

ملتقى المركز الليبي للتحكيم التجاري الدولي

وغرفة ميلانو / معهد إيسبراماد ISPRAMED

ملاينو، 19 نوفمبر 2019

محاضرة بعنوان:

القضاء والتحكيم الدولي: المستجد والقديم الراسخ

ألقاها الأستاذ:

أحمد الورفلي

محكم دولي - محام

الورفلي محامون ومستشارون (تونس)

ahmed.ouerfelli@ouerfelli.tn

(صيغة مؤقتة وغير قابلة للنشر على حالتها)

المخطط

مقدمة

الجزء الأول: رقابة القضاء الجزائي على خيار اللجوء إلى التحكيم من قبل أشخاص القانون العام

هل يمكن أن يكون اختيار التحكيم خطأ في التسيير أو مخالفة لمبادئ الحوكمة الرشيدة ؟

الجزء الثاني: تعيين المحكمين: تدخل القاضي والرقابة غير المباشرة على التعيين

(أ) تدخل القاضي كسلطة تعيين

• تدخل القاضي كسلطة تعيين عادية في التحكيم الحر

• تدخل القاضي في مجال التعيين في التحكيم المؤسسة لتقاضي انكار العدالة

(ب) معايير اختيار المحكم من قبل القاضي (نظام القائمة السرية المتغيرة)

(ت) مسألة التعيين المتأخر للمحكم من قبل الطرف المختص

(ث) مسألة حياد المحكم في صورة ارتباط محامي الخصم بمؤسسة التحكيم بعقد إسداء خدمات استشارية

(ج) الرقابة غير المباشرة: مسألة التعيين القضائي المخالف للشروط القانونية أو التعاقدية

الجزء الثالث: مسائل مرتبطة بما بعد صدور حكم التحكيم

(أ) قابلية أحكام التحكيم الرياضي للطعن بالإبطال

(ب) إبطال حكم التحكيم بسبب مخالفته للحق في النفاذ إلى العدالة

(محكمة التعقيب التونسية توغل في تطبيق مفهوم الرقابة الشكلية على أحكام التحكيم)

(ج) منح الصيغة التنفيذية لأحكام محكم الطوارئ

خاتمة

RECENT ISSUES OF INTERNATIONAL ARBITRATION

Ahmed Ouerfelli

Attorney at law, arbitrator

(OUERFELLI ATTORNEYS & COUNSELS)

ahmed.ouerfelli@ouerfelli.tn

ABSTRACT

Several issues are raised when discussing the relationship between the judiciary and arbitration. Traditionally, two main topics are to be dealt with: the supportive role mainly in the constitution of the arbitral tribunal and the *ex-post* review.

- I. First, the author provides a response to a recent question provoked by the Bernard Tapie case, where the French Minister of Finance decided, after receiving legal opinions from many specialists, not to request the annulment of the award ordering the French State to pay about Eur. 400 million to Bernard Tapie. Upon complaint of a number of whistleblowers, the special criminal court held that the Minister was guilty, but clarified that the choice of arbitration is not contrary to the **good governance rules**, but the failure to request the setting aside of the award even if the chances of succeeding are minor is a breach of the duty of care and constitutes a criminal offence.
- II. When it comes to the **constitution of the arbitral tribunal**, this paper discusses in particular the issue of the belated appointment of the arbitrator by the respondent.
 - i. Two different solutions were adopted, one considering that if the respondent fails to appoint its arbitrator within the time-limit and the claimant is inclined to resort to the appointment authority, the belated appointment by the respondent has no effect and the appointment authority shall ignore it in order not to encourage bad faith, while the opposite opinion considers that an appointment made by the parties shall have the priority under any circumstances.
 - ii. On another level, and since most modern laws provide that an appointment made by the judge is not appealable, certain courts had to decide whether this appointment may be indirectly challenged by requesting the annulment of the award for improper constitution of the arbitral tribunal. The Tunis Appellate Court held that the indirect challenge may be accepted if the challenging party proves that it timely raised this objection before the arbitral tribunal and did not impliedly waive its right to object.
 - iii. The third point related to the arbitral tribunal concerns the case where the counsel for one of the parties plays a certain role in the arbitral institution and whether this may constitute a ground for the annulment of the award. The Tunis Appellate Court held in a recent decision that the disclosure duty lies upon the arbitrator, who shall declare any relationship or circumstance that

may justify doubts as to his/her independence, and that the fact the party's counsel has a certain position inside the arbitral institution does not justify disclosure by itself because it does not mean that the same counsel could have an influence on the arbitrator. Moreover, the request shall be rejected if it is proven that the challenging party investigated on the role played by its opponent's counsel and did not request the challenge of the arbitrator.

III. **In the post-award phase**, either the beneficiary of the award requests the enforcement and the recognition of the award, or the losing party requests its annulment.

- i. The first issue discussed relates to the annulment of sports arbitral awards. The legitimacy of this question is due to the fact that when certain sports arbitral institutions were established, such as the CNAS in Tunisia, many commentators explained that this institution will play the role of a court of cassation in the field of sports disputes. Nevertheless, the Tunis Appellate Court clarified that sport arbitral awards are governed by the ordinary rules of procedure and may be set aside before the competent court.
- ii. The annulment of the arbitral award is requested under certain innovative grounds. In a recent case, the losing party (claimant before the arbitral tribunal) requested the annulment of the award on the ground that the arbitral tribunal violated its constitutional right to access to justice, when it decided to deny its claims for formalistic reasons, but the dispositive part of the award was formulated in a way to say that the claimant has no right to claim. The contradiction between the reasons of the award and its operative part prevented the losing party from reasonably deciding whether to request the annulment of the award or to initiate a new arbitration. The court held that there was no denial of justice, but there was a serious breach of the tribunal's duty to issue legible award which justifies the annulment of the award.
- iii. Finally, in a recent decision, the Tunis Appellate Court granted enforcement to a decision of an ICC emergency arbitrator. The Court considered that the provisional measures taken by the emergency arbitrator is an « arbitral award » which may be enforced. It is to underline that the enforcement of such decisions was refused in several countries, contrary to Tunisia.

مقدمة

1. منذ زهاء ثلاثين سنة، أصبح الفقه يؤكد بشكل آلي أن علاقة القضاء بالتحكيم تدور بين محورين وهما: المساعدة والقراءة، مع التأكيد على أنهما وظيفتان متكاملتان. ولا تأتي هذه المحاضرة بجديد من هذه الناحية، لكنها تركز على بعض المسائل المستحدثة التي طرحت في العشرية الأخيرة والتي ألفت الضوء على بعض الوضعيات الخاصة التي لها علاقة بهذين المحورين. ويتبين من هذه المسائل أن قانون التحكيم أصبح أكثر تعقيدا وتفصيلا sophistiqué، وأن تشابكه مع مواد القانون الأخرى أثمر عددا من

المسائل غير التقليدية التي تستوجب في كل مرة مزيداً من التعمق وإعادة النظر في المسلمات التقليدية. ونفصل القول في هذه المسألة من خلال المسائل الآتية:

- ✓ **الجزء الأول:** رقابة القضاء الجزائي على خيار اللجوء إلى التحكيم من قبل أشخاص القانون العام (هل يمكن أن يكون اختيار التحكيم خطأ في التسيير أو مخالفة لمبادئ الحوكمة الرشيدة؟)
- ✓ **الجزء الثاني:** تعيين المحكمين: تدخل القاضي والرقابة غير المباشرة على التعيين
- ✓ **الجزء الثالث:** مسائل مرتبطة بما بعد صدور حكم التحكيم

الجزء الأول: رقابة القضاء الجزائي على خيار اللجوء إلى التحكيم من قبل أشخاص

القانون العام

هل يمكن أن يكون اختيار التحكيم خطأ في التسيير أو مخالفة لمبادئ الحوكمة الرشيدة؟

2. صدر حكم جزائي فرنسي عن محكمة العدل للجمهورية (CJR) Cour de justice de la République - المؤهلة لمقاضاة أعضاء الحكومة عن الجرائم المرتكبة خلال مباشرتهم لمهامهم - بتاريخ 19 ديسمبر 2016 قاضيا بإدانة وزيرة المالية السابقة "كريستين لاغارد" (مديرة صندوق النقد الدولي حالياً) طبق المادة 432-16 من المجلة الجنائية⁽¹⁾، من أجل الإهمال، مع إعفائها من العقاب⁽²⁾، وذلك على خلفية اتخاذها قراراً سلبياً بعدم الطعن بالإبطال في حكم التحكيم الصادر ضد الدولة الفرنسية في قضية برنار تابي ضد كريدي ليوني ومن معه. وقد قرّرت المحكمة (مديرة صندوق النقد الدولي حالياً) عدم الطعن في هذا الحكم بالنقض⁽³⁾ فيما وعد الرئيس الفرنسي بتقديم مشروع قانون يهدف إلى إلغاء هذه المحكمة الخاصة باعتبار الوزراء مواطنين كغيرهم⁽⁴⁾.

3. ولا تعزى الإدانة الجزائية إلى اختيار التحكيم كطريقة لفض النزاع القائم في البداية بين "برنار تابي" Bernard Tapie (رجل أعمال ورئيس سابق لأولمبيك مرسيليا) إلى أن الدولة الفرنسية قبلت بالتحكيم في مرحلة تشعب فيها النزاع القائم بسبب الإخلال بواجب النصح والإرشاد عند بيع تابي لمساهمته في

(1) **Article 432-16 du Code Pénal :** (Modifié par Ordonnance n°2000-916 du 19 septembre 2000 - art. 3 (V) JORF 22 septembre 2000 en vigueur le 1er janvier 2002) :

« Lorsque la destruction, le détournement ou la soustraction par un tiers des biens visés à l'article 432-15 résulte de la négligence d'une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, d'un comptable public ou d'un dépositaire public, celle-ci est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende ».

(2) http://www.lemonde.fr/police-justice/article/2016/12/20/le-fmi-apporte-sa-pleine-confiance-a-christine-lagarde-malgre-le-jugement-de-paris_5051449_1653578.html

(3) http://www.lemonde.fr/police-justice/article/2016/12/20/le-fmi-apporte-sa-pleine-confiance-a-christine-lagarde-malgre-le-jugement-de-paris_5051449_1653578.html

(4) **Michel DELEAN :** « Jugement "d'exception" par une juridiction "d'exception"... - Christine Lagarde jugée coupable par la CJR, mais dispensée de peine! », publié le 19 décembre 2016, <http://amisdupg.blogspot.com/2016/12/justice-deux-vitesses.html>

شركة "أديداس" من قبل شركة فرعية تابعة لبنك كريدي ليوني والبنك نفسه، باعتبار أن نفس تلك الأسهم تم بيعها من قبل المشتري بعد فترة وجيزة من البيع بثمن مرتفع كلياً بالمقارنة مع الثمن الذي باعها له به برنار تاجي.

4. فالحكم الجزائي يعتبر أن اختيار التحكيم من قبل مسير شركة أ وزارة أو مصلحة من مصالح الدولة في أي مرحلة من مراحل النزاع يمكن أن يكون قراراً عادياً لوضع حد لخصومة طالت وتشعبت. وإنما يمكن اعتبار ذلك مؤشراً على سوء النية أو على توفر القصد الجنائي إذا تلي ذلك بالتخلف عن الطعن في حكم التحكيم رغم أنه قضى بإلزام الدولة الفرنسية بأن تدفع للمدعي في التحكيم مبلغاً يقارب 400 مليون يورو (حوالي مليار دينار تونسي). وقد اعتبر عدد من فقهاء القانون في فرنسا ومنهم مثلاً توماس كلاي Thomas Clay أن من واجب وزير المالية، حفظاً للمال العام، أن يطعن في حكم التحكيم القاضي بمثل هذا المبلغ الهام حتى ولو كان من الواضح أن حظوظ الدولة في الحصول على حكم بالإبطال ضعيفة.

5. ومعلوم أن القضاء الفرنسي استقر منذ عقود طويلة على نهجه المساند والصديق للتحكيم *arbitration friendly* وذلك بالتقليص من صور قبول الطعن بإبطال أحكام التحكيم أو لمحاولات التصدي لمنحها صيغة التنفيذ. ومع ذلك اعتبرت المحكمة الجزائرية أنه كانت هناك فرصة ما للحصول على حكم بالإبطال وأن حسن التصرف في المال العام يقتضي القيام بالطعن ولو بحظوظ ضعيفة خاصة أن تكلفة الطعن (أتعاب المحامين وغيرهم من مساعدي القضاء) لا أهمية لها بالمقارنة مع قيمة المبلغ المحكوم به. واعتبرت المحكمة على وجه الخصوص أنه كان هناك غش يتمثل في وجود علاقة موجبة للتجريح في أحد المحكمين، وقد كان من الممكن أن يسمح الطعن بالإبطال باكتشاف هذا الغش. وهنا نشير مرة أخرى إلى أن القضاء الفرنسي رغم مساندته للتحكيم لا يتوانى عن إبطال أحكام التحكيم إذا تبين أن المحكم خرق واجب الحياد أو واجب التصريح بالقوادح، وأن المحكم المعني بالأمر أدين جزائياً من أجل تخلفه عن التصريح بالقوادح في هذه القضية بالذات.

6. فحسن التصرف في المال العام (مبدأ الحوكمة الرشيدة) لا يقوم على قواعد جامدة بل يقوم خصوصاً على موازنات وترجيح بين خيارات من خلال خطوط توجيهية تهدف إلى حفظ مصالح الدولة ما أمكن واتخاذ القرار الناجع الفعال الذي يوازن بين المخاطر والتكلفة⁽⁵⁾.

⁽⁵⁾ وفي نفس هذا السياق كتب مؤلف هذه الأسطر أنه عندما تقضي هيئة التحكيم المكلفة بالنظر في قضية المجموعة العربية للأعمال في ظل المركز الدولي لتسوية نزاعات الاستثمار ICSID بتحديد مبلغ التعويضات التي ستلزم الدولة التونسية بأدائها للشركة المذكورة، يجب الطعن في حكم التحكيم بالإبطال وإلا اعتبر ذلك من قبيل جريمة الفصل 96 من المجلة الجزائرية. المرجع:

Ahmed OUERFELLI: « ICSID award against Tunisia in favour of ABCI: annulment of the FINAL AWARD shall be requested », <https://www.linkedin.com/pulse/icsid-award-against-tunisia-favour-abci-annulment-shall-ouerfelli/>

الجزء الثاني: تعيين المحكمين: تدخل القاضي والرقابة غير المباشرة على التعيين

7. نتطرق في هذا الجزء الثاني إلى مسائل متعددة لها علاقة بتعيين المحكمين، وهي: (أ) تدخل القاضي كسلطة تعيين. ونتطرق فيه إلى :

- ✓ تدخل القاضي كسلطة تعيين عادية في التحكيم الحر
- ✓ تدخل القاضي في مجال التعيين في التحكيم المؤسسة لتقاضي انكار العدالة
- ✓ معايير اختيار المحكم من قبل القاضي (نظام القائمة السرية المتغيرة)
- ✓ مسألة التعيين المتأخر للمحكم من قبل الطرف المختصم
- ✓ مسألة حياد المحكم في صورة ارتباط محامي الخصم بمؤسسة التحكيم بعقد إسداء خدمات استشارية

8. و(ب) إلى مسألة الرقابة غير المباشرة على التعيين، أي إلى التعيين القضائي المخالف للشروط القانونية أو التعاقدية وكيفية مراقبته في مرحلة ما بعد التحكيم.

(أ) تدخل القاضي كسلطة تعيين

9. تدخل القاضي كسلطة تعيين عادية في التحكيم الحر ✓ من الطبيعي أنه إذا اتفق الأطراف على التحكيم الحر وتخلف أحد الأطراف عن تعيين محكم من جانبه أو لم يتفق الطرفان أو المحكمان على تعيين رئيس هيئة التحكيم أو المحكم الوحيد فإن اللجوء إلى القاضي كسلطة تعيين هو الحل الوحيد المعقول على تحديد سلطة تعيين أخرى. غير أن الإشكال الذي يطرح يثور حين يسند القانون سلطة التعيين إلى قاض معين (الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف بتونس في القانون التونسي)، في حين ينص الشرط التحكيمي على جهة أخرى. ففي عديد من العقود التي عرضت على القضاء التونسي، يقتضي العقد أن يتم تعيين المحكم من قبل رئيس المحكمة الابتدائية بتونس العاصمة، في حين أن التحكيم دولي ويفترض أن يكون التعيين من اختصاص الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف بتونس⁽⁶⁾.

10. وقد انتهت محكمة الاستئناف بتونس في قضية "فيروفيال" Ferrovial إلى أن مثل هذا الشرط لا عمل عليه لأن الأمر يتعلق باختصاص حكومي للمحاكم يحدده القانون بنصوص آمرة لا يجوز تغييرها والاتفاق على خلافها⁽⁷⁾.

(6) الفصل 56 من مجلة التحكيم.

(7) محكمة التعقيب، قضية عدد 71857-99، حكم بتاريخ 2 جوان 1999، مذكور بكتاب:

Ahmed OUFELLI : « L'arbitrage dans la jurisprudence tunisienne », éd. GLD-LGDJ, Tunis-Paris 2010, p. 257-258

11. غير أن الإشكال طرح مجددا في قضية تم فيها التعيين من قبل رئيس المحكمة الابتدائية بتونس 1 على الرغم من أن التحكيم دولي بشكل واضح باعتبار أن الشركة المدعية مقرها في اليونان، في حين أن مقر المدعية كائن بتونس. وقد تم التعيين بإذن على العريضة، اعترضت عليه الشركة المدعى عليها فقضت المحكمة الابتدائية بتونس 1 في 12 مارس 2019 برفض هذا الاعتراض على الرغم من تمسك المعترضة بفقهاء القضاء السابق وبأن الأمر يتعلق باختصاص حكومي للمحاكم وبأن الشركة الطالبة سبق لها أن تقدمت بطلب مماثل إلى الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف بتونس مرتين قضى فيهما بالرفض لاتصال القضاء بالموضوع باعتبار أنه سبق رفع نفس الخصومة في الصل إلى القضاء فتم البت في الخصومة بحكم نهائي⁽⁸⁾.

12. وقد أجابت المحكمة على مسألة اتصال القضاء لكنها أهملت كليا مسألة الاختصاص الحكمي، في حين أن هذا الدفع له أهمية قصوى، وذلك باعتبار أن ما نص عليه الفصل 56 من مجلة التحكيم من أنه يمكن للطرفين الاتفاق على "طريقة أخرى للتعيين"، وأن هذا النص يشمل كل طريقة يتفق عليها الطرفان خلافا لما ينص عليه الفصل 56 من مجلة التحكيم صراحة، بما في ذلك إسناد الاختصاص بالتعيين صراحة إلى رئيس محكمة ابتدائية. وهذا التحليل غير صحيح كما انتهت إليه محكمة التعقيب لأنه ولئن كان من الجائز أن يتفق الأطراف على سلطة تعيين يختارونها بكامل الحرية فإن هذا الاختيار لا يمكن أن ينصرف إلى جهة قضائية أو إدارية بصفقتها تلك، كأن يتفق الطرفان على أن التعيين يتولاه رئيس محكمة غير تلك التي حددها القانون (بصفته لا باسمه وهويته الشخصية)، أو رئيس مؤسسة أو جهة إدارية (كعميد كلية أو وزير أو رئيس جمهورية...) باعتبار أن السلطات العمومية تستمد صلاحياتها من القانون ومن إدارة المشرع فلا يمكن أن يعاد توزيع الصلاحيات بينها بإرادة أطراف متعاقدين لا سلطة لهم لمناقضة خيارات المشرع وإضافة اختصاصات أخرى إلى ما أسنده المشرع لكل سلطة. وعلى خلاف الشخص الطبيعي الذي يتم اختياره كسلطة تعيين والذي له الخيار بين قبول هذه المهمة أو رفضها، بما أنه غير مرغم على قبول الاختصاص الذي أسنده له المتعاقدون، فإن السلطات العمومية ليس لها أن تقبل هذه المهام ولا خيار لها بين الرفض والقبول.

✓ تدخل القاضي في مجال التعيين في التحكيم المؤسسة لتفادي انكار العدالة

13. تتمثل علاقة مؤسسات تحكيم على معنى الفصلين 10 و13 من مجلة التحكيم بالقضاء الرسمي تتمثل في إمكانية تدخله لتعيين المحكمين في صورة تخلف المؤسسة بشكل كلي عن القيام بدورها في تعيين المحكمين بما يؤدي إلى إنكار العدالة⁽⁹⁾، ثم في مراقبة حكم التحكيم بعد صدوره طبق ما تنص عليه

(8) المحكمة الابتدائية بتونس 1، قضية عدد 2019/99138، حكم بتاريخ 12 مارس 2019، غير منشور.

(9) Aff. NIOC: Cass. (Fr.), 1è civ., arrêt n° 404 du 1^{er} février 2005, http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/02_15.237_635.html. Cf., Stéphanie BELLIER: « Le recours à l'arbitrage par les organisations internationales », avant-propos d'Ahmed MAHIOU, éd. L'Harmattan, Paris 2011, p. 436 et ss.

قوانين دولة مقر التحكيم، أو النظر في منح ذلك الحكم صيغة التنفيذ بحسب ما ينص عليه القانون من جهة ونظام التحكيم من جهة أخرى. وينطبق ذلك مثلا على الهيئة الوطنية للتحكيم الرياضي وغيرها من مؤسسات التحكيم المتخصصة وغير المتخصصة.

(ب) مسألة التعيين المتأخر للمحكم من قبل الطرف المختص

14. إن المحاكم عموما تتباين اجتهاداتها بين القبول بالتعيين المتأخر لمحكم من جانب المدعى عليه بعد رفع الأمر إلى القضاء، وبين رفضه بناء على أنه لا ينبغي تشجيع المدعى عليه سيء النية الذي يعمد إلى تمطيط الإجراءات وتعطيل تشكيل هيئة التحكيم. وهذا هو توجه الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف بتونس في قراره عدد 7276 بتاريخ 12 جويلية 1999، والمحكمة الابتدائية بجنيف في حكمها الصادر بتاريخ 10 جويلية 2002.

Decision of 10 July 2002, *Tribunal de première instance of Geneva*, JTPI/8403/2002, ASA Bull. 2/2008, pp. 400-405.

15. وقد بنى الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف بتونس قراره على اعتبار أن المدعى عليها فوتت على نفسها أجل التعيين فسقط حقها في التعيين.

16. ونلاحظ هكذا أن الرأي الغالب يقول بأن الطرف الذي يفوت على نفسه أجل تعيين المحكم ينبغي أن يعاقب بحرمانه من التعيين المتأخر سواء كان تخلفه عن التعيين ناجما عن تلوؤ وسوء نية، أو عن تراخ وإهمال، لأن الأطراف يجب أن يتعاملوا مع مسألة التعيين والآجال بكامل الجدية والحزم⁽¹⁰⁾.

(ج) مسألة حياد المحكم في صورة ارتباط محامي الخصم بمؤسسة التحكيم بعقد إسداء خدمات استشارية

17. طرحت هذه المسألة بشكل خاص في الحكم الصادر عن محكمة الاستئناف بتونس بتاريخ 26 مارس 2019 تحت عدد 97052، الذي تمسكت فيه الشركة طالبة الإبطال بغياب الحياد لدى المحكمة المنفردة وذلك بسبب علاقة تدعيها بين هذه المحكمة ومحامي الشركتين المدعيتين، والذي هو مستشار لدى مؤسسة التحكيم اليت جرى التحكيم في ظلها⁽¹¹⁾. غير أن الشركتين المحكوم لهما تحكيميا لاحظتا للمحكمة أن طالبة الإبطال نبشت في مسألة علاقة المحكمة المنفردة بمحامي المدعيتين فراسلت مؤسسة التحكيم رسميا متسائلة عن موقع هذا المحامي ودوره في منظومة المؤسسة، فأجابتها المؤسسة بأن له

⁽¹⁰⁾ Bernd EHLE : « Belated Nomination of Arbitrator Before the Swiss *juge d'appui* : Three Recent Decisions », *Bull. ASA*, 2/2008 (juin 2008), p. 391 et ss. ; Ahmed OUERFELLI : « *L'arbitrage dans la jurisprudence tunisienne* », éd. LGDJ-DGL, Paris-Tunis 2010, p.246 et ss.

أحمد الورفلي: "التحكيم الدولي في القانون التونسي والقانون المقارن"، منشورات الأطرش، تونس 2006، ص. 552-553.

⁽¹¹⁾ حكم غير منشور.

صفة مستشار مكلف بالترويج لخدماتها في منطقة الشرق الأوسط وشمال أفريقيا، وحين تلقت الجواب عن ذلك سكتت عن هذه المسألة كلياً، ثم تنكرتها بعد أن قُضي ضدها تحكيمياً. وتمسكت المحكوم لهما من جهة أولى بأحكام الفصلين 50 و57 من مجلة التحكيم، التي تقتضي أنه إذا كانت لأحد الأطراف شكوك حول حيادية المحكم واستقلاليتيه أو خضوعه إلى نفوذ أو سطوة من خصمه فإنه مطالب بأن يتوخى **الصراحة والشجاعة** وأن يفصح عما يخالجه من شكوك ويساوره من ريبة، حتى يتم استجلاء الحقيقة واتخاذ القرار المناسب. لكن في صورة الحال، فتحت الخصيمة موضوع الاستقلالية وما تتوقعه من نفوذ المحامي وسطوته، ثم تغاضت عن الأمر وتفاعلت مع هيئة التحكيم إلى أن أصدرت حكماً، ثم حين قُضي لغير صالحها، رجعت على عقبها إلى تلك الواقعة لتبني عليها طعنها، فقدّمت هذه الشكوك على أنها حقائق ثابتة، زاعمة أن هذا المحامي ذو تأثير وسطوة وسيطرة كاملة على المحكمين (وكانهم مجرد إجراء لديه أو لدى المؤسسة) وأن نشاط الترويج لخدمات مؤسسة التحكيم يخلق تدفق معاملات، دون بيان أطرافها: أهي بين المحكمين والمحامي شخصياً، أم بين المحكمين ومؤسسة التحكيم. 18. ولاحظت المحكوم لهما أنّ مبدأ حسن النية يفرض أن يقوم كلّ طرف بإثارة ما له من دفعات أثناء إجراءات التحكيم، لا تركها كذخر احتياطي، تثار أمام محكمة الإبطال في صورة صدور الحكم التحكيمي ضده. فحتّى لو كانت للمحامي علاقة قوية ووطيدة بالمحكمة فإن سكوتها وعدم قيامها بالتجريح (القدح) في الإبان رغم أنها نبشت في الأمر وبحثت عن إجابة مقنعة في خصوص احتمال وجود مثل هذه العلاقة، **يسقط** به حقّها في التجريح ولو كان وجيهاً في الأصل. فالساقط لا يقوم، وحق طالبة الإبطال في التظلم من غياب الحياد اضمحل بعدم استعماله في إبانته، فطهر التحكيم من هذا الخرق المدعى به. 19. وقد استقر فقه القضاء التونسي على أن الأصل في الأشياء هو أن عدم حياد المحكم يُناقش في إطار التجريح وأن قاضي الإبطال ليس قاضي تجريح غير مباشر، **غير أنه على وجه الاستثناء**، يمكن لقاضي الإبطال أن يبطل حكم التحكيم لاختلال تركيب هيئة التحكيم إذا أثبت طالب الإبطال بالدليل القاطع والبرهان الساطع أنه علم بعد صدور الحكم التحكيمي أو على الأقل بعد قفل باب المرافعات من قبل المحكم، بأن ذلك المحكم كان فاقداً للحياد، بحيث كان من المستحيل عليه أن يقوم بالتجريح في إبانته.

20. وفي خصوص تمسك طالبة الإبطال بأن هذه العلاقة بين المحكم ومحامي الخصم وضعت الطرفين في وضعيّة غير متساوية، بسبب انتقال المحكمة لمقومات الحياد بما أدّى إلى هضم حقوق الدفاع، لاحظت المحكوم لهما أن تعيين المحكمين يمرّ بعدة هياكل داخل مؤسسة التحكيم ولا يخضع بتاتا وبأي وجه من الأوجه إلى سلطة هذا المحامي-المستشار لفقدانه الصفة والسلطة التي تمكّنه من اتخاذ القرارات المتعلقة بتعيين المحكمين أو تثبيتهم. كما أن إن واجب التصريح غيرُ محمولٍ على محامي الأطراف، بل هو محمول على المحكم. والخلط بين الأمرين غير مقبول، وأن طالبة الإبطال كانت على علم يقيني بصفة هذا المحامي ومهمته ودوره في مؤسسة التحكيم، وقد شارك في عدة أنشطة مع محامي طالبة

الإبطال وذكر اسمه وصفته على برامج تلك الندوات فضلا على أنه معروف في تونس بهذه الصفة، التي لا تخفى على كل مهتم بالتحكيم. كما لاحظت المحكوم لهما أن هذا ينظم سنويا عديد الندوات ويحضر عديد المنتديات والمحاضرات والملتقيات، حيث يلتقي بالآلاف المهتمين والمختصين بالتحكيم، وأنه يقوم باختيار عدة عشرات من المحاضرين سنويا من مختلف البلدان والأجيال ومن الجنسين لتقديم مداخلات في هذه المنتديات، وأن المحكمة تم اختيارها لتكون من بين المتحدثين في ندوتين فقط، تم إلغاء إحداها فلم تشارك عمليا إلا في ندوة واحدة، وهي ندوة يشارك فيها المحاضرون والحاضرون مجانا، أي دون الحصول على أي مقابل مالي، بل إنها مثلها مثل باقي المحاضرين هي التي تكفلت بمصاريف تنقلها بالطائرة وإقامتها بالفندق، بحيث إن الامتياز الوحيد الذي تحصلت عليه يتمثل في إعفائها من دفع معالم المشاركة في هذه الندوة بالذات (لا في غيرها) ومن ثمة فإن طالبة الإبطال تحرف الوقائع وتقلبها حين تزعم أن المحكمة تحصلت على مقابل مالي عن مشاركتها في هذه الندوات، لتوهم المحكمة بأن لها مصلحة مالية هامة تجعلها في حالة تبعية للمحامي، "ولي نعمتها". واعتبرت المحكوم لهما أن ثبوت مشاركة شخص في ندوة واحدة دون الحصول على أي فائدة مالية (وهو أمر بديهي بما أن المشاركين بدورهم لم يدفعوا أي مبالغ لغرفة التجارة الدولية) وهي ندوة موجهة للمحكمين الشباب، لا يعني شيئا طالما أن المحكمة واحدة من عشرات الأشخاص الذي يدعون كل سنة إلى إلقاء محاضرات، وهي فرصة للشباب مثلها للبروز وأخذ مكان تحت الأضواء في عالم التحكيم، وهذا هو باب الشهرة "النظيف" الوحيد في عالم التحكيم، وهو باب البحث والعطاء العلمي، فإذا بطالبة الإبطال تحوله بتحريف الوقائع إلى معرّة ومظنة ومثلبة. فكيف تصبح دعوة محام شاب لإلقاء محاضرة في مثل هذا المنتدى جريرة أو دليلا على غياب الحياد والاستقلالية؟

21. وقد استندت طالبة الإبطال إلى **مقالات فقهية** انتهت إلى خلاصة مفادها أن عالم التحكيم يتمثل في "عصابة مترامية الأطراف"، كلها ذئاب نهاشة شرهة شرسة، والكلّ فيها متواطئ مع الكلّ. وهي صورة كاريكاتورية فاقدة للواقعية والجديّة. لكن طالبة الإبطال تبالح كثيرا حين تضع قرينة فساد ضد الجميع **وتطلب من الكلّ إثبات براءته، جازمة مسبقا بأنه لن يقدر على ذلك،** طالما أن فقيها معروفا مثل "بيار لاليف" Pierre Lalive قال إنه توجد ممارسات غير نظيفة في عالم التحكيم ككلّ أو حتى في إطار تحكيم غرفة التجارة الدولية بالذات.

22. وخلافا لذلك تعتبر التشريعات واجتهادات القضاء المتزن أن القدر في محكم واستبعاده من المهمة أو (أخطر من ذلك) إبطال حكم التحكيم لا يمكن أن يُبنى على مجرد وجود **علاقة عادية** لا تثير شكوكا مبررة ومعقولة في حياد المحكم *doutes légitimes et raisonnables*⁽¹²⁾. وقد حكم القضاء الفرنسي

⁽¹²⁾ الفصل 57 من مجلة التحكيم. وقد أثبتت المحكوم لهما أن محاميها حضر في سنة 2016 قرابة 11 ندوة منظمة من قبل مؤسسة التحكيم، أي بمعدل ندوة في كل شهر تقريبا، شارك فيها 2640 شخصا، ويتراوح عدد المشاركين في كل ندوة بين 100 و800 مشارك، دون احتساب الحاضرين من العاملين بغرفة التجارة الدولية، وبالتالي لا يمكن له ربط علاقات مع كل المتدخلين. فإذا افترضنا أن معدل عدد الحاضرين في

برفض التجريح أو الابطال لمجرد ثبوت أن المحتكم أو محاميه "صديق" ami للمحكم على فايسبوك، معتبرة أنه مؤشر ضعيف جدا على وجود علاقة، لا يكفي للدلالة على أنها علاقة وثيقة من شأنها أن تهدم قرينة الحياد والاستقلالية.

23. وأكدت المحكوم لهما أن الهدف من الأنشطة الترويجية يتمثل في إقناع المحامين ومحارري العقود وأصحاب القرار في الشركات باختيار التحكيم في ظل مؤسسة تحكيم بعينها، باعتبار وجود منافسة مفتوحة بين مؤسسات التحكيم اليوم، وهو ما أكدته الدراسات العلمية والاحصائية مثل الدراسة التي أنجزتها كلية "كوين ماري" مع معهد التحكيم الدولي سنة 2015 تحت عنوان: « 2015 International Arbitration Survey : Improvements and Innovations in International Arbitration »⁽¹³⁾. فالمتهدفون هم أساسا أصحاب القرار الاقتصادي، لا المحكمون. وأيا ما كان التقييم "الأخلاقي" لهذا النشاط فإننا لا نرى كيف يمكنه أن يؤثر على قنوات المحكم وحياديته في البت في النزاعات. وإعطاء صورة موهلة في القتامة عن عالم التحكيم ليس من الواقعية في شيء وهو منطق عديمي ينبني على طوباوية مفرطة تتجاهل الطبيعة البشرية وتحلم بعالم خال تماما من المصالح ومن المنطق النفعي وبعيد تماما عن الواقعية والبراغماتية، مع تحميل مؤسسات التحكيم مسؤوليات لا قبل للبشر بها، في حين أنها تتحرك في محيط بشري تتعايش فيه المنطلقات المبدئية مع منطلقات مصلحة منها المشروع ومنها غير المشروع. وتعميم الغايات المصلحية غير المشروعة على جميع دوافع المشاركين في هذه الندوات ليس من الحقيقة في شيء، لأن التعميم في ذاته خطأ، وهو فكر سطحي لا يراعي خصوصيات أصناف البشر وأصناف مؤسسات التحكيم ومختلف الاعتبارات المحيطة بهذه الأنشطة. ولا ينفي ذلك وجود مزلق وانحرافات هنا وهناك، فهذا أيضا ضرب من الطوباوية والسذاجة التي لا تغيرنا.

24. كما اعتبرت المحكمة أن علم محامي المحتكم بصفة محامي الخصم وعلاقته بمؤسسة التحكيم يكفي لرفع مظنة عدم العلم وأنه يفترض أنه أعلم بحريته بذلك، ولا يمكن للشركة المعنية أن تزعم أنها لم تعلم

كل ندوة يساوي 150 شخصا، وأن كل ندوة تدوم تقريبا 10 ساعات (أي 600 دقيقة)، فإنه بقسمة عدد الدقائق على عدد الأشخاص (150/600)، وإذ نفترض أن المحامي المستشار لم يبق ولو لثانية واحدة بمفرده طوال وقت الندوات، وواصل التعرف على كل الحاضرين حتى خلال تقديم المتدخلين لمحاضراتهم، فإنه يكون قد قضى على أقصى تقدير 4 دقائق مع كل شخص، وهي مدة لا تكفي لربط علاقات متينة كفيلا بالتأثير على وجدانهم في صورة تعيينهم كمحكمين، بل، ونظرا لعدد المحكمين، فمن المستحيل أن تكون له القدرة على أن يتذكر ولو القليل من أسماء كل الحاضرين.

(13) <https://www.whitecase.com/publications/insight/2015-international-arbitration-survey-improvements-and-innovations> . Voir aussi : Jie ZHENG (Ghent University) : « China, CIETAC, SHIAC. Competition Between Arbitral Institutions in China – Fighting for a Better System? », October 16, 2015, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2015/10/16/competition-between-arbitral-institutions-in-china-fighting-for-a-better-system/>; « Which institution and why: a comparison of major international arbitration institutions », by Practical Law Arbitration, based on an original by Linklaters LLP, [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/9-204-3989?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true&bhpc=1](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/9-204-3989?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true&bhpc=1) ; Loukas A. MISTELIS (School of International Arbitration, Queen Mary University of London (QMUL) : « Arbitral Seats: Choices and Competition », November 26, 2010, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2010/11/26/arbitral-seats-choices-and-competition/>

بهذه المعطيات لأن محاميها حامي مصالحها وحافظ أسرارها، وبالتالي يفترض فيه أنه أفضى لها بما يعلمه. كما أن وقائع القضية تؤكد علمها بكل الوقائع.

(د) مسألة التعيين القضائي المخالف للشروط القانونية أو التعاقدية

25. يتعلق الإشكال هنا بتعيين محكم من قبل القاضي المختص، حيث ينص الفصل 56 من مجلة التحكيم التونسية على أن قرار التعيين لا يقبل الطعن بأي وجه⁽¹⁴⁾. فهل أن عدم قابلية الطعن في قرار التعيين تعني أيضا أنه لا يجوز للطرف المعني الرجوع إلى هذا الخلل في مرحلة الإبطال، على أساس أن تركيبة هيئة التحكيم غير صحيحة طبق ما ينص عليه الفصل 78 من مجلة التحكيم ؟

26. طرحت هذه المسألة على محكمة الاستئناف بتونس في إطار القضية رقم 50 المحكوم فيها بتاريخ 16 ماي 2000⁽¹⁵⁾، حيث اعتبرت أنه إذا عارض الطرف المعني في تعيين المحكم خلافا لاتفاق الطرفين، كما إذا اتفق الطرفان على وجوب أن يكون المحكم خبيرا أو صاحب أقدمية أو صفة محددة في مجال معين (وفي قضية الحال اشترط الطرفان أن يكون المحكم عضوا في الجامعة الدولية للسيارات F.I.A. Fédération Internationale de l'Automobile) في حين عين الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف بتونس محاميا ليقوم بمهمة التحكيم) فإنه يحق لذلك الطرف الذي لم يسكت عن ذلك الخلل طوال إجراءات التحكيم أن يطعن في حكم التحكيم بالإبطال. وتقضي المحكمة بالبطلان إن ثبت لها أن القاضي الذي أمر بتعيين المحكم خالف فعلا شروط اتفاقية التحكيم بتعيين من لا يستجيب للشروط التعاقدية.

الجزء الثالث: مسائل مرتبطة بما بعد صدور حكم التحكيم

27. نتطرق في هذا الإطار إلى مسألة (أ) قابلية أحكام التحكيم الرياضي للطعن بالإبطال، و(ب) إبطال حكم التحكيم بسبب مخالفته لمبادئ دستورية سامية من قبيل الحق في النفاذ إلى العدالة و(ج) منح الصيغة التنفيذية لأحكام محكم الطوارئ.

(أ) مبدأ الطعن بالإبطال كطعن وحيد

(14) المادة 11:

"[...] 7- يكون أي قرار، صادر من السلطة الأخرى أو المحكمة المختصة، بحسب الأحوال، في مسألة منصوص عليها في البندين

(5) و(6) من هذه المادة، نهائياً وغير قابل للطعن عليه بأي طريق من طرق الطعن".

(15) Ahmed OUFELLI : « L'arbitrage dans la jurisprudence tunisienne », éd. LGDJ-DGL, Paris-Tunis 2010, pp. 232-233.

28. على غرار ما نصّ عليه القانون النموذجي لليونسترال المتعلق بالتحكيم التجاري الدولي (1985)، يقتضي الفصل 78 من مجلة التحكيم التونسية (1993) أنه:

1- لا يجوز الطعن في حكم التحكيم بأي طريق من طرق الطعن، إلا بطريق الطعن بالبطلان، وفقاً لأحكام هذا القانون، أمام المحكمة المختصة.

[...] 6- يكون حكم المحكمة المختصة نهائياً وغير قابل للطعن عليه بأي طريق من طرق الطعن".

29. وبالمقابل، لم يقتصر المشرع القطري (من خلال قانون سنة 2017) على حصر امكانية الطعن في حكم التحكيم في الطعن بالإبطال بل زاد على ذلك أن حكم المحكمة المختصة في طلب الإبطال لا يقبل الطعن بأي وجه من الأوجه. وللتذكير فإن "المحكمة المختصة" حسب المادة 1 من نفس القانون هي:

"دائرة منازعات التحكيم المدني والتجاري بمحكمة الاستئناف، أو الدائرة الابتدائية بالمحكمة المدنية والتجارية لمركز قطر للمال، بناءً على اتفاق الأطراف".

30. فسواء كان الحكم في طلب الإبطال صادراً عن محكمة درجة أولى أو عن محكمة الاستئناف بالدوحة، المختصة بحسب الحالة، فإنه يصدر قطعياً لا يقبل أي طعن بالاستئناف أو بالتمييز. ويختلف القانون القطري في هذا عن قوانين عديدة أخرى. فالقانون الأردني ينص على أن حكم محكمة الإبطال لا يقبل الطعن بأي وجه، وهو أمر بديهي بما أن المحكمة المختصة هي محكمة التمييز، في حين أن بلدانا أخرى مثل تونس تقتضي قوانينها أن الطعن بالإبطال يرفع أمام محكمة الاستئناف بتونس كلما تعلق الأمر بتحكيم دولي، لكن حكم هذه المحكمة يقبل الطعن بالتعقيب، والتي يمكنها أن تقضي بإقرار حكم محكمة الاستئناف بتونس فيكون حكمها قطعياً، أو بنقضه، ويمكن أن يكون النقض دون إحالة أو مع الإحالة إلى محكمة الاستئناف بتونس التي تصدر حكماً يقبل الطعن بالتعقيب من جديد.

31. فالقانون القطري هو الوحيد -حسب علمي- الذي يمنح الاختصاص لمحكمة ابتدائية أو محكمة استئنافية، يصدر حكمها قطعياً باتاً لا يقبل أي طعن.

32. ورجوعاً إلى الفصل 78 من المجلة التونسية، نلاحظ خصوصاً ما يلي:

أولاً: أن صور الطعن بالإبطال ذكرت بالنص التشريعي على وجه الحصر والاقصاء، بحيث لا يمكن التوسع فيها ولا الإضافة إليها (الفقرة 1)؛

ثانياً: أنّ عبء إثبات توفر شروط الإبطال محمول في الغالب على الطرف المحكوم ضده، مع إمكانية إثارته تلقائياً من المحكمة حين يتعلق الأمر بمخالفة النظام العام. ويختلف القانون القطري عن عدة قوانين أخرى في أنه يربط البطلان بمخالفة النظام العام الداخلي، ولم يعتمد مفهوم النظام العام الدولي. فقد جاء بها ما يلي:

2- لا تُقبل دعوى بطلان حكم التحكيم إلا إذا قدم طالب البطلان دليلاً يثبت أي من الحالات التالية:

أ- أن أحد أطراف اتفاق التحكيم وقت إبرامه كان فاقداً للأهلية أو ناقصها وفقاً للقانون الذي يحكم أهليته، أو أن اتفاق التحكيم غير صحيح، وفقاً للقانون الذي اتفق الأطراف على أن يسرى علي هذا الاتفاق، أو وفقاً لهذا القانون إذا لم يتفقوا على ذلك.

ب- أن طالب الإبطال لم يُعلن إعلاناً صحيحاً بتعيين أحد المحكمين أو بإجراءات التحكيم، أو تعذر على طالب الإبطال تقديم دفاعه لأي سبب آخر خارج عن إرادته.

ج- أن حكم التحكيم قد فصل في أمور لا يشملها اتفاق التحكيم، أو جاوز حدود هذا الاتفاق. ومع ذلك إذا أمكن فصل أجزاء الحكم المتعلقة بالمسائل الخاضعة للتحكيم عن أجزائه الخاصة بالمسائل غير الخاضعة له، فلا يقع البطلان إلا على الأجزاء الأخيرة فقط.

د- أن تشكيل هيئة التحكيم أو تعيين المحكمين أو إجراءات التحكيم، قد تم بالمخالفة لما اتفق عليه الأطراف وذلك ما لم يكن الاتفاق متعارضاً مع أحد أحكام هذا القانون مما لا يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفته، أو في حالة عدم وجود اتفاق أن يكون ذلك قد تم على وجه مخالف لهذا القانون.

3- تقضي المحكمة المختصة ببطلان حكم التحكيم، من تلقاء نفسها، إذا كان موضوع النزاع مما لا يجوز الاتفاق على الفصل فيه عن طريق التحكيم وفقاً لقانون الدولة، أو إذا كان حكم التحكيم يخالف النظام العام للدولة".

ثالثاً: أن أجل الطعن المقرر هو 90 يوماً في القانون التونسي، في حين أنه يتقلص إلى 30 يوماً فقط في القانون القطري، لكن القانون القطري وضع قاعدة فريدة من نوعها وهي أنه يجوز للأطراف الاتفاق على تمديد أجل الطعن بالبطلان:

4- تُرفع دعوى بطلان حكم التحكيم أمام المحكمة المختصة خلال شهر من تاريخ تسليم الأطراف نسخة الحكم أو من تاريخ إعلان طالب الإبطال بحكم التحكيم أو صدور قرار التصحيح أو حكم التفسير أو التحكيم الإضافي المنصوص في المادة (32) من هذا القانون، وذلك ما لم يتفق الأطراف كتابة على تمديد ميعاد رفع دعوى البطلان".

رابعاً: أن القانون القطري على الرغم مما أظهره من توجه ليبرالي، لم يأخذ بالقاعدة القائلة بجواز الاتفاق على عدم قابلية حكم التحكيم للطعن بالبطلان، في حين أن قوانين أخرى كالقانون الفرنسي الجديد (2011) سمحت به بشكل مطلق، في حين سمح به القانون السويسري والقانون التونسي لكن ذلك محصوراً بصور التحكيم الدولي الصرف *off-shore* الذي يتميز بأن أطرافه ليس لهم مقر أو محل عمل بالبلاد التي جرى فيها التحكيم.

خامسا: أنه يمكن للمحكمة المختصة في أغلب القوانين المأخوذة عن القانون النموذجي لليوسنترال منح هيئة التحكيم فرصة لتدارك ما يشوب حكم التحكيم من اخلالات قابلة للتدارك:

"5- ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك، يجوز للمحكمة المختصة أن توقف إجراءات نظر الدعوى، بناءً على طلب من أحد الأطراف، إذا وجدت ذلك ملائماً، وذلك للمدة التي تحددها، من أجل منح هيئة التحكيم الفرصة لاستكمال إجراءات التحكيم أو لاتخاذ أي إجراء آخر ترى هيئة التحكيم أن من شأنه إزالة أسباب البطلان."

33. ويتعلق الأمر خصوصاً بصورة حكم التحكيم الذي ينقصه التعليل في بعض النقاط أو به نقص في البت في بعض نقاط النزاع. أما إذا كان التحكيم كاملاً وشاملاً لجميع المسائل المتنازع عليها ومعللاً في كل ما قضى به، فإنه يعسر إيجاد مجال لتطبيق هذه القاعدة.

■ قابلية أحكام التحكيم الرياضي للطعن بالإبطال

34. تم سنة 2010 إحداث الهيئة الوطنية للتحكيم الرياضي Comité National d'Arbitrage Sportif (CNAS) في تونس لتكون نظيراً لمحكمة التحكيم الرياضي CAS/TAS بلوزان. وتنتظر هيئات التحكيم المشكلة في ظل قواعد هذه الهيئة في الطعون الموجهة ضد قرارات الهياكل الرياضية ذات الوظيفة القضائية وخاصة منها لجان الاستئناف لدى الاتحادات الرياضية على غرار اللجنة الوطنية للاستئناف لدى الجامعة التونسية لكرة القدم ونحوها. وبالنظر إلى هذا الدور، اعتبر المحللون لفترة طويلة أنّ الهيئة الوطنية للتحكيم الرياضي هي "محكمة التعقيب الرياضية" وأن أحكام التحكيم قطعية باتة ولا تقبل الطعن بأي وجه، وظل هذا الرأي سائداً لزمناً طويلاً. غير أنه في سنة 2012، عرض على محكمة الاستئناف بتونس ولأول مرة طعن في حكم تحكيمي صادر في ما يتعلق بانتخابات الجامعة التونسية للكراتي، فأنتهت المحكمة إلى أنه:

"حيث لم يرد بالملف ما يشوب مطلب الطعن فقد قدم ممن له الصفة والمصلحة وتم في آجاله القانونية ووفق الصيغ الشكلية واتجه من ثمة الحكم بقبوله شكلاً.

[...] إن الحسم في خضوع القرار التحكيمي المطعون فيه لدعوى الإبطال المنصوص عليها بالفصل 42 من مجلة التحكيم خاصة مع منازعة نائبة المطلوب في ذلك وتمسكها بعدم خضوع القرار المطعون فيه لمقتضيات الفصل المذكور الذي حدد حالات حصرية وأن الهيئة مختصة بالنظر في النزاع حسبما يفيد النظام الأساسي للجامعة التونسية للكراتي بالفصول 49 و50 ونظام التحكيم الرياضي بالفصل 2 فقرة ثالثة وأن قرارها جاء سليماً يقتضي بداية التأكيد على أن القرارات الصادرة عن الهيئة الوطنية للتحكيم الرياضي في جميع النزاعات سواء تلك المتعلقة بالمواد المحددة بالفصل الثاني من نظام هيئة التحكيم الرياضي بالفقرات 1، 2، 3، 4 والتي تم تسيير النشاط الرياضي ومن بينها قرارات القبول والعزل من عضوية أي جامعة وضبط الرزنامة العامة

للمنافسات وتنظيم التبرعات والممتلكات وتسمية المرشحين على المستوى الوطني والقرارات التأديبية المتخذة من طرف الجامعات الرياضية للاعبين أو المدربين أو المسيرين والقرارات المتعلقة بقبول أو رفض مطلب ترشح لانتخابات هيكل الجامعات أو القرارات التي تتخذ من نفس الهيكل بناءً على الفقرة الأخيرة من الفصل المذكور المتعلقة بجميع النزاعات المتصلة بالميدان الرياضي بصفة مطلقة تعد وتوصف بأنها قرارات تحكيمية إنبتت وتأسست على اتفاقية تحكيم باعتبار أن تعهد الهيئة الوطنية للتحكيم الرياضي للنظر والبث فيها هو استثناء لاختصاص قضاء الدولة في النظر في جميع النزاعات وإفراد الميدان الرياضي بألية التحكيم للفصل في النزاعات التي قد تنشأ مرده خصوصية هذا الميدان فلا عبرة بالتالي في الأخذ بتنصيب الفقرة الأخيرة من الفصل الثاني واعتبار أن الرجوع لمجلة التحكيم لا يكون إلا عند النظر في النزاعات غير تلك المحددة بالفقرات 1،2،3،4 السابقة لأن التحكيم الرياضي في كليلته يخضع لمجلة التحكيم باعتباره طريقة استثنائية للفصل في النزاعات بعيدا عن التشريعات الوطنية وهو ما يجعل تدخل الرقابة القضائية بالنسبة للقرارات التحكيمية في الميدان الرياضي تتم جميع القرارات الصادرة عنها دون تمييز وذلك استنادا لأحكام الفصل 42 من مجلة التحكيم أي بممارسة دعوى الإبطال إذا ما تمسك أحد الأطراف بإخلالات وخروقات تتم إجراءات جوهرية وصيغة تعهد الهيئة التحكيمية فلا يمكن تثبيت القرار التحكيمي الذي إنبت عليها وتحصينه من الطعن لأن لجوء أحد أطراف الخصومة التحكيمية للقضاء أمر لا بد منه بل هي مسألة حتمية لمراقبة مدى احترام القواعد القانونية وإجراءات التحكيم واتجه على هذا الأساس رد الدفع المتمسك به من قبل نائبة المطلوب المتعلق بعدم انطباق مجلة التحكيم على القرار التحكيمي الرياضي المطعون فيه⁽¹⁶⁾.

35. ولا يحتاج هذا الحكم إلى كثير من التعاليق في ما يخص هذه النقطة باعتبار أنه أقر أمرا بديهيًا مع أنه فاجأ الكثيرين، وهو نفس ما انتهت إليه المحكمة الفيدرالية السويسرية منذ سنين، حتى أن قضايا إبطال أحكام التحكيم الرياضي تمثل حوالي ثلاثة أرباع مطالب إبطال أحكام التحكيم التي تعرض عليها⁽¹⁷⁾.

⁽¹⁶⁾ محكمة الاستئناف بتونس، القضية عدد 39017، حكم بتاريخ 13 نوفمبر 2012، معلق عليه من قبل أحمد الورفلي: "الهيئة الوطنية للتحكيم الرياضي ليست محكمة رياضية عليا"، مجلة المحاماة، تونس 2015،

Ahmed OUERFELLI: « Les complications juridiques de l'arbitrage sportif », <https://www.linkedin.com/pulse/les-complications-juridiques-de-larbitrage-sportif-ahmed-ouerfelli/>

⁽¹⁷⁾ بالمقابل، نلاحظ أن هذا الحكم جاء بقراءة غير واضحة في ما يتعلق بمدى قابلية النزاعات المتعلقة بالانتخابات الرياضية للتحكيم، إذ ورد به: "إن العملية الانتخابية هي عملية مركبة من عدة أعمال تمهيدية تندخل قبل إجراء الاقتراع بهدف تهيئتها وعمليات إقتراعية تتعلق بسيرها ونتائجها وتعتبر عملية تقديم الترشيحات لانتخاب المكتب الجامعي الجديد أحد هيكل الجامعة التونسية للكراتي موضوع القرار المطعون فيه سابقة للعملية الانتخابية وقد نضمها نظامها الأساسي ضمن الفصل 36 و 49 كما نظم الفصل 50 منه طرق الطعن في القرارات التي تتخذها اللجنة العليا المشرفة على الانتخابات وهو ما تم بالفعل من طرف المطلوب الذي طعن في قبول قائمة الطاعن لحوض العملية الانتخابية لدى الهيئة الوطنية للتحكيم الرياضي استنادا للفصل 2 من نظام التحكيم الرياضي فالنزاع لم يتعلق بنتائج الانتخاب بل بمرحلة سابقة له خاصة كما أن الهيئة التحكيمية الرياضية لا تختص إلا بالنظر في قرار قبول أو رفض مطلب الترشح دون أن يمتد اختصاصها إلى نتائج الانتخابات وهو ما يؤكد الفصل بين المرحلتين وإمكانية فض النزاع المتعلق بهذه

(ب) إبطال حكم التحكيم بسبب مخالفته للحقّ في النفاذ إلى العدالة

(محكمة التعقيب التونسية توغل في تطبيق مفهوم الرقابة الشكلية على أحكام التحكيم)

36. في حكمها الصادر بتاريخ 05 نوفمبر 2018 في القضية عدد 51522/2017، انتهت محكمة التعقيب إلى نقض حكم استئنافي صادر عن محكمة الاستئناف بتونس بتاريخ 29 نوفمبر 2016 تحت عدد 85246 قاض بإبطال حكم تحكيمي تميز بتناقض بين حيثياته (سنده) ونصه، إذ اعتبرت هيئة التحكيم في تعليل حكمها أن الدعوى حرة بالرفض أو عدم القبول، وبررت ذلك بأنها غير مؤيدة بحجج وأدلة كافية، ثم حكمت في النهاية بعدم سماع الدعوى أي بأن المدعية لا حقّ لها يمكن الحكم لها به.
37. وقد اعتبرت الشركة المدعية في الأصل (المحكوم ضدها تحكيمياً) أنّ حكم التحكيم مشوب بإنكار العدالة وبالتالي فهو مخالف للمبادئ الأساسية للإجراءات المدنية والتجارية، باعتبار أنه ينطوي على إنكار للعدالة حين رفضت هيئة التحكيم البت في الخصومة وأصدرت حكماً مبهما رفضت شرحه على الرغم من تقديم مطلب الشرح طبق الأصول الإجرائية، كما أنه مخالف لنفس المبادئ الإجرائية حين قضى بوجه لا تعليل له، بما أن التعليل الموجود في الحكم هو تعليل للحكم بالرفض، في حين أن نص الحكم قضى بعدم سماعها، فكان الحكم بعدم سماع الدعوى خالياً من كل تعليل. وأضافت أن هذا الحكم لم يكن متسماً بتناقض التعليل، بل بتناقض الحكم مع النتيجة، وهي صورة مغايرة للصورة التي تخلى فيها القضاء الفرنسي في أغلب اجتهاداته عن مراقبة حكم التحكيم على أساس أن تناقض التعليل شأنه شأن ضعف التعليل يخرج عن دور قاضي الرقابة.
38. ولم تأخذ محكمة الاستئناف بتونس بهذا التحليل لكنها اعتبرت أن حكم التحكيم لم يبلغ درجة إنكار العدالة لكنه انطوى على إخلالات فادحة تبرر إبطاله بما أنه تنكّب عن فصل النزاع وتركه قائماً بما تناقض مع فلسفة التحكيم ونالت من مصلحة الطرفين في فض الخصومة بطريق التحكيم.
39. ولئن أصابت محكمة التعقيب في قرارها الصادر في 05 نوفمبر 2018 تحت عدد 51522 في التذكير بموقف فقه القضاء التونسي⁽¹⁸⁾ الذي أصبح راسخاً والمتمثل في التقيد بالرقابة الشكلية على حكم التحكيم في إطار ما تنص عليه أحكام الفصل 42 من مجلة التحكيم بالنسبة للتحكيم الداخلي، والتأكيد على منع قاضي الرقابة من الخوض في أصل النزاع ومن التصرف كقاضي درجة ثانية، فإن حكمها يطرح مع ذلك تساؤلات هامة تتعلق بحقيقة دور القاضي في مراقبة التحكيم. فالرقابة الشكلية هي كما قيل رقابة على الشكل **بالأساس *contrôle essentiellement formel***، لكنها ليست رقابة شكلانية

المرحلة من خلال الفصول القانونية الموضوعية للغرض و المصادق عليها لا سيما وأن هيئة التحكيم الرياضي عند نظرها في الطعن المقدم من المطلوب اكتفت بتفحص توفر الشروط المستوجبة في القائمة المطعون في قرار قبولها طبق شروط الفصل 48 من النظام الأساسي للجامعة التونسية للكراتي وقضت برفض طلب الطاعن في إحلال قائمته محل القائمة المذكورة".

(18) وخصوصاً محكمة الاستئناف بتونس ومحكمة التعقيب.

جوفاء *contrôle pour la forme*، ومن ثمة فإن القاضي مطالب بالتصدي للخروقات الشكلية الفادحة والتي تمس من الحق في محاكمة عادلة. ولا شك أن انكار العدالة هو أخطر أشكال المساس من الحق في محاكمة عادلة، لأنه يضرب الحق في محاكمة أو الحق في القاضي⁽¹⁹⁾ أصلاً. وقد تمسكت المعقب ضدها بكامل الوضوح بهذا التحليل وطلبت من محكمة الاستئناف ثم من محكمة التعقيب أن تقولاً بكامل الوضوح إن كان هناك إنكار عدالة أم لا. أما محكمة الاستئناف بتونس فقالت إنه لا يوجد انكار عدالة لكن حكم التحكيم ينبغي إبطاله لأنه يتنافى مع فلسفة التحكيم، ولأنه يقترب من إنكار العدالة، وأصابته محكمة التعقيب في استبعاد هذا التحليل الذي يخرج عن كل أطر الرقابة القضائية على التحكيم، وينشئ إطاراً غير تشريعي للرقابة على المحكمين. لكن إصابتها في هذا التحليل لا تتجاوز هذا الحد، لأنه كان عليها أن تفعل أمرين:

- **أولاً: أن تستعرض مقال المعقب ضدها** ليفهم القارئ ما ردت به المطعون ضدها على مآخذ المعقبة على حكم محكمة الاستئناف. وفي هذا، نلاحظ أن هذا الحكم لم يأت بجديد، لأن المحكمة واصلت على نهجها المتمثل في الاقتصار على ادراج مطاعن المعقب في حكمها ثم إبداء وجهة نظرها في القضية. وهذا النهج مجاف لكل منطق ولا يمكن تبريره وهو يتناقض بلا نقاش مع مبادئ الدستور الذي يوجب احترام مبادئ المحاكمة العادلة بالفصل 108، والتي تتضمن خصوصاً مبدأ المساواة بين الخصوم، وشفافية الإجراءات وعلانياتها. فالمفروض أن يبرز الحكم حجج الخصمين ثم كيف رجحت المحكمة بعضها على بعض. والتغاضي عن حجج أحد الطرفين لا يمكن تبريره بأي مبرر مقبول. والتقاليد الخاطئة لا يمكن أن تسمو على المبادئ الدستورية والإقليمية والقارية والكونية. وهذا تقليد سيء دأبت عليه محكمة التعقيب، ومهما كان تبريره (كالقول إن محكمة التعقيب تعرف القانون ولا تحتاج إلى معرفة المعقب ضده، أو القول إن المحكمة تريد أن تتجنب الظهور كأنها تأخذ بكلام المعقب ضده، أو القول بأن العبرة بمقال المعقب لأنه هو الذي يحدد نطاق نظر محكمة التعقيب)، وينبغي التخلص منه بأي طريقة، سواء بتغيير منهج التعليل ليصبح مطابقاً لما تعمل به سائر المحاكم في البلاد التونسية وفي كل بلدان العالم، وإما بإرفاق مذكرات الطرفين بالحكم حتى يتسنى لكل من يشاء الاطلاع عليهما معاً. أما استعراض مقال طرف دون آخر فهو مؤشر سيء على أن محكمة التعقيب ربما ترى النزاع بعين واحدة؛

- **أن تبت في ما إن كان رفض هيئة التحكيم البت في الخصومة ثم رفض شرح حكمها لتمكين المتقاضين من تحديد موقفه من الحكم يشكل حالة إنكار للعدالة من عدمه.** فالأمر يتعلق بمسألة داخلية في مجال رقابة القضاء، وهي من صميم دور قاضي الإبطال، ولا علاقة لها باجتهاد المحكم في أصل النزاع وحرية في تقدير الوقائع وتأويلها وترتيب النتائج عليها، بل بمنهج التعامل مع الخصومة وبالتالي بجوهر الإجراءات. وبقطع النظر عما إن كانت المحكمة ستقرر في النهاية أن

(19) Le droit au juge ou droit d'accès à la justice.

القضية ليس فيها إنكار للعدالة أم لا، فإنه مطلوب منها التصدي لهذه المسألة، لا أن تقتصر على التعليل العام العائم القائل بأن رقابة قاضي الإبطال هي رقابة شكلية ومحدودة على حكم التحكيم، لا تنفذ إلى أصل النزاع، والتي تحولت في عديد القضايا إلى ما سماه الفقيه الفرنسي "موريس كوزيان": *une tarte à la crème*.⁽²⁰⁾

40. وخلص القول أنه من الواضح أنه يوجد مجهود ينبغي القيام به لتحسين مستوى احترام المحاكم التونسية بما فيها محكمة القانون للمقومات الأساسية والدنيا للحق في محاكمة عادلة، سواء من حيث الشكل أو من حيث الأصل. وتوجد لدينا من دون شك بعض التقاليد السيئة ينبغي العمل بكل وسيلة على التخلص منها.

(ج) منح الصيغة التنفيذية لأحكام محكم الطوارئ

41. طرحت على محكمة الاستئناف بتونس مسألة منح الصيغة التنفيذية للقرارات التحفظية والاستعجالية التي يتخذها المحكمون، فاتخذت منها في البداية موقفا متحفظا ورافضا، بأن اعتبرت في مرحلة أولى أن هذه القرارات "لا ترقى إلى مرتبة الحكم التحكيمي"، خاصة أن لها صبغة مؤقتة ويجوز لهيئة التحكيم الرجوع فيها، ومن ثمة لا يجوز منحها الصيغة التنفيذية⁽²¹⁾، في حين تغير هذا الموقف في حكم صدر عندما نظرت نفس المحكمة في طلب اكساء اجراءين وقتيين اتخذهما محكم طوارئ في ظل قواعد غرفة التجارة الدولية بالصيغة التنفيذية. فقد بدأت المحكمة تحليلها بتكييف القرار موضوع الطلب وما يترتب عنه من آثار، ثم أقرت في قضية شركة "سيلامين المتحدة" Celamin Ltd جواز اكسائه بالصيغة التنفيذية⁽²²⁾.

42. فعلى إثر اتخاذ قرار وقتي عن محكم الطوارئ السيد "شارل جاروسون" في ظل قواعد غرفة التجارة الدولية بتاريخ 2015/11/15 يتمثل في وضع 12747 سهما تسيطر عليها الشركة المطلوبة وتمثل 50.988 من رأس مال الشركة المتنازع عليها قيد الايمان ومنع الشركة المطلوبة من نقل الملكية أو رهن تلك الأسهم بأي طريقة، مع منعها أيضا من ترفيع رأس المال وإصدار أي أسهم جديدة أو أي أوراق مالية تخول الحق في بشكل مباشر أو غير مباشر في جزء من رأس مال الشركة بأي وسيلة كانت. وصدر هذا القرار بجنيف/سويسرا. وإثر ذلك طلبت الشركة المحكوم لها بهذا الإجراء من محكمة الاستئناف بتونس منح هذا القرار صيغة التنفيذ.

⁽²⁰⁾ **Maurice COZIAN** : « Propos désobligeants sur une « tarte à la crème » L'autonomie et le réalisme du droit fiscal », *Droit fiscal* - 6 Octobre 1980 - n° 41.

⁽²¹⁾ محكمة الاستئناف بتونس، قرار عدد 83 بتاريخ 08 ماي 2001- غير منشور، مذكور بكتاب أحمد الورفلي: "التحكيم الدولي في القانون التونسي والقانون المقارن"، مرجع سابق، وكتابه: *L'arbitrage dans la jurisprudence tunisienne*، مرجع سابق، ص. 224.

⁽²²⁾ محكمة الاستئناف بتونس، حكم في القضية عدد 5688 بتاريخ 26 مارس 2019، غير منشور.

43. وأمام غموض أحكام الفصل 81 من مجلة التحكيم واتفاقية نيويورك لسنة 1958 كان على محكمة الاستئناف بتونس تحديد الطبيعة القانونية للإذن الصادر عن محكم الطوارئ وما إن كان حكما تحكيميا يجوز منحه الصيغة التنفيذية. وقد تمسكت المدعى عليها بأن الطالبة تعمدت مغالطة المحكمة بأن عنونت مطلبها بطلب اكساء حكم تحكيمي استعجالي بالصيغة التنفيذية محاولة منها لإدخال النزاع تحت طائلة الفصول 79 وما بعده من م ت المتعلقة بالاعتراف بالأحكام التحكيمية وتنفيذها دون غيرها وأن أحكام الفصول 79 و80 و81 و82 لا تنطبق إلا على الأحكام التحكيمية الأجنبية والأحكام الصادرة في مجال التحكيم الدولي وبالتالي لا تشمل الأوامر التحكيمية التي خصها المشرع بإجراء خاص صلب الفصل 62 من مجلة التحكيم الذي يجيز لهيئة التحكيم طلب المساعدة من الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف في حالة عدم امتثال أحد الأطراف وهو ما لم تقم به الطالبة في قضية الحال.
44. وانطلقت المحكمة من أحكام المادة 28 من قواعد تحكيم غرفة التجارة الدولية التي تنص على أن تصدر التدابير التي يتخذها محكم الطوارئ في شكل أمر مسبب، كما يمكن أن تصدر في شكل حكم تحكيمي حسب ما تراه هيئة التحكيم ملائما إثر تشكيل الهيئة، فيما جاء بالمادة 29 أنها تتخذ قرار شكل "أمر إجرائي" Ordonnance. ورجعت المحكمة في تحليلها إلى الفصل 123 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية لتعريف الحكم، كما أخذت بعين الاعتبار اتفاق الفقهاء على أن الحكم هو القرار الذي يعلنه القاضي المختص في نطاق خصومة وفق شكل معين وذلك بقصد حسم مركز خلافي شامل لأطراف النزاع بعد استدعائهم طبق القانون وتخويلهم حق الدفاع عن مصالحهم تجسيدا لمبدأ المواجهة.
45. وانتهت المحكمة الى الجزم بتوفر شروط الحكم في الأمر الصادر عن المحكم الطارئ المعروف عليها للاكساء متى صدر القرار عن محكم الطوارئ المختص بالنظر وشمل أطراف النزاع بعد استدعائهم وتخويلهم حق الدفاع عن مصالحهم طبقا للقانون المنطبق وعقد جلسات للغرض. فالقرار المذكور أحرز على مقومات الحكم بالمفهوم المذكور واعتبرت المحكمة أعلاه بغض النظر عن التسمية الممنوحة له التي لا تعدو أن تكون سوى مسألة شكلية خاصة اذا ما كان القرار مستجيبا لجميع مقومات الحكم صياغته من ذكر للأطراف والاجراءات وتضمين مقالات الخصوم والتسبيب له وهو ما توفر في الأوامر موضوع الطلب، السبب الذي يجعل المحكمة تذهب في تصنيفها ضمن الأحكام.
46. وقد علقت السيدة ماجدة العبيدي (رئيسة محكمة قرمبالية الابتدائية -تونس) على تمشي المحكمة بأنها استخلصت صفة الحكم من التدبير الوقتي وعاملته على قدم المساواة مع الحكم الاستعجالي الذي يتوفر فيه مبدأ المواجهة خلافا للأذن على العرائض التي تعد عملا ولأثيا يصدر في مغيب الخصم الصادر ضده الأمر والذي يبقى له حق طلب الرجوع فيه بعد اعلامه به⁽²³⁾.

(23) ماجدة العبيدي: "إكساء الأوامر الصادرة عن محكم الطوارئ بالصيغة التنفيذية"، مجلة "الأخبار القانونية"، العدد 285/284، جويلية-سبتمبر

47. ولاحظت السيدة ماجدة العبيدي أن هذا الاجتهاد جاء متماشيا مع روح المعاهدات الدولية والاجتهاد القضائي الدولي في الانحياز ايجابيا الى التنفيذ تشجيعا للتجارة الدولية وتسوية النزاعات المتفق عليه كطريقة لفض النزاعات، وأنه يتسم بالجرأة السبّاقة في اعطاء نجاعة وفاعلية للتحكيم بكل ما يتصل به من جوانب وقتية وتحفظية حتى يكون المحكم سيد الموقف فيما أوكل له بخيار الأطراف⁽²⁴⁾.

خاتمة:

48. على الرغم من غزارة الكتابات والتعليق والتأليف والمقالات المتعلقة بالتحكيم والتي أتت على جميع المجالات، ما زال عالم التحكيم يفاجئ الملاحظين والدارسين بإشكاليات جديدة أو بإشكاليات قديمة تطرح من زوايا جديدة، ويلعب المحامون دورا أساسيا في تسليط الضوء على هذه الزوايا وإبراز خصوصيات الحالات الجديدة، بما يدفع القضاء إلى التجديد واستكشاف آفاق جديدة، تدفع المشرعين إلى التطوير والتحديث. وقد أصبح المشرعون في سباق مع الزمن، حيث إن بعض القوانين تجد نفسها في حاجة إلى التعديل بمجرد صدورهما. وهذه ميزة من ميزات هذا العصر المتميز بالتدفق العالي للمعلومات وسرعة التحولات الاقتصادية والمجتمعية.

(24) ماجدة العبيدي، مرجع سابق، ص.9.