، دت.
- محمود السيد التحيوي، الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003.
- محمود مختار أحمد بري، التحكيم التجاري الدولي، دراسة خاصة للقانون المصري الجديد، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995.
- محمود هاشم، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية، اتفاق التحكيم - دراسة مقارنة بين التشريعات الوضعية والفقهاء الإسلاميين، ج1، دار الفكر العربي، 1990.
- مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998.
- نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2004.
- نور الدين قارة، (مقدمة عامة - التحكيم الداخلي)، مركز النشر الجامعي، تونس، 2007.
- هدى عبد الرحمن، دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997.

(ج) المقالات:

- لطفي الشاذلي، التصدي للمماطلة والتعطيل في التحكيم التجاري الدولي، المجلة القانونية التونسية، مركز النشر الجامعي، 2004.

(د) الرسائل الجامعية:

- حسين السالمي، التحكيم وقضاء الدولة، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة تونس المنار، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 2003-2004.
- علي رمضان علي بركات، خصومة التحكيم في القانون المصري والقانون المقارن، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، 1996.

(هـ) المواقع الإلكترونية:

- <http://riy.cc/18289>

ثانياً- الفرنسية:

1- Les ouvrages:

- A.H.EL- AHDAB, l'arbitrage dans les pays arabes, Paris, Economica, 1988.
- Ch.JARROSSON, la notion d'arbitrage, préf.: Bruno Oppetit Paris, LGDJ, 1987.

- DUTOIT, KNOEPFER, LALIVE et MERCIER, Répertoire de droit international privé suisse, T.1, suisse, Berne: Staempfli, 1986.
- Hugues KENFACK, Droit du commerce international, D., 5ème éd, Paris, 2015.
- PH.FOUCHARD, L'arbitrage commercial international, D, 1965.
- Ph.FOUCHARD, E.GAILLARD et E.GOLDMAN, Traité de l'arbitrage commercial international, Litec, Paris,1996.
- P.LALIVE, J-F.POUDRET, C.RAYMOND, Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse, Payot Lausanne, 1989.
- R.DAVID, L'arbitrage dans le commerce international, paris, Economica, 1982.

2- Thèses:

- T.CLAY, l'arbitre, Nouvelle Bibliothèque de thèse, D, 2001.

3-ARTICLES:

- E.GAILLARD, "Les manœuvres dilatoires des parties et des arbitres dans l'arbitrage commercial international", Rev. arb., 1990, p.759.
- J.CL.DUBARRY et E.LOQUIN, "La désignation comme arbitre de l'avocat de l'une des parties", obs sous Versailles, 14/11/1996, R.T.D.com.1997.
- K.MEZIOU et A.MEZGHANI, "Le code tunisien de l'arbitrage", Rev. arb, 1993, p.521 et s.
- Mohamed El Arbi HACHEM, "L'instance arbitrale selon le code de l'arbitrage", R.T.D., 1994, p. 27.
- Ph.FOUCHARD, "la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international", J.D.I, 1987, p.861.
- R.BADINTER, L'impartialité de l'arbitre, les petites affiches, 29 novembre 1991.
- R.DAVID, L'avenir de l'arbitrage, in mélanges M. Domke, La Haye, 1976.
- Sami.BOSTANJI, Propos conclusifs les vingt ans du code tunisien de l'arbitrage: Bilan et perspectives, in S.BOSTANJI, F.HORCHANI et S.MANCIAUX (ss dir.), le Juge et l'arbitrage, Pedone, 2014, p.341.

ثالثًا - الإنجليزية:

- AMAZU A.ASOUZU, International commercial Arbitration and African States: Practice, Participation and Institutional Development, Cambridge University Press, 2001.
- Julian D.M. LEW, Loukas A. MISTELIS, Stefan KROLL, Comparative International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, USA, 2001.
- MARGARET L.MOSES, The Principles and Practice of International Commercial Arbitration, Cambridge University Press, 2008.

