التطورات التشريعية الخاصة بالتحكيم في تونس

بقلم الحبيب مالوش

عضو لجنة التحكيم الدولي لغرفة التجارة الدولية ICC
محكم مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي

- تتمثل التشريعات الخاصة بالتحكيم في تونس خلال الأشهر السابقة في الفصل الخاص بالتحكيم الوارد في المجلة للإستثمارات التي صدرت في أوائل هذا العام وفي مجلة التحكيم التي وضعها القانون عدد 42 لسنة 1993 المؤرخ في 26 أفريل من سنة 1993 والتي لم تدخل حيز التطبيق إلا بعد ستة أشهر من تاريخ صدورها أي في 27 أكتوبر سنة 1993 وذلك خلافا للقانون المصري الذي صدر في 18 أفريل سنة 1994 وكان نافذ المفعول في 18 ماي من نفس السنة .

- وإن بدت الحصة المصرية مقبولة لنشر النص وتوزيعه وترجمته فإن الحصة التونسية لا مبرر لطولها إلا إذا أراد المشرع استغلال ذلك الوقت لفض بعض القضايا التي من شأنها أن تزول وفقا للقانون الجديد والتي جمد استنادها إلى فصول الإجراءات القديمة مما أعطى لهذه الأخيرة استقرارا مؤبدا رغم أن تجاوزها الواقع وكشف عن ضعفها .

- وهكذا فعوض أن ينسج المشرع التونسي على المبدئ الآتي في المادة الأولى من القانون المصري والقاضي بأن يعمل بأحكام القانون الجديد على كل تحكيم قائم وقت نفاذه أو يبدأ بعد نفاذه ولو استند إلى اتفاق تحكيم سبق إبرامه قبل نفاذ ذلك القانون ، عرج إلى القضاء بأن القضايا الجارية أمام التحكيم أو المحاكم تبقى خاضعة للإجراءات المعمول بها قبل 27 أكتوبر 1993 إلى أن يتم فصلها وتستنفذ وسائل الطعن فيها .

- وكان من المعقول أن يقضي المشرع التونسي بذلك لو لم يغير تلك الإجراءات بصفة جذرية وهي التي لم تنجح طيلة ثلاثين سنة في تطوير التحكيم وحتى في استعماله .

- وقد مشى النص أبعد من ذلك حينما فرض بأن لا تمس أحكام مجلة التحكيم بصحة اتفاقيات التحكيم المبرمة قبل نوفمبر 1993 وهو يخضع هكذا جميع شروط التحكيم القائمة لمبدئ التجارية وغموضه ومبدئ بطلان الشروط المبرمة من قبل الدولة والهيئات العمومية حتى في العلاقات الدولية .

وإننا نصر على القول بأن التشبث بالمبادئ القديمة المذكورة لا يخدم من الناحية النفسية صالح تونس في أن تستجلب التحكيم لربوعها .

- كما يبدو في ظننا أن الفصل الثاني الذي أقر القوانين التي تحجر اللجوء إلى التحكيم أو تفرض إجراءات خاصة لذلك لا يخدم التشجيع على استعمال المجلة حيث كان من الاجدران تلغى جميع الأحكام المخالفة لفصول قانون التحكيم كما جاء في المادة الثالثة من القانون المصري وقالت صوابا .

- وختاما لهذه الفقرة فإن قانون الإصدار لمجلة التحكيم التونسية يبدو لنا مذبذبا ومناقضا لما أقره علانية رئيس الدولة في مجالس القضاء من إرادة تشجيع اللجوء إلى التحكيم قصد التخفيف من عبئ القضاء الرسمي، في حين أن المثيل المصري يبدو واضحا ومركزا لتدعيم التحكيم .

I - ايجابيات المجلة

1) المبادئ العامة

- نقتصر في الأسطر القادمة على التعرض إلى إيجابيات المواد الخاصة بالتحكيم الدولي تاركا تحليل فصول التحكيم الداخلي إلى المشاغل المحلية (1) .

- إن مجلة التحكيم التونسية تعتمد في بابيها الأول والثالث فيما يخص التحكيم الدولي ،القانون النموذجي للانسترال كما فعلت ذلك مصر .

- وإني وإن اعتنقت جانب ذلك القانون بإيجابياته المتحدة وعزمه على توحيد إجراءات التحكيم حسب قاعدة علمية فقد أشرت إلى احترازي في بعض مواده وقد أتبعني المشرع التونسي في جزء منها (2) .

- فمن جملة الإيجابيات نخص بالذكر (3) ما هو جديد عن المعهود :

أ) في حقل التحكيم : يمكن اللجوء إلى التحكيم مهما كانت الطبيعة القانونية للعلاقة التي يدور حولها النزاع سواء كانت تعاقدية أو غير تعاقدية .

---

1) انظر نص المحاضرة الذي ألقاها كاتب هذه الأسطر في صفاقس يوم 16 أفريل حول واقع التحكيم الداخلي التونسي بين النص والتطبيق في مجلة الإتحاد التونسي للصناعة والتجارة .

2) أنظر المقالة "خواطر حول القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي واستعماله " مؤتمر التحكيم لمركز القاهرة 11 - 15 أكتوبر 1992 لكاتب هذه الأسطر.

3) انظر في مجلة ICC اكتوبر 1993 رقم 2/4 للحبيب مالوش

"Abrief Survey Of Tunisian rbitration Code"

ومجلة "Handbook" الهولندية لنفس الكاتب - "Tunisian Arbitration report"

- فالتحكيم مباح في المواد المدنية والتجارية. وإن نص القانون المصري على التحكيم في المواد المدنية والتجارية موضحا محتوى النعت التجاري بغزارة في المادة 2 من أحكامه العامة فإن المجلة التونسية قد ألغت النعت بتاتا فاقتصرت على كلمة التحكيم حتى لا يحصر في مادة أو غيرها . وهكذا وقع القضاء في المستقبل على أبطال شروط التحكيم المدنية وشبه التجارية .
ب) في نفاذ المجلة : يطبق القانون إذا وقع التحكيم بتونس أو إذا وقع اختياره من الأطراف أو من هيئة التحكيم .

ج) في حقيقة التحكيم الدولي
- لقد نقلت المجلة في فصلها 48 المادة 19 من الباب الأول من القانون النموذجي لوضع حقيقة الدولية ، لكنها أضافت له مبدئ تعلق التحكيم بالتجارة الدولية . وقد نخشى أن تتسع بذلك حقيقة الدولية وأن يتشابه التحكيم المحلي بالدولي في بعض الأحيان . على أن النص التونسي لم ينفرد بالتوسع في هذا المعنى إذ نجد نفس العزيمة في القانون المصرى (المادة الثالثة) ومما أثار اهتمامنا أن عزيمة الأطراف حتى ولو كانت كلها مصرية قد تجعل التحكيم دوليا إذا كان موضوع النزاع يهم التجارة الدولية واقر الأطراف اللجوء به إلى منظمة تحكيم دائمة أو مركز تحكيم (فقرة 2) .
كما يبدو لنا النص المصري جيد الإتقان حيث ذهب إلى توضيح نزاعات التجارة الدولية من خلال مبدئ محل الإقامة والاشتغال . ولنذكر أن القانون الجزائري الجديد ينعت التحكيم بالدولي إذ مس بالتجارة الدولية شريطة أن يكون لأحد الأطراف على الأقل مقر أو موطن شغل بالخارج .

د) في أهلية التحكيم والتحكيمية
لقد أقر الفصل 7 من المجلة التونسية مبدئ إباحة التحكيم في النزاعات المتعلقة بالدولة والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية والجماعات المحلية والمعروفة في مصر بأشخاص القانون العام ، إذا كانت تلك النزاعات ناتجة عن علاقات دولية في الميادين الإقتصادي والتجاري والمالي . وستضع هذه المادة حد النزاع القائم منذ سنة 1959 في شأن أهلية الدولة لاشتراط التحكيم في العلاقات الدولية وأبطاله .

هـ) في القيام بالاعتراض الفوري :
ينص الفصل 50 من المجلة القاضي بأن كل طرف يستمر في الإجراءات ولا يبادر مع

علمه بوقوع مخالفة لشرط في اتفاق التحكيم أو حكم قانوني بالاعتراض يعتبر متنازلا عن حقه في الإعتراض .

و) في تعيين المحكمة المختصة

لقد اختار المشرع التونسي بالنسبة للتحكيم الدولي أن يتولى الرئيس الأول لمحكمة الإستئناف بتونس القيام بإجراءات القاضي المعين (Juge d'appui) وإن تنفرد محكمة الإستئناف بالعاصمة دون غيرها، بالنظر في الدفوعات والطعون وذلك لمرتبة هاته الأشخاص وخبرتها وإلمامها بشؤون القضاء الدولي أكثر من غيرها من الهيئات الجهوية والإقليمية .

ز) في تدعيم التحكيم المنظم (Arbitrage administré)

دعمت المجلة في الفصول 13 و 18 و 21 و 24 و 58 أهمية منظمات ومراكز التحكيم فأحالت إليها كامل اختصاصاتها الموضحة في أنظمتها كتعيين المحكم وإقالته وعزله وتعيين مكان التحكيم إلى غير ذلك . وهكذا فإن اللجوء إلى التحكيم المنظم يسبق نظام المركز المختار على أحكام القانون .

ح) في اعتماد شرط التحكيم بالإحالة Clause par référence

ينص الفصل 6 في هذا المعنى على أن الإشارة في عقد من العقود إلى وثيقة تشتمل على شرط تحكيمي تعتبر بمثابة اتفاقية تحكيم شريطة أن يكون العقد ثابتا بكتب . وقد نص الباب الثاني من القانون المصري في الفقرة 3 من المادة 10 على نفس هذا المعنى . على أن كلا القانونين التونسي والمصري يصران على أن تكون الإحالة واضحة في اعتبار الشرط جزءا من العقد وذلك اتباعا للقانون النموذجي .

وأعتبر شخصيا أن هذه الزيادة قد تشكك المستعمل في استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي ، تلك الإستقلالية التي فرضها فقه التحكيم بصفة قطعية منذ سنوات في الحقل الدولي على الأقل .

أما في باب صغة اتفاق التحكيم فقد أقر القانون مبدئ الكتابة مع تجاوز خط اليد باعتبار الوسائل الحديثة للإتصال كالفاكس والتلكس .

2) مسيرة التحكيم في النزاع

لقد كتبنا وكررنا أن فوائد التحكيم تتناقص عند عدم توفر العزيمة الصادقة لحل النزاع بكل تجرد و حسن نية.

و نلاحظ في السنوات الأخيرة تزايد مناورات الأطراف عند بدئ التحكيم فتظاف للقضية الأصلية قضية ثانية قد تستغرق الأشهر للبدئ في اجراءات الموضوع. و قد عشت لأول مرة منذ عشرين سنة من الممارسة تحكيما دوليا قضينا فيه ثمانية عشر شهرا ما بين وضع مشروع مهمة المحكم و امضائه.
وتهم المناورات التعطيلية صحة اتفاق التحكيم و تعيين هيئة التحكيم وآجال الإجراءات.
و لتفادي تلك المناورات وضعت المجلة حقائق و قيود في المواد الآتية :

أ) صحة شرط التحكيم
يشير الفصل 2 على أن اتفاقية التحكيم (Convention d'arbitrage) تشمل من جهة صفة الشرط (Clause) المبرم قبل النزاع ومن أخرى اتفاق التحكيم (Compromis) في حين أن القانون المصري يكتفي بكلمة واحدة وجامعة وهي اتفاق التحكيم . وقد تصلح في ظننا التفرقة لتصحيح المحتوى إذ لا تطالب الأطراف بتعيين موضوع النزاع وأسماء المحكمين صراحة أو دلالة إلا في الإتفاق دون الشرط .

ب) تعيين هيئة التحكيم
- أقر الفصل 55 حرية الأطراف في تعيين وتحديد عدد المحكمين شريطة أن يكون وترا. وقد قضى هذا النص على تقاليد التحكيم الثنائي الذي كان كثيرا ما يضيع الوقت والمال عندما يظهر عدم اتفاق المحكمين على قرار إجماعي بعد أشهر من الإجراءات .
- كما أقر الفصل 56 عدم اعتبار الجنسية عند تعيين المحكم. أما فيما يخص حرية الأطراف المطلقة في تعيين المحكمين مباشرة أو عن طريق هيئة أو مركز تحكيم فقد توسع في ذلك الفصل 56 وأعطى للرئيس الأول لمحكمة الإستئناف بالعاصمة حق القرار عند تعطل المباشرة وذلك بحكم لا يقبل أي وجه من أوجه الطعن وبطلب من أحد الأطراف .

ج) صفات المحكم ورده
- يجب على المحكم وفقا للفصل 10 أن يكون رشيدا ومتمتعا بكامل حقوقه المدنية وهذا عادي. أما التجديد فيتمثل في شروط الكفاءة والإستقلالية والحياد والحيدة ويطالب المحكم بأن يفصح عن أية ظروف من شأنها إثارة الشكوك .
- كما يلا يجوز له وفقا للفصل 11 التخلي بعد القبول للمهمة دون مبرر . فإن فعل

وتسبب بذلك بضرر للأطراف فإن القانون يعتبره مسؤولا بالغرم .
- تبدو كل هذه الشروط مفيدة لتعيين المحكم حتى يقع الإختيار في أحسن الظروف وعلى أهل الذكر . وقد تجنب القانون المصري احتمال الصرامة عندما أقر في المادة 18 مبدئ الجدية في الشكوك .
- أما من أجراءات الرد فقد اعتبر القانون التونسي التجارب المتعددة وانتبه إلى تكاثر طلبات الرد المرفوضة فأقر عدم قبول عزل المحكم أو التجريح فيه بعد ختم المرافعة وذلك مهما كانت الظروف .
- وفيما يخص قرار الرد فعوض أن تخص به المجلة هيئة التحكيم على غرار القانون المصري والقانون النموذجي فقد أوكلته رأسا للمؤسسة التي باشرت تعيين المحكم أو للرئيس الأول لمحكمة الإستئناف .
وقد تعذر اتباع القانون النموذجي لأسباب منها استحالة تطبيقه عند طلب رد الهيئة بأكملها والبعد عن تحالف شق من المحكمين على ثاني وكذلك عند رد المحكم الفرد . وقد رأى المشرع اختيار طريق الهيئة فجعل تداخلها وديا بحتا بأن تنصح المجرح فيه قصد أن يتخلى تلقائيا (الفصل 58 - فقرة 2 و 3)
- ومن الإيجابيات التي اهتمت المجلة بها لحث المحكم على الإسراع في القيام بمهمته ما جاء في الفصل 59 من إمكانية إيقاف مهمة المحكم وإنهائها عند تعذر القيام بها أو عدم المباشرة . وإن أسند القانون المصري عن وجاهة إنهاء المهمة إلى المحكمة فإن النص التونسي قد أطنب في الصرامة عندما ضبط عدم القيام بالمهمة بأجل شهر وهي مدة قصيرة بالنسبة للتحكيم الدولي .

د) اختصاص هيئة التحكيم
- يعطي القانون التونسي في فصله 61 لهيئة التحكيم على غرار القانون المصري في المادة 22 كامل الصلاحيات للفصل في اختصاصاتها والدفوع المتعلقة بذلك .
- وفي هذا الصدد يؤكد الفصل 61 على استقلالية شرط التحكيم عن العقد فيما يخص صحته .
- ومما يثير الإهتمام أن الطعن في قرار الإختصاص يلزم محكمة الإستئناف بتونس بأن تفصل في ذلك الطعن في أسرع وقت ممكن وعلى كل حال في ظرف لا يتجاوز ثلاثة أشهر من تاريخ تقديم الطلب (الفقرة 3 من الفصل 61) .
وفي ذلك إلحاح على أن يفصل القاضي في الدفوع حتى لا يتأخر التحكيم من جراء مناورات تعطيلية .
- ويختص القانون التونسي بفرض توقف إجراءات التحكيم على نتيجة حكم

محكمة الإستئناف . وقد تساءل البعض عن جدوى ذلك الفرض . والحقيقة أن مصدره نابع عن الممارسة ويؤثر نجاعة التحكيم . وفعلا فإما أن يقبل القاضي مطلب الطعن وينتهي بذلك التحكيم بأقل الكلف وإما أن يرفض الطعن وإذاك يتمكن التحكيم من إتمام مسيرته على أسس سليمة بعد تأخر لا يتجاوز التسعين يوما .

- أما عن الطريقة المتوخاة من طرف قانون الانسترال فإن خطورتها متمثلة في حرص المحكم على متابعة التحكيم وإصدار قرار نهائي قبل حكم القاضي إذ أقبل مطلب الطعن وأيد الدفع .

- وأخيرا أعطى الفصل 62 هيئة التحكيم صلاحية الإذن بالوسائل الوقتية أو التحفضية عند طلب أحد الأطراف كما منحها حق طلب المساعدة مباشرة من القاضي عند عدم الإمتثال . وقد لاحظنا في هذا الصدد بعض الفرق مع المادة 24 من القانون المصري التي تمنح هيئة التحكيم نفس الإختصاص لكن باتفاق الأطراف في حين أن النص التونسي يقره إلا إذا اتفق الأطراف على خلاف ذلك . كما أن المادة المذكورة لا تبيح في ظننا للهيئة مباشرة الإستعانة برئيس المحكمة .

هـ) إجراءات التحكيم

- يعلن الفصل 63 من المجلة على غرار المادة 25 من القانون المصري بأن للأطراف حرية الإتفاق على الإجراءات التي يجب اتباعها خلال التحكيم مع النص على مبدئ التعامل على قدم المساواة وهو مبدئ يمس الإخلال به النظام العام الدولي .

- وتتسع حرية الأطراف إلى تعيين مكان التحكيم مع ملائمته لظروف القضية وراحة الأطراف (الفصل 65) كما يمنح الفصل 66 هيئة التحكيم حق الإجتماع في أي مكان تراه مناسبا (4) .

- وفي شأن لغة التحكيم أفصح الفصل 67 المجال إلى استعمال أي لغة اتفق عليها الأطراف مع ابقاء حق هيئة التحكيم في إقرار التراجم .

- أما من قبول تعديل الطلبات وأوجه الدفاع واستكمالها فإن الفصل 68 فقرة 2 التونسي كالمادة 32 المصرية يمنح التحكيم كامل التصرف في الأمر . وإن هذا النص لمن شأنه أن يحد من مسألة الطلبات الجديدة وآجال تقديمها .

- ويقر الفصل 70 من المجلة امكانية إصدار الحكم غيابيا .

---

4) تشكل بعض الأحوال الظرفية حجر عثرة أمام تعيين البلدان المضطربة أمنيا كمقر تحكيم دولي تعقد فيه الإجتماعات بكامل الإطمئنان .

- وفي باب الإختبار اعتبرت شخصيا في درسي للقانون النموذجي منذ سنوات ثرثرة النص . على أن تجاربي الأخيرة ومداولات الملتقى الذي أعددته غرفة التجارة الدولية بباريس في نوفمبر 1993 برئاسة الأستاذ لاليف قد غيرت رأيي .
فأنا الآن أعتبرتوسع الفصل 71 على غرار المادة 36 المصرية من الإيجابيات مع التنويه بالزيادات المنصوص عليها في القانون المصري كالفقرة 4 من المادة 33 القاضية بأن يكون سماع الشهود والخبراء بدون أداء يمين والفقرة الأولى من المادة 36 المشيرة إلى قرار تحديد مهمة الخبير .
وفي هذا الموضوع لا بد أن نتساءل عن مدى مساهمة الأطراف في تعيين الخبير ووضع القرار المشار إليه إذ تنص الفقرة أعلاه على مجرد إرسال القرار إلى الأطراف .

3) قرار التحكيم وإنهاء الإجراءات

-إني لا أميل إلى نعت قرار التحكيم بالحكم وذلك بالرغم من ازدواج طبيعة التحكيم التعاقدية والقضائية فاختيار كلمة الغاء الأحكام إلى المحاكم العدلية الرسمية .
- ومهما يكن من أمر فإن القسم السادس من مجلة التحكيم قد أتى بالجديد موضحا حرية الأطراف في اختيار القانون المنطبق التي تراهه مناسبا وفي وجوب اتباع الأعراف التجارية الجارية مما يجعل العرف أصلا من أصول القانون .
- ومما تختلف فيه المجلة عن القانون النموذجي والمادة 43 الفقرة 1 المصرية صدور القرار عند عدم توفر أغلبية الآراء . فقد وافق المشرع التونسي رأينا الخاص في إعطاء رئيس الهيئة حرية التمسك بالرأي عند عدم توفر أغلبية تناقض موقفه .
وفي تلك الصورة فإن القانون التونسي لا يجبر المحكم الثالث على لزوم الإنحياز إلى رأي أحد المحكمين عن دون اقتناع ولمجرد توفير أغلبية صورية .
وهكذا أضيف آخر الفصل 74 القاضي بأن رئيس هيئة التحكيم يصدر الحكم طبق رأيه إذا لم تتكون الأغلبية .
- ويفرق النص التونسي ما بين أخذ القرار وتوقيعه ويقر مبدئ التنصيص على سبب عدم التوقيع . وإن أصاب المشرع المصري في المادة 43 عندما نص على اثبات أسباب عدم التوقيع طية الحكم فإن الفصل 75 التونسي لم يوضح موقع التنصيص على السبب مما قد يأتي على مبدئ سرية المفاوضات .
- ثم من مزايا القانون التعرض إلى إمكانية صدور القرارات الوقتية أو الجزئية (الفصل 61) والقرارات التحفضية (الفصل 62) والإجرائية (الفصل 71 و 74)

والقرارات باتفاق الأطراف (الفصل 15) والقرار النهائي في الأصل (الفصل 76) والقرارات الإصلاحية.
كما ينص هذا الفصل الأخير على قرار ختم الإجراءات الواجب اتخاذه من طرف الهيئة عند انتهاء الإجراءات مهما كان سببه .
- ومن المزايا أيضا أن يسكت النص على أي ايداع للقرار بمكاتب المحاكم إلا عند طلب التنفيذ واذاك يقدم القرار إلى المحكمة.

أ) آجال إصدار التحكيم
- تكاثرت الشبهات في السنوات الأخيرة بالنسبة لمسألة آجال التحكيم ومواعيده فقد كانت آجال النصوص القديمة قصيرة يجب مراعاتها حتى تحضل مزية السرعة في فض النزاع وتحريض المحكم على التخلي التام للقيام بمهمته بجعله تحت ذمة الأطراف وهي الحاكمة في ضبط تلك المواعيد وتحديدها .
- فكانت لا تتجاوز في القانون التونسي الثلاثة أشهر عند عدم اتفاق الأطراف عليها وقد أبطل القضاء جل القرارات التي تجاوز أخذها المواقيت المحددة.
- وقد فرضت الظروف مدّ ذلك الميعاد إلى ستة أشهر بالنسبة للتحكيم المحلي .
- أما في التحكيم الدولي فلم يتعرض النص التونسي إلى أية ميعاد لصدور قرار التحكيم إلا في الفصل 77 الخاص بالقرارات التصحيحية والتفسيرية . وسوف نعلق على هذا السهو فيما بعد مع التعرض إلى الغلو في بعض الآجال الأخرى .

ب) الطعن في قرار التحكيم وتنفيذه
- الجديد في التشريع التونسي إلغاء الإستئناف الوجوبي وإحلال الابطال كالطريقة الوحيدة في الطعن : وينقل الفصل 78 من المجلة المادة 34 من قانون الانسترال مع التعديلات الآتية :
- تختص محكمة الإستئناف للعاصمة بالنظر في طعون القرارات الدولية.
- توضيح مخالفة القرارات للنظام العام بأن النظام العام يفهم حسب القانون الدولي الخاص .
- إذا أبطلت المحكمة قرار التحكيم فإنها تحكم في موضوع النزاع إذ طلب منها الأطراف ذلك وتطبق مبادئ العدل والانصاف إذا كان المحكمون مصالحين .
- أما إذا رفضت المحكمة الطعن ، فإن ذلك يقضي بتنفيذ القرار .
- وأخيرا تقليدا للقانون السويسري فإنه يجوز للأطراف الذين ليس لهم بتونس مقرا أو محل إقامة أصلي أو محل عمل أن يتفقوا صراحة على استبعاد الطعن كليا

أو جزئيا فيما يصدره المحكم .

- وفيما يخص الإعتراف بالقرارات وتنفيذها فإن المجلة التونسية تنسخ في فصولها 79 - 80 - 81 و 82 المادتين 35 و 36 من قانون الانسترال .

- وتوسيعا على الأطراف الأجنبية فإن الفصل 80 لا يطالب بالتراجم الرسمية إلى اللغة العربية إلا عند الإقتضاء تاركا للقاضي حرية القرار إذا كان يحسن لغة التحكيم .

- وأخيرا فإن الفصل 82 اجتنابا للطعون الزائفة يخول إلى المحكمة أن تأذن الطرف الطاعن بأن يقدم الضمان المناسب .

II - الاحترازات وضعف بعض الجزئيات للتشريع التحكيمي

- إن ما نعتبره ضعفا في بعض جزئيات المجلة التونسية منبثق عن اجتهاد شخصي لعميد المحكمين التونسيين قد يصيب وقد يخطئ طبعا ككل عمل بشري . وقد أشرت في مقالي "خواطر حول القانون النموذجي" الذي وزع في ملتقى مركز القاهرة في 11 أكتوبر 1992 إلى أن ما نعتبره ضعيفا هو موروث عن نقل المشرع التونسي لقانون الانسترال في حين أنه كان من الممكن أن نتصرف في النص بصفة تلاءم واقع الممارسة وتطور أجواء التحكيم الدولي كما ذهب له القانون المصري مثلا .

- ثم إن اصرارنا على إلفات النظر لا غاية من ورائه سوى جعل النص يواكب الواقع حتى يخفف من أخطار التأويل ويعين على بلوغ هدف تشجيع التحكيم وانمائه حقا ببلادنا .

- ومما يثبت الاحتراز استمرار بعض القضاة في التربص للقرارات التحكيمية لظنهم أن التحكيم منافس للعدالة ولا يمكن التخلي عن قول الحق للمحكمين إلا بمقدار .

- ثم لا ننسى أن التحكيم سري في معظمه ويسري تحت طي الكتمان لمواصلة العلاقات بين الأطراف ولا يبرز منه سوى النسبة المتواضعة التي تطعن فيها القرارات، وهي حسب الدراسات الموضوعية لا تتجاوز 10 ٪ .

- واعتمادا لهذه السنة فإن تركيزنا على بعض مناقص التشريع التحكيمي التونسي لا يمكن أن ينسي المزايا المتعددة لذلك التشريع في نطاق وضع المجلة وإعادة النظر في الفصول القديمة وتحديث طرق الفهم والممارسة قصد إرساخ ما سمي بثقافة التحكيم التي يظن أنها معدومة عند العرب ولو جاء القرآن بآية "فلا وربّك لا يؤمنون حتى يحكموك في ما شجر بينهم ثم يجدوا في أنفسهم حرجا مما قضيت ويسلموا تسليما" .

- سوف نختم إذا هذا العرض بالإشارة إلى نقائص النص وإلى بعض أحكام قاضي الطعن خلال السنوات القليلة الفارطة :

أ) الإحترازات على النص وصفته

- تتصف القوانين التحكيمية كالقانون المصري الجديد بجودة التركيب ووضوح التقاسيم وتسلسل العناوين وفقا لأشواط مسيرة الإجراءات . ومع الأسف لا تعد المجلة التونسية خاصة في بابيها الأول (الأحكام المشتركة) والثاني (التحكيم الداخلي) مثالا في هذا المجال .

- وفي الفصل 48 الخاص بدولية التحكيم فعوض أن تقدم علاقة التجارة الدولية كإطار توضح ضمنه شروط الإقامة ، اعتمد النص مبدئ الإقامة أولا نسخا للقانون النموذجي وأضاف إليه التجارة الخارجية كشرط ثاني مما سيخلق المشاكل عند تحديد الدولية أمام المحاكم .

- وفي شأن تحديد عدد المحكمين إلى ثلاثة في الفصل 55 فقد سهى المشرع عن التحكيم المتعدد الأطراف والمشاكل التي تنجر عن تعيين كل طرف لمحكمه . ولم يسه القانون المصري على ذلك (المادة 17 بـ) .

- هنالك مشكل قد ينجم عن الفصل 59 إذا تخلف المحكم عن القيام بمهمته مدة شهر فإن مهمته تعتبر منتهية . وكان من الأجدر في ظننا الإحتفاظ بما جاء في القانونين النموذجي والمصري (المادة 20) من اعتماد عدم القيام إذا ما أدى إلى تأخير لا مبرر له .

- لاحظنا أيضا بعض الاشتباه في الفصل 61 القاضي باستقلالية شرط التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام لما في ذلك من غموض وأبواب مفتوحة لربط كل دفع بالنظام العام. ومازلنا نختار مبدئ مخالفة النظام العام عن الارتباط به .

- وفيما يخص قدرة الدولة على الاحتكام فقد كان من الأوضح الإعلان عنه في العلاقات الدولية بصفة إيجابية لا عن سبيل الاستثناء لمبدئ منع التحكيم على الدولة في العلاقات الداخلية .

ثم إن المجلة التونسية للتحكيم تكاد تنفرد بالنص على إباحة تعيين القضاة كمحكمين بشرط عدم الإخلال بوضيفتهم الأصلية والترخيص المسبق من السلطة المختصة .

وإن كانت في هذه الإجازة ترضية لسلك القضاة وحرص في الإنتفاع من خبرتهم في فض النزاعات فإن توفر الشروط صعب المنال بالنسبة للقضاة المباشرين .

وفي باب الإجراءات سهى النص التونسي على ما جاءت به المادة 33 - 3 المصرية من

تدوين محضر جلسات الهيئة مما يقل من وطئة الخلافات التي قد تنشب عادة بين محكمي الأطراف .

كما خلى النص التونسي من التعرض إلى الشاهد المتخلف أو الممتنع كما عالج ذلك النص المصري في المادة 37 وإن بدى لنا تنفيذ الجزاء صعبا في الواقع .

- ثم أن من مزايا المادة المصرية 50 فقرة 2 إنها تعرضت لتجاوز المحكم سلطته عند تصحيح القرار .

- وأخيرا نلاحظ ا القانون لا يتعرض لمشكل الأقلية عند إصدار قرار التحكيم ويكتفي بإن ينص على أسباب عدم التوقيع وذلك لأن المحكم المنفرد قد يمضي القرار دون أن يوافق على جميع أبوابه . فعلى فقه القضاء وأهل الذكر أن يتعمقوا في مبدئ تحرير الرأي المخالف والخوض في صور تبليغه ومدى الإعلام به .

ب) موقف فقه القضاء في تطبيق النصوص وتأويلها

- لا يتطور التشريع بوضع النصوص فحسب بل أن لفقه القضاء في التأويل والتطبيق والاجتهاد المكانة الهامة في أثناء التحكيم أو القضاء عليه .

- ولا ننسى في تونس أن فصول مجلة المرافعات التي وضعت سنة 1959 لتركيز التحكيم قد باتت حبرا على ورق إذ لم تحض بالتطبيق سوى في القليل من القضايا .

- ومما يثبت ما سقناه أن لجنة التحكيم الفرنسي قد أقرت خلال ملتقى دراسي سنة 1992 أن القانون الفرنسي للتحكيم الذي بعث سنة 1981 يشكو بعض المناقص بعد عشر سنوات من الممارسة. على أن الرأي ذهب إلى أن فقه القضاء قد سد الثغرات باجتهاده الممتاز والمتفتح مما يتمم نص القانون ويقي من أتعاب محاولة تعديله .

- إن الأحكام الصادرة في القرارات التحكيمية بتونس خلال السنوات الأخيرة لا تمكن من أبراز فقه قضاء ثابت في الموضوع .

- وإن تفتحت العدالة لقبول التحكيم بصفة جملية متأثرة بأحكام بعض القضاة الذين اهتموا بمادة التحكيم وأبدعوا في حقها فلا بد من نشازينبني على عدم مسايرة العصر والتشبث بالأراء القديمة المناهضة للتحكيم والموروثة عن النظام التشريعي الفرنسي .

- فلا يقبل المنطق مثلا أن تؤيد محكمة التعقيب في نوفمبر 1993 القرار الإستئنافي المؤرخ في فيفري 1991 المثبت لحكم ابتدائي صدر في نوفمبر 1989 رافضا اكساء صغة التنفيذ لقرار تحكيمي دولي صدر بباريس تحت ظل غرفة التجارة الدولية لخرقه النظام العام التونسي حين قضى بأن شرط التحكيم المزدوج في

علاقة شركة تصميم قرية سياحية ومهندس معماري أجنبي صحيح . وقد ذهب القضاء التونسي في مختلف درجاته بالنسبة لهذا النزاع إلى اعتبار شرط التحكيم في علاقة تربط شركة خاصة بمهني خاص أجنبي باطلة بطلانا مطلقا لأن الفصل 258 من مجلة المرافعات الذي ينص حرفيا أنه "يجوز اشتراط التحكيم فيما قد ينشأ من نزاعات متعلقة بالالتزامات والمبادلات التجارية " يحرم الاشتراط على غير التاجر حسب القانون التونسي .

- ويبدو أن القاضي قد ساء الفهم بالنظام العام ولم ينتبه لمبدئ النظام الخاص الطاغي في العلاقة المذكورة . ومهما يكن من أمر فإنه لم يراعي مآل النزاع الذي كلف الرابح أصلا في قرار التحكيم كامل الكلف بما فيها أتعاب تقاضي دام أكثر من أربع سنوات .

ومن النشاز أيضا أن تحكم دائرة الإستئناف بتونس في أفريل 1993 ببطلان شرط التحكيم بطلانا مطلقا عندما يضمن في عقد أشغال عامة بقطع النظر عن دولية العقد لأن توجد شخص من أشخاص القانون العام في العقد يخرج هذا الأخير عن قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين.

- أما من قضية "باك - ڤطاف" المشهورة في تونس فقد عاشت ما لا يقل عن سبعة أحكام للمحاكم التونسية صدرت خلال أكثر من ست سنوات في شأن مجرد تعيين حكم وأبطال شرط تحكيم في علاقة دولية ممضاة من طرف وزارة التجهيز .

وأخيرا فإن قاضي مقاطعة من الجنوب قد رفض تعيين محكم عوض طرف امتنع عن ذلك ، معللا موقفه بأن الفصل 18 من القانون لا يؤهل المحكمة إلا لتعيين المحكم الثالث ولا قدرة لها على تعيين الثاني ، واحقاقا للحق فإن الفصل 18 الخاص بالتحكيم المحلي قد سهى فعلا على هذه الجزئية الموجودة في الفصل 56 للتحكيم الدولي .

- إن مثل هذا النشاز طبيعي عند تحول القانون تحولا جذريا لفائد التحكيم . ونحن واثقون من أن أسباب النشاز قد تجاوزتها المجلة في معضمها ، كما أن اعتناء القضاء الرسمي بالتحكيم والتفتح له من شأنه أن يرجح الكفة حتى لا تبطل القرارات التحكيمية بدون رؤية وبمجرد طلب طرف غير راض بما قضى به المحكم في حين تتطلع الأوساط الغربية خلال الملتقى الذي سينعقد بمقر البرلمان الأوروبي في 16 سبتمبر 1994 إلى نقاش مبدئ الطعن في القرارات التحكيمية (نذكر من بين النقاط : التقليل من مسالك الطعن ضد القرارات التحكيمية الدولية - نحو قرار تحكيمي نافذ بطبيعته) .

- على أن لا بد من عين للقاضي إذا وقع الرجوع إليه عند الإخلال الواضح بمبادئ

حق الدفاع وأسس العدالة والاعراف المهنية .

- أما البقية فمن شؤون الأطراف الذين عليهم حسن اختيار المحكم .

فإن أساءوا ذلك فعليهم تحمل مسؤولية صنعهم ولا يجوز في ظننا للقضاء أن يتداخل للدفاع عن الخاص وقد أبعدوا اختصاصه وامتنعوا تلقائيا من الاحتماء بما وضعت الدولة لهم من ضمانات وحقوق في العدالة الرسمية .

- إن دخول مجلة التحكيم التونسية حيز التطبيق بداية من نوفمبر سنة 1993 يعد من الخطوات الهامة قصد النهوض بالتحكيم التجاري .

- وقد مكنت تهيئة النص الذي بقي في الدرس مدة خمس سنوات من الاستناد للنصوص الأجنبية المتقدمة في هذا الميدان مع اعتماد خبرة المحكمين الدوليين التونسيين الذين مارسوا الميدان منذ عشرات السنين .

- على أن النص ، وهو الدافع المهم ، لا يكفي وحده لحث الأطراف المتعاقدة على اللجوء إلى التحكيم ، إذ لا بد من نشره وأفهام مزاياه حتى يقتنع الجميع بنجاعته

- ولتدعيم نفاذ المجلة لا بد من تثقيف رجال القانون في هذا الفن الذي صار يعيش تطورا يوميا مكثفا في مختلف أنحاء المعمورة .

- وقد بعثت الدولة مركز التحكيم بتونس وأسندت له مهمة تأطير عمل التكوين والتربص . وبالرغم من أننا لا نعرف الشئ الكثير عن تلك المؤسسة ولا على صفتها وهياكلها وطرق أعمالها ، فلا بد من أن تعتني بهدف تنشيط اللجوء إلى التحكيم والعمل على توفير أسباب نجاح تلك المهمة .

- ومن بين تلك الأسباب تعميم أسس التحكيم وممارسته على الأعوان الذين ينبني عليهم فض النزاعات كالمحامين ورجال الأعمال والقضاة وأساتذة القانون .

- كما من الأسباب تهيئة إطار محكمين اكفاء إذ كما يقول المثل "تنبني قيمة التحكيم على قيمة المحكم" . ويبدو حسن اختيار المحكمين من الأسباب الأساسية لنجاح الخطوات الأولى للتحكيم بتونس ، وإلا بقي النص حبرا على ورق كما سبق لفصول مجلة المرافعات طيلة الثلاثين سنة الفارطة .

- وقد شجعت الدولة التحكيم في ماي 1994 المنصرم حيث عدلت على فرض معلوم التسجيل بالنسبة للقرارات التحكيمية في حين تؤديه أحكام المحاكم ، كما أقرت في حقل موازي للتحكيم وجوب محاولة الصلح أمام القاضي الابتدائي .

تونس في أوت 1994

حرر لمتلقى مركز القاهرة 12 - 13 سبتمبر 1994