

مجلة المحكمة العليا

المدير : السيد قدور براجع - الرئيس الأول للمحكمة العليا.
مدير التحرير : السيد عبد العزيز أمقران - المستشار رئيس قسم الوثائق بالنيابة.
رئيس التحرير : السيد مختار رحمان محمد - قاض ملحق بالمحكمة العليا.

التحرير :

السيدات والسادة : شوشو زيلوراح، بن بليدية باية، عروة أمين،
مروك مرزاق، أنيا بن يوسف، شريفي فاطمة، غضبان مروكة، هو ليلى،
مداح سيد علي، فنوح عبد الهادي، عباس سامية، زفوني سليمة،
ليلى قلو، بلملود آسيا، بودالي بشير، بوسليماني ليلى، جناد عفاف،
تمارية خيرة، حرز الله نريمان، صحراوي نريمان، شربال نسيم.

الإدارة والتحرير

المحكمة العليا، شارع 11 ديسمبر 1960 - الأبيار - الجزائر.

الهاتف : 021-92-58-52

021-92-58-57

021-92-24-30

الآراء الفقهية الواردة في هذه المجلة لا تعبر بالضرورة عن رأي المحكمة العليا

الإيداع القانوني

2004-3470

مجلة المحكمة العليا

عدد خاص

باليومين الدراسيين عن الطرق البديلة لحل النزاعات : الصلح والوساطة والتحكيم

المحكمة العليا، قاعة المحاضرات، 15 و 16 جوان 2008

الجزء الثاني

فهرس المراخلات باللغة العربية

الجزء
الأول

- كلمة ترحيبية للسيد قدور براجع-الرئيس الأول للمحكمة العليا — 9
الكلمة الافتتاحية لمعالي وزير العدل، حافظ الأختام السيد
الطيب بلعيز لأشغال اليومين الدراسيين حول : الطرق البديلة لحل
النزاعات : الصلح والوساطة والتحكيم — 13

التحكيم

- قانون التحكيم الجزائري الجديد.....الدكتور عبد الحميد الأحذب-
محام - رئيس الهيئة العربية للتحكيم — 21
■ إجراءات تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية.....عمر زودة-رئيس
قسم بالمحكمة العليا-أستاذ بالمدرسة العليا للقضاء — 217
■ حرية الأطراف في اختيار طرق حل النزاعات الناجمة عن العقد
التجاري الدولي.....أحمد بوقادوم-أستاذ القانون التجاري-كلية الحقوق-
جامعة بن يوسف بن خدة-الجزائر — 239
■ دور وأهمية إتفاق التحكيم في العقود التجارية الدولية (في القانون
الجزائري والقوانين العربية).....الأستاذ : نور الدين بكلي-
باحث جامعي — 259
■ الطرق البديلة لحل النزاعات في القانون التونسي.....
عامر بورورو-رئيس دائرة محكمة التعقيب-جمهورية تونس — 321

فهرس المراخلات باللغة العربية

الجزء الثاني

- الرقابة القضائية على الحكم التحكيمي من خلال اجتهادات المجلس الأعلى بالمملكة المغربية..... مصطفى لزرق-ذكور في الحقوق مستشار بالمجلس الأعلى، المملكة المغربية..... 355
- دور التحكيم في تسوية منازعات العقود الإدارية الداخلية في ضوء القانون المغربي والمقارن..... الأستاذ محمد محجوي-المستشار بالمجلس الأعلى-المملكة المغربية..... 383
- التحكيم في القانون المصري وتطبيقاته في قضاء محكمة النقض المصرية..... القاضي نبيل عمران-نائب رئيس محكمة النقض-الأمين العام المساعد لمجلس القضاء الأعلى-جمهورية مصر العربية..... 425
- دراسة تحليلية للقضاء المصري في دعاوى بطلان أحكام المحكمين..... د. محمد عبد الرؤوف - الأمين العام لمركز القاهرة للتحكيم التجاري الدولي..... 463
- التجربة السودانية في تطبيق الطرق البديلة لحل النزاعات وملامح القانون الجديد.... الدكتور تاج السر محمد حامد-قاضي المحكمة العليا - جمهورية السودان..... 525

الوساطة

- الوساطة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد..... السيد عبد السلام ذيب-رئيس الغرفة التجارية والبحرية بالمحكمة العليا..... 547

- الوساطة كطريق لحل الخلافات في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد.....د. تراري تاني مصطفى-أستاذ محاضر بكلية الحقوق-جامعة وههران-مستشار رئيسي- مكتب المساعدة القانونية (Jurist' Assistance) _____ 555
- الوساطة..... السيد فيش كمال - رئيس غرفة مجلس الدولة _____ 567
- الطرق البديلة لحل النزاعات.....الدكتور عمر الزاهي-أستاذ بكلية الحقوق، بن عكنون، جامعة بن يوسف بن خدة-الجزائر _____ 585

الصلح

- دور القاضي في الصلح والتوفيق بين الأطراف على ضوء أحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد.....السيدة : حليلة حبار- مستشارة بالغرفة المدنية-المحكمة العليا _____ 597
- صلاحيات القاضي في الصلح التلقائي للخصوم.....السيدة كراطار بن حواء مختارية - مستشارة لدى المحكمة العليا - الغرفة المدنية _____ 623
- الكلمة الختامية للسيد الرئيس الأول للمحكمة العليا _____ 635

الرقابة القضائية على الحكم التحكيمي من خلال اجتهادات المجلس الأعلى بالمملكة المغربية¹

مصطفى لزرق

دكتور في الحقوق

مستشار بالمجلس الأعلى

لقد أصبح العامل الاقتصادي الطاقة اللازمة لإدارة دواليب التنمية والمحرك الأساسي للقرار السياسي والاجتماعي، وأضحى الرأسمال الثروة التي تسعى إليها الدول بتشجيع الاستثمار في مختلف المجالات بغية تحقيق السلم والرفاه الاجتماعي.

ومما لاشك فيه أن الاستثمار الوطني أو الأجنبي، أحد آليات التنمية السلمية بامتياز، لما يؤدي إليه من تراكم لرؤوس الأموال، وتسريع لوثيرة الإنتاج، التي توفر مناصب الشغل، وتساهم في التنمية الاقتصادية والبشرية، وتحرر طاقات الإنسان الإبداعية².

¹ - تأسس المجلس الأعلى بالمملكة المغربية بظهير شريف رقم 1/57/223 صادر بالجريدة الرسمية عدد 2347 بتاريخ 18 أكتوبر 1957.

² - الدكتور إدريس الضحاك الرئيس الأول للمجلس الأعلى بالمملكة المغربية في كلمة الافتتاح لندوة بمدينة الدار البيضاء بمناسبة الذكرى الخمسينية لتأسيس المجلس الأعلى التي كان موضوعها (قضايا الاستثمار والتحكيم) منشورة في سلسلة الندوات الجهوية، عدد 4، صفحة 5.

مجلة المحكمة العليا - عدد خاص - الطرق البديلة لحل النزاعات : الصلح والوساطة والتحكيم - 15 و 16 جوان 2008

فكل دول العالم المتقدمة والنامية تتنافس في تقديم الحوافز والمزايا والتسهيلات، والإعفاءات الضريبية والجمركية. وتبنى القوانين المرنة والمعاهدات الدولية وتعمل على تبسيط المساطر القضائية من أجل توفير المناخ المناسب لتشجيع مواطنيها والأجانب على الاستثمار في مرافقها الحيوية، ومن هنا يبرز دور التحكيم وأهميته الحالية كأحد الوسائل البديلة والمكملة للقضاء الرسمي لفض المنازعات وزرع الاطمئنان في نفس الفاعلين في التنمية الاقتصادية والاجتماعية، تجاراً كانوا أو غير تجار، وحماية مصالحهم بالاستناد على مبدأ سلطان الإرادة في حل الخصومات التي تدخل أصلاً في الولاية القضائية للدولة، وبذلك فإن التحكيم وظيفة قضائية مصدرها إرادة الأطراف، والمحكم عند قيامه بالمهمة المسندة إليه من الطرفين إنما يمارس وظيفة القضاء.

ونظام التحكيم كقضاء بديل لحل المنازعات، وبالنظر لمزاياه، يسعى إليه كل الفاعلين في التنمية الاقتصادية والاجتماعية، وليس حكراً على الأشخاص الذاتيين، بل يعتبر خياراً لرجال المال والأعمال، وحتى الأشخاص الاعتباريين، إذ الدولة التي تتمسك بالحصانة إذا كان عملها سيادياً، فإنها إذا مارست التجارة تنزل منزلة الأفراد، وتخضع

كالخوارج للقوانين المتعلقة بهم ومنها اللجوء إلى التحكيم، وهو ما أكدته المجلس الأعلى عندما قضى بصفة انعقاد مشاركة التحكيم متى تبين أن أشخاص القانون العام يمارسون أعمالاً تجارية³.

والقضاء المغربي أكد في العديد من أحكامه على مبدأ حرية الأطراف في اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لحل المنازعات وجاء في قرار للمجلس الأعلى مؤرخ في 2002/2/13 "مكرر" بمناسبة بته في قضية تمسك فيها أحد طرفي النزاع بشرط التحكيم الوارد في العقد الرابط بينهما" أنه بالرجوع إلى الفصل 8 من هذه الاتفاقية والذي يشترط اللجوء إلى التحكيم في حالة وجود نزاع في تنفيذ هذا الاتفاق تبين أن الطرفين اتفقا على إسناد الأمر أولاً إلى التحكيم في حالة نشوب نزاع بشأن تنفيذ العقد، والعقد شريعة المتعاقدين حسب الفصل 230 من قانون الالتزامات والعقود، ومحكمة الاستئناف عندما قبلت الدعوى التي تقدم بها الطاعن مباشرة إلى القضاء متجاوزاً شرط التحكيم الذي التزم به تكون قد خرقت القانون وعرضت قرارها للنقض".

3- تراجع في ذلك كلمة السيد الرئيس الأول للمجلس الأعلى الدكتور إدريس الضحاك المرجع السابق صفحة 7.

"مكرر" قرار المجلس الأعلى بتاريخ 2002/2/13، عدد 240 ملف تجاري عدد 98/3021 غير منشور.

مجلة المحكمة العليا - عدد خاص - الطرق البديلة لحل النزاعات: الصلح والوساطة والتحكيم - 15 و 16 جوان 2008

ورؤية التحكيم تقتضي توفر مجموعة من الشروط وإتباع إجراءات وشكليات معينة، وتخضع لرقابة قضائية تتوزع إلى رقابة سابقة لصدور الحكم التحكيمي ورقابة لاحقة لصدوره.

والذي يهمنا في هذا البحث هو استعراض بعض مظاهر الرقابة القضائية على عملية التحكيم من خلال الاجتهادات القضائية للمجلس الأعلى بالمملكة المغربية، ونتناولها من خلال ثلاثة فصول نتطرق في الأول للرقابة القضائية السابقة عن صدور الحكم التحكيمي وفي الثاني للرقابة القضائية اللاحقة على صدوره، ونظرا لأهمية الأحكام التحكيمية الأجنبية الصادرة وفقا للأعراف والاتفاقيات الدولية المصادق عليها من طرف المملكة المغربية، نعرض للرقابة القضائية على هذه الأحكام في فصل ثالث لنخلص إلى خاتمة هذا البحث بحول الله وقوته.

الفصل الأول

الرقابة القضائية السابقة على الحكم التحكيمي

تنصب هذه الرقابة على وجود اتفاق التحكيم وصحته وتعيين المحكمين ونتناول ذلك من خلال فرعين :

الرقابة القضائية من خلال وجود اتفاق التحكيم

اتفاق التحكيم هو الإطار العام لعملية التحكيم وقد يتخذ شكل عقد تحكيم بمقتضاه يتفق طرفان على عرض النزاع القائم بينهما على التحكيم للفصل فيه أو يكون في صيغة شرط تحكيم يلتزمان من خلاله بإسناد مهمة الفصل في المنازعات التي قد تنشأ بينهما مستقبلاً على سبيل محكمين.

وعرف الفصل 307 من قانون المسطرة المدنية المعدل بموجب القانون رقم 48/05، اتفاق التحكيم بأنه التزام الأطراف باللجوء إلى التحكيم قصد حل نزاع نشأ أو قد ينشأ عن علاقة قانونية معينة تعاقدية أو غير تعاقدية وتكتسي شكل عقد تحكيم أو شرط تحكيم. وجاء في الفصل 314 من نفس القانون أن عقد التحكيم هو الاتفاق الذي يلتزم فيه أطراف نزاع نشأ بينهم بعرض هذا النزاع على هيئة تحكيمية ويمكن إبرامه ولو خلال دعوى جارية أمام المحكمة.

ورقابة القضاء على وجود اتفاق التحكيم وصحته تتخذ عدة صور وأشكال، إذ يجوز لصاحب المصلحة من أطراف التحكيم أن يرفع دعوى بطلان اتفاق التحكيم أمام القضاء تحسباً لتمسك الطرف

4- قانون رقم 08/5 المعدل للنصوص المنظمة للتحكيم الباب الثامن من القسم الخامس من قانون المسطرة المدنية الصادر بالجريدة الرسمية بتاريخ 25 ذي القعدة 1428 الموافق 6 سبتمبر 2007.

مجلة المحكمة العليا - عدد خاص - الطرق البديلة لحل النزاعات : الصلح والوساطة والتحكيم - 15 و 16 جوان 2008

الأمر به وذلك استنادا للتواعد العامة في الأحوال التي يكون فيها التحكيم باطلا لانعدام الأهلية اللازمة لعقد الاتفاق أو إذا كانت إرادة أحد الطرفين مشوبة بعيب من عيوب الرضا أو إذا كان محل اتفاق التحكيم مخالفا للنظام العام أو مما لا يجوز اللجوء بشأنه إلى التحكيم بنص القانون "4مكرر".

ورقابة القضاء لاتفاق التحكيم ترد في شكل دفع أثناء النظر في دعوى موضوع الحق المتنازع بشأنه لكن بشرط أن يثير صاحب المصلحة الدفع بالتحكيم قبل إبداء أي دفع في الجوهر لأن الدفع بالتحكيم يعتبر من الدفوع بعدم القبول يجب أن يثار قبل أي دفاع في الموضوع ولا يعتبر دفعا بعدم الاختصاص. ولقد استقر اجتهاد المجلس الأعلى على اعتبار الدفع بوجود شرط التحكيم من الدفوع الشكلية التي يجب أن تثار قبل كل دفع أو دفاع في الجوهر وإلا كانت غير مقبولة⁵. وجاء في قرار له بتاريخ 2 أكتوبر 2002 "5مكرر" أن "هذا الدفع لا يمكن إثارته لأول مرة أمام محكمة الاستئناف ما لم يتعلق الأمر بالنظام العام وما لم يكن الحكم قد صدر غاييا في حق المتمسك به".

"4مكرر" أشار الفصل 327 من قانون المسطرة المدنية المعدل بقانون 08/05 إلى أسباب الطعن في الحكم التحكيمي بالبطالان تعرض لها في مقام لاحق.

5 - قرار المجلس الأعلى بتاريخ 5 يناير 2000 ملف تجاري 94/3538 غير منشور.

"5مكرر" (5مكرر) قرار المجلس الأعلى بتاريخ 2 أكتوبر 2002، عدد 1214 ملف تجاري 2001/1/3/377 منشور في المجلة المغربية لقانون الأعمال والمقالات، عدد 3 لسنة 2003 صفحة 127.

مجلة المحكمة العليا - عدد خاص - الطرق البديلة لحل النزاعات: الصلح والوساطة والتحكيم - 15 و 16 جوان 2008

واعتبر قرار آخر صادر بتاريخ 2000/1/19⁶ أن الدفع بوجوب سلوك مسطرة التوفيق قبل المرور إلى مسطرة التحكيم وضرورة انتظار أجل معين قصد التوصل إلى حل ودي هي دفع غير مقبولة لكونها قد أثّرت أول مرة أمام المجلس الأعلى مما يتعين استبعادها" وهذا الاتجّاه الذي كرسه المجلس الأعلى تبناه القانون الجديد رقم 08/05، إذ نصت الفقرة الثانية من الفصل 327 على أنه إذا كان النزاع لم يعرض بعد على الهيئة التحكيمية وجب كذلك على المحكمة بطلب من المدعى عليه، أن تصرّح بعدم القبول ما لم يكن بطلان اتفاق التحكيم واضحاً، ويتعين على المدعى عليه أن يدفع بذلك قبل الدخول في جوهر النزاع، ولا يجوز للمحكمة في كلتا الحالتين أن تحكم تلقائياً بعدم القبول، وبذلك اعتبر المشرع المغربي الدفع بوجود اتفاق التحكيم دفعا بعدم القبول وليس دفعا بعدم الاختصاص.

والملاحظ أن الغاية من منع المحكمة من إثارة هذا الدفع من تلقاء نفسها هو احترام إرادة الأطراف الذين فضلوا اللجوء إلى قضاء الدولة قصد حل نزاعهم على الرغم من وجود اتفاق تحكيم، والذين لم يرغبوا في إثارة الدفع به بعد أن تراجعوا عن ذلك الاتفاق أو ألغوه ضمناً.

6 - قرار المجلس الأعلى بتاريخ 2000/1/19 رقم 60 ملف تجاري عدد 98/709 منشور في سلسلة دفاتر المجلس الأعلى عدد 7 لسنة 2005 صفحة 153.

مجلة المحكمة العليا - عدد خاص - الطرق البديلة لحل النزاعات: الصلح والوساطة والتحكيم - 15 و 16 جوان 2008

وخلاصة القول فإذا تمسك أحد الأطراف باتفاق أو شرط التحكيم فإن للمحكمة أن تحكم بعدم قبول الدعوى إذا تبين لها صحة الدفع الذي تمسك به صاحب المصلحة على الوجه المشار إليه أعلاه، اللهم إذا كان اتفاق التحكيم باطلاً أو أن النزاع المعروض عليها لأي شمله اتفاق التحكيم فإنها ترد الدفع المثار وتستمر في نظر موضوع النزاع وبذلك تكون قد منعت اللجوء إلى التحكيم.

والقول بصحة اتفاق التحكيم تحكمه جملة من الشروط الشكلية والموضوعية المتعلقة أساساً بالكتابة وبالمواضيع التي تدخل في نطاق التحكيم، ولقد كرس المجلس الأعلى الرقابة القضائية على صحة اتفاق التحكيم عندما أكد على ضرورة مراقبة توفر شرط الكتابة بخط اليد في شرط التحكيم من قبل قضاء الموضوع، إعمالاً لمقتضيات الفصل 309 من قانون المسطرة المدنية الذي كان سارياً وقت البت في الدعوى، واعتبر في قرار له بتاريخ 8 أكتوبر 2000 بأن عدم جواب محكمة الاستئناف عن دفع الطاعن بأن شرط التحكيم متعلق بعقد بيع تجاري، وأنه كان يتعين أن يكتب بخط اليد ويوقع عليه بصفة خاصة من جميع الأطراف تحت طائلة البطلان، عملاً بمقتضيات الفصل 309 من قانون المسطرة المدنية يجعل قرارها ناقص التعليل الموازي لانعدامه.

7 - قرار المجلس الأعلى بتاريخ 8 أكتوبر 2000 رقم 1484 ملف تجاري عدد 96/1819 منشور بالجلة المغربية لقانون الأعمال والمعاملات، عدد 2004/6 صفحة 88 مع تعليق الاستاذ عمر الاسكرمي.
مجلة المحكمة العليا - عدد خاص - الطرق البديلة لحل النزاعات: الصلح والوساطة والتحكيم - 15 و 16 جوان 2008

غير أن التشريع الجديد لنظام التحكيم قد استبعد الشكلية المعقدة التي كانت تميز شرط التحكيم وفقا للفصل 309 المشار إليه ومنها الكتابة بخط اليد ونص الفصل 313 من قانون المسطرة المدنية المعدل بقانون 08/05، على أنه يجب أن يرم اتفاق التحكيم كتابة إما بعقد رسمي أو عرقي أو بمحضر يحرر أمام الهيئة التحكيمية المختارة. وأشار الفصل 317 من نفس القانون على أن شرط التحكيم يضمن كتابة في الاتفاق الأصلي أو في وثيقة تحيل عليه بشكل لا لبس فيه، ولم يرد في هذه النصوص شرط الكتابة بخط اليد.

الفرع الثاني :

الرقابة القضائية من خلال تعيين المحكمين

إن اعتبار نظام التحكيم خيارا بديلا لقضاء الدولة لدى أطراف المعاملات يرجع لضوابط تحكم هذا النظام أهمها حرية تعيين المحكمين وضمان سرعة البت في المنازعات. وقد أسس المجلس الأعلى قاعدة بالغة الأهمية تخص حرية الأطراف في اختيار المحكمين وأقرها في اجتهاد له صادر بتاريخ 1992/7/7⁸ جاء فيه أن "المحكمين مجرد خبراء يمارسون مهنتهم الحرة وليسوا منصبين لتولي مهام القضاء حتى يكون لهم أن

8- قرار المجلس الأعلى بتاريخ 7 يوليوز 1992 عدد 1765 منشور في مجلة المحاكم المغربية عدد 25 سنة 1995 صفحة 56.

مجلة المحكمة العليا - عدد خاص - الطرق البديلة لحل النزاعات : الصلح والوساطة والتحكيم - 15 و 16 جوان 2008

يحكموا باسم جلالة الملك وإنما استمدوا صلاحيتهم من إرادة الطرفين اللذين اتفقا مسبقا على اللجوء إلى التحكيم بدل القضاء " وبذلك فإن قضاء المجلس الأعلى، وفي غياب نص صريح وقبل التعديل الحالي للنصوص المنظمة للتحكيم بقانون المسطرة المدنية، قد حدد الطبيعة القانونية لمهنة المحكم واعتبرها مهنة حرة مكرسا بذلك مبدأ الحرية كمناط لتعيين المحكم أو المحكمين من الأطراف الذين ارتضوا اللجوء إلى التحكيم دون قيد أو شروط مسبقة.

غير أن هذا المبدأ قد تم التراجع عنه نسبيا بمقتضى التشريع الجديد إذ اشترط الفصل 321 من قانون المسطرة المدنية المعدل بقانون رقم 08/05 ضرورة قيام المحكم بتصريح مسبق لدى جهة قضائية، ونص الفصل المذكور على أنه يجب على الأشخاص الطبيعيين الذين يقومون اعتياديا أو في إطار المهنة بمهام التحكيم، إما بصورة منفردة أو في حضرة شخص معنوي يعتبر التحكيم احد أغراضه الاجتماعية، أن يصرحوا بذلك إلى الوكيل العام لدى محكمة الاستئناف الواقع في دائرة نفوذها محل إقامة الأشخاص الطبيعيين المذكورين أو المقرر الاجتماعي للشخص المعنوي، ويسلم الوكيل العام وصلا بالتصريح ويقيد المعنيين بالأمر في قائمة المحكمين لدى محكمة الاستئناف المعنية، وذلك بعد دراسة وضعيتهم.

والملاحظ أن نص الفصل وإن لم يبين الآثار القانونية لحكم تحكيمي صادر عن محكم أو محكمين غير مقيدتين في قائمة المحكمين، فإن إيراد هذا الاشتراط، واعتبار التحكيم مهنة تخضع لقيود ورقابة قضائية مسبقة يرمي إلى تنظيم وإصلاح هذه المنظومة، والدفع بها كوسيلة ناجعة لفض المنازعات بأطر وكفاءات ميدانية مساعدة، وفي أبعد تقدير بديلة للقضاء النظامي الذي أصبح يكرس مبدأ التحكيم والوساطة كأسلوب حضاري وفعال لحل الخلافات في ميادين حيوية كالاستثمار وبعض المجالات الاجتماعية.

الفصل الثاني :

الرقابة القضائية اللاحقة على صدور الحكم التحكيمي

يصدر المقرر التحكيمي سواء كان وطنيا أو دوليا بناء على رغبة طرفي النزاع في الاحتكام لدى جهة أو هيئة معينة وبمحض إرادتهما ومن ثم فإن الأصل أن يكون التنفيذ أيضا رضائيا وبدون إجبار عليه لأن المقرر أو الحكم مؤسس على عقد التحكيم أو شرط التحكيم المضمن في العقد الرابط بين الطرفين، فهو امتداد لذلك العقد وأثر من آثاره إذ أن التزام الطرفين بتنفيذ العقد أو شرط التحكيم ينتج عنه التزام بتنفيذ الحكم التحكيمي المترتب عليه.

ومن هذا المطلق فإن الاتجاه الغالب في الفقه والقضاء يرى أن مقررات وأحكام المحكمين تكون لها حجية الأمر المقضي به من يوم توقيعها وقبل تذييلها بالصيغة التنفيذية، وذهب البعض إلى اعتبارها ورقة رسمية لا يطعن فيها إلا بالزور⁹ وبذلك فإن للحكم التحكيمي نفس القوة الثبوتية التي تكون للحكم القضائي الصادر عن قضاء الدولة العام، إذ يتمتع بحجية الشيء المحكوم به فور صدوره، ولا يجوز معه لأي من الخصمين أن يلجأ إلى قضاء الدولة أو قضاء تحكيمي آخر لإعادة طرح النزاع الذي سبق صدور حكم المحكمين فيه وإلا يواجه بالدفع بعدم القبول لسبق الفصل في الموضوع.

والمشرع المغربي اعتبر في القانون الجديد لنظام التحكيم في معرض الفصل 26-327 من قانون المسطرة المدنية¹⁰ أن الحكم التحكيمي يكتسب بمجرد صدوره حجية الشيء المقضي به بخصوص النزاع الذي تم الفصل فيه، واستثنى من ذلك الحكم الذي يكون أحد أطرافه أشخاصا معنويين خاضعين للقانون العام، واعتبر حجته مرتبطة بتذييله بالصيغة التنفيذية.

9 - يراجع في ذلك الأستاذ أبو الوفا-التحكيم في القوانين العربية صفحة 69 وما يليها طبعة 2002.
10 - نظام التحكيم وارد في الباب الثامن من القسم الخامس من قانون المسطرة المدنية الذي تم تعديل نصوصه بمقتضى القانون رقم 08/05 الصادر بالجريدة الرسمية في 6 دجنبر 2007.

مجلة المحكمة العليا - عدد خاص - الطرق البديلة لحل النزاعات : الصلح والوساطة والتحكيم - 15 و 16 جوان 2008

أما القضاء المغربي فإنه أقر للحكم التحكيمي بالحجية المذكورة قبل صدور القانون الجديد، إذ أن قرارا لمحكمة الاستئناف بالدار البيضاء صادر بتاريخ 11/4/1997¹¹ أقر بحجية الحكم التحكيمي وميز بين القوة التنفيذية التي تمنح لذلك الحكم بأمر من رئيس المحكمة الذي لا يبت في جوهر النزاع، وبين حجية الشيء المقضي به بموجب الحكم التحكيمي المذكور.

ورغم اكتساب الحكم التحكيمي لهذه الحجية فإن الدولة احتفظت لقضائها بسلطة الرقابة على طبيعة هذه الأحكام من خلال اختصاصها بتبديلها بالصيغة التنفيذية، إلا أن هذه الرقابة لا تصدر عن القاضي باعتباره جهة قضائية تتصدى لفض نزاع معروض عليها، وإنما يكون الأمر التنفيذي الصادر عنه بمجرد إجراء شكلي.

وهكذا فإن نظام التحكيم وإن وجد لتحقيق مصلحة أطراف التحكيم بدلا من اللجوء إلى قضاء الدولة، فإن كافة الأنظمة القضائية للتحكيم لم تمنح المحكم تفويضا شاملا ومطلقا، بل احتفظت لقضائها بسلطة الرقابة على أعمال المحكمين من خلال الأمر بتنفيذ حكمهم

11- قرار محكمة الاستئناف بالدار البيضاء بتاريخ 97/11/4 في الملف 97/1789 مشار إليه في عرض الأستاذ ابراهيم بحمان منشور في سلسلة دفاتر المجلس الأعلى، العدد 7 سنة 2005 الصفحة 100.

مجلة المحكمة العليا - عدد خاص - الطرق البديلة لحل النزاعات: الصلح والوساطة والتحكيم - 15 و 16 جوان 2008

ومن خلال استعمال الأطراف لطرق الطعن المخولة لهم، من استئناف وإعادة النظر والتعرض طبقا لما يقتضيه نظام التحكيم المغربي الجديد¹². ورقابة القضاء لحكم المحكمين تشمل الأحكام والقرارات التحكيمية الدولية من خلال منحها الصيغة التنفيذية التي تعتبر الصك اللازم لنفاذها بالتراب الوطني، على أن القضاء المغربي اتسم بتعاط رفيع مع أحكام التحكيم الأجنبية وتمكن من فض العديد من النزاعات المتعلقة بجوانب الصيغة التنفيذية، وسوف نعود لذلك في مقام لاحق. وباعتبار تذييل الحكم التحكيمي بالصيغة التنفيذية من أهم مظاهر الرقابة القضائية اللاحقة سنتناول هذه الرقابة من خلال أساسها وحدودها في فرعين.

الفرع الأول :

أساس الرقابة القضائية على حكم المحكمين

إن تذييل الحكم التحكيمي بالصيغة التنفيذية من طرف القضاء يعتبر تأشيرة رسمية تجعله قابلا للنفاذ في تراب الدولة المعنية بالتنفيذ، وهو وسيلة فعالة لدى سلطة الدولة لمنع تسلل أحكام وقرارات تحكيمية مخالفة للنظام العام.

12- أشار القانون الجديد لنظام التحكيم طرق الطعن في الحكم التحكيمي في الفصول 33-327 و35-327-327 و36-327 من قانون المدنية.

مجلة المحكمة العليا- عدد خاص - الطرق البديلة لحل النزاعات : الصلح والوساطة والتحكيم - 15 و16 جوان 2008

غير أن تدخل الدولة في هذه المرحلة عبر إصدار أمر بتنفيذ الحكم التحكيمي، وكما سبقت الإشارة إلى ذلك، لا يعدو أن يكون مجرد إجراء شكلي، بالنظر إلى أن الحكم التحكيمي إنما يكتسب حجته من القرينة القاطعة التي تستند للقانون، وليس من أمر التنفيذ الذي يعتبر في الحقيقة عملا إداريا محضاً لا يضيف أدنى حجة للشيء المقضي به طالما أنه لم يقض بشيء.

والجهة المختصة للنظر في طلب تذييل الحكم التحكيمي بالصيغة التنفيذية في المغرب تختلف بحسب ما إذا كان موضوع النزاع الذي بت فيه الحكم التحكيمي، مدنياً أو تجارياً، إذ يقدم الطلب لرئيس المحكمة الابتدائية أو الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف إذا تعلق الأمر باستئناف حكم إذا كان موضوع الحكم التحكيمي مدنياً، أما إذا كان تجارياً فيقدم لرئيس المحكمة التجارية أو للرئيس الأول لمحكمة الاستئناف التجارية، ونفس المسطرة التي تسري على التحكيم الوطني تطبق كذلك على مقررات أحكام التحكيم الأجنبية، كيفما كان شكلها، أي سواء صدرت في المغرب وطبقت قانوناً أجنبياً أو قواعد العدالة والإنصاف أو أعراف المهنة، أو صدرت في خارج المغرب، وسواء كان طرفاها أجنبيين، أو أحدهما أجنبياً.

وعند توجيه الطلب إلى الجهة المختصة ليس من الضروري أن يبت فيه الرئيس أو الرئيس الأول شخصياً، وإنما يمكن أن ينظر فيه نائب الرئيس أو رئيس غرفة، وهذا الاتجاه أكدته المجلس الأعلى في قرار له صادر بتاريخ 13/7/1992 جاء فيه أن "رئيس المحكمة أو من ينوب عنه يبت في طلب منح الصيغة التنفيذية لحكم المحكمين في غيبة الأطراف".

وإذا كان لرئيس المحكمة أن يتيقن من توافر الشروط الموضوعية والشكلية اللازمة لإصدار الأمر، فإن مراقبة وجود اتفاق أو شرط التحكيم وصدور الحكم التحكيمي في نطاق اختصاص المحكمين، وفي كون الحكم المذكور ورد بالشكل الذي يستوجبه القانون. تعتبر شروطاً من صميم العناصر الشكلية والموضوعية الواجبة المراقبة، إلا أن هذه المراقبة لا تمتد إلى النظر في موضوع القضية أو مراقبة الأسس التي ارتكز عليها حكم المحكمين، أو ملاءمته مع قواعد العدالة وهذا واضح من أحكام الفصل 321 من قانون المسطرة المدنية، قبل تعديله، التي لا تسمح لرئيس المحكمة عند النظر في طلب تذييل الحكم التحكيمي بالصيغة التنفيذية النظر بأي وجه في موضوع القضية¹⁴

13 - قرار المجلس الأعلى 1766 بتاريخ 1992/7/7 منشور بمجلة القضاء والقانون عدد 144 صفحة 155.

14 - نفس مقتضيات الفصل 321 من قانون المسطرة المدنية ألزمت رئيس المحكمة بالتأكد من أن حكم المحكمين غير معيب ببطالان يتعلق بالنظام العام.

مجلة المحكمة العليا - عدد خاص - الطرق البديلة لحل النزاعات: الصلح والوساطة والتحكيم - 15 و 16 جوان 2008

وبذلك تبقى هذه الرقابة رقابة خارجية تقتصر على الشروط الشكلية المتعلقة بوجود اتفاق تحكيمى، وصدور الحكم وفق اختصاص المحكمين ومن ثم فإن الأمر الذي يصدره رئيس المحكمة يكتسب طابعا إداريا محضا، ورقابة لاحقة بعد إيداع المقرر التحكيمى.

وقد كرس المجلس الأعلى هذا التوجه عندما قضى في قراره المشار إليه أعلاه الصادر في 15/7/1992 بأنه لما كان النزاع الذي صدر فيه القرار المطعون فيه يتعلق بمنح الصيغة التنفيذية لحكم المحكمين فإن المحكمة لم يكن لها بمقتضى الفصل 321 من قانون المسطرة المدنية، إلا أن تتأكد من أن مقررهم لم يكن مشوبا بعيب البطلان وبالخصوص ما يتعلق بالنظام العام، ولا يجوز لها أن تنظر في موضوع الدعوى الذي فصل فيه المحكمون".

الفرع الثاني :

حدود الرقابة القضائية على الحكم التحكيمى

إن أحكام المحكمين تكتسب طبيعة قضائية، لكنها صادرة من شخص أو أشخاص عاديين عهد إليهم أطراف مهمة الفصل في النزاع الذي يتفقون على طرحه أمامهم، ولذلك فلا يقبل التنفيذ الجبري إلا إذا خضع للرقابة من طرف سلطة القضاء أو سلطة إدارية، لأنه صادر من لا يملك سلطة الأمر.

15- مشار إليه سابقا قرار عدد 1766 صادر في الملف المدني 88/1277.

مجلة المحكمة العليا - عدد خاص - الطرق البديلة لحل النزاعات : الصلح والوساطة والتحكيم - 15 و 16 جوان 2008

وللارتقاء بالحكم التحكيمي إلى مصاف العمل الصادر عن قضاء الدولة يجب أن يصادق عليه أو يؤمر بتنفيذه وذلك لا يتم إلا بعد أن يخضع للرقابة من قبل هذه السلطة أو تلك- وقد تضمن الفصل 321 من قانون المسطرة المدنية قبل تعديله 17 حدود الرقابة القضائية عندما نص على أن قاضي الصيغة التنفيذية ملزم بالتأكد من أن حكم المحكمين غير معيب ببطالان يتعلق بالنظام العام وخاصة بخرق أحكام الفصل 306 منه.

إن المتأمل في أحكام هذا الفصل من شأنه أن يلاحظ أن المحور الذي تدور في فلكه المحاكمة التحكيمية يرتبط بوثاق قوى مع مدلول النظام العام حتى يكاد مفهومه يهيمن بكل قوى على التحكيم بأسره، خلاف حال قضاء الدولة الشديد الارتباط بمفاهيم أخرى متعلقة بالآجال والطلبات والدفع، وطرق الطعن المتباعدة وغيرها من الآليات التي رسمها المشرع بدقة ووضعها سبيلا لتحقيق محاكمة عادلة في ظل هذا النظام.

17- نشير إلى نصوص المسطرة المدنية قبل تعديل المواد المنظمة للتحكيم باعتبار أن جل الاجتهاد القضائي الصادرة إلى حد كتابة هذا العرض كانت على ضوء النصوص المذكورة علما أن قیود النظام العام وحقوق الطعن بالبطالان في الحكم التحكيمي لم يطرأ عليها تغيير كبير في نطاق القانون الجديد.

مجلة المحكمة العليا - عدد خاص - الطرق البديلة لحل النزاعات : الصلح والوساطة والتحكيم - 15 و 16 جوان 2008

إن مجال قضاء التحكيم أرحب فضاء من قضاء الدولة الشديد التحديد والانضباط لنظم معينة، إذ أن للأطراف في ظل التحكيم حريات واسعة لاختيار قضاةهم، وقوانينهم الشكلية والموضوعية، واللغة التي تجري بها محاكمتهم، وفي بلورة نوع التحكيم المرغوب فيه، سواء أكان عن طريق المراكز المؤسساتية أو عن طريق التحكيم الانتقائي، إلا أنه يبقى لقضاء التحكيم حدود تحول دون بلوغ مجاله يضعها المشرع لتذكير أطراف التحكيم بنطاق ومجال عملهم، وتتجلى في عدم تخطيه حاجز النظام العام، إذ يوجد قاض يتولى رقابته ويرتب جراء لكل مخالفة تطل مدلول النظام العام يتمثل في رفض إسدال الصيغة التنفيذية على المقرر أو الحكم التحكيمي.

فالقاضي المغربي خلال ممارسته يراقب الحكم التحكيمي من خلال مراعاته لمقتضيات الفصل 306 المشار إليه، إذ يمنع التحكيم في الهبات والوصايا المتعلقة بالأطعمة والملابس والمساكن وفي المسائل المتعلقة بحالة الأشخاص، وأهليتهم، وفي النزاعات المتعلقة بعقود أو أموال خاضعة لنظام يحكمه القانون العام، والنزاعات المتعلقة بتطبيق قانون جبائي، والنزاعات المتعلقة بقانون تحديد الأثمان والتداول الجبري، والصرف والتجارة الخارجية، والنزاعات المتعلقة ببطلان وحل الشركات.

والغاية من استبعاد هذه المواضيع من إمكانية إخضاعها للتحكيم هو تجنب الإضرار بمرافق حيوية، لأن تحديد الأثمان والتداول الجبري وعمليات الصرف والتجارة الخارجية، كلها مسائل لها تأثير مباشر في الميدان النقدي وبالتالي على الاقتصاد الوطني، إذ أساس منع التحكيم فيها مرتبط بضرورة حماية المصلحة العليا للبلاد المتمثلة في احترام السياسة الاقتصادية لها، التي تبتغي مصلحة مواطنيها.

وبذلك فإن مسألة النظام العام تبقى من العناصر الجوهرية التي يتعين على قضاء التنفيذ أن يتحقق منها عند تقديم طلب تذييل الحكم بالصيغة التنفيذية. وهو ما استقر عليه اجتهاد المجلس الأعلى، إذ جاء في قرار له بتاريخ 2000/1/5 18 بأن مراقبة كون حكم المحكمين غير معيب بالبطلان المتعلق بالنظام العام يختص به رئيس المحكمة المطلوب منه إصدار الأمر بالتنفيذ بصريح الفصل 321 من قانون المسطرة المدنية، وليس الرئيس المطلوب منه تعيين المحكم- وأكد المجلس الأعلى في قرارات أخرى على أن عدم احترام النظام العام هو السند الجوهري لرفض الأمر بتذييل الحكم التحكيمي بالصيغة التنفيذية¹⁹ وجاء أيضا

18 - قرار المجلس 2000/1/5 تحت رقم 16 ملف تجاري عدد 94/3538 المشار إليه سابقا.

19 - منها القرار عدد 1214 بتاريخ 12 أكتوبر 2002 مشار إليه سابقا.

مجلة المحكمة العليا - عدد خاص - الطرق البديلة لحل النزاعات: الصلح والوساطة والتحكيم - 15 و 16 جوان 2008

في قرار له بتاريخ 20/8/1979 أن مسألة التقادم لا تدخل في نطاق المسائل التي تكتسي صفة النظام العام والمحكمة على صواب حين استبعدت مسألة التقادم، واقتصرت في البحث على توافر التحكيم على الشروط التي تتضمنها الاتفاقية المغربية الفرنسية.

هذا ولا يعتبر البطلان المتعلق بالنظام العام المظهر الوحيد للرقابة القضائية على حكم المحكمين، وإنما وردت في الفصل 306 من قانون المسطرة المدنية قبل تعديله على سبيل المثال، وأن المشرع وبعد تعديل قواعد التحكيم بموجب القانون رقم 08/05 نص في الفصل 36-327 على قابلية الأحكام التحكيمية للطعن بالبطلان طبقا للقواعد العادية أمام محكمة الاستئناف التي صدرت في دائرتها، وحددت حالات البطلان بالإضافة إلى صدور الحكم التحكيمي خلافا لقواعد النظام العام، في حالات منها إذا صدر الحكم التحكيمي في غياب اتفاق التحكيم، أو إذا كان اتفاق التحكيم باطلا أو إذا صدر الحكم بعد انتهاء أجل التحكيم، وإذا لم تشكل الهيئة التحكيمية، أو تم تعيين المحكم المنفرد بصفة غير قانونية أو مخالفة لاتفاق الطرفين وإذا بتت الهيئة التحكيمية دون التقيد بالمهمة المسندة إليها، أو بتت في مسائل

20 - قرار صادر بتاريخ 20/8/1979 تحت رقم 162 الغرفة الإدارية منشور بالجريدة المغربية للقانون والسياسة والاقتصاد عدد 13-14 سنة 1983 صفحة 141.

مجلة المحكمة العليا - عدد خاص - الطرق البديلة لحل النزاعات : الصلح والوساطة والتحكيم - 15 و 16 جوان 2008

لا يشملها اتفاق التحكيم، أو تجاوزت حدود هذا الاتفاق وإذا لم تحترم مقتضيات الفصل 23-327 (الفقرة الثانية) المتعلقة بتعليل الحكم التحكيمي، والفصل 24-327 المتعلق بأسماء المحكمين وتاريخ الحكم التحكيمي، والفصل 25-327 المتعلق بتوقيع الحكم التحكيمي - وإذا لم تحترم حقوق الدفاع بالنسبة للطرفين- وإذا لم يتم التقييد بالإجراءات والقانون الواجب التطبيق المتفق عليه.

والملاحظ أن نص الفصل 36-327 اعتبر محكمة الاستئناف مختصة للبت في طلبات الأطراف بخصوص الطعون المذكورة، والمرفوعة إليها بناء على طلبهم، واستثنى حالة البطلان لمخالفة النظام العام، إذ أوجب عليها أن تحكم عندما تنظر في الطعن بالبطلان ومن تلقاء نفسها يبطلان حكم التحكيم إذا تضمن ما يخالف النظام العام في المملكة المغربية، أو إذا وجدت أن موضوع النزاع من المسائل التي لا يجوز التحكيم فيها.

الفصل الثالث :

الرقابة القضائية على الأحكام التحكيمية الدولية.

إن نظام التحكيم التجاري، بصفة خاصة، يرتبط بمجموعة من الاتفاقيات الدولية التي تكفل له الفعالية والانتشار على الصعيد الدولي، ونفاذ الحكم التحكيمي الدولي بين أطراف المنازعة يتوقف على الأمر

بتبذيله بالصيغة التنفيذية بالبلد محل التنفيذ، ويشكل هذا الأمر وجه الرقابة القانونية التي يباشرها القضاء الوطني على الحكم التحكيمي الأجنبي ومن أهم عناصر الالتقاء بين قضاء الدولة وقضاء التحكيم. وفي الفترة السابقة على تنظيم المشرع المغربي لقواعد التحكيم الدولي فقد تمت المصادقة على معاهدات واتفاقيات دولية في هذا المجال وأهمها اتفاقية نيويورك المؤرخة في 10/6/1958، التي صادق عليها المغرب بظهير 19 فبراير 1960، والمتعلقة بالاعتراف بتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية²¹ وقد أكد المجلس الأعلى منذ السنوات الأولى لتأسيسه على ضرورة المراقبة القضائية للأحكام التحكيمية، والأحكام القضائية الأجنبية المنفذة بالتراب الوطني معتبرا أن اكتسابها لحجية الأمر المقضي به مرتبط بتبذيلها بالصيغة التنفيذية، وقد جاء في قرار له بتاريخ 14/3/1962²² أن محكمة الاستئناف اعتبرت نفسها عن خطأ مقيدة بحكم أجنبي ليست له بالمغرب قوة الشيء المقضي به، وقضت

21 - اتفاقية نيويورك اقراها مؤتمر الامم المتحدة الخاص بالتحكيم التجاري الدولي المنعقدة في نيويورك من

20 ماي إلى 10 يونيو 1958 وتتكون من 16 مادة كما صادق المغرب على اتفاقية واشنطن المؤرخة في

18 مارس 1965. بمقتضى مرسوم ملكي صادر بتاريخ 31 أكتوبر 1965 وتعتبر الاتفاقية الاطار لخلق اجهزة

خاصة لتسوية المنازعات كما هو الشأن في منازعات الاستثمار

22 - قرار المجلس الأعلى بتاريخ 14/3/1962 رقم 62/158 الغرفة الأولى منشور في مجلة القضاء والقانون

عدد 62 صفحة 127.

مجلة المحكمة العليا - عدد خاص - الطرق البديلة لحل النزاعات: الصلح والوساطة والتحكيم - 15 و 16 جوان 2008

بأداء مبلغ إطرة مع ما يلاحظ على الحكم المطعون فيه من توافق الفريقين على بطلان مشروع الاتفاق الذي اعتبرته أصلا للإطرة فتكون بذلك قد حرقت المبدأ المشار إليه أعلاه.

بمناسبة صدور القانون الجديد رقم 08/05 المعدل لقواعد التحكيم المنصوص عليها في قانون المسطرة المدنية المغربي، خص المشرع نظام التحكيم الدولي بفرع خاص،²³ ونظم أحكام نفاذه بالتراب الوطني، مراعيًا في ذلك الاتفاقيات الدولية والمصادق عليها من طرف المملكة المغربية، والمنشورة بالجريدة الرسمية²⁴، وعرف التحكيم الدولي بأنه التحكيم الذي يتعلق بمصالح التجارة الدولية والذي يكون لأحد أطرافه على الأقل موطن أو مقر بالخارج. وقد أورد المشرع في معرض التعريف به بعض أصناف الاتفاق المعتبرة تحكيمًا دوليًا²⁵.

ومسايرة لتطور المعاملات والنمط الاقتصادي العالمي الجديد، وما دأب عليه الاجتهاد القضائي الدولي، أكد المجلس الأعلى وقبل تنظيم قواعد التحكيم الدولي بقانون المسطرة المدنية، على ضرورة تطبيق الاتفاقية الدولية الخاصة بالاعتراف بالمقررات التحكيمية الأجنبية

23- نظم المشرع المغربي التحكيم الدولي بموجب فصول قانون المسطرة المدنية من 39-327 إلى 54-327 الواردة بالفرع الثاني من الباب الثامن من القسم الخامس والمعدل بموجب القانون رقم 05-08.

24- الفصل 39-327 من قانون المسطرة المدنية.

25- مقتضيات الفصل 40-327 من قانون المسطرة المدنية.

وتنفيذها المعروفة باتفاقية نيويورك، المشار إليها سابقا، وجاء في قرار له بتاريخ 3 غشت 1979²⁶ أن القرار التحكيمي موضوع النازلة مستدل به في المغرب وأن الفصل الثالث من اتفاقية الاعتراف بالمقررات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها، الصادر عن الأمم المتحدة بتاريخ 1958/6/5 المصادق عليها من طرف المغرب بمقتضى ظهير 19 فبراير 1960، يجعل تنفيذ المقرر التحكيمي الأجنبي عن طريق قواعد المسطرة المتبعة في التراب المستدل فيه بالمقرر دون أن تفرض شروط مشددة غير المفروضة للاعتراف بالمقررات التحكيمية الوطنية أو بتنفيذها، مما يدل على أن الاختصاص مسند بمقتضى الاتفاقية التي تحيل على مقتضيات مسطرة التنفيذ في باب التحكيم للقانون الوطني موضوع الفصل 320 من قانون المسطرة المدنية، فلا مبرر للاستدلال بمقتضيات الفصلين 8 و430 من نفس القانون الذي يهم الأحكام القضائية.

وقد راعى القضاء المغربي في الاستجابة لطلب تذييل الحكم التحكيمي الدولي بالصيغة التنفيذية خصوصيات المعاملات الدولية، وما تتطلبه من سرعة في حل المنازعات واختزال للمساطر الشكلية مسترشدا بمبادئ النظام العام الدولي، وطبيعة التجارة الدولية، إذ أن محكمة الاستئناف بالدار البيضاء في قرارها بتاريخ 1983/6/21 تجاوزت

26- قرار المجلس الأعلى بتاريخ 3 غشت 1979 عدد 162 منشور في المجلة العربية للقانون والسياسة 13-14 سنة 63 صفحة 141.

مجلة المحكمة العليا - عدد خاص - الطرق البديلة لحل النزاعات : الصلح والوساطة والتحكيم - 15 و16 جوان 2008

بعض الشروط الشكلية المطلوبة بموجب قانون المسطرة المدنية الجاري بها العمل آنذاك، خاصة منها شرط الكتابة بخط اليد المتطلب في صحة شرط التحكيم. وقضت بأن القاعدة الدولية الواردة في الفصل الثاني من اتفاقية نيويورك الخاصة بتنفيذ المقررات التحكيمية الأجنبية، التي صادق عليها المغرب، ليست قاعدة إسناد بل هي قاعدة موضوعية صرفة تعتبر الاتفاق على التحكيم صحيحا متى كان محررا كتابة دون شرط الكتابة بخط اليد، خروجاً عن متطلبات الفقرة الثانية من الفصل 309 من قانون المسطرة المدنية، التي كانت موجودة في ظل المسطرة المدنية القديمة في الفصل 329 27.

ولقد أكد المجلس الأعلى هذه القاعدة في قرار له صادر بتاريخ 2000/1/19 28، ورد فيه أن القرار التحكيمي الأجنبي يخضع لتنفيذه في المغرب لقواعد المسطرة المتبعة في القرار المستدل به، دون أن تفرض شروط مشددة، وذلك تطبيقاً لاتفاقية نيويورك المتعلقة بالاعتراف بالمقررات التحكيمية الأجنبية التي صادق عليها المغرب بظهير 1960/2/19، وأن أجل إيداع المقرر التحكيمي المنصوص عليه في

27- قرار محكمة الاستئناف بالدار البيضاء بتاريخ 1983/6/21 رقم 1085 ملف تجاري عدد 83/ 355 منشور بمجلة المحاكم المغربية عدد 51 صفحة 109.

28- قرار المجلس الأعلى بتاريخ 2000/1/19 رقم 60 ملف تجاري عدد 98/709 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 56 صفحة 425، وكذا في سلسلة دفاتر المجلس الأعلى عدد 7 لسنة 2005 صفحة 153.

مجلة المحكمة العليا - عدد خاص - الطرق البديلة لحل النزاعات: الصلح والوساطة والتحكيم - 15 و 16 جوان 2008

الفصل 320²⁹ من قانون المسطرة المدنية يتعلق بالتحكيم الداخلي ولا يطبق على التحكيم الدولي.

واتجاه المجلس الأعلى هذا إنما يدل على السير في الاتجاه الرامي إلى تفعيل وإعمال الاتفاقية الدولية واحترام الموائيق العالمية، وتطبيقها حتى في حالة تعارضها مع نص وطني، علما أن إعمال هذا المبدأ في مجال التحكيم التجاري الدولي أصبح امراً بديهياً، لأن التقييد بالقواعد القانونية الوطنية يحول دون نفاذ المقررات والأحكام التحكيمية الصادرة في نطاق الأعراف والاتفاقية الدولية، هذا فضلاً على أن إعمال هذه الاتفاقيات أصبح يندرج في نطاق احترام المبادئ الدستورية للدول وضرورة المرونة في التعاطي مع مفهوم النظام القانوني الدولي الحال . وهكذا ومواكبة للتطور الذي عرفته التجارة الدولية واحتراماً للموائيق الدولية، فإن القضاء المغربي أصبح يطبق اتفاقية نيويورك المتعلقة بتنفيذ مقررات التحكيم الأجنبية، وأبعد كل نص قانوني متعارض مع تطبيقها، وسعى إلى تضيق مفهوم النظام العام المغربي انسجاماً مع مبدأ وجوب العمل بالقانون الدولي المصادق عليه ولو تعارض مع القانون الوطني.

29- الفصل 320 من قانون المسطرة المدنية، كان قبل تعديله، يقتضي إيداع المقرر التحكيمي بكتابة ضبط المحكمة داخل أجل ثلاثة أيام من صدوره .

مجلة المحكمة العليا - عدد خاص - الطرق البديلة لحل النزاعات : الصلح والوساطة والتحكيم - 15 و 16 جوان 2008

حاولت من خلال هذا البحث المتواضع التعرض لبعض مظاهر الرقابة القضائية على نظام التحكيم، من خلال تتبع قضاء الدولة لمساطره وأحكامه صونا لحقوق أطراف المعاملات والمصلحة العامة، ودفعاً بعجلته إلى الأمام كقضاء خاص وبديل، اقتضته متطلبات التقدم الاجتماعي والاقتصادي وآفاق الاستثمار. هذا القضاء الذي يكرس مبدأ سلطان الإرادة كوسيلة فعالة لفض المنازعات التي تنشأ عن المعاملات، تجارية كانت أو مدنية، وإلى خلق مناخ تسوده الحرية وسرعة حل الخلافات، وتحقيق قدر من الفائدة ينعكس إيجاباً على النمو الاقتصادي .

وقد أصبح يقينا أن تطور نظام التحكيم كبديل لحل المنازعات يرتبط أساساً بتطور الاجتهاد القضائي، سواء من خلال تصور حدود مجال أعمال قواعده، أو عبر قبول نفاذ أحكامه، وإلزام الأطراف الذين ارتضوه وسيلة لحل منازعاتهم على تنفيذ مقرراته، والكل لا يمكن أن يتحقق إلا من خلال رقابة قضائية متزنة وحكيمة، تدرك أهمية هذا النظام كخيار لفض المنازعات، وكمؤشر على التنمية.

والسلام والله الموفق

دور التحكيم في تسوية منازعات العقود الإدارية

الداخلية في ضوء القانون المغربي والمقارن

الأستاذ محمد محجوبي

المستشار بالمجلس الأعلى¹ بالمملكة المغربية

1- ينقسم المجلس الأعلى (الذي يمثل محكمة النقض بالمملكة المغربية) إلى ست غرف هي : غرفة مدنية تسمى الغرفة الأولى، وغرفة الأحوال الشخصية والميراث، وغرفة جنائية، وغرفة اجتماعية، وغرفة إدارية، وغرفة تجارية، ويرأس كل غرفة رئيس الغرفة، التي يمكن تقسيمها بدورها إلى أقسام، بالنظر إلى عدد القضايا المسجلة أمامها، وذلك عملاً بمقتضيات الفقرتين 3 و4 من الفصل 10 من الظهير الشريف بمثابة قانون رقم 1.74.388 الصادر بتاريخ 24 من جمادى الثانية 1394 (15 يوليوز 1974) المتعلق بالتنظيم القضائي للمملكة.

هذا، وقد تمت الفقرة 3 أعلاه بموجب المادة 24 من القانون رقم 53 لسنة 1995 القاضي بإحداث محاكم تجارية الصادر بتنفيذ الظهير الشريف رقم 1.97.65 بتاريخ 4 من شوال 1417 (12 فبراير 1997)، فأصبحت غرف المجلس الأعلى ست غرف بدلا من خمس، بعدما أضيفت الغرفة التجارية.

أما الغرفة الإدارية، فهي بمثابة محكمة للنقض الموجه ضد قرارات محاكم الاستئناف الإدارية (المحدثة بموجب القانون رقم 80 لسنة 2003 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.06.07 بتاريخ 15 من محرم 1427 (14 فبراير 2006)، فضلا عن اختصاصها بالنظر في الاستئنافات المتعلقة بالأحكام والقرارات ذات الصلة بالاختصاص النوعي ... (حيث تكون بمثابة محكمة النزاع)، بالإضافة إلى بت الغرفة الإدارية المذكورة بصفة ابتدائية وانهائية في طلبات الإلغاء بسبب تجاوز السلطة الموجهة ضد القرارات التنظيمية والفردية الصادرة عن الوزير الأول (المراسيم)، وتلك التي يتعدى نطاق تنفيذها دائرة الاختصاص المحلي لمحكمة إدارية واحدة... لمزيد من التفاصيل، راجع مؤلفنا : "القانون القضائي الخاص - الكتاب الأول : المبادئ الأساسية ومختلف أنواع الاختصاص القضائي" في الصفحات : 182 و201 و228 و229، دار القلم بالرباط، الطبعة الثانية 2007-1428.

مجلة المحكمة العليا - عدد خاص - الطرق البديلة لحل النزاعات : الصلح والوساطة والتحكيم - 15 و16 جوان 2008

عرف التحكيم والتجأ إليه الناس لحل النزاعات التي تنشأ بينهم في العصور القديمة، فقد عرفه السومريون والرومان واليونانيون منذ قرون قبل الميلاد، كما عرفه العرب في الجاهلية، وعرفوه بفضل مجيء الإسلام.

كما عرفته التشريعات الحديثة المختلفة أيضاً، مع اختلاف في درجات الأخذ به، لارتباط ذلك باختلاف نظام الحكم السائد في الدولة والنظام القانوني المتبع فيها².

وللإحاطة بموضوع التحكيم ودوره في تسوية منازعات العقود الإدارية، موضوع هذا العرض المتواضع، يتم تحديد مدلوله وأهميته في مبحث أول، وفي المبحث الثاني يتم التعرض لمدى مشروعية التحكيم المذكور.

المبحث الأول :

مدلول التحكيم وأهميته

لم يتفق على إعطاء تعريف موحد للتحكيم في مختلف الأنظمة القانونية بوجه عام، كما أن أهمية اللجوء إليه تختلف من عدة وجوه.

²- راجع : عبد العزيز توفيق في : "شرح قانون المسطرة المدنية والتنظيم القضائي"، ج 2، ص 52، مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، 1995.

مجلة المحكمة العليا - عدد خاص - الطرق البديلة لحل النزاعات: الصلح والوساطة والتحكيم - 15 و 16 جوان 2008

المطلب الأول : تعريف التحكيم

نقدم بعض التعريفات الفقهية والقضائية أولا، ثم ننتقل إلى موقف التشريع من التعريف المذكور.

الفرع الأول : التعريف الفقهي والقضائي

أولا : التعريف الفقهي :

عرف بعض الفقه التحكيم بما يلي : "يقصد بالتحكيم العدالة الخاصة، وهي آلية يتم وفقا لها سلب المنازعة من الخضوع لولاية القضاء العام، لكي يتم الفصل فيها بواسطة أفراد عهد إليهم بهذه المهمة"³.

وعرفه آخر بأنه "الاتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة"⁴.

وفي تعريف آخر، التحكيم هو "الفصل في النزاع بواسطة طرف أو هيئة أو مجموعة أفراد، يتفق الخصوم على إحالة النزاع إليهم دون المحاكم المختصة بذلك"⁵.

³ - Jean Robert : «L'arbitrage droit interne, Droit international privé», Dalloz, 1993, page 6, éd. N° 1.

⁴ - أحمد عبد الوفا : "التحكيم الاختياري والإجباري"، ص 15، الناشر : دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية، الطبعة الثانية 2007.

مجلة المحكمة العليا - عدد خاص - الطرق البديلة لحل النزاعات : الصلح والوساطة والتحكيم - 15 و 16 جوان 2008

أو هو "اصطلاح يقصد به إيجاد حل للنزاع القائم بين شخصين أو أكثر بواسطة شخص محكم أو أشخاص محكمين غير أطراف النزاع، الذين يستمدون سلطاتهم من الاتفاق المبرم بين الأطراف المذكورين، دون أن يكونوا معينين من قبل الدولة"⁶.

وحسب بعض الفقهاء الفرنسيين، فالتحكيم نظام استثنائي للتقاضي، يجوز بموجبه للدولة، وباقي أشخاص القانون العام الأخرى إخراج بعض المنازعات الإدارية الناشئة عن علاقة قانونية عقدية أو غير عقدية، وطنية كانت أو أجنبية من ولاية القضاء الإداري، لكي تحل بطريقة التحكيم بناء على نص قانوني يبيح ذلك.

وخروجاً على مبدأ الخطر العام الوارد على أهلية الدولة وسائر أشخاص القانون العام الأخرى في اللجوء إلى التحكيم⁷.

وما يمكن ملاحظته على هذا التعريف ما يلي :

⁵- عامر علي رحيم : "التحكيم بين الشريعة والقانون"، ص 20، منشورات الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع والإعلان، ضمن سلسلة "الكتاب الإسلامي"، رقم 18، أبريل 1987.

⁶ - « L'arbitrage est une technique visant à faire donner la solution d'une question, intéressant les rapports entre deux ou plusieurs personnes, par une ou plusieurs autres personnes - l'arbitre ou les arbitres - lesquelles tiennent leur pouvoirs d'une convention privée et statuent sur la base de cette convention, sans être investies de cette mission par l'état », René David : « L'arbitrage dans le commerce international », Paris, Economica, 1982, page 9.

⁷- AUBY (J.M) : « L'arbitrage en matière administrative », A.J.D.A, 1995, p. 81.

فالأصل هو أن القضاء الإداري الفرنسي هو صاحب الاختصاص الطبيعي في حل المنازعات الإدارية المتعلقة بالعقود الإدارية، وغيرها من مختلف النزاعات الإدارية التي تندرج ضمن قضاء الإلغاء أو القضاء الشامل، إلا أنه بالنظر لمزايا التحكيم المختلفة، اضطر المشرع إلى الخروج عن القاعدة وإقرار نظام التحكيم، وبما أن العقد الإداري يتميز بمعيار السلطة العامة، كان لا بد للمشرع الفرنسي من تنظيم محكم تدريجيا، وهو ما سيأتي لاحقا.

ثانيا : التعريف القضائي

كذلك لم تتفق الاجتهادات القضائية على تعريف موحد للتحكيم: فقد عرفته الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري، بأنه : "الاتفاق على عرض النزاع أمام محكم أو أكثر ليفصلوا فيه بدلا من المحكمة المختصة به، وذلك بحكم ملزم للخصوم"⁸. أما المحكمة الإدارية العليا المصرية كذلك، فقد عرفت التحكيم بأنه : "اتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين، ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة"⁹.

8- الفتوى رقم 6

61 في 1989/7/01، جلسة 1989/5/17، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة والجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في العقود الإدارية في أربعين عاما من أول أكتوبر سنة 1955 إلى آخر سبتمبر سنة 1995، ص 143.

9- المحكمة الإدارية العليا في قرارها الصادر بجلسة 1994/01/18 في الطعن رقم 882 للسنة الثلاثين قضائية.

مجلة المحكمة العليا- عدد خاص -الطرق البديلة لحل النزاعات: الصلح والوساطة والتحكيم-15 و16 جوان 2008

بينما عرفته المحكمة الدستورية العليا المصرية بأنه : "هو عرض لنزاع معين بين طرفين على محكم من الأعيان يعين باختيارهما، أو بتفويض منهما، على ضوء شروط يحددها، ليفصل هذا المحكم في ذلك النزاع بقرار يكون نائيا عن شبهة الممالة، مجردا من التحامل، وقاطعا لدابر الخصومة في جوانبها التي أحالها الطرفان إليه، بعد أن يدلي كل منهما بوجهة نظره تفصيلا من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية¹⁰".

الفرع الثاني : التعريف القانوني لنظام التحكيم

يتم عرض تعريف القانون المقارن ثم تعريف المشرع المغربي.

أولا : تعريف القانون المقارن

نظرا لكثرة التعاريف القانونية للتحكيم، نكتفي بتعريفين اثنين لكل من القانون الفرنسي والقانون المصري تباعا فيما يلي :

1- عرف المشرع الفرنسي شرط التحكيم في المادة 1442 من قانون المسطرة المدنية (Procédure civile) بأنه : "اتفاق يتعهد بمقتضاه الأطراف في عقد من العقود بإخضاع المنازعات التي يمكن أن تنشأ بينهم في المستقبل للتحكيم".

10- الدعوى الدستورية رقم 14 لسنة 15 القضائية، جلسة 1994/12/18.

مجلة المحكمة العليا - عدد خاص - الطرق البديلة لحل النزاعات : الصلح والوساطة والتحكيم - 15 و 16 جوان 2008

كما عرف عقد التحكيم في المادة 1447 من نفس القانون بأنه :
"عبارة عن عقد يتفق بمقتضاه أطراف نزاع نشأ بالفعل على إحالة
هذا النزاع إلى محكم أو عدة محكمين لكي يتولوا الفصل فيه".
2- أما المشرع المصري فقد عرف اتفاق التحكيم في الفقرة
الأولى من المادة 10 من القانون رقم 27 لسنة 1994، بأنه "اتفاق بين
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 ...".

ثانيا : تعريف المشرع المغربي

سبق للمشرع المغربي أن نظم مختلف أحكام التحكيم في الباب
الثامن من القسم الخامس من قانون المسطرة المدنية¹¹، المخصص
للمساطر¹² الخاصة، بمقتضى الفصول¹³ من 306 إلى 327، من دون

11 - صدر بموجب الظهير الشريف بمثابة قانون رقم 1.74.447 بتاريخ 11 من رمضان 1394 (28
سبتمبر 1974) ونشر في الجريدة الرسمية عدد 3230 مكرر بتاريخ 13 من رمضان 1394 (30 سبتمبر
1974)، هذا، مع العلم بأن المشرع المغربي سبق له أن نص على أحكام التحكيم (الاختياري) في قانون
المسطرة المدنية القديم (الملغى بقانون المسطرة المدنية المشار إليه أعلاه)، وذلك بموجب ظهير 12 غشت
1913، في 23 فصلا، من 527 إلى غاية 549، في الباب 15 من القسم السابع.

12 - مصطلح "المسطرة"، في المغرب يعني "الإجراءات" في المشرق العربي..

13 - الملاحظ أن للمشرع المغربي استعاض عن مصطلح "الفصول" بمصطلح "المواد" في مختلف النصوص القانونية
الصادرة ابتداء من التسعينات من القرن الماضي، وبذلك انتهى العمل بخصوصية مغربية لا نظير لها في المشرق
العربي، من دون أن نعرف سبب ذلك.

مجلة المحكمة العليا - عدد خاص - الطرق البديلة لحل النزاعات : الصلح والوساطة والتحكيم - 15 و 16 جوان 2008

أن يعطي أي تعريف للتحكيم، إلى أن صدر القانون رقم 08 لسنة 2005 المرموز له بالقانون رقم (05.08)، الذي صدر تحت عنوان : الباب الثامن (من القسم الخامس المذكور) تحت عنوان : التحكيم والوساطة الاتفاقية، عوضا عن : الباب الثامن تحت عنوان : التحكيم، وهكذا حلت أحكام الفصول من 306 إلى 327 المشار إليها أعلاه، والتي تم نسخها بمقتضى المادة الأولى من القانون رقم 05.08 أعلاه¹⁴، ولأول مرة، وبموجب الفصل 306 "الجديد"¹⁵ عرف المشرع المغربي التحكيم بما يلي : "يراد بالتحكيم حل نزاع من لدن هيئة تحكيمية تتلقى من الأطراف مهمة الفصل في النزاع بناء على اتفاق تحكيم.

وفي الفصل 307 عرف اتفاق أو شرط التحكيم بما يلي : "اتفاق التحكيم هو التزام الأطراف باللجوء إلى التحكيم قصد حل نزاع نشأ أو قد ينشأ عن علاقة قانونية معينة، تعاقدية أو غير تعاقدية"، وأضاف في الفقرة الموالية من نفس الفصل أن اتفاق التحكيم يكتسي "شكل عقد تحكيم أو شرط تحكيم".

14- صدر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.07.169 بتاريخ 19 من ذي الحجة 1428 (30 نوفمبر 2007)، المنشور في الجريدة الرسمية عدد 5584 بتاريخ 25 من ذي القعدة 1428 (6 ديسمبر 2007).

15- أقول "الجديد"، لأن كل الفصول من 306 إلى 327 نسخت بفصول أخرى تحمل نفس الأرقام، فضلا عن 70 فصلا أخرى أصيبت للفصل 327 الذي أصبح هكذا من 327/1 إلى غاية 327/70، فأصبح نفس الباب الثامن من أعلاه مكونا من 92 فصلا بدلا من 22 فقط التي كانت قبل التعديل.

مجلة المحكمة العليا - عدد خاص - الطرق البديلة لحل النزاعات : الصلح والوساطة والتحكيم - 15 و 16 جوان 2008

وهكذا، عرف عقد التحكيم بما يلي : "عقد التحكيم هو الاتفاق الذي يلتزم فيه أطراف نزاع نشأ بينهم بعرض هذا النزاع على هيئة تحكيمية" (الفقرة 1 من الفصل 314)، أما شرط التحكيم، فعرفه بما يلي : "شرط التحكيم هو الاتفاق الذي يلتزم فيه أطراف عقد بأن يعرضوا على التحكيم النزاعات التي قد تنشأ عن العقد المذكور".

والملاحظ على مختلف التعاريف القانونية أعلاه ما يلي :

1- اكتفى المشرع المصري بتعريف "اتفاق أو شرط التحكيم"، بينما المشرع الفرنسي عمل على تعريف كل من "شرط التحكيم" و"عقد التحكيم"، أما المشرع المغربي فذهب أبعد من كل ذلك، عندما عرف اتفاق (أو شرط) التحكيم، و"عقد التحكيم"، بعدما أعطى تعريفا لمؤسسة التحكيم عامة.

2- اختلفت التعاريف المذكورة فيما بينها :

- فبخصوص المقارنة بين التعاريف المتعلقة باتفاق أو شرط التحكيم، نجد أن كلا من المشرعين المغربي والمصري اتفقا على أن اتفاق التحكيم قد ينصب على النزاعات الآنية والمستقبلية، في حين اكتفى المشرع الفرنسي بتلك التي "يمكن أن تنشأ في المستقبل".

- أما ما تعلق بتعريف عقد التحكيم، فيكاد يكون متطابقا ما بين التعريف المغربي ونظيره الفرنسي، اللهم ما لوحظ على هذا الأخير،

الذي أشار إلى إمكانية إحالة النزاع موضوع التحكيم إلى محكم واحد أو أكثر من واحد، وتعبيره بـ "عدة محكمين"، فالمقصود بطبيعة الحال هو الجمع، وهو أكثر من اثنين، وهو يقتضي أن يكون عددا فرديا وليس مزدوجا، بينما اكتفى المشرع المغربي بعبارة "هيئة تحكيمية"، إلا أنه تدارك كل إهمام قد يطالها، عندما أشار في الفصل 312 من نفس القانون إلى أنه "يراد في هذا الباب بما يلي :

1- "الهيئة التحكيمية": المحكم المنفرد أو مجموعة محكمين".

المطلب الثاني : أهمية التحكيم

تتلخص أهمية التحكيم بوجه عام، والتحكيم الإداري بخاصة في معرفة الأسباب الداعية إليه من خلال منطاريين اثنين : الأول يخص المتعاقد مع الإدارة، وعلى الخصوص المستثمر الأجنبي، والمنظار الثاني يهتم الدولة بمعناها الواسع، أو الشخص المعنوي العام.

الفرع الأول : أهمية التحكيم بالنسبة للطرف

المستثمر المتعاقد مع الدولة

أولا : التخوف من مساس الدولة بحيادها

لئن كانت الدولة مجرد طرف في العقد الرابط بينها وبين المستثمر، وبخاصة إن كان أجنبيا، فهي بطبيعة الحال طرف قوي، يتمتع بالسيادة

التي من شأنها في نظره أن تؤثر على التوازن الاقتصادي للعقد الرابط بين الطرفين، فضلا عن إمكانية تأثيرها على القضاء الوطني ليحكم في النهاية لصالحها.

فقد نادى عدة باحثين بضرورة سلب اختصاص القضاء الوطني، إمكانية النظر في النزاعات التي يكون أحد طرفيها متعاقدا أجنبيا، والطرف الآخر هو الدولة، أو الشخص المعنوي العام داخل الدولة، التي لا يعتبر المتعاقد معها من مواطنيها، خاصة عندما يتعلق الأمر بعقد متصل بالمصالح الاقتصادية أو الاجتماعية للدولة المعنية، أو بسياساتها، ومن ثم نادوا بمنح مثل هذه المنازعات لقضاء محايد، هو قضاء التحكيم¹⁶.

ثانيا : التخوف من تمسك الدولة بالحصانة القضائية

فضلا عن تخوف المستثمر الأجنبي من انحياز القاضي الوطني لدولته في النزاعات التي قد تمس سيادتها من مختلف النواحي، فإنها ولا شك

16 - حفيظة السيد الحداد : "الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثرها على القانون الواجب التطبيق"، دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية، 2001، ص 6 و 7.

Pierre LALIVE : « L'influence des clauses arbitrales », R.B.D.I, 1975, pages 524 à 575 et spécialement page 570 : « la clause arbitrale constitue, pour le partenaire non-étatique, en principe, une protection fondamentale, sans laquelle il y a lieu de présumer qu'il ne serait pas engagé du tout », ainsi, « La clause d'arbitrage international est ressentie en général comme une protection majeure du cocontractant non étatique ».

مجلة المحكمة العليا - عدد خاص - الطرق البديلة لحل النزاعات : الصلح والوساطة والتحكيم - 15 و 16 جوان 2008

والحالة هذه تتمتع بالحصانة القضائية، التي بموجبها يحظر على قضاء الدولة أخرى البت في النزاعات التي تكون طرفاً فيها¹⁷.

ومن ثم، فإن أي مشروع هام (إلا القليل) لا يمكنه أن يتم بالتعاقد مع الدولة أو مع إحدى أجهزتها، إلا عند قبولها التعاقد مع وجود شرط التحكيم.

هذا، فضلاً عن سرعة البت، والاقتصاد في المصاريف، وامتياز التحكيم بالسرية، وخاصة بالنسبة للمقاولات الكبرى ذات السمعة العالمية، والبساطة في الإجراءات.

تلك أهم حوافز لجوء المتعاقد مع الدولة (الأجنبية) إلى التحكيم، فما هي أهم الأسباب التي تدعو هذه الأخيرة، بدورها إلى قبول شروط التحكيم؟

ذلك ما يتناوله بإيجاز الفرع الثاني من نفس هذا المطلب.

17 - حفيظة السيد الخداد في المرجع السابق، ص 8، وكذا في مؤلفها: "القانون القضائي الخاص الدولي"، ص 177، الإسكندرية 1990.

وفي هذا الصدد يقول الفقيه "ماير" (Mayer)، تعليقا على قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 20 أكتوبر 1987 (في المجلة الانتقادية للقانون الدولي الخاص لسنة 1988 ص 730):

«L'immunité permet à un Etat d'échapper à la justice des autres Etats, et l'on ne peut guère compter sur ses propres juges, surtout lorsque l'acte litigieux est constitutionnellement soustrait à leur appréciation, mais les immunités de juridictions et d'exécution dérivent dans leur principe, même de la nécessité de sacrifier les droits des individus au respect de souveraineté des Etats».

أشير إلى هذا التعليق في المرجع السابق "الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة"، في ص 9 بالهامش.

مجلة المحكمة العليا - عدد خاص - الطرق البديلة لحل النزاعات: الصلح والوساطة والتحكيم - 15 و 16 جوان 2008

الفرع الثاني: أهمية التحكيم بالنسبة للدولة

الأصل في المنازعات الإدارية بالنسبة للدول التي تعرف ازدواجية القضاء، هو أن يعهد بالبت فيها إلى القضاء الإداري، الذي يوفر للأفراد ضمانات أكثر من القضاء العادي (المدني)، إذ لا يمكن الكلام عن دولة القانون من دون التساؤل عن مدى احترام مبدأ المشروعية، هذا المبدأ الذي يعني أن القانون الوضعي المطبق في الدولة يجب أن يسود على الجميع: حكاما ومحكومين، أشخاص القانون العام وأشخاص القانون الخاص من دون أي تمييز بين الإثنين، هذا مع العلم بوجود نظريات خاصة بالقانون الإداري، لا نظير لها في القانون المدني، كنظرية الظروف الطارئة مثلا، ونظرية فعل الأمر، ففي القانون المدني قد لا يعرض الشخص عن الضرر الذي تسببت فيه الإدارة التي قد تدفع بوجود قوة قاهرة لا يد لها فيها، بينما الأمر ليس كذلك في القضاء الإداري¹⁸، ومع ذلك، ونظرا للاعتبارات الداعية إلى اشتراط التحكيم على الدولة، السالف بياؤها، فإن لهذه الأخيرة أيضا اعتباراتها للاستجابة إلى اعتبارات المستثمرين المتمثلة في الشرط المذكور أعلاه.

فمن المسلم به في مختلف ربوع العالم، أن ارتفاع عدد القضايا المسجلة بمختلف الجهات القضائية، إدارية كانت أو مدنية، في استمرار منقطع النظير، وهو ارتفاع لا يضاهيه ارتفاع في عدد الموارد

18- سيأتي توضيح ذلك لاحقا.

البشرية المتخصصة¹⁹، ولا في التجهيزات الضرورية، لذلك اتفق رؤساء المحاكم العليا الذين كانوا يمثلون القارات الخمس منذ حوالي تسع سنوات، في اجتماع غير رسمي عقد بالرباط على وجوب إيقاف الزيادة في عدد القضايا المعروضة على المحاكم أو على الأقل التخفيف من وثيرتها، وذلك بإيجاد وسائل بديلة لفض المنازعات، ومن بينها التحكيم بمختلف أنواعه، فعلى سبيل المثال: كان عدد القضايا الرائجة في المجلس الأعلى (المغربي) في السنة القضائية الأولى بعد الاستقلال (1958-1959) يبلغ 1309 قضية في حين بلغ في السنة القضائية 2003 ما يزيد عن 40.000 قضية، أي : بزيادة وصلت إلى حوالي 3000%، وكذلك نفس الزيادة تقريبا عرفتها محاكم الموضوع²⁰.

19- فعند الإعلان عن إحداث محاكم إدارية في المملكة المغربية، وهي محاكم متخصصة، أشار جلالة الملك الحسن الثاني طيب الله ثراه في خطابه التاريخي يوم 8 مايو 1990 بمناسبة الإعلان عن إحداث مجلس استشاري لحقوق الإنسان وتنصيب أعضائه إلى أنه : "... فمطمئنا نحن أن تكون غرفة إدارية (يقصد محكمة إدارية) في كل عمالة من العمالات، وكل إقليم من الأقاليم، ولكن ليس لدينا القضاة الكفاة والكافون في هذا البلد، لأن ذلك يتطلب تكويننا خاصا..."، نص الخطاب الملكي السامي منشور بكامله في أعمال الندوة المنظمة من طرف الجمعية المغربية للعلوم الإدارية يومي 3 و4 مايو 1991، تحت عنوان: "القضاء الإداري حصيلة وآفاق" من ص 7 إلى 22، شركة بابل للطباعة والنشر والتوزيع بالرباط، 1993.

20- عرض تقديمي لندوة : "التحكيم التجاري الداخلي والدولي"، للسيد الرئيس الأول للمجلس الأعلى بالمملكة المغربية الدكتور إدريس الضحاك، منشور في العدد 2005/6 من سلسلة "دفاتر المجلس الأعلى" تحت عنوان : "التحكيم التجاري الداخلي والدولي"، ص 21 إلى 30، وخاصة ص 23 و24، وهو يتضمن أعمال الندوة التي نظمت من طرف وزارة العدل بالمملكة والائحاد العام لمقاولات المغرب بإشراف وإعداد من المجلس الأعلى يومي 3 و4 من مارس 2004.

مجلة المحكمة العليا - عدد خاص - الطرق البديلة لحل النزاعات: الصلح والوساطة والتحكيم - 15 و16 جوان 2008

لذلك، فلا غرابة من مصادقة ما يزيد عن 130 دولة، ومن ضمنها المملكة المغربية، على اتفاقية نيويورك الصادرة عن الأمم المتحدة بتاريخ 9 يونيو 1958 حول الاعتراف بالمقررات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها، وبالمقابل، فإن تنفيذ الأحكام القضائية يتعثر في بلدان عديدة²¹.

هذا، فضلا عن التطور النوعي والكمي للعلاقات الاقتصادية بين الدول، التي تنفذ بواسطة مقاولات تابعة لهذه الدولة أو تلك خارج الحدود، بفضل تطور وسائل الاتصال السريع والتقنيات الإعلامية نتيجة العولمة، حيث أصبح العالم مجرد قرية صغيرة مكشوفة²².

ولا شك والحالة هذه، في أن التحكيم يعتبر من بين أهم الوسائل المشجعة للاستثمار داخل الدولة، وخاصة الاستثمار الأجنبي، ذلك أن المحاكم الوطنية غير قادرة على تقديم نفس الخدمات التي يقدمها التحكيم ومختلف الوسائل البديلة لفض النزاعات، التي أصبح ينظر إليها على أنها وسائل تفاهم بين المعنيين بالنزاع بدلا من أن تكون وسائل قسرية.

21- المرجع السابق، ص 22.

22- إسماعيل أولبعيد: "مقاولات الدولة المغربية والتحكيم التجاري الدولي"، ص 2، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون المدني من كلية الحقوق الرباط - أكادال، السنة الجامعية 2006-2007 (غير منشورة).

مجلة المحكمة العليا - عدد خاص - الطرق البديلة لحل النزاعات: الصلح والوساطة والتحكيم - 15 و 16 جوان 2008

ووعياً بما للتحكيم والأنظمة الأخرى المشابهة له من أثر على جلب الاستثمار لرفع تحديات التنمية، دعا جلالة الملك محمد السادس حكومته إلى تنويع مساطر التسوية التوافقية، لما قد ينشأ من منازعات بين التجار، وذلك من خلال الإعداد السريع لمشروع قانون التحكيم التجاري، الوطني والدولي، ليستجيب نظامنا القضائي لمتطلبات عولمة الاقتصاد وتنافسيته، ويسهم في جلب الاستثمار الأجنبي²³، وهو ما ترجم بالفعل على أرض الواقع، فبالإضافة إلى التعديل الشامل الذي عرفته النصوص القانونية المنظمة للتحكيم، عن طريق التوسع في أحكامه، وإضافة أحكام خاصة بالوساطة الاتفاقية، وما سبقه من إحداث لمؤسسة ديوان المظالم، التي أصبحت رائدة في تسوية الخلافات القائمة بين الإدارة المغربية والمتعاملين معها من مواطنين وأجانب، عن طريق الوساطة²⁴، فإن انفتاح المغرب على الخارج ترجم كذلك بإبرام عدة عقود دولية، ففتحت أوزاش كبرى بالمملكة، تمثلت خاصة في استكمال البنيات التحتية والإصلاحات القطاعية المختلفة، الشيء

23- مقتطفات من الخطاب السامي، الذي ألقاه جلالة الملك محمد السادس بمناسبة افتتاح السنة القضائية بتاريخ 29 يناير 2003.

24- لمزيد من التفاصيل حول مؤسسة "والي المظالم"، راجع نص الظهير الشريف المحدث لها رقم 1.01.298، الصادر في 23 من رمضان 1422 (9 ديسمبر 2001) المنشور في الجريدة الرسمية عدد 4963 بتاريخ 24 ديسمبر 2001 وكذلك الظهير الشريف رقم 1.03.240 الصادر بتاريخ 9 من شوال 1424 (4 ديسمبر 2003) بالمصادقة على النظام الداخلي لمؤسسة ديوان المظالم، المنشور في الجريدة الرسمية عدد 5171 بتاريخ 22 ديسمبر 2003.

مجلة المحكمة العليا - عدد خاص - الطرق البديلة لحل النزاعات: الصلح والوساطة والتحكيم - 15 و 16 جوان 2008

الذي تطلب القيام باستثمارات هائلة لتمويل هذه المشاريع، علماً بأن الجزء الأكبر من تلك الاستثمارات يعتبر ذا مصدر دولي على شكل استثمارات مباشرة أو قروض خارجية²⁵. والجدير بالذكر أن المبلغ الإجمالي للاستثمارات الأجنبية بالمغرب وصل في نهاية 2004 إلى 371,1 مليار درهم (حوالي 40 مليار دولار أمريكي)، بينما لم يتعد مبلغ استثمارات المغرب في الخارج في نفس السنة 16,9 مليار درهم²⁶.

والخلاصة من كل ما تقدم، أن مختلف الدول تقبل على التحكيم كوسيلة لتشجيع الاستثمار على إقليمها، فإلى أي حد ينطبق ذلك على العقود الإدارية؟
ذلك ما يتناوله المبحث التالي.

المبحث الثاني

مدى مشروعية اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية

من المسلم به في الدول التي تعرف قضاء إداريا مستقلا عن القضاء المدني، أن الاختصاص النوعي ينعقد للمحاكم الإدارية بشأن منازعات العقود الإدارية.

25- المرجع السابق، في نفس الصفحة.

26- إحصائيات رسمية صادرة عن مكتب الصرف في تقريره السنوي حول "وضع الاستثمار الدولي للمغرب في 2004".

مجلة المحكمات العليا - عدد خاص - الطرق البديلة لحل النزاعات: الصلح والوساطة والتحكيم - 15 و 16 جوان 2008

فموجب مرسوم 30 شتنبر 1953 أصبحت المحاكم الإدارية الفرنسية صاحبة الولاية العامة للبت في سائر المنازعات الإدارية، سواء أتعلمت بدعاوى الإلغاء أو بدعاوى القضاء الشامل، ولئن كان الأصل هو انتمائها لهذا الأخير²⁷.

وكذلك الشأن بالنسبة لاختصاص القضاء الإداري المصري، عملا بمقتضيات المادة 10 من القانون رقم 47 لسنة 1972 بشأن مجلس الدولة، التي نصت على ما يلي: "تختص محاكم مجلس الدولة، دون غيرها، بالفصل في المسائل الآتية :

- حادي عشر : المنازعات الخاصة بعقود الالتزام أو الأشغال العامة أو التوريد، أو بأي عقد إداري آخر"، فضلا عن اختصاص محاكم مجلس الدولة المذكورة بالبت في "سائر المنازعات الإدارية" لما جاء النص على ذلك صراحة في البند 14 من نفس المادة.

وفي المغرب أيضا، "تختص المحاكم الإدارية بالبت ابتدائيا في طلبات إلغاء قرارات السلطات الإدارية بسبب تجاوز السلطة، وفي النزاعات المتعلقة بالعقود الإدارية، ودعاوى التعويض عن الأضرار التي تسببها

27- تنتمي العقود الإدارية إلى القضاء الشامل، ما لم يكن النزاع خارجا عن تنفيذ بنود العقد، فعندئذ فقط يندرج ضمن دعاوى الإلغاء.

راجع لمزيد من التفاصيل العميد سليمان محمد الطماوي في مؤلفه القيم : "الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة"، ابتداء من ص 197 وما بعدها، تحت عنوان : "طبيعة اختصاص القضاء الإداري في مجال المنازعات الإدارية، دار الفكر العربي، الطبعة الخامسة 1991.

مجلة المحكمة العليا - عدد خاص - الطرق البديلة لحل النزاعات: الصلح والوساطة والتحكيم - 15 و 16 جوان 2008

أعمال ونشاطات أشخاص القانون العام... "عملا بمقتضيات المادة 8 من القانون رقم 41 لسنة 1990 المحدثه بموجبه محاكم إدارية (90.41) 28. لقد تأكد بالملحوس بأن استعمال التقنيات الانفرادية من طرف الإدارة لتسيير مرافقها أو إنشاء مرافق جديدة أصبح غير مجد لتحقيق تنمية شاملة، فالدولة أصبحت تبرم عقودا إدارية حتى مع أشخاص القانون العام، من جماعات محلية ومؤسسات عامة، وكذا مقاولات عمومية، فضلا عن تعاقدتها مع المقاولات الخاصة الوطنية والأجنبية 29. فما مدى مشروعية اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية؟ 30 نتناول هذا الموضوع في مطلبين اثنين، من خلال إلقاء نظرة على الوضع في كل من التشريع المقارن (فرنسا ومصر نموذجا)، والمغرب.

28- لمزيد من التفاصيل، راجع مواد القانون المذكور أعلاه بمولفنا : "الوجيز في القضاء الإداري المغربي بعد إحداث المحاكم الإدارية"، ابتداء من الصفحة 149 وما بعدها، علما بأن المحاكم المذكورة هي صاحبة الولاية العامة للبت في سائر المنازعات الإدارية، في هذا الصدد، راجع مقالاتنا تحت عنوان : "حدود اختصاص القاضي الإداري في المنازعات الانتخابية"، منشور في أعمال الندوة الجهوية السادسة، المنعقدة بالرباط يومي 10 و 11 مايو 2007 تحت عنوان : المنازعات الانتخابية والجهوية من خلال اجتهادات المجلس الأعلى"، منشورات المجلس الأعلى في ذكره الخمسين، مطبعة الأمانة بالرباط، من ص 54 إلى ص 64.

29- وهو النهج الذي أكد صاحب الجلالة الملك محمد السادس على سلوكه في خطابه السامي، الذي أعلن فيه عن انطلاق "المبادرة الوطنية للتنمية البشرية" بتاريخ 20 مايو 2005، حيث يقول جلالتة : "... إننا نتحارب تركّز على العكس من ذلك، مدى نجاعة الأساليب التي تستهدف التحديد الدقيق للمناطق والفئات الأكثر خصاصة، وأهمية مساهمة السكان، ونباعة المقاربات التعاقدية والتشاركية، ودينامية النسيج الجمعي المحلي، لضمان الانخراط الفاعل في مشاريع التنمية عن قرب..."

30- نتقصر على تناول الموضوع في جانبته المتعلق بالعقود الإدارية الداخلية ليس إلا، لاعتبارات أكاديمية بحتة، على أن نلم به بالكامل إذا أتاحت لنا فرصة أخرى إن شاء الله.

مجلة المحكمة العليا - عدد خاص - الطرق البديلة لحل النزاعات : الفصل والوساطة والتحكيم - 15 و 16 جوان 2008

المطلب الأول : في النظام القانون الفرنسي

لئن كان التحكيم يلعب دورا مهما في حسم النزاعات المتعلقة بالعقود الإدارية، فالملاحظ أن دائرة التحكيم في العقود الإدارية الدولية متسعة جدا مقارنة مع نظيرتها في العقود الإدارية الداخلية، ذلك أن المبدأ العام في التشريع الفرنسي هو منع التحكيم في العقود المذكورة، وهو الموقف الذي انتقده الرأي الغالب في الفقه الفرنسي³¹. فأساس الخطر المذكور يجد سنده في المادة 2060 من القانون المدني الفرنسي³²، التي نصت في فقرتها الأولى على عدم إمكانية اللجوء إلى التحكيم فيما يخص النزاعات المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم أو تلك المتعلقة بالجماعات المحلية والمؤسسات العامة، وللتلطيف من حدة الخطر المذكور، تدخل المشرع الفرنسي، وأضاف فقرة ثانية لنص المادة أعلاه، فأجاز لبعض المؤسسات العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري اللجوء إلى التحكيم، لكن شريطة صدور مرسوم يسمح بذلك³³.

31- نجلاء حسن سيد أحمد خليل : "التحكيم في المنازعات الإدارية"، ص 113، دار النهضة العربية بالقاهرة، الطبعة الثامنة 2003-2004، وكذلك: عبد الحميد الأحمد : "التحكيم : أحكامه ومصادره"، الجزء الأول، ص 320، مكتبة نوفل، طبعة من دون تاريخ.

32- وهي المادة التي حلت محل المادتين 83 و1004 من قانون المسطرة المدنية الفرنسي القديم، منذ 1803.

33- ونص المادة 2060 أعلاه هو الآتي :

«On ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps, ou sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics, et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public.

Toutefois, des catégories d'établissements publics à caractère industriel et commercial peuvent être autorisées par décret à compromettre».

وذلك بمقتضى المرسوم رقم 500 لسنة 1981.

ومن جهته، اعتمد القضاء (العادي) الفرنسي على حرفية نص المادة 2060، فأبقى على الحظر كأساس، وعلى الجواز كاستثناء، فقد ذهبت محكمة استئناف باريس في قرارها الصادر بتاريخ 10 أبريل 1957 إلى القول بأن حظر التحكيم بموجب قانون المسطرة المدنية ينصرف إلى التحكيم الداخلي دون التحكيم الدولي³⁴، وكذلك فعلت محكمة استئناف "إيكس أوميروفونس" (Aix en-Provence) في قرارها الصادر بتاريخ 5/5/1959³⁵، وهو الاتجاه الذي أيده محكمة النقض كذلك، عندما أكدت على أن الحظر الوارد في المادتين 83 و1004 من قانون المسطرة المدنية (القديم) لا يثير مسألة الأهلية للأشخاص المعنوية العامة المنصوص عليها في المادة 3/3 من القانون المدني، بقدر ما يتعلق بقانون العقد، وليس بالقانون الشخصي للأطراف، لذا تطبق أحكام القانون الأجنبي التي تميز التحكيم والحال ما ذكر، وليس أحكام القانون الفرنسي، باعتباره القانون الشخصي للطرف الفرنسي، والذي يمنع اللجوء إلى التحكيم³⁶.

أما بالنسبة للقضاء الإداري، فقد اتخذ موقفا صارما من حظر التحكيم في العقود الإدارية بوجه عام، داخلية كانت أو دولية، وذلك

34 - Cours d'Appel de Paris, 10 avril 1957, J.C.P, 1957, n° 10078.

35 - Aix en Provence, 5 mai 1959, revue d'arbitrage, 1960, pages 28 et 29.

36 - Cass-Civ, 2 mai 1966, J.C.P, 1966, 11, n° 14798.

مجلة المحكمة العليا - عدد خاص - الطرق البديلة لحل النزاعات: الصلح والوساطة والتحكيم - 15 و 16 جوان 2008

علا بمقتضيات المادتين 83 و1004 من قانون المسطرة المدنية القديم، وأيضاً استناداً إلى نص المادة 2060 التي حلت محلها، سواء أعلق الأمر بالوزراء أو بالمجالس المحلية³⁷.

وموقف مجلس الدولة هذا لقي انتقاداً حاداً من كثير من الفقه الفرنسي، لاعتماده على نصوص القانون المدني في مجال القانون العام، فضلاً عن أن القضاء العادي الملزم بتطبيق قواعد القانون الخاص، لم يمنع التحكيم إلا في العقود الداخلية دون الدولية³⁸.

ويرجع تحريم اللجوء إلى التحكيم والحال ما ذكر إلى عدة أسباب تندرج جميعها تحت مظلة "المبادئ العامة للقانون"³⁹.

- فالقضاء الإداري هو الجهة القضائية الطبيعية للبت في منازعات العقود الإدارية كما مر بنا أعلاه، وبالتالي فمنح هذا الاختصاص إلى أشخاص لا ينتمون إلى قضاء الإدارة، ومع ذلك يقضون في منازعات خاصة بها هو اعتداء جسيم على اختصاص القضاء الإداري، فمنذ 1906، قال الفقيه "فيرناند" (Fernand) بأن "القضاء الإداري يستطيع

37 - C.E. 10 juillet 1936 (ville de Bologne). Rec, page 764.

38- J.R.I.B.S : ombre et incertitudes de l'arbitrage pour les personnes morales de droit public français, J.C.P, 1990, 1, 464.

39- المبادئ العامة للقانون في بلد ما هي مجموعة القواعد القانونية التي يمكن استخلاصها من خلال استقراء النظام القانوني لذلك البلد، من خلال مختلف التنظيمات السياسية والاقتصادية والاجتماعية، ومن بين أهم تلك المبادئ : مبدأ فصل السلطات، ومبدأ احترام النظام العام داخل الدولة بحسب مقاييسها الخاصة ... لمزيد من التفاصيل، راجع : نجلاء حسن سيد أحمد خليل : "التحكيم في المنازعات الإدارية"، مرجع سابق، ص 121.

مجلة المحكمة العليا - عدد خاص - الطرق البديلة لحل النزاعات : الصلح والوساطة والتحكيم - 15 و16 جوان 2008

أن يمارس الرقابة على أعمال الإدارة، أفضل من المحكمين⁴⁰، كما أن الفقيه: "لا فيريير" (LAFRIERE) تساءل استنكارياً: "كيف للدولة أن تقبل منح المحكمين سلطة النظر في المنازعات التي لم توافق على منحها للقضاة العاديين؟!"

- ومن جهة أخرى، استند الفقه والقضاء الإداريين في فرنسا إلى اعتماد فكرة النظام العام، الذي يقضي بتغليب المصلحة العليا على المصالح الفردية، ومن ثم فلا يجوز التحكيم في منازعات العقود الإدارية التي لا تهدف إلا لتحقيق المصلحة العامة⁴¹.

وإن كان المبدأ العام هو حظر اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية في فرنسا، فهناك استثناءات على هذا المبدأ، حيث أجاز المشرع اللجوء إلى التحكيم في بعض صور العقود الإدارية، كما فعل في المادة 69 من قانون 17 أبريل 1906، الذي قصره على المنازعات المنصبة على تصفية نفقات عقود التوريد والأشغال العامة، إلى أن صدر بتاريخ 25 يوليوز 1960 المرسوم رقم 25 القاضي بتوسيع نطاق تطبيق قانون 17 أبريل 1906، كما أصدر المشرع

40- المرجع السابق، ص 124 نقلاً عن :

Fernand COLLAVET : "De l'arbitrage dans les procès ou sont parties les personnes publiques », R.D.P, 1906, pages 472 et suites.

41 - D. FOUSSARD : «L'arbitrage en droit administratif, Rev. Arb. 1990, p 15.

الفرنسي قانون 9 يوليو 1975، الذي أجاز التحكيم لبعض المؤسسات العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري، على أن يصدر تحديدها بموجب مرسوم ...

المطلب الثاني : في النظام القانوني المصري

يمكن إجمال الموقف المصري من التحكيم في العقود الإدارية، من خلال استعراض ثلاث مراحل :

المرحلة الأولى : قبل صدور القانون رقم : 1994/27

خلال هذه المرحلة، التي لم تعرف نصا تشريعا صريحا يقرر مشروعية التحكيم في منازعات العقود الإدارية، اختلف الفقه والقضاء بين مؤيد ومعارض، ولكل مؤيداته.

أ- فجانبا من الفقه المصري قال بعدم إمكانية التحكيم في العقود الإدارية، استنادا إلى التبريرات التالية :

1- لأن التحكيم يتعارض مع سيادة الدولة، والقضاء الوطني إحدى صورهـا.

2- لأنه اعتداء على اختصاص القضاء الإداري صاحب الولاية العامة للبت في منازعات العقود الإدارية⁴²، وذلك عملا بالمادة 172

42- حسن عبد الواحد : "مشروع قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية"، في محاضرة ألقاها في ندوة المفاولة الدولي، مركز البحوث والدراسات بكلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1992، ص 10.

مجلة المحكمـة العليا - عدد خاص - الطرق البديلة لحل النزاعات : الصلح والوساطة والتحكيم - 15 و 16 جوان 2008

من الدستور المصري، التي تنص على أن "مجلس الدولة هيئة قضائية مستقلة يختص بالفصل في المنازعات الإدارية وفي الدعاوى التأديبية، ويحدد القانون اختصاصاته الأخرى"، وكذا المادة 10 من قانون مجلس الدولة في البند 11 منها، التي نصت على اختصاص محاكم مجلس الدولة بالبت في "المنازعات الخاصة بعقود الالتزام أو الأشغال العامة أو التوريد أو بأي عقد إداري آخر".

3- لأن التحكيم في العقود الإدارية يتعارض مع النظام العام ...
- بينما اتجه جانب آخر من الفقه المصري إلى تقرير جواز التحكيم في العقود الإدارية للأسباب الآتية :

1- لعدم وجود نص صريح في قانون مجلس الدولة يمنع التحكيم في منازعات العقود الإدارية، أما المادة 10 من القانون رقم 1972/47 فهي تقتصر على بيان الحدود الفاصلة بين اختصاص محاكم المجلس ومحاكم القضاء العادي⁴³.

2- لأن نص المادة 58 من قانون مجلس الدولة على أنه لا يجوز لأي وزارة أو هيئة عامة أن تبرم أو تقبل أو تجيز أي عقد أو صلح أو تحكيم، أو تنفيذ قرار محكمين في مادة تزيد قيمتها على خمسة آلاف جنيه من دون استفتاء الإدارة المختصة، فيه إجازة للتحكيم من طرف المشرع.

43- المرجع السابق، ص 1.

مجلة المحكمة العليا - عدد خاص - الطرق البديلة لحل النزاعات : الصلح والوساطة والتحكيم - 15 و 16 جوان 2008

3- لأن أحكام قانون المرافعات، التي تطبق أمام محاكم مجلس الدولة، عند غياب نص خاص، تجيز الاتفاق على التحكيم، فالمادة 501 نصت على أنه: "يجوز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ عقد معين" 44 من دون تحديد.

ب- أما موقف القضاء في مصر، فيمكن إجماله في ثلاثة آراء: رأي مجلس الدولة، الذي نستعرض من خلاله موقف الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع، ورأي القضاء الإداري (القسم القضائي بالمجلس)، ثم رأي القضاء العادي.

1- فقد أفتت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع لمجلس الدولة بثلاث فتاوى مختلفة:

- في البداية، أفتت بتاريخ 1970/01/7 بعدم جواز اللجوء إلى التحكيم لحل منازعات العقود الإدارية من دون النص على ذلك صراحة 45، وكذلك فعلت بتاريخ 1988/03/30 46.

- وبمناسبة مراجعتها لعقد بين وزارة التعمير والمجتمعات العمرانية ومجموعة العمارة والتخطيط، الذي تضمن اتفاق الطرفين على اللجوء

44- المواد من 501 إلى 513 ملغاة بالقانون رقم 27 لسنة 1994، الذي سيأتي الكلام عنه لاحقاً.

45- فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع لمجلس الدولة في الملف رقم 163/6/86، جلسة 1970/01/15، الموسوعة الإدارية الحديثة، الجزء العاشر، ص 752.

46- فتوى نفس الجمعية في الملف رقم 122/1/47 بملسة 1988/03/30.

إلى التحكيم بخصوص النزاعات التي قد تنشأ عن تنفيذ بنوده أو تفسيرها، قررت الجمعية العمومية المذكورة بتاريخ 1989/5/15 جواز الاتفاق على التحكيم، استناداً إلى المادتين 167 و 172 من الدستور المصري ومواد التحكيم من 501 إلى 509 الواردة في قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم 13 لسنة 1968، والمادتين 10 و 58 من قانون مجلس الدولة، واستخلصت من كل ذلك أن التحكيم يقوم على ركيزتين، هما : إرادة الأطراف وإقرار المشرع لهذه الإرادة، وقد أجاز المشرع الاتفاق على التحكيم في المادة 58 من قانون مجلس الدولة وفي قانون المرافعات، وأن قواعد هذا الأخير هي الواجبة التطبيق في حالة عدم وجود نص صريح ينظم التحكيم في العقود الإدارية، إلا أن ذلك يبقى مشروطاً بعدم التعارض مع طبيعة الروابط الإدارية⁴⁷، وهو نفس الاتجاه الذي سبق أن سلكته الجمعية المذكورة في فتاها بتاريخ 1988/12/5 بمناسبة مراجعة عقد مبرم بين جامعة الرقازيق وشركة المقاولات العمومية لاستكمال منشآت المستشفى الجامعي بها⁴⁸.

47- ملف رقم 265/01/54 جلسة 1989/5/17، مشار إليه مرجع سابق : بجلاء حسن سيد أحمد تحليل :

"التحكيم في المنازعات الإدارية"، ص 74.

48- ملف رقم 1971/5/1، فتوى التعليم، جلسة 1988/12/5، مشار إليها في رسالة دكتوراه أحمد حسان مطاوع المقدمة إلى كلية الحقوق بجامعة القاهرة تحت عنوان : "التحكيم في عقود الإنشاءات الدولية"، سنة 1998، ص 280، وفي المرجع السابق، ص 75.

مجلة أحكامه العليا - عدد خاص - الطرق البديلة لحل النزاعات : الصلح والوساطة والتحكيم - 15 و 16 جوان 2008

وبتاريخ 1993/02/7⁴⁹، وبمناسبة مراجعتها لعقد أبرم بين وزارة الأوقاف ومركز الأهرام للتنظيم والميكرو فيلم التابع لمؤسسة الأهرام، الذي تضمن بندا يقضي باللجوء إلى التحكيم لحل أي نزاع أثناء تنفيذه، انتهت الجمعية العمومية إلى القول بجواز التحكيم، إلا أنها في هذه المرة اشترطت ضرورة تطبيق القواعد القانونية الموضوعية التي تطبق على العقود الإدارية، وهذا ما لا يمكن تحقيقه في التحكيم الدولي، إلا إذا اشترطت الإدارة المعنية (المصرية) تطبيق القانون الوطني أو أي قانون آخر يعرف التفرقة بين العقد الإداري والعقد المدني.

2- أما المحكمة الإدارية العليا، فلها رأيان :

رأي أول⁵⁰ قال بمنع التحكيم في العقود الإدارية، لنفس التبريرات التي ساقها المعارضون، وذلك بمناسبة نظرها في الطعن المقدم من هيئة قضايا الدولة نيابة عن وزير الإسكان والمرافق ضد حكم محكمة القضاء الإداري الصادر بتاريخ 1986/5/18 في قضية الشركة المصرية للمساهمة والتعمير والإنشاءات السياحية ضد وزير الإسكان والمرافق ومن معه، ذلك الحكم⁵¹ الذي ألزم الوزير المذكور بتعيين محكم عنه

49- ملف رقم 307/01/54 جلسة 1993/02/7، مشار إليه بمؤلف ثعلب حسن سيد أحمد خليل، المشار إليه أعلاه، ص 76.

50- قرار المحكمة الإدارية العليا في الطعن 1567، السنة 34 ق، جلسة 1990/02/20، مجموعة أحكام المحكمة الإدارية العليا، السنة 35، العدد الأول، 1994 ص 1134 وما بعدها.

51- حكم محكمة القضاء الإداري في الطعن رقم 3049، السنة 32 ق، جلسة 1990/02/20، مجموعة أحكام المحكمة الإدارية العليا ... نفس المرجع السابق.

مجلة المحكمة العليا - عدد خاص - الطرق البديلة لحل النزاعات: الصلح والوساطة والتحكيم - 15 و 16 جوان 2008

استنادا إلى البند 5 من الاتفاق المبرم بين الطرفين بتاريخ 14 أبريل 1955، وهذا الاتجاه، الذي تبنته المحكمة الإدارية العليا هو الذي سلكته محكمة القضاء الإداري فيما بعد⁵²، التزاما بما انتهت إليه المحكمة الإدارية العليا.

- إلا أن نفس المحكمة الإدارية العليا، تراجعت عن موقفها الأول، عندما أيدت جواز اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية في قرار لها صدر بتاريخ 18/01/1994 استنادا إلى المادة 501 من قانون المرافعات، بعلّة أن شرط التحكيم تضمنه الاتفاق المبرم بين المتنازعين قبل إنشاء مجلس الدولة، فضلا عن أن الاتفاق على التحكيم لا يترع الاختصاص من القضاء الإداري، وإنما يمنعه من سماع الدعوى، طالما بقي شرط التحكيم قائما⁵³.

3- أما محكمة النقض المصرية، وعملا بالمادة 501 مرافعات، التي نصت على أنه: "يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين بوثيقة تحكيم خاصة، كما يجوز الاتفاق في جميع المنازعات التي تنشأ من تنفيذ عقد معين"، فقد انتهت إلى أنه بالنظر لعمومية هذا النص، الذي

52- كما في حكمها في القضية رقم 5429 لجلسة 1991/01/20، منشور في مجلة هيئة قضاء الدولة، السنة 41، العدد 2، أبريل-يونيو 1997، ص 16.

53- الطعن رقم 886، السنة 30 ق، جلسة 1994/01/18، مجموعة المبادئ القانونية التي قررناها المحكمة الإدارية العليا والجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في العقود الإدارية في أربعين عاما، الجزء الأول، من أول أكتوبر 1955 حتى آخر سبتمبر 1995، ص 145.

مجلة المحكمة العليا - عدد خاص - الطرق البديلة لحل النزاعات: الصلح والوساطة والتحكيم - 15 و 16 جوان 2008

ينطبق على كل العقود، فالتحكيم، بناء عليه ينبغي على إرادة الأطراف، وإقرار المشرع لهذه الإرادة، وهو ما حصل بالفعل، لذا فهو جائز حتى في العقود الإدارية⁵⁴.

المرحلة الثانية : بعد صدور القانون رقم : 1994/27

نظرا للخلافات الفقهية والقضائية السالفة الذكر، تدخل المشرع المصري فأصدر القانون رقم 27 لسنة 1994 بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية، الذي نصت مادته الأولى على ما يلي : "مع عدم الإخلال بأحكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها في جمهورية مصر العربية، تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع، إذا كان هذا التحكيم يجري في مصر، أو كان تحكيما تجاريا دوليا يجري في الخارج، واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون".

54- قرار محكمة النقض في الطعن رقم 369، السنة 22 ق، جلسة 1999/04/02، مجموعة أحكام محكمة النقض، السنة السابعة، ص 522، وقرارها في الطعن رقم 573، جلسة 1986/12/03، مجموعة أحكام محكمة النقض، ص 926، مشار إليه بمقال : أنور محمد رسلان : "التحكيم في منازعات العقود الإدارية، دراسة مقارنة"، مجلة الأمن والقانون، السنة 6، العدد الأول، يناير 1998، ص 14، والطعن رقم 62، السنة 15 ق، جلسة 1964/12/24 ص 857، مشار إليه في مؤلف : "قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية"، أصدرته إدارة التشريع بوزارة العدل، القاهرة 1995، ص 373.

مجلة المحكمة العليا - عدد خاص - الطرق البديلة لحل النزاعات : الصلح والوساطة والتحكيم - 15 و 16 جوان 2008

وعلى الرغم من ذلك، اختلفت وجهات النظر في مدى مشروعية التحكيم في العقود الإدارية بين الفقه والقضاء في مصر.

أ- فالفقه المصري انقسم ما بين مؤيد ومعارض :
 - فالرأي المؤيد للتحكيم في العقود الإدارية استند إلى عمومية

النص المذكور، عملاً بالقاعدة الأصولية التي تقضي بأن "العام يؤخذ على إطلاقه ما لم يخص" وأنه "لا اجتهد مع وضوح النص"، والمقصود هو المادة الأولى أعلاه⁵⁵.

ب- أما القضاء المصري، فقد اختلفت آراؤه أيضاً حول نفس المسألة :

- فالجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع، وبالرغم من صدور القانون رقم 27 أعلاه، قالت بحظر التحكيم على العقود الإدارية، بعلّة أن شرط التحكيم يعتبر متنافياً مع إدارية العقد، لذا ارتأت ضرورة تدخل المشرع بعمل تشريعي يجيز التحكيم في منازعات العقود الإدارية بضوابط محددة وقواعد منظمة⁵⁶.

55- أنور رسلان : "التحكيم في منازعات العقود الإدارية"، مقال منشور في مجلة الأمن والقانون، السنة 6، يناير 1998، ص 236. وكذا ناريمان عبد القادر : "اتفاق التحكيم"، دار النهضة العربية بالقاهرة، 1990، ص 148.

56- فتوى الجمعية بجلسة 1996/12/18، ملف رقم 160/339/01/54 في 1997/02/22، "المختار من فتاوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع في خمسين عاماً"، إصدار المكتب الفني بمجلس الدولة بمناسبة العيد الذهبي للمجلس (1947-1957)، ص 789. انظر أيضاً : محمد عبد المجيد إسماعيل : "عقود الأشغال الدولية"، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق، جامعة القاهرة، فرع بني سريف، طبعة 2000، ص 341.

مجلة المحكمة العليا - عدد خاص - الطرق البديلة لحل النزاعات : الصلح والوساطة والتحكيم - 15 و 16 جوان 2008

في حين أن القضاء الإداري، ذهب عكس ما انتهت إليه الجمعية العمومية أعلاه، فأجاز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية بعدما صدر القانون رقم 1994/27، كما فعلت محكمة القضاء الإداري في حكمها الصادر بتاريخ 1996/01/28 في الدعوى المقامة أمامها من وزير الأشغال العامة والموارد المائية ضد الممثل القانوني لمجموعة الشركات الأوروبية المنفذة لمشروع قناطر إسنا الجديدة المسماة "الكونسورتيوم" عندما طالب بإبطال حكم هيئة التحكيم الصادر بتاريخ 1994/01/15 في قضية التحكيم رقم 1992/29 المرفوعة من المدعي أمام مركز القاهرة للتحكيم التجاري الدولي⁵⁷.

المرحلة الثالثة : بعد صدور القانون رقم : 1997/9

كان ينتظر من صدور القانون رقم 1994/27 أن يحسم الخلاف بين الفقه والقضاء في مصر حول مدى مشروعية التحكيم في العقود الإدارية الداخلية، إلا أن فتوى الجمعية العمومية-لقسمي الفتوى والتشريع-السالفة الذكر، القاضية بعدم جواز ذلك التحكيم، ومطالبتها بضرورة تدخل المشرع بوضع نص قانوني صريح يجيزه، وهي الفتوى المتناقضة مع قرار محكمة استئناف القاهرة الصادرة عن الدائرة 23 تجاري بتاريخ 1997/3/19، الذي أجاز التحكيم المذكور،

⁵⁷ -حكم صدر في القضية رقم 4188 السنة 48 ق، غير منشور، مشار إليه في مؤلف نجلاء حسن سيد أحمد خليل : "التحكيم في المنازعات الإدارية"، مرجع سابق، ص 93.

مجلة المحكمة العليا - عدد خاص - الطرق البديلة لحل النزاعات : الصلح والوساطة والتحكيم - 15 و 16 جوان 2008

كل هذا وغيره من الانتقادات الفقهية أيضاً، جعل المشرع المصري يتدخل بموجب القانون رقم 9/1997، الذي بموجبه تمت إضافة فقرة ثانية للمادة الأولى من القانون رقم 27/1994، التي تنص على ما يلي : "وبالنسبة لمنازعات العقود الإدارية، يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص، أو من يتولى اختصاصه على التحكيم بموافقة الوزير الأول المختص، أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة⁵⁸، ولا يجوز التفويض في ذلك".

والملاحظات الأولية التي يمكن إبدائها على القانون رقم 9/1997 هي التالية :

- يمكن الاتفاق على التحكيم في مختلف العقود الإدارية الداخلية، مسمأة كانت أو غير مسمأة.

يسري القانون المذكور على سائر منازعات تلك العقود، سواء أ تعلقت بمرحلة إبرامها، أو بتنفيذ بنودها، أو بما يترتب عنها من آثار قانونية لطرفيها.

58- باقي الأشخاص الاعتبارية العامة من غير الدولة، هي المؤسسات العامة والجمعيات المحلية (المنتخبة) بمختلف أنواعها، فضلاً عن بعض الأشخاص العامة الأخرى الحديثة التي لم تتحدد بعد طبيعتها القانونية، مثل المجالس العليا لمختلف القطاعات (التعليم والرياضة والجالية المغربية بالخارج، والماء، والقطاع السمعي البصري... إلخ)، فالذي يمثل هذه الأشخاص هم رؤساؤها أو مديروها، بحسب التسميات المستعملة.

مجلة المحكمة العليا - عدد خاص - الطرق البديلة لحل النزاعات: الصلح والوساطة والتحكيم - 15 و 16 جوان 2008

- لا تكتمل أهلية الأشخاص المعنوية العامة في إدراج شرط التحكيم في العقود الإدارية التي تقبل على إبرامها، إلا بموافقة الوزير المعني بالأمر أو من يمثل الشخص الاعتباري العام بصفة قانونية بالنسبة لباقي الأشخاص العامة الأخرى، من دون قبول أي تفويض.

- إذا لم تحصل الإدارة المعنية على موافقة ممثلها القانوني على التحكيم، وأقدمت عليه، فهي تتحمل المسؤولية عن خطئها هذا، إذا كان الطرف الآخر حسن النية؛ هذا رأي بعض الفقه المصري⁵⁹، بينما يرى البعض الآخر بأن هذا الحل في حد ذاته غير كاف، لأنه لا يجوز للإدارة أن تنكر لاتفاق التحكيم والحال ما ذكر، ما دام تنكرها مخالفا للنظام العام الدولي⁶⁰.

وبالفعل، فإن هيئات التحكيم اعتادت الاعتراف بأهلية أشخاص القانون العام في إبرام اتفاقات التحكيم، وترتيب الآثار القانونية على ذلك، كما في القضية رقم 1986/4381 حيث قررت غرفة التجارة الدولية أنه : "إذا كانت المؤسسة العامة الإيرانية قد أبرمت اتفاق التحكيم من دون الحصول على ترخيص بذلك من السلطة المختصة وفقا للمادة 139 من الدستور الإيراني، وكان هذا العيب الذي لحق

59- حمدي علي عمر: "التحكيم في عقود الإدارة"، دار النهضة العربية بالقاهرة، 1997، ص 140.

60- عصمت عبد الفتاح الشيخ : "التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي"، دار النهضة العربية، طبعة 2000، ص 230.

مجلة المحكمة العليا - عدد خاص - الطرق البديلة لحل النزاعات: الصلح والوساطة والتحكيم - 15 و 16 جوان 2008

باتفاق التحكيم لم يعلم به الطرف الآخر، فإنه من المسلم به في القضاء التحكيمي أن تمسك المؤسسة العامة الإيرانية ببطلاق اتفاق التحكيم، إنما يتعارض مع النظام العام الدولي، الذي لا يمكن تجاهله بتطبيق القانون الإيراني⁶¹.

المطلب الثالث : في النظام القانوني المغربي

يمكن تقسيم الوضع في النظام القانوني المغربي إلى مرحلتين اثنتين :
مرحلة ما قبل صدور القانون رقم 05.08، وبعد صدوره.

أولا : مرحلة ما قبل القانون رقم 8 لسنة 2005

سبقت الإشارة إلى أن المشرع المغربي كان قد نص على جواز التحكيم في قانون المسطرة المدنية القديم الصادر بتاريخ 12 غشت 1913 في الفصول من 527 إلى 549 من دون أي إشارة إلى إمكانية التحكيم في منازعات العقود الإدارية.
وبعد صدور قانون المسطرة المدنية الحالي بتاريخ 28 شتنبر 1974⁶²، تم إلغاء قانون المسطرة المدنية القديم⁶³.

61 - APPETIT (B) : Arbitrage et contrat d'Etat, Clunet, 1984, page 37.

62 - جرى العمل به بتاريخ فاتح أكتوبر 1974 بعدما تم نشر الظهير الذي صادق عليه في الجريدة الرسمية، وهو الظهير الشريف بمثابة قانون رقم 1.74.447 بتاريخ 11 من رمضان 1394 (28 شتنبر 1974) المنشور في الجريدة الرسمية عدد 3230 مكرر بتاريخ 1974/9/30.

63 - بموجب الفصل 5 من الظهير المذكور (فقرة أولى) تم إلغاء ظهير 9 رمضان 1331 (12 غشت 1913) المتعلق بالمسطرة المدنية.

مجلة المحكّمة العليا - عدد خاص - الطرق البديلة لحل النزاعات : الصلح والوساطة والتحكيم - 15 و 16 جوان 2008

وبالرغم من صدور قانون المسطرة المدنية الجديد، فإنه لم ينص على إمكانية اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية، بل نص صراحة في الفصل 306 على عدم إمكانية الاتفاق على التحكيم في "التراعات المتعلقة بعقود أو أموال خاضعة لنظام يحكمه القانون العام"، وهذه العبارة وردت مباشرة بعد العبارة التالية : "في المسائل التي تمس النظام العام، وخاصة : التراعات المتعلقة بعقود ... إلخ"، وكل ذلك يندرج ضمن ما لا يجوز التحكيم فيه.

ولأجل تعميم الفائدة، نورد الفصل 306 بالكامل فيما يلي :

الفصل 306 : "يمكن للأشخاص الذين يتمتعون بالأهلية أن يوافقوا على التحكيم في الحقوق التي يملكون التصرف فيها.

غير أنه لا يمكن الاتفاق عليه :

- في الهبات والوصايا المتعلقة بالأطعمة والملابس والمساكن؛
- في المسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم؛
- في المسائل التي تمس النظام العام، وخاصة :
- التراعات المتعلقة بعقود أو أموال خاضعة لنظام يحكمه القانون العام ...".

ومن ثم، فإن سبب حظر التحكيم في العقود الإدارية، ومختلف المنازعات الإدارية، يرجع في نظر المشرع المغربي وقتئذ إلى اعتبار مثل

هذه المنازعات، التي تحكمها قواعد القانون العام، تندرج ضمن النظام العام الذي لا يجوز التحكيم بشأنه.

ولهذا السبب أيضا نكاد لا نعثر على أي دراسة في المغرب تناولت التحكيم في المنازعات الإدارية، قبل صدور القانون رقم 05.08، وبالأحرى منازعات العقود الإدارية⁶⁴، فماذا بعد صدور هذا القانون؟

ثانيا : بعد صدور القانون رقم : 05.08

بإلقاء نظرة خاطفة على مقتضيات هذا القانون، وخاصة في جانبه المتعلق بموضوع التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية، يمكن القول بكل اطمئنان أن المشرع المغربي خطا خطوات شجاعة في إقرار التحكيم المذكور لأول مرة، متجاوزا مختلف الانتقادات الموجهة لنظيره الفرنسي والمصري وغيرهما من التشريعات المقارنة، العربية وغير العربية.

فتحت عنوان : "التحكيم الداخلي (في الفرع الأول) من الباب الثامن من القسم الرابع، من قانون المسطرة المدنية، وبموجب التعديل الذي أدخل عليها بمقتضى القانون المذكور (رقم 05.08) نص المشرع صراحة في الفصل 308 على ما يلي : "يجوز لجميع الأشخاص

64- اللهم ما تعلق بالقانون الإطار رقم 95.18 بمثابة ميثاق الاستثمار، المنشور في الجريدة الرسمية عدد 4335 بتاريخ 29 نوفمبر 1995، الذي نص في مادته 17 على إقرار مبدأ التحكيم في النزاعات القائمة بين الدولة المغربية والمستثمر الأجنبي (في العقود الإدارية الدولية)، وبعض القوانين الأخرى المماثلة، التي تحتم كلها بالتحكيم الدولي فقط، مثل ظهور 21 بولوز المتعلق بالترول، الذي أجاز النص على إمكانية اللجوء إلى التحكيم في فصله 89.

مجلة المحكمة العليا - عدد خاص - الطرق البديلة لحل النزاعات: الصلح والوساطة والتحكيم - 15 و 16 جوان 2008

من ذوي الأهلية الكاملة، سواء أكانوا طبيعيين أو معنويين أن يرموا اتفاق تحكيم في الحقوق التي يملكون حرية التصرف فيها..."

كما نص صراحة كذلك في الفقرة 3 من الفصل 310 على ما يلي : "...يمكن أن تكون التراعات المتعلقة بالعقود التي تبرمها الدولة أو الجماعات المحلية محل اتفاق تحكيم..."

وفي الفقرة الثانية من الفصل 311 نص صراحة كذلك على ما يلي : "...يجوز للمؤسسات العامة إبرام عقود تحكيم وفق الإجراءات والشروط المحددة من لدن مجالس إدارتها، وتكون الاتفاقات المتضمنة لشروط تحكيم محل مداولة خاصة يجريها مجلس الإدارة".

- فقد مر بنا أن حظر التحكيم في العقود الإدارية في فرنسا هو القاعدة، والاستثناء هو الجواز.

- وقد رأينا كيف تعامل القضاء الفرنسي، عندما قرر منع التحكيم في العقود المذكورة، بسبب الفراغ التشريعي، أو لعدم وضوح النصوص القانونية المتوفرة.

- وحتى تلك التي تبيح التحكيم بالنسبة لأشخاص القانون العام، اشترطت لصحته أن يتم بمرسوم، وهذه في حد ذاتها عرقلة يصعب تجاوزها.

- كل هذه الملاحظات لا يمكن إبدائها على القانون المغربي الحديث، الذي استفاد ولا شك من تجارب سابقة، فحق الاختصاص بالنظر في تذييل الحكم التحكيمي بالصيغة الصادر في نزاع حول عقد إداري يرجع القضاء الإداري بصريح الفقرة الأخيرة من الفصل 310 من قانون المسطرة المدنية، التي نصت على ما يلي: "يرجع اختصاص النظر في طلب تذييل الحكم التحكيمي الصادر في نطاق هذا الفصل إلى المحكمة الإدارية التي سيتم تنفيذ الحكم التحكيمي في دائرتها، أو إلى المحكمة الإدارية بالرباط، عندما يكون تنفيذ الحكم التحكيمي يشمل مجموع التراب الوطني".

وقد لاحظ كثير من الباحثين على المشرع الفرنسي أن حظر لجوء أشخاص القانون العام إلى التحكيم يستند إلى مبدأ احترام الاختصاص القضائي بشكل عام، لأن إجازة التحكيم والحال ما ذكر، ستؤدي إلى الرقابة على قرار الهيئة التحكيمية من طرف القاضي العادي عند الطعن في بطلان اتفاق التحكيم، مما دفع ببعضهم إلى القول بوجوب تعديل قواعد الاختصاص المتعلقة بالطعن في أحكام المحكمين، وجعل القضاء الإداري هو المختص بدلا من القضاء العادي، كلما كان التحكيم منصبا على نزاع إداري، ومن ثم لا يمكن الاحتجاج بخرق مبدأ فصل السلطات لحظر التحكيم في المنازعات الإدارية⁶⁵.

65- نجلاء حسن سيد أحمد خليل: "التحكيم في المنازعات الإدارية"، مرجع سابق، ص 124.

JARROSSON (C) : « L'arbitrage en droit public », A.J.D.A., 1997, page 16.

مجلة المحكمة العليا - عدد خاص - الطرق البديلة لحل النزاعات: الصلح والوساطة والتحكيم - 15 و 16 جوان 2008

وكذلك الشأن بالنسبة لمنع التحكيم في منازعات العقود الإدارية، أو المنازعات الإدارية عامة، لأن هذه الأخيرة منظمة بموجب قواعد القانون العام، التي تعتبر من قبيل النظام العام، فهذا هو ما تضمنه قانون المسطرة المدنية المغربي قبل تعديله بموجب القانون موضوع التعليق (رقم 05.08)، وعلى أساس فكرة النظام أيضا تم منع التحكيم في منازعات العقود الإدارية، بينما التصور الحديث، الذي أخذ به المشرع المغربي، من شأنه أن يشجع على اللجوء إلى التحكيم، فضلا عن أن المحكم، عندما يطبق القانون الوطني، أو أي قانون آخر يعترف بازدواجية القضاء، فهو ملزم باحترام قواعد القانون العام، وإلا تعرض حكم التحكيم للبطلان لمخالفته للنظام العام⁶⁶.

- كذلك، تجاوز المشرع المغربي المنع الذي أقرته بعض تشريعات المغربي العربي على التحكيم الذي يكون أحد طرفيه شخصا معنويا عاما، كما هو الشأن بالنسبة للمشرع التونسي، الذي نص صراحة في الفقرة 5 من المادة 7 من المجلة التونسية للتحكيم على ما يلي: "لا يجوز التحكيم... خامسا: في النزاعات المتعلقة بالدولة والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية والجماعات المحلية، إلا إذا كانت هذه النزاعات ناتجة عن علاقات دولية، اقتصادية كانت أو تجارية أو مالية، وينظمها الباب الثالث من هذه المجلة".

66- سامية راشد: "التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة"، دار النهضة العربية بالقاهرة، طبعة 1985، ص 208.

مجلة المحكمة العليا - عدد خاص - الطرق البديلة لحل النزاعات: الصلح والوساطة والتحكيم - 15 و 16 جوان 2008

وكذلك الشأن بالنسبة للقانون الجزائري للتحكيم، المعدل بالمرسوم التشريعي رقم 93.9 الصادر بتاريخ 25 أبريل 1993، الذي نص في المادة 442 منه على ما يلي : "لا يجوز للأشخاص المعنويين التابعين للقانون العام أن يطلبوا التحكيم، ما عدا في علاقاتهم التجارية الدولية"، وهو لا يختلف عن نظيره التونسي إلا من حيث الصياغة فقط.

كما أن نفس المشرع، في المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، قصر التحكيم على العلاقات الاقتصادية الدولية للأشخاص المعنوية العامة، أو الصفقات العمومية فقط، وهذه الأخيرة تمثل عقدا إداريا مسمى، دون باقي العقود الإدارية الأخرى، مسماة أو غير مسماة.

التحكيم في القانون المصري وتطبيقاته

في قضاء محكمة النقض المصرية

القاضي نبيل عمران

نائب رئيس محكمة النقض

الأمين العام المساعد لمجلس القضاء الأعلى

التحكيم في القانون المصري وتطبيقاته في قضاء محكمة النقض المصرية

على الرغم من أن موضوع التنظيم القانوني للتحكيم، لم يطرح باهتمام كبير داخل مصر إلا خلال العقود الثلاثة الأخيرة، كما أن تصاعد أهميته على المستوى الدولي لم تتدرج تبعاً إلا بعد الحرب العالمية الثانية، إلا أن المشرع المصري كان قد تناول أمر التحكيم بتنظيم متكامل وإن كان غير تفصيلي، منذ نهاية القرن التاسع عشر وتدرج في ذلك على عدة مراحل :

المرحلة الأولى: قانون المرافعات المدنية والتجارية الصادر عام 1883

كانت في قانون المرافعات المدنية والتجارية الصادر بالأمر العالي المؤرخ نوفمبر سنة 1883، حيث أفرد هذا القانون الفصل السادس من الباب العاشر للتنظيم الخاص بالتحكيم تحت عنوان "في تحكيم

المحكمين". وقد جاءت الأحكام التفصيلية لهذا الفصل في 26 مادة هي المواد من 702 إلى 727.

المرحلة الثانية : قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم 77

لسنة 1949

وقد ظل هذا التنظيم سالف الذكر هو التنظيم القانوني المعمول به في مسائل التحكيم، حتى ألغى قانون المرافعات القديم وحل محله قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم 77 لسنة 1949 الذي عالج موضوع التحكيم في الباب الثالث من الكتاب الثالث بطريقة أوفى مما كان عليه الحال في التنظيم القديم وقد احتوى هذا الباب المواد من 818 إلى 850.

المرحلة الثالثة : قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم 13 لسنة 1986

وفي أعقاب العمل بقانون المرافعات المدنية والتجارية رقم 77 لسنة 1949، بدأت الحياة الاقتصادية في مصر خلال حقبة الخمسينات تشهد تغيرات ملحوظة بشأن الأهمية النسبية لكل نشاط، وفي توجهات الاستثمار في الأنشطة المختلفة، والزيادة في النشاط التجاري، بيد أنه قبل أن تتبلور أية ضرورة موضوعية للجوء إلى التحكيم كوسيلة سريعة وناجحة لفض المنازعات، صدرت قوانين التأميم في عام 1961، ونشأ القطاع العام ليستوعب جميع الأنشطة الاقتصادية ذات الأهمية، فتضاءلت الحاجة إلى التنظيم القانوني للتحكيم القائم على حرية

المتعاقدين في اللجوء إليه كطريق لفض المنازعات. وفي ظل هذه الظروف والأوضاع السياسية والاقتصادية-صدر قانون المرافعات المصري في المواد المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم 13 لسنة 1968.

وعلى الرغم من أن مصر انضمت سنة 1959 إلى اتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها المعقودة في مارس 1958 التي أصبحت منذ موافقة مصر على القواعد الموحدة التي تضمنتها الاتفاقية سالفة الذكر جزءاً من النسيج القانوني للدولة بشأن التحكيم التجاري الدولي، فقد ظلت نصوص قانون المرافعات المدنية والتجارية لا تعكس روح ومضمون اتفاقية نيويورك سالفة الذكر بل عبرت عن وجهة نظر غير مشجعة على الالتجاء إلى التحكيم لحسم المنازعات التي تنشأ بشأن التجارة والاستثمار الدوليين.

وفي ظل هذه الظروف والأوضاع السياسية والاقتصادية-السائدة في ذلك الوقت-نشأ في مصر ما يعرف بالتحكيم الإجباري، وهو طريق نظمته القوانين المتعاقبة التي وضعت التنظيم القانوني لهيئات وشركات القطاع العام، وكان آخرها القانون رقم 97 لسنة 1983، وقام هذا النظام على اختصاص هيئات التحكيم التي يصدر بتشكيلها قرار من وزير العدل والتي يرأسها أحد المستشارين وتضم إلى عضويتها محكم عن كل طرف من أطراف النزاع، واختصت هذه الهيئات

بالحكم في المنازعات التي تنشأ بين الهيئات العامة أو الجهات الحكومية أو شركات القطاع العام.

وكان طبيعياً أن ينصرف اهتمام المشرع حين ذاك إلى التحكيم الداخلي الذي كان يجرى في مصر ولم يول المشرع اهتمامه - نظراً للظروف الاقتصادية القائمة في ذلك الوقت - للتحكيم التجاري الدولي. وقد بدأت المشاكل القانونية تفرض نفسها نتيجة لازدياد تعامل القطاعات المختلفة في مصر مع الخارج وأخيراً نتيجة لانتهاج سياسة الانفتاح الاقتصادي وتزايد حجم المعاملات التجارية الدولية في مصر. وقد صدرت قوانين الاستثمار لتشجيع وجذب المستثمرين الأجانب في مصر ونصت على إمكان الاتفاق على التحكيم كوسيلة لفض المنازعات التي قد تثور بين أطراف العقد، وأثناء السير في إجراءات التحكيم أو بعد صدور حكم التحكيم وعند طلب تنفيذها بدأ الصدام مع نصوص التحكيم الوطنية الواردة في القوانين المصرية الداخلية التي نتج عنها كل الآثار السلبية التي عرقلت مسيرة الاستثمار في ذلك الوقت. غير أنه في عام 1979 بين مصر واللجنة الاستشارية القانونية لدول آسيا وأفريقيا - والتي تتكون حالياً من خمس وأربعين دولة آسيوية وأفريقية من بينها اليابان والصين والهند وباكستان وإيران وجل الدول العربية والأفريقية - على إقامة مركز دولي للتحكيم التجاري الدولي بالقاهرة لا يهدف إلى الربح ويتولى تطبيق قواعد لجنة الأمم المتحدة

للقانون التجاري الدولي (اليونسترال) ويتمتع بجميع المزايا والحصانات التي تتمتع بها المنظمات الدولية المستقلة العاملة في مصر بموجب اتفاقية المقر التي وافق عليها مجلس الشعب في مصر 1987/12/29 وصدق عليها رئيس الجمهورية ونشرت في الجريدة الرسمية في 29 مارس 1989 العدد (9) وقد ضمنت هذه الاتفاقية للمستثمر الأجنبي في مصر مؤسسة تحكيمية مستقلة تتمتع بالضمانات التي تكفل حيدها وتطبق قواعد اليونسترال التي وافقت عليها الجمعية العامة للأمم المتحدة بالإجماع في ديسمبر سنة 1976 ومن ثم فليس هناك أي مبرر لأي مستثمر أجنبي للاعتراض على تطبيقها.

ولقد مثل هذا الاتفاق نقطة تحول هامة إذ كان من نتائجه التخفيف من حدة القواعد التشريعية المناهضة للتحكيم التي كانت تسرى على التحكيم في مصر إذ أتيح بموجب هذا الاتفاق لأطراف معاملات التجارة والاستثمار الدولي تطبيق قواعد المركز وهي القواعد التي أقرتها لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي بشأن التحكيم سنة 1976 (اليونسترال).

المرحلة الرابعة: القانون رقم 27 لسنة 1994 في شأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية:

ونتيجة لقصور قواعد التحكيم المذكورة في قانون المرافعات المدنية والتجارية التي وضعت خصيصاً للتحكيم الداخلي دون أن تأخذ في

الاعتبار طبيعة المنازعات التجارية الدولية ومتطلبات فضها، فقد قامت وزارة العدل بالدور الرائد في سبيل تحديث قواعد القانون المصري في هذا الخصوص، أصدر وزير العدل المصري قراراً بتشكيل لجنة فنية لوضع مشروع قانون جديد للتحكيم في المعاملات الدولية، في شهر مارس سنة 1986 وشكلت اللجنة برئاسة الأستاذ الكبير المرحوم الدكتور/ محسن شفيق وعضوية عدد من كبار أساتذة القانون في مصر، وقد باشرت اللجنة أعمالها وانتهت أعمال اللجنة بإعداد مشروع القانون الذي تمت مراجعته في إدارة التشريع بوزارة العدل ثم اتخذت إجراءات إصداره ومن ثم صدر القانون رقم 27 لسنة 1994 بإصدار قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية الذي تبنى الأسس التي قام عليها القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الذي أعدته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (اليونسترال) والتي وافقت عليه الجمعية العامة للأمم المتحدة سنة 1985، وقد أصبح القانون الجديد ساري المفعول في مصر اعتباراً من 22 مايو سنة 1994 على جميع التحكيميات التي لم يتم الفصل فيها حتى ذلك التاريخ وسواء تعلقت بمنازعات خاصة بالتجارة أو الاستثمار الدوليين أو بمنازعات مدنية أو تجارية محلية¹.

1- المادة الأولى من مواد إصدار القانون رقم 27 لسنة 1994.

مجلة المحكمات العليا - عدد خاص - الطرق البديلة لحل النزاعات: الصلح والوساطة والتحكيم - 15 و 16 جوان 2008

وقد سار القانون الجديد على نسق القانون النموذجي وهذاه وإن اختلف معه في بعض المسائل التي لا تخرج عن مبادئه حتى يكون أكثر اتساقاً مع النسيج التشريعي المصري ومتفقاً مع التقاليد القانونية المصرية ومع أساليب الصياغة التي درج عليها المشرع المصري.

ومع ذلك، فقد تعرض القانون رقم 27 لسنة 1994 لنقد من جانب الفقه لكونه ينظم التحكيم الداخلي (الوطني) والتحكيم التجاري الدولي في ذات الوقت؛ لاحتفال أن التمسك ببطلان الأحكام الصادرة في التحكيم التجاري الدولي عندما يطلب من المحاكم المصرية تنفيذ ما يصدر من أحكام تحكيم في منازعات التجارة الدولية، إذ من المتوقع التمسك بالنصوص الآمرة في القانون المصري توصلاً للقول ببطلان هذه الأحكام²، ولذلك يرى هذا الجانب من الفقه سداد المنهج الذي سار عليه المشرع الفرنسي عندما أفرد الكتاب الرابع من نصوص قانون المرافعات المدنية لأحكام التحكيم، وخصص الأبواب الأربعة من هذا الكتاب للتحكيم الداخلي (المواد من 1442-1491)، وتم تشكيل لجنة لوضع القواعد الخاصة بالتحكيم الدولي احتلت الباب الخامس مع تخصيص الباب السادس لتنفيذ الأحكام الأجنبية والأحكام الصادرة في موضوعات خاصة بالتحكيم الدولي

2- د. محمود مختار أحمد بربرى، التحكيم التجارى الدولى، الطبعة الثالثة، 2007، دار النهضة العربية بالقاهرة، ص 27.

مجلة المحكمة العليا - عدد خاص - الطرق البديلة لحل النزاعات: الصلح والوساطة والتحكيم - 15 و 16 جوان 2008

وطرق الطعن فيها (المواد من 1492- حتى 1507) واستبعد العديد من القواعد المنظمة للتحكيم الداخلي ومنع تطبيقها على التحكيم الأجنبي والدولي وذلك بنصوص صريحة هي المادة 1495 والمادة 1507.

المبادئ التي يعتمد عليها التحكيم الحديث والتي تضمنها القانون

النموذجي :

تبني القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي المبادئ التي يقوم عليها التحكيم الحديث وقد استقت قوانين بعض الدول العربية هذه المبادئ من القانون النموذجي ومن هذه القوانين قانون التحكيم المصري في المواد المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم 27 لسنة 1994، وقانون التحكيم التونسي رقم 1993/42، بإصدار مجلة التحكيم والمرسوم رقم 9 لسنة 1994 في البحرين باعتماد القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي والمرسوم السلطاني العماني رقم 1997/47 بإصدار قانون التحكيم في المنازعات المدنية والتجارية، والقانون الأردني رقم 31 لسنة 2001 بإصدار قانون التحكيم، وقد أعدت بعض الدول العربية الأخرى مشروعات قوانين للتحكيم تضمنت هذه المبادئ.

وفيما يلي المبادئ الأساسية للتحكيم الحديث التي استقاها القانون المصري من القانون النموذجي :

1 - مبدأ سلطان الإرادة :

يتطلب مبدأ سلطان الإرادة وجود اتفاق بين الأطراف الذين يجب أن يكونوا متمتعين بالأهلية الكاملة، ويقوم الأطراف في التحكيم وفقاً لهذا الاتفاق باختيار المحكمين واختيار قانون الإجراءات والقانون المطبق على الموضوع، واختيار لغة التحكيم ومكانه (أنظر المادة (7) من قانون اليونسترال النموذجي، والمادة (10) و(11) من القانون المصري للتحكيم في المواد المدنية والتجارية). ويجدر ذكر أن هناك حدوداً لمبدأ سلطان الإرادة، وهذه الحدود أبرزها وأهمها النظام العام، فضلاً عن القواعد الآمرة الأخرى.

ولابد أن يتمتع الأطراف بالأهلية، وتكون الأهلية اللازمة عادة في القانون المقارن لإجراء اتفاق التحكيم هي أهلية التصرف، ويثور هنا تساؤل عن القانون الذي سيسرى بشأن أهلية المتعاقد إذا كنا في علاقة بين جنسيات متعددة، فقانون جنسية المتعاقد هو الذي يحدد أهليته بوجه عام في القانون المقارن.

وبالطبع ترد بعض الصعوبات عند التطبيق في بعض البلاد وقد حدث هذا في مصر فقد طرح التساؤل هل الشخص المعنوي العام له أهلية إبرام اتفاق التحكيم، وكان هذا الموضوع محل خلاف ولكن تم حسمه بتعديل قانون التحكيم الصادر بالقانون رقم 1994/27

بمقتضى القانون رقم 1997/9 في مصر الذي أجاز التحكيم في العقود الإدارية ولكن بشرط أن يوقع الوزير المختص على الاتفاق. ويمكن في هذا الصدد ذكر بعض القضايا كأمثلة على بعض هذه الصعوبات التي تحدث عند التطبيق مثل قضية هضبة الأهرام وقضية اتحاد شركات مترو الأنفاق.

ويجب أن يتضمن اتفاق التحكيم بعض العناصر الهامة مثل تحديد موضوع الاتفاق والمنازعات التي يسرى عليها، والقانون الواجب التطبيق على الإجراءات والموضوع، ومكان التحكيم، ولغة أو لغات التحكيم، وإجراءات تعيين المحكمين، وعدد المحكمين، والمدة الزمنية، والقواعد الإدارية، وتكلفة التحكيم، ونوع العملة التي تسدد بها مختلف الالتزامات، وطرق مواجهة مشاكل تنفيذ حكم التحكيم، بالإضافة إلى أي شروط متنوعة أخرى قد تكون مناسبة حتى تسير إجراءات التحكيم في سهولة ويسر ولا تتعرض لخلافات بين الأطراف تعرقل إجراءات التحكيم..

وفي بعض الأحيان تشترط الكتابة للإثبات (المادة 2/7 من قانون اليونسترال النموذجي، والمادة 11/2 من اتفاقية نيويورك لعام 1958)، على أن بعض القوانين تشترط الكتابة كركن شكلي يبطل التحكيم عند تخلفه، وذلك مثل القانون المصري.

ولابد أن يخلو اتفاق التحكيم من عيوب الرضا، ولدينا في مصر العديد من الأحكام من أبرزها الحكم الصادر من محكمة النقض بإبطال اتفاق التحكيم لأن أحد الأطراف أجبر على التوقيع على التحكيم في قضية تتعلق بالتنازل عن عقار معين.

وينبغي أن يكون محل التحكيم منازعة عقدية أو غير عقدية ولا بد أن يكون في مسألة من المسائل التي يجوز فيها التحكيم حيث توجد بعض المسائل التي لا يجوز فيها التحكيم.

1- آثار اتفاق التحكيم :

تركز آثار اتفاق التحكيم في الآثار بالنسبة للأطراف، والآثار بالنسبة لموضوع التحكيم، والآثار بالنسبة للمحكمين، والآثار بالنسبة لقضاء الدولة.

(1) الآثار بالنسبة للأطراف :

تتعلق بنسبية أثر العقود، حيث ينصرف أثر اتفاق التحكيم إلى الأطراف وخلفائهم دون غيرهم، وهناك عدد من القضايا التي تثير بعض المشاكل القانونية وبصفة خاصة تلك القضايا التي يكون أحد أطراف فيها Consortium، حيث يتم النظر لمجموعة المقاولين في consortium على أن لهم شخصية معنوية واحدة توقع عنهم جميعاً، ولا يجوز لمقاول لم يوقع العقد أن يلجأ إلى التحكيم منفرداً.

وقد أثير السؤال الخاص بتحديد أطراف اتفاق التحكيم في هضبة الأهرام وقضايا هيئة التصنيع في مصر.

(2) الآثار بالنسبة لموضوع التحكيم :

يجب أن يكون موضوع التحكيم قابلاً للتحكيم، فقد أبطلت محكمة النقض المصرية اتفاقاً للتحكيم لتحديد المسؤولية عن أفعال جنائية³.

(3) الآثار بالنسبة لحاكم الدولة :

إذا كان هناك اتفاق تحكيم يقضى القانون بوجوب صدور حكم بعدم قبول الدعوى وإحالة المنازعة إلى التحكيم (المادة (1/8) من قانون اليونسترال النموذجي، والمادة (1/13) من قانون التحكيم المصري).

(4) الآثار بالنسبة لهيئة التحكيم :

اتفاق التحكيم هو أساس اختصاصات هيئة التحكيم فإذا نص اتفاق التحكيم على أن المحكمين لهم سلطة تفسير العقد فلا ينبغي لهم

3- قضت محكمة النقض بأن : "مفاد الفقرة الرابعة من المادة 501 من قانون المرافعات والمادة 551 من القانون المدني أنه لا يجوز التحكيم بصدد مسؤولية الجاني عن الجريمة الجنائية وإلا عد باطلاً لمخالفته للنظام العام. وإذا كانت المسألة التي انصب عليها التحكيم وبالتالي كانت سبباً للإلتزام في السند إنما تتناول الجريمة ذاتها وتستهدف تحديد المسئول عنها وهي من المسائل المتعلقة بالنظام العام، فلا يجوز أن يرد الصلح عليها وبالتالي لا يصح أن تكون موضوعاً لتحكيم وهو ما يستتبع أن يكون الإلتزام المثبت في السند باطلاً لعدم مشروعية سببه". نقض مصري، جلسة 1980/12/2، السنة 31، ص 1989.

مجلة المحكمات العليا - عدد خاص - الطرق البديلة لحل النزاعات: الصلح والوساطة والتحكيم - 15 و 16 جوان 2008

أن يقضوا بطلانه، وإذا نص الاتفاق على قيامهم بحسم نزاع يتعلق بالثمن فإذا تطرقوا إلى القضاء بالتعويض عندئذ يكونوا قد تجاوزوا حدود الترخيص لهم وحدود الاتفاق الذي أعطاهم صلاحية الفصل في موضوع التحكيم.

2- الاختصاص بالاختصاص *Compétence de la Compétence*

معنى هذا المبدأ أن هيئة التحكيم تكون لها صلاحية الفصل في صحة اختصاصها وإذا لم تعط هذا الحق يصبح التحكيم لغواً ولا قيمة له لأنه في هذه الحالة إذا دفع بعدم اختصاص وتم اللجوء إلى المحاكم للفصل في هذا الدفع يتحمد الوضع حتى يتم الفصل في الاختصاص، لهذا تتجه قواعد اليونسترال النموذجي، والمادة (1/22) من قانون التحكيم المصري) إلى اعتماد هذا المبدأ حتى تتمكن هيئة التحكيم من النظر في الدعوى التحكيمية.

3 - استقلال اتفاق التحكيم أو شرط التحكيم

إذا كان هناك شرط تحكيم في عقد معين فإن الطعن ببطالان أو فسخ أو إنهاء العقد لا يؤثر على شرط التحكيم إذا كان صحيحاً في ذاته، وهذا مبدأ في غاية الأهمية لأنه إذا نال هذا الشرط عوار ما أصبح لهيئة التحكيم أن تنظر في شيء (المادة 1/16) من قانون اليونسترال النموذجي، والمادة (23) من قانون التحكيم المصري)، لذا فإن هذا

المبدأ يجعل اتفاق التحكيم الذي يفرغ إلى صورة شرط في العقد متحرراً من أي عوار يصيب العقد إذا كان الشرط صحيحاً في ذاته.

4 - ضمانات الدفاع

يتعلق هذا المبدأ بالضمانات الأساسية للتقاضي إذ لا بد أن يقوم نظام التحكيم على توفير الضمانات الأساسية للتقاضي للأطراف كحق الدفاع، ويجب أن يعامل أطراف التحكيم على قدم المساواة، ويمنح كل منهم الفرصة المتساوية لعرض طلباته أو دفعه (المادة (18) من قانون اليونسترال النموذجي، المادة (26) من قانون التحكيم المصري).

ويتصل بالضمانات الأساسية لأطراف النزاع القواعد الخاصة بالسلوك المهني للمحكم.

السلوك المهني للمحكم Code of Ethics

يرتبط بحق الدفاع مسألة في غاية الأهمية بالنسبة للمحكمين وهي قواعد السلوك المهني للمحكم Code of Ethics فينبغي :

أولاً : ألا يسعى المحكم إلى الخصوم طالباً تعيينه في أمر من الأمور، فهذه مسألة تتنافى مع ما ينبغي أن يكون عليه المحكم من سلوك.

ثانياً : لا يجوز أن يقبل المحكم أن يتم تعيينه في قضية إلا إذا تحقق أنه على مستوى من الكفاءة للفصل فيها وأن لديه الوقت الكافي للفصل في النزاع.

ثالثاً : يجب على كل محكم التصريح عن أي أمور قد تثير شكوكاً في حيده أو استقلاله، وعلى سبيل المثال إذا كان أحد المحامين قد ترافع عن أحد الخصوم منذ خمسة أو ستة سنوات وتلك مسألة عادية، فلا بد له أن يصرح بذلك فإذا اعتمد الخصم على ذلك وقام برده ففي هذه الحالة تبت السلطة التي تفصل في طلب الرد إذا كانت العلاقة مجرد علاقة مهنية Professional وانتهت أم لا.

ولابد أن يهيئ المحكم أيضاً الظروف المناسبة للفصل في الدعوى ولا ينبغي له إطلاقاً أن يتصل بعد تسميته أو تعيينه بأي من الأطراف في غيبة الطرف الآخر، فإذا حدث أي اتصال لابد أن يعلم باقي أعضاء هيئة التحكيم والأطراف بالاتصال الذي تم.

ولا يجوز بداهة للمحكم قبول أي ميزات أو أي هدايا، ولا يجوز له الاستفادة من أي معلومات توصل إليها أثناء نظر القضية.

وأخيراً، لا ينبغي أن يفشى المحكم أسرار المداولة مع وجود تحفظ معين هو أن قوانين وقواعد التحكيم الآن حتى في بلاد القانون المكتوب (Civil Law مثل مصر) أصبحت تأخذ ببعض القواعد التي لها صبغة

قوانين بلاد القانون غير المكتوب Common Law، فوفقاً للقانون المصري ووفقاً لقواعد اليونسترال يجوز للمحكم أن يعترض على حكم الأغلبية وأن يبدى أسباب اعتراضه وأسباب مخالفته في الرأي. وتختلف قواعد السلوك المهني للمحكم إلى حد كبير عن قواعد السلوك المهني للقاضي في بلاد القانون المكتوب لأنه لا يجوز للقاضي إطلاقاً ومهما كانت الأسباب أن يعلن أنه كان من الأقلية أو أن يعلن أنه كان له رأى معين بعد صدور الحكم، فالحكم الذي يصدر في بلاد القانون المكتوب يصدر منسوباً للهيئة بأكملها.

وإذا كان أحد الخصوم على صلة أو قرابة بالمحكم وقبل الطرف الآخر مع علمه بهذه الصلة، فلا عوار، أما بالنسبة للقاضي فإذا كانت هناك صلة قرابة لدرجة معينة فإنه حتى إذا قبل الخصوم ذلك يصبح القاضي غير صالح لنظر الدعوى.

5- نهاية حكم التحكيم :

في أغلب البلاد التي تأخذ بالمبادئ الحديثة للتحكيم يكون حكم التحكيم نهائياً وإن كان من الممكن أن يطعن فيه بالبطالان إذا شاب الحكم أو شاب الإجراءات ما يؤدي إلى بطلانه، إنما لا يجوز الطعن فيه بالاستئناف أو غيره من وسائل الطعن العادية أو غير العادية المنصوص عليها في قوانين المرافعات.

وليس من شك أن إعداد القانون الجديد للتحكيم وكذلك القوانين الأخرى التي هدفت إلى تشجيع الاستثمار في مصر، والدور البارز الذي يقوم به مركز القاهرة تمثل كلها نقطة تحول لها دلالتها في تشجيع جذب رؤوس الأموال للاستثمار والتنمية في مصر والمنطقة، وكان لها أبلغ الأثر في بث الطمأنينة لدى المستثمرين ليدفعوا برؤوس أموالهم إلى مجالات التنمية الاقتصادية في المنطقة، وقد تزايدت بشكل ملحوظ قضايا التحكيم الدولي التي قدمت للمركز المذكور وتزايدت أعداد الشركات الأجنبية التي تقدم قضاياها التحكيمية أمامه.

كما أن العديد من هذه القضايا أطرافها جميعا من غير المصريين ومن غير المنطقة العربية والأسبوية.

ونعرض فيما يلي لبعض من تطبيقات قانون التحكيم في قضاء محكمة النقض المصرية.

من تطبيقات قانون التحكيم في قضاء محكمة النقض المصرية :

تواتر قضاء النقض المصري على أن نظام التحكيم قوامه اتفاق أطرافه على عرض نزاع على هيئة التحكيم.

وقد استظهرت محكمة النقض مفهومه بأنه هو تحويل المتعاقدين الحق في الالتجاء إلى التحكيم لنظر ما قد ينشأ بينهما من نزاع

كانت تختص به المحاكم أصلاً، إلا أن اختصاص هيئة التحكيم بنظره وإن كان يرتكن أساساً إلى حكم القانون الذي أجاز استثناء سلب اختصاص القضاء إلا أنه يبنى مباشرة وفي كل حالة على حدة على اتفاق الطرفين.

وقد رتب قضاء النقض على هذه الطبيعة الاتفاقية النتائج الآتية :

1 - أن إرادة الطرفين هي التي تخلق التحكيم كطريق استثنائي لفض المنازعات⁴.

2 - أن اتفاق التحكيم غير متعلق بالنظام العام فلا يجوز للمحكمة أن تقضى بإعماله من تلقاء ذاتها وإنما يتعين التمسك به أمامها، ومن ثم يجوز التزول عنه صراحة أو ضمناً. ويسقط الحق في الدفع به لو أثير

4- فقد قضت محكمة النقض بأنه : "مفاد نص المادة 501 من قانون المرافعات - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - تحويل المتعاقدين الحق في الانتحاء إلى التحكيم لنظر ما قد ينشأ بينهم من نزاع كانت تختص به أصلاً المحاكم، فاختصاص جهة التحكيم بنظر النزاع وإن كان يرتكن أساساً إلى حكم القانون الذي أجاز استثناء سلب اختصاص جهات القضاء إلا أنه يبنى مباشرة وفي كل حالة على حدة على اتفاق الطرفين، كما أن المشرع لم يأت في نصوص قانون المرافعات بما يمنع أن يكون التحكيم في الخارج على يد أشخاص غير مصريين، لأن حكمة تشريع التحكيم تنحصر في أن طرفي الخصومة يريدان محض إرادتهما واتفاقهما تفويض أشخاص ليست لهم ولاية القضاء في أن يقضوا بينهما أو يحسموا النزاع بحكم أو يصلح يقبلان شروطه، فرفض طرفي الخصومة هو أساس التحكيم، وكما يجوز لهما الصلح دون وساطة أحد، فإنه يجوز لهما تفويض غيرها في إجراء هذا الصلح أو في الحكم في النزاع يستوي في ذلك أن يكون المحكمون في مصر وأن يجري التحكيم فيها أو أن يكونوا موجودين في الخارج ويصدر حكمهم هناك فإرادة الخصوم هي التي تخلق التحكيم كطريق استثنائي لفض المنازعات، وقد أقر المشرع جواز الاتفاق عليه ولو تم في الخارج - دون أن يحس ذلك النظام العام." نقض مصري، جلسة 1983/2/1، السنة 34، ص 375.

متأخراً بعد الكلام في الموضوع باعتبار أن ذلك يعد نزولاً ضمناً عن التمسك به⁵.

وفي شأن حجية أحكام التحكيم :

قطع قضاء محكمة النقض بأن أحكام المحكمين، شأنها شأن أحكام القضاء، تحوز حجية بمجرد صدورها. وتبقى هذه الحجية طالما بقي الحكم قائماً ولو كان قابلاً للطعن، وتزول بزواله، وهذه الحجية تظل قائمة بين الخصوم ولو لم يتم الأمر بتنفيذ حكم التحكيم،

5- كما قضت محكمة النقض بأنه: "إذا كان مفاد نص المادة 818 من قانون المرافعات السابق الذي ينطبق على واقعة الدعوى-وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض-تحويل المتعاقدين الحق في الالتجاء إلى التحكيم لنظر ما قد ينشأ بينهم من نزاع كانت تختص به المحاكم أصلاً، فإن اختصاص جهة التحكيم بنظر النزاع، وإن كان يرتكز أساساً إلى حكم القانون الذي أجاز استثناء سلب اختصاص جهات القضاء، إلا أنه ينبغي مباشرة وفي كل حالة على حدة على اتفاق الطرفين، وهذه الطبيعة الاتفاقية التي ينسب لها شرط التحكيم، وتتخذ قواماً لوجوده تجعله غير متعلق بالنظام العام فلا يجوز للمحكمة أن تقضي بإعماله من تلقاء نفسها، وإنما يتعين التمسك به أمامها، ويجوز التزول عنه صراحة أو ضمناً، ويسقط الحق فيه، فيما لو أثير متأخراً بعد الكلام في الموضوع، إذ يعتبر السكوت عن إيدائه قبل نظر الموضوع نزولاً ضمناً عن التمسك به - وإذا كان ما صدر من الخصم صاحب المصلحة في التمسك به، قبل إيدائه من طلب الحكم في الدعوى دون تمسكه بشرط التحكيم وطلب التأجيل للصالح والاتفاق على وقف الدعوى لإتمامه، يفيد تسليمه بقيام النزاع أمام محكمة مختصة، ومواجهته موضوع الدعوى، فإنه بذلك يكون قد تنازل ضمناً عن الدفع المشار إليه مما يسقط حقه فيه." نقض مصري، جلسة 1972/2/15، السنة 23، ص 168. كما قضت محكمة النقض بأن: "التحكيم هو - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - طريق استثنائي لفض المنازعات قوامه الخروج عن طريق التقاضي العادية، ولا يتعلق شرط التحكيم بالنظام العام فلا يجوز للمحكمة أن تقضي بإعماله من تلقاء نفسها، وإنما يتعين التمسك به أمامها ويجوز التزول عنه صراحة أو ضمناً، ويسقط الحق فيه فيما لو أثير متأخراً بعد الكلام في الموضوع إذ يعتبر السكوت عن إيدائه قبل نظر الموضوع نزولاً ضمناً عن التمسك به، ومن ثم فإن الدفع بعدم قبول الدعوى لوجود شرط التحكيم لا يعد دفعا موضوعياً بما ورد ذكره في المادة 115/1 من قانون المرافعات". نقض مصري، جلسة 1976/1/6، السنة 27، ص 138.

فقد قضت محكمة النقض بأنه : "منى كان الثابت أن طرفي الخصومة قد لجأ إلى التحكيم فيما كان ناشباً بينهما من منازعات متعددة بشأن زراعة الأقطان المملوكة لهما وكان حكم المحكمين قد فصل بصفة نهائية في هذه المنازعات وقضى لأحدهما بأحقية في استلام أقطان معينة بما عليها من الزراعة وكانت هذه الزراعة قائمة في تلك الأرض فعلاً وقت صدور حكم المحكمين، فإن أحقية المحكوم له للزراعة المذكورة تكون أمراً مقضياً له به بموجب حكم المحكمين ضد الخصم الآخر وتكون دعوى هذا الأخير بطلب أحقيته لهذه الزراعة مردودة بما لهذا الحكم من قوة الأمر المقضي ومن حجته قبله، ولا يقدح في ذلك أن يكون هو الزارع لتلك الزراعة، ولا يغير من ذلك أيضاً ألا يكون الحكم قد تنفذ بالاستلام، فإن عدم تنفيذ الأحكام لا يخل بما لها من حجية لم تنقض بأي سبب من الأسباب التي تنقض بها قانوناً. ولذلك فإذا رفعت الدعوى بطلب أحقية المدعين لزراعة محجوز عليها حجزاً صورياً بحجة أن المدعى عليه هو الزارع لها وأثبت الحكم أن إدعاء المدعى الأول أحقيته للزراعة المذكورة لا سند له من القانون استناداً إلى حجية حكم المحكمين الذي قضى في مواجهته بأحقية المدعى عليه لهذه الزراعة وأن إدعاء باقي المدعين بأحقيتهم لها لا أساس له من الواقع فإن الحكم يكون قد أصاب إذا

قضى برفض الدعوى بعد أن أثار أساسها دون حاجة للبحث في صحة الحجز أو صورته⁶.

وهو ما استقر عليه القضاء من قبل انضمام مصر إلى اتفاقية نيويورك سنة 1958 حتى من قبل أن يصدر قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم 27 لسنة 1994 الذي قننت فيه المادة 55 هذه الحجة⁷.
ويبين مما تقدم أن قضاء محكمة النقض قد سبق المشرع المصري في إسباغ الحجية على أحكام التحكيم، ورتب على الطبيعة الاتفاقية التي يتسم بها شرط التحكيم أو الاتفاق عليه أنه غير متعلق بالنظام العام، فلا يجوز للمحاكم إعماله من تلقاء ذاتها وهو الاتجاه الذي تبناه المشرع فيما أوردته الفقرة الأولى من المادة 13 من قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 بالنص على أنه :

”1- يجب على المحكمة التمسك برفع إليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل إبدائه أي طلب أو دفاع في الدعوى“.

6- نقض مصري، جلسة 1957/3/14، السنة 8، ص 229.

7- إذ تنص على أنه : ”تموز أحكام المحكمين الصادرة طبقاً لهذا القانون حجة الأمر المقضي وتكون واجبة النفاذ بمراعاة الأحكام المنصوص عليها في هذا القانون“. ونقلت أحكامها المادة 52 من قانون التحكيم الأردني. أما قواعد حسم منازعات التجارة والاستثمار بمركز القاهرة الإقليمي للتحكيم، فقد أوردت الفقرة (2) من المادة 32 القول بأنه: ”يصدر حكم التحكيم كتابة ويكون لها تأثير ملزم للطرفين“.

مجلة المحكمة العليا - عدد خاص - الطرق البديلة لحل النزاعات: الصلح والوساطة والتحكيم - 15 و 16 جوان 2008

نطاق حجية حكم التحكيم :

يتعلق نطاق حجية الحكم الذي يصدر في خصومة التحكيم إما بالنسبة لأشخاص الخصوم أو بالنسبة للموضوع وذلك على النحو التالي⁸:

أولاً : نطاق حجية حكم التحكيم بالنسبة للأشخاص

الأصل أن اتفاق التحكيم كالعقد لا تنصرف آثاره إلى الغير الذي لم يكن طرفاً فيه والذي لم تربطه صلة بأى من أطرافه وذلك سواء كانت هذه الآثار حقوقاً أو التزامات. وذلك على هدى مما تقضى به بالنسبة للعقود المادة 145 من القانون المدني.

وينبنى على ذلك عدم امتداد حجية ما يصدر من أحكام تحكيم إلى غير أطراف اتفاق أو شرط التحكيم متى لم يقبلوا أن يحضروا إجراءات نظر دعوى التحكيم أو حضروها واعترضوا على الاستمرار فيها فقد قضى بعدم امتداد أثرها عليهم تطبيقاً لمبدأ القوة الملزمة للعقود، إلا أن هذا الاتفاق قد يمتد أثره إلى من يعتبر طرفاً فيه ولو لم يوقع بنفسه عليه متى وقعه من يمثله بناءً على وكالة قانونية فيحتاج القصر مثلاً بحكم التحكيم الصادر بناءً على اتفاق أبرمه الوصي نيابة عنهم متى أذنت له المحكمة بذلك. فإن أجراه بدون إذنها فإن الحق في

8- في تفصيل ذلك انظر بحث المستشار الدكتور رفعت عبد المجيد - نائب رئيس محكمة النقض بعنوان "أحكام التحكيم: حجيتها وإجراءات تنفيذها في ضوء قضاء محكمة النقض المصرية".

مجلة المحكمة العليا - عدد خاص - الطرق البديلة لحل النزاعات: الصلح والوساطة والتحكيم - 15 و 16 جوان 2008

التمسك ببطالته لا يكون إلا للقصر بعد بلوغهم سن الرشد دون سواهم⁹.

وقد تتحقق ذات النتيجة أيضاً متى كانت هناك وكالة اتفاقية ينص فيها صراحة على الإذن بالاتفاق على الالتجاء إلى التحكيم لكونه من أعمال التصرف التي تنطوي على التزامات متبادلة بالتزول على حكم التحكيم.

هذا وإن كان الأصل أن من لم يكن طرفاً في خصومة التحكيم لا يحاج بحكم التحكيم ولو كان طرفاً في اتفاق التحكيم¹⁰ إلا أن حكم التحكيم الصادر ضد أحد المدينين أو الدائنين المتضامنين لا حجية له

9- فقد قضت محكمة النقض بأن: "الوصاية نوع من أنواع النيابة القانونية، تحمل بها إرادة الوصي محل إرادة القاصر مع انصراف الأثر القانوني إلى ذلك الأخير، ولئن كانت المادة 39 من القانون رقم 119 لسنة 1952 الخاص بأحكام الولاية على المال قد تضمنت بياناً بالتصرفات التي لا يجوز أن يباشرها الوصي إلا بإذن من محكمة الأحوال الشخصية، ومن بينها التحكيم الذي أنزلته الفقرة الثالثة منها منزلة أعمال التصرف اعتباراً بأنه ينطوي على التزامات متبادلة بالتزول على حكم المحكمين، إلا أن استصدار هذا الإذن في الحالات التي يوجب فيها القانون ذلك ليس بشرط للتعاقد أو التصرف، وإنما قصد به - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - إلى رعاية حقوق ناقصي الأهلية والحفاظ على أموالهم بالنسبة لتصرفات معينة ارتأى الشارع لخطورتها ألا يستقل الوصي بالرأي فيها، فنصب من محكمة الأحوال الشخصية للولاية على المال رقياً في صدها. وهو بهذه المثابة يعد إجراء شرع لمصلحة القصر دون غيرهم. وإذا كان الأمر في الدعوى الماثلة أن مشاركة التحكيم أبرمت بين الطاعن والمطعون عليها عن نفسها و نيابة عن أولادها القصر بعد أن رفضت محكمة الأحوال الشخصية الإذن لها بذلك، كما رفضت التصديق على حكم المحكمين عقب صدوره، فإنه لا يكون للطاعن الحق في التمسك ببطالان حكم المحكمين ويكون ذلك الحق مقصوراً على المحتكمين من ناقصي الأهلية الذين صدر حكم المحكمين حال قصرهم، وذلك بعد بلوغهم سن الرشد". نقض مصري، جلسة 1971/2/16، السنة 22، ص 179.

10- د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، ص 462.

في مواجهة باقي المدينين أو الدائنين إلا فيما يفيد لا فيما يضر-المادة 276 من القانون المدني-وعلى ذلك فإن صدر حكم لصالح أحد المتضامين فإن لباقي المتضامين الإفادة منه ولو لم يكونوا طرفاً في خصومة التحكيم¹¹.

وتبعاً للأصل وهو أن خصومة التحكيم لا تمتد إلى غير أطرافها وبالتالي فإن حجية الحكم الصادر فيها لا يمتد أثرها اتفاقاً أو قانوناً إلى الغير إلا على نحو ما سلف بيانه. إلا أنه لا يجوز تدخل الغير أو إدخاله في خصومة التحكيم ما لم تتفق الأطراف على قبول تدخله بما لازمه أن هيئة التحكيم لا تملك من تلقاء ذاتها إلزام خصم بالمثل أمامها كخصم لم يكن طرفاً في اتفاق التحكيم. وهو ما يميز طبيعة خصومة التحكيم عن الخصومة أمام قضاء الدولة. فلا يسمح في الخصومة أمام التحكيم أن تمتد حجية الحكم الذي يصدر فيها إلى من لم يقبل تدخله فيها ويعد ذلك قيداً على حرية المدعي في دعوى التحكيم إذ يتحدد نطاق الخصومة فيها من حيث أطرافها باتفاق التحكيم. وذلك خلافاً للحرية المقررة له في الخصومة القضائية. ومع ذلك فإن حوالة الحق موضوع أحد العقود ويرد به شرط التحكيم يعد المحال له طرفاً فيه

11- د. مصطفى الجمال ود. عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، طبعة 1998، ص 459 حتى 461.

مجلة المحكمة العليا-عدد خاص-الطرق البديلة لحل النزاعات: الصلح والوساطة والتحكيم-15 و16 جوان 2008

متى تم إعلان المحال عليه المدين بالحوالة أو قبلها ومن ثم ينتقل إليه الحق في إقامة دعوى التحكيم بدلاً من المحيل¹².

أما عن دعاوى التحكيم التي يكون أحد أطرافها شركة ترتبط بأخرى برابطة قانونية كالشركات متعددة الجنسية والتي تحتفظ كل منها بشخصيتها المستقلة فقد استقر الرأي في مصر على أحقيتها في الالتجاء إلى التحكيم مدعية أو مدعى عليها دون حاجة إلى اختصاص الشركة متعددة الجنسية كما هو الحال أيضاً بالنسبة للشركات التي تتخذ شكل Consortium، Joint Venture، وعلى ذلك فقد قضى ببطالان حكم التحكيم الذي قضى بإدخال شركة لم توقع على اتفاق التحكيم في خصومة التحكيم، وذلك دون الاعتداد بالقول بأنها تشكل مع الأخرى مجموعة اقتصادية واحدة¹³، ومن ثم فإن حكم التحكيم الصادر فيها لا يحتاج به سوى شركات الخصوم فيها.

وأنه إذا كان الاتفاق قد أبرم مع الشركة الفرع فإنه لا يجوز توجيه الخصومة إلى الشركة الأم ولا يمتد إليها أثر حكم التحكيم ولا أن تحتاج به إلا إذا كانت هي طرفاً في تنفيذ الاتفاق المتضمن شرط

12- نقض مصري الطعن رقم 86 لسنة 70 ق، جلسة 2007/11/26، الدائرة التجارية الأولى، لم ينشر بعد.

13- محكمة استئناف القاهرة، الدعوى رقم 83 لسنة 118 ق، جلسة 2002/8/5، ود. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم، ص 462.

مجلة المحكمة العليا - عدد خاص - الطرق البديلة لحل النزاعات: الصلح والوساطة والتحكيم - 15 و 16 جوان 2008

التحكيم أو تسببت في وقوع خلط بشأن الملتزم به على نحو تختلط فيه إرادتها مع إرادة الشركة الفرع وهو ما قرره حكم حديث لمحكمة النقض المصرية¹⁴.

وإذا كان حكم التحكيم لا يجوز حجية إلا بالنسبة لأطرافه، ولا يحتاج به على غير من لم يكن طرفاً في الخصومة التي صدر فيها، فإنه لا يجوز للغير الذي يضار من حكم تحكيم أن يلجأ إلى دعوى البطلان لإزالة آثاره وإنما يكون له أن يرفع دعوى عدم الاعتداد أمام محكمة أول درجة المختصة بنظر النزاع¹⁵.

على أنه من الملاحظ أن الأمر قد يدق بالنسبة لهيئات التحكيم خاصة إذا خلت من عضو قانوني فيها متى أثير أمامها دفع بحجية حكم سابق في دعوى صدر من القضاء أو من هيئة تحكيم سابقة، وذلك عند التحقق من توافر شرط وحدة الخصوم في الدعوى الحاج بها والدعوى المنظورة أمامها وإلى وصف الخصوم بالحققيين وإلى أن العبرة بالخصوم بصفاتهم لا بأشخاصهم، وإلى أن الحكم الصادر من الوكيل المستتر يعد حجة على الأصيل وغيرها على نحو ما سلف الإشارة في المبادئ العامة لحجية أحكام المحاكم. وهذا الأمر - كمثال - يثير قضية خلافية أخرى وهي مدى جواز عمل رجل القضاء كمحكم.

14- نقض مصري، الطعن رقم 4729، 4730 لسنة 72 ق، جلسة 2004/6/12، الدائرة التجارية الأولى، لم ينشر بعد.

15- نقض مصري، الطعن رقم 1004 لسنة 61 ق - جلسة 1997/12/27، الدائرة التجارية الأولى، لم ينشر.

مجلة المحكمات العليا - عدد خاص - الطرق البديلة لحل النزاعات: الصلح والوساطة والتحكيم - 15 و 16 جوان 2008

ثانياً : نطاق حجية حكم التحكيم بالنسبة للموضوع

سلف القول بأن قضاء النقض قد جرى على أنه لما كان التحكيم يعد طريقاً استثنائياً لفض المنازعات قوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية فإنه يكون مقصوراً حتماً على ما تنصرف إرادة الأطراف إلى عرضه على هيئة التحكيم فأوجبت قواعد التحكيم تعيين موضوع النزاع في اتفاق التحكيم حتى تتحدد به ولاية المحكمين ويتسنى رقابة مدى التزامهم حدود هذه الولاية.

ولقد قنن المشرع هذا المبدأ في الفقرتين الأولى والثانية من المادة العاشرة، وكذا ذات الفقرتين من المادة 20 من قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 التي ألزمت المدعى أن يضمن بيان الدعوى المسائل محل النزاع وطلباته وتطلبت من المدعى عليه أن يضمن مذكرة دفاعه طلباته العارضة المتصلة بموضوع النزاع أو أن يتمسك بحق ناشئ عنه بغرض الدفع بالمقاصة وربت الفقرة (و) من المادة 53 منه جزاء البطلان على فصل حكم التحكيم في مسائل لا يشملها اتفاق التحكيم أو تجاوز حدود هذا الاتفاق الأمر الذي يكون معه خروج هيئة التحكيم عند الحكم في الدعوى عن نطاق موضوع النزاع الذي اتفق أطرافه على إسناده إليها يعد في الواقع خروجاً منها عن حدود الولاية التي أُسندت إليها وتجاوزاً عن الالتزام بها ويستتبع بالضرورة بطلان ما قضت به هيئة التحكيم بمجاوزة نطاق هذه الولاية¹⁶ وبالتالي انحسار الحجية عنه.

16 - نقض مصري، الطعن رقم 86 لسنة 70 ق، جلسة 2002/11/26، الدائرة التجارية الأولى، لم ينشر بعد.

مجلة المحكمة العليا - عدد خاص - الطرق البديلة لحل النزاعات: الصلح والوساطة والتحكيم - 15 و 16 جوان 2008

وفي قضاء حديث محكمة النقض قررت أن قضاء المحكم فيما يجاوز اتفاق التحكيم يكون وارداً على غير محل من خصومة التحكيم وصادراً من جهة لا ولاية لها بالفصل فيه لدخوله في اختصاص جهة القضاء العادي صاحب الولاية العامة، وقد حدد قضاء النقض مجموعة من القواعد التي تساعد على الحد من هذا التجاوز بما يؤدي إلى انحسار الحجية عن الأحكام التي تصدر مشوبة به في الآتي :

1- وجوب ألا يمتد نطاق قضاء التحكيم إلى عقد لم تنصرف إرادة طرفيه إلى فض النزاع بشأنه عن طريق التحكيم أو إلى اتفاق لا حق له ما لم يكن بينهما رباط لا ينفصم بحيث لا يستكمل-دون الجمع بينهما-اتفاق، أو يفض-مع الفصل بينهما-خلاف¹⁷.

2- وجوب الأخذ في تفسير الاتفاق على التحكيم بعبارات المتعاقدين كما هي بما لا يجوز تحت ستار التفسير الانحراف عن مؤداها الواضح إلى معنى آخر على نحو ينطوي على مخالفة للقانون لما فيه من

17- نقض مصري، الطعن رقم 52 لسنة 60 ق، جلسة 1994/2/27، لم ينشسر. كما قضت محكمة النقض أيضاً بأن : ”دعوى بطلان حكم المحكمين وعلى ما جرى به نص المادة 512 من قانون المرافعات دعوى خاصة حدد المشرع أسبابها وجعل الالتجاء إليها جوازياً بما مؤدها أن البطلان التي شرعت تلك الدعوى في نطاق أسبابها هو بطلان نسبي لا يتعلق بالنظام العام. لما كان ذلك، وكان خروج حكم المحكمين عن نطاق ما قصده المتعاقدان في الاتفاق على التحكيم أو مشاركته هو من الأسباب القانونية التي يخالفها واقع، وكان الطاعن لم يتمسك بهذا السبب أمام محكمة الاستئناف، ومن ثم لا يجوز له أن يثوره لأول مرة أمام محكمة النقض“. نقض مصري، جلسة 1988/5/14، السنة 39، ص 242.

حريف ومسوخ وتشويه لعبارة العقد الواضحة بما يستتبع الأخذ في تفسير اتفاق التحكيم بالظاهر الذي يثبت لهيئة التحكيم وألا تعدل عنه إلى سواه إلا إذا تبينت أن ثمة ما يدعو إلى هذا العدول وأن تتولى تفسير نطاق اتفاق التحكيم الموضوعي تفسيراً ضيقاً يتفق وطبيعته¹⁸.

3- وجوب تحديد طرقي التحكيم في وضوح الموضوع محل الاتفاق على إحالته إلى التحكيم دون لبس أو غموض، وعلى ذلك فتصدي هيئة التحكيم للفصل في موضوع لم يتفق طرفا التحكيم على تحديده تحديداً واضحاً يبطل حكمها تنحسر عنه الحجية¹⁹.

4- الأصل أن تنحسر الحجية عن الجزء الذي تخرج فيه هيئة التحكيم عن نطاق موضوع النزاع الوارد في اتفاق أو شرط التحكيم كأثر لبطلانه، ما لم يكن يتعذر فصله عن باقي أجزاء الحكم فتنحسر عنه الحجية بأكملها تبعاً لبطلانه²⁰.

18- نقض مصري، الطعن رقم 86 لسنة 70 ق، جلسة 2002/11/26. سلفت الإشارة إليه.

19- نقض مصري، الطعن رقم 4172 لسنة 61 ق، جلسة 1997/6/21، الدائرة التجارية الأولى.

20- فيما يقارب هذا المعنى قالت محكمة النقض أنه: "إذا كان ما فصل فيه حكم المحكم يخرج عن مشاركة التحكيم، وكان الحكم الابتدائي الذي اعتنق الحكم المطعون فيه أسبابه قد حصل في حدود سلطته الوضعية وفي أسباب تؤدي إلى ما انتهى إليه أنه لا يمكن فصل ما قضى به حكم المحكم في أمر خارج عن النزاع الوارد في مشاركة التحكيم عن باقي حدود ما قضى به هذا الحكم، وإذا رتب الحكم المطعون فيه على ذلك بطلان حكم المحكم، فإن التمس عليه بمخالفة القانون وفساد الاستدلال يكون على غير أساس. نقض مصري، جلسة 1967/3/7، السنة 18، ص 453. وهو ما أخذت عنه الفقرة ومن المادة 53 من قانون التحكيم المصري 27 لسنة 1994 بقولها (إذا فصل حكم التحكيم في مسائل لا يشتملها اتفاق التحكيم أو - أو - دون هذا الاتفاق ومع ذلك إذا أمكن فصل أجزاء الحكم الخاضعة للمسائل الخاضعة للتحكيم عن أجزائه الخاصة بالمسائل غير الخاضعة له لا يقع البطلان إلا على الأجزاء الأخيرة وحدها) وطبقه قضاء النقض المصري في الطعن رقم 86 لسنة 70 ق - جلسة 2002/11/26 السابق الإشارة إليه.

مجلة المحكمة العليا - عدد خاص - الطرق البديلة لحل النزاعات: الصلح والوساطة والتحكيم - 15 و 16 جوان 2008

5- وجوب تقييد قضاء التحكيم بقواعد المسؤولية التي اتفق طرفا التحكيم عليها بما لازمه عدم جواز تطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية على دعوى التعويض التي أقامها أحدهما على الآخر بادعاء إخلاله بالتزامه التعاقدى- ما لم يثبت ارتكاب الأخير غشاً أو خطأً جسيماً يستتبع تطبيقها.

كما أن نطاق الحجية الموضوعية لحكم التحكيم لا يقتصر على الموضوع الذي اتفق أطراف التحكيم على إسناد الفصل فيه إلى هيئة التحكيم بل يمتد بالضرورة كذلك إلى الطلبات العارضة المقدمة من المدعى عليهم المتصلة بموضوع النزاع أو بحق ناشئ عنه بغرض الدفع بالمقاصة ولذلك فقد قضت محكمة النقض بأن طلب المدعى عليه المقاصة القضائية في صورة طلب عارض هو في حقيقته بمثابة دعوى وليس دفْعاً موضوعياً فإن اللجوء إلى هذا الطريق لا يمنع من إعمال شرط التحكيم عند الدفع بوجوده²¹ وقننه قانون التحكيم المصري في الفقرة الثانية من المادة 30 منه حيث نصت هذه المادة في الفقرة الثانية منها على (ويرسل المدعى عليه خلال الميعاد المتفق عليه بين الطرفين أو الذي تعينه هيئة التحكيم إلى المدعى وكل واحد من المحكمين مذكرة مكتوبة بدفاعه رداً على ما جاء ببيان الدعوى، وله أن يضمن هذه المذكرة أية طلبات عارضة متصلة بموضوع النزاع أو أن يتمسك

21- نقض مصري، جلسة 1999/3/22، الطعن رقم 2608 لسنة 67 ق.

مجلة المحكمة العليا - عدد خاص - الطرق البديلة لحل النزاعات: الصلح والوساطة والتحكيم - 15 و 16 جوان 2008

بحق ناشئ عنه بقصد الدفع بالمقاصة، وله ذلك ولو في مرحلة لاحقة من الإجراءات إذا رأت هيئة التحكيم أن الظروف تبرر التأخير).

ثالثاً : امتداد حجية أحكام التحكيم كذلك إلى الأحكام الإضافية التي تصدر بعد الأحكام المنهية للخصومة في الموضوع

حجية أحكام التحكيم لا تقتصر على تلك التي تنهى الخصومة في الأنزعة المرددة بين أطرافها وإنما تمتد أيضاً إلى ما تصدره هيئات التحكيم من أحكام إضافية بناءً على طلب أحد منهم متى كانت قد أغفلت طلباً أو طلبات موضوعية سواء كانت أصلية²² أو احتياطية²³ أو تبعية²⁴. على أن العبرة في القول بالإغفال هي بالطلبات الختامية لا الطلبات السابقة التي أغفل الخصم إيرادها في مذكرته الختامية على نحو يقطع بزوله عنها²⁵. ومن الملاحظ أن طلب الإغفال يمكن أن يمتد إلى طلب حلف اليمين الحاسمة إذا لم يعرض له حكم التحكيم رغم كونه من إجراءات الإثبات وذلك متى توافرت شروطه²⁶. ولم

22- نقض مصري، جلسة 1965/4/29، السنة 16، ص 586.

23- نقض مصري، جلسة 1972/2/2، السنة 23، ص 112.

24- نقض مصري، جلسة 1981/1/26، الطعن رقم 128 لسنة 48 ق.

25- نقض مصري، جلسة 1977/6/22، الطعن رقم 636 لسنة 44 ق، ونقض مصري، جلسة 1990/4/5 الطعن رقم 184 لسنة 58 ق.

26- نقض مصري، جلسة 1967/12/7، السنة 18، ص 1851 مع ملاحظة أنه لا يجوز لهيئة التحكيم أن تتولى إجراء حلف اليمين الحاسمة اعتداءً بما ورد بالمادة 4/33 من قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994، وإنما عليها وقف إجراءات التحكيم حتى يتم حلف اليمين أمام المحكمة المختصة (المادتان 9، 5/37، 46 من ذات القانون).

يوجه إلى واقعة مخالفة للنظام العام فتمتد الحجية إلى ما يسفر عنه
حلف اليمين أو النكول عنه²⁷.

رابعاً: امتداد الحجية لا إلى أحكام التحكيم التي تصدر وفقاً لقانون
التحكيم المصري بل إلى تلك التي تصدر في الخارج ولو لم تكن قد
طبقت أحكامه :

إن المادة 55 من قانون التحكيم التجاري المصري وإن قصرت
نطاق حجية أحكام التحكيم على تلك التي تصدر تطبيقاً له بما مفاده
قصر المشرع وصف الحجية على أحكام التحكيم التي تصدر في مصر
أو في الخارج والتي اتفق الأطراف على إخضاعها لقانون التحكيم
المصري-على نحو ما ورد في المادة الأولى من هذا القانون-وكذا في
حالة اتفاقهم على إخضاع العلاقة القانونية بينهم لأحكام عقد
نموذجي أو اتفاقية دولية أو أية وثيقة أخرى يجرى التحكيم بشأنها
في مصر وفقاً لما أوضحتها المادة السادسة من القانون المذكور. إلا أن
قضاء النقض قد استقر من قبل نفاذ أحكام اتفاقية نيويورك المبرمة في
سنة 1958 بشأن الاعتراف بأحكام المحكمين الأجنبية وتنفيذها في
مصر، ومن قبل صدور قانون التحكيم المصري على إقرار مبدأ حجية
أحكام التحكيم في كافة صورها أي سواء كانت قد صدرت وفقاً

27- نقض مصري، جلسة 1980/3/12، السنة 31، ص 790.

مجلة المحكمة العليا - عدد خاص - الطرق البديلة لحل النزاعات: الصلح والوساطة والتحكيم - 15 و 16 جوان 2008

لأحكام قوانين التحكيم المعمول بها في مصر أو التي صدرت في الخارج و طبقت بشأنها قواعد وإجراءات أجنبية مغايرة.

ويلاحظ أن حكم التحكيم الأجنبي شأنه شأن حكم التحكيم المصري يجوز بمجرد صدوره الحجية على الرغم من خلو مواد قانون المرافعات في المواد من 296 حتى 301 من نص تشريعي يصرح بها أسوة بما ورد في المادة 55 من قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 أو ما جاء بالمادة 116 من قانون المرافعات، وإنما مرجع ذلك هو استقرار قضاء محكمة النقض المصرية على إسباغ الحجية على أحكام التحكيم الأجنبية سواء بسواء مع الأحكام الوطنية حتى قبل انضمام مصر لاتفاقية نيويورك-على نحو ما سبق إيرادها- ثم أكدته المادة الثالثة من الاتفاقية، وعلى ذلك فإنه يكفي لمن صدر لصالحه حكم تحكيم أجنبي أن يتمسك بحجته لمنع خصمه من الاستمرار في دعواه أمام المحاكم المصرية متى اتحد الموضوع والسبب فيهما وتوافرت وحدة الخصوم بصفاتهم وليس بأشخاصهم على نحو يتعين معه على هذه المحاكم أن تقضى بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها ما لم يكن الموضوع محل حكم التحكيم الأجنبي قد فصل في مسألة كلية شاملة أو مسألة أساسية تثير الدعوى المقامة أمام المحاكم المصرية مسألة تبعية أو متفرعة عنها فيكون لأي من أطراف حكم التحكيم الأجنبي التمسك بحجته هذا الحكم كدليل إثبات أو نفى بما يوجب على المحاكم المصرية احترام هذه الحجية وألا تصدر حكماً يتعارض معه.

وفي حكم حديث محكمة النقض اشترطت لإعمال حجية حكم التحكيم الأجنبي السابق على نحو يمتنع معه نظر ذات النزاع وبين نفس الخصوم أمام المحاكم المصرية أن يتم التمسك بأثره فور صدوره بعد تقديم ترجمة معتمدة له فإذا استطال التمسك به إلى أمد ينبي عن تنازله عن الحق الثابت فيه فلا يعتد به في ترتيب حجته على المراكز القانونية التي استقرت لخصمه في تاريخ لاحق على صدوره بعد أن ساهم المتمسك بحجته بفعله في تحقيقها اتساقاً مع القاعدة الأصولية التي تقضى بأنه من سعى في نقض ما تم على يديه فسعيه مردود عليه²⁸.

وتجدر ملاحظة أن حجية حكم التحكيم من حيث موضوعه هي ذات حجية الحكم الصادر من قضاء الدولة، ومن ثم فإنه لا يجوز الحجية إلا في المسائل المقضي فيها وأن ما لم تنظره هيئة التحكيم بالفعل لا يجوز حجية، وإلى أن الحجية لا ترد في المنطوق فحسب بل ما يكون في أسباب حكم التحكيم مرتبطاً به، وذلك دون الأسباب الزائدة وإلى أن هذه الحجية تمتد إلى ما فصل فيه الحكم صراحة أو ضمناً وهي في جملتها أمور تتطلب من هيئة التحكيم التحرز والدقة في كتابة الأسباب متى كانت ملتزمة بتسبيب حكمها (المادة 43/ب).

28- نقض مصري، جلسة 2007/3/13، الطعن رقم 76 لسنة 73 ق، الدائرة التجارية الأولى.

مجلة المحكمة العليا - عدد خاص - الطرق البديلة لحل النزاعات: الصلح والوساطة والتحكيم - 15 و 16 جوان 2008

وأخيراً فإنه إذا لم يوجد اتفاق على التحكيم فإن ما يصدر خارج محاكم الدولة بغير هذا الاتفاق لا يعد حكماً له المقومات الأساسية للأحكام، ومن ثم فلا يجوز حجية سواء من حيث أشخاص الخصوم أو الموضوع بما يتيح لأي من الأطراف الاكتفاء بدفع الاحتجاج به بمجرد إنكاره والتمسك بانعدامه دون حاجة إلى الادعاء بتزويره أو اللجوء إلى القضاء بدعوى مبتدأة لإهدار حجيته²⁹.

في شأن دعاوى بطلان أحكام التحكيم :

قضت محكمة النقض، في حكم حديث لها، بتأييد الحكم الصادر من محكمة استئناف المنصورة ببطالان حكم محكمين تأسيساً على أن ما ورد بالبند الأول من مشارطة التحكيم لا يعتبر تحديداً للزاع بالمعنى المقصود في المادة 501 من قانون المرافعات، المقابلة للمادة 10 من القانون رقم 27 لسنة 1994، وأن محكمة الاستئناف استخلصت في حدود سلطتها التقديرية وللأسباب السائغة التي أوردتها واستقتها مما تضمنته عبارات وثيقة التحكيم-المرفقة صورها بالأوراق-وما أثبت بجلسة المرافعة أمام هيئة التحكيم أن الموضوع الذي انصرفت إرادة المحكمين إلى عرضه على هذه الهيئة لم يتم تحديده، فإن الحكم المطعون فيه يكون قد أصاب صحيح القانون إذ انتهى في قضائه إلى

29- نقض جلسة 1986/2/6، السنة 37، ص 178.

مجلة المحكمة العليا - عدد خاص - الطرق البديلة لحل النزاعات: الصلح والوساطة والتحكيم - 15 و 16 جوان 2008

بطلان حكم المحكمين لتصديه للفصل في موضوع لم يتم اتفاق المحتكمين على تحديده بما ينطوي على تجاوز من هيئة التحكيم لحدود ولايتها ويطل حكمها³⁰.

كما قضت محكمة النقض في حكم ثان بنقض الحكم الصادر من محكمة استئناف أسيوط برفض دعوى بطلان حكم تحكيم، وقالت : "إن النص ف" الفقرة الثالثة من المادة 43 من القانون رقم 27 لسنة 1994 في شأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية على أنه "يجب أن يشمل حكم التحكيم على وصورة من اتفاق التحكيم" إنما يدل على أن هدف المشرع من إيجاب إثبات هذا البيان في الحكم هو التحقق من صدور حكم المحكمين في حدود سلطتهم المستمدة من اتفاق التحكيم رعاية لصالح الخصوم، فهو على هذا النحو بيان جوهري لازم لصحة الحكم يترتب على إغفاله عدم تحقق الغاية التي من أجلها أوجب المشرع إثباته بالحكم بما يؤدي إلى البطلان، ولا يغير من ذلك أن يكون اتفاق التحكيم قد أودعه الصادر لصالحه حكم التحكيم مع هذا الحكم بقلم كتاب المحكمة المنصوص عليها في المادة 9 من قانون التحكيم المشار إليه طبقاً للمادة 47 منه، لأن الحكم يجب أن يكون دالاً بذاته على استكمال شروط صحته بحيث لا يقبل تكملة ما نقص فيه من البيانات الجوهرية بأي طريق آخر .

30- الطعن رقم 4173 لسنة 61 ق، جلسة 21 يونيو سنة 1997، من 48 ص 937.

مجلة المحكمة العليا - عدد خاص - الطرق البديلة لحل النزاعات: الصلح والوساطة والتحكيم - 15 و 16 جوان 2008

(2) ولما كان حكم التحكيم موضوع التداعي قد خلا من "نصوص اتفاق التحكيم" فإنه يكون باطلاً ويتعين الحكم بطلانه³¹.

كما قضت محكمة النقض، في حكم ثالث، بتأييد حكم محكمة استئناف المنصورة برفض دعوى بطلان حكم محكمين مرفوعة من خصوم لم يكونوا ممثلين في دعوى التحكيم³²:

(1) إن التحكيم طريق استثنائي لفض الخصومات قوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية، ولئن كان في الأصل وليد إرادة الخصوم إلا أن أحكام المحكمين شأنها شأن أحكام القضاء تحوز حجية الشيء المحكوم به بمجرد صدورها وتبقى هذه الحجية طالما بقى الحكم قائماً ولم يقض بطلانه وهو ما أكدته المادة 55 من القانون رقم 27 لسنة 1994 بإصدار قانون في شأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية الذي ألغى المواد من 501 حتى 513 من قانون المرافعات المدنية.

(2) من المقرر أنه لا يُحتج بالحكم الصادر في نزاع إلا على الخصوم الذين كانوا ممثلين في الدعوى التي صدر فيها هذا الحكم وذلك إعمالاً لقاعدة نسبية أثر الأحكام التي تمنع من أن يفيد أحد أو يضار بحكم لم يكن طرفاً فيه، مما لازمه أنه متى كان المحتكمون ليسوا

31- نقض مصري، طعن رقم 4623 لسنة 66 قضائية، حاشية 18/12/1997، س 48، ص 1495.

32- على الرغم من أن الطاعنين هم الملاك الحقيقيين للأرض موضوع النزاع التحكيمي، إذ لا حجية لهذا الحكم في مواجعتهم.

مجلة المحكمة العليا - عدد خاص - الطرق البديلة لحل النزاعات: الصلح والوساطة والتحكيم - 15 و 16 جوان 2008

أصحاب صفة في المنازعة التي اتفق في شأنها على التحكيم ألا يكون الحكم الصادر فيها حجة على أصحاب الصفة في تلك المنازعة دون أن يؤدي ذلك إلى بطلان الحكم. ومن ثم فإن حكم المحكمين الصادر في هذا التراجع لا تكون له حجية قبل الطاعنين ولا يحق لهما أن يطلبوا بطلانه بطريق الدعوى المبتدأة³³.

33- نقض مصري، الطعن رقم 1004 لسنة 61 القضائية، جلسة 1997/12/27، السنة 48، ص 1547.

مجلة المحكمة العليا - عدد خاص - الطرق البديلة لحل النزاعات: الصلح والوساطة والتحكيم - 15 و 16 جوان 2008

دراسة تحليلية للقضاء المصري في دعاوى بطلان أحكام المحكمين

د. محمد عبد السعوف*

مقدمة

1- أضحى التحكيم أحد أهم وسائل حسم المنازعات التجارية ليس فقط على الصعيد الدولي بل أيضاً على الصعيد المحلي وذلك لما تتمتع به هذه الوسيلة من مزايا تستند في أساسها إلى مبدأ سلطان الإرادة. فالتحكيم وسيلة قائمة على الرضاء قوامها اتفاق الأطراف على استبعاد اللجوء للقضاء الوطني وعرض النزاع على القضاء التحكيمي.

2- ولعل أهم مزايا التحكيم كوسيلة لحسم الخلافات أن الحكم الصادر في موضوع الدعوى التحكيمية يتمتع بالنهائية Finality فينهي الخصومة بين الأطراف ويحوز الحجية ويعتبر عنواناً على الحقيقة مثله مثل الأحكام الصادرة من القضاء الوطني.

* محام شريك بمكتب عبد الرؤوف للمحاماة والاستشارات القانونية، أمين عام مركز القاهرة للإدارة والتحكيم التجاري الدولي ومحاضر في مادة التحكيم التجاري الدولي بمعهد قانون الأعمال الدولية - كلية الحقوق - جامعة القاهرة. mohamed@abdelraouf.com

3- بيد أن حكم التحكيم يختلف عن أحكام القضاء في أمر هام، فوفقاً للأغلب الأعم من التشريعات الوطنية المنظمة للتحكيم، لا يجوز استئناف أحكام التحكيم، أي أنه لا يجوز عرض موضوع النزاع مرة أخرى على القضاء، الذي يقتصر دوره على مراقبة حكم التحكيم من حيث الشكل والإجراءات، وليس هذا الاختلاف بغريب عن وسيلة أساسها الاتفاق والرضا.

فطالما وافق الأطراف على التحكيم وتم اختيار هيئة التحكيم والقواعد المطبقة على الإجراءات والقانون الذي يحكم الموضوع، يكون من الطبيعي أن يتمتع الحكم الصادر في الدعوى التحكيمية بالنهائية التي تحول دون إعادة طرح موضوع النزاع على القضاء سواء في مرحلة الطعن على الحكم أو أثناء اتخاذ إجراءات تنفيذه.

4- غير أن نهائية حكم التحكيم لا تعني غلق جميع الأبواب أمام الاعتراض عليه بواسطة الأطراف، فيصبح بذلك محصناً سواء حالفه أو جانبه الصواب، فقد أجازت جميع التشريعات المنظمة للتحكيم طرناً للطعن على حكم التحكيم لأسباب محددة تصون حق الأطراف في الاعتراض على حكم التحكيم وتضمن في ذات الوقت عدم المساس بحجيته أو نهائيته.

5- وفي مصر، أدرك المشرع أهمية التحكيم كوسيلة لحسم المنازعات وضرورة تشجيعه وتطوير دوره لتشجيع وحماية الاستثمارات الوطنية والأجنبية، تلبية لمقتضيات التجارة ومتطلبات الاستثمار ونمادياً مع سياسات الاقتصاد الحر.

فمنذ عام 1994 تبني المشرع المصري قانوناً عصرياً للتحكيم في المواد المدنية والتجارية (القانون رقم 27 لسنة 1994)، استقى أحكامه من قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الذي اعتمدته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (UNCITRAL) في عام 1985. وتسري أحكام القانون المصري على كل تحكيم يجري في مصر وكذلك على كل تحكيم تجاري دولي يجري في الخارج إذا اتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون.

6- وليس هنا المجال لإبراز مزايا هذا القانون. العصري أو التحدث عن دوره في تشجيع التحكيم كوسيلة لحسم الخلافات، فقط نشير إلى أنه اعترف بحجية أحكام المحكمين، إذ نص على أنها تحوز حجية الأمر المقضي وتكون واجبة النفاذ (مادة 55)، كما اعترف بنهائية حكم التحكيم، إذ نص على أنه لا تقبل أحكام التحكيم التي تصدر طبقاً لأحكامه الطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية (مادة 1/52).

7- كما رسم القانون المصري للتحكيم حدود العلاقة بين القضاء والتحكيم في سبيل تحقيق الهدف المشترك والأسمى، ألا وهو تحقيق العدالة. فالقضاء يلعب دوراً جوهرياً في إجراءات التحكيم يكفل له ليس فقط معاونة التحكيم بل أيضاً الرقابة على أحكامه، وبدون هذا الدور الهام يفقد اتفاق التحكيم فاعلته ويصبح حكم التحكيم حراً على ورق.

8- فإذا كان التحكيم قد نشأ كبديل للقضاء، فإنه لا يمكن أن يعيش بدون معاونة القضاء، الذي قد يلجأ إلى أطراف التحكيم منذ مرحلة تشكيل هيئة التحكيم وأثناء نظر الدعوى التحكيمية، مروراً بإصدار حكم التحكيم والطعن عليه ووصولاً إلى تنفيذه. وفي هاتين المرحلتين الأخيرتين يتحول دور القضاء من مجرد معاون أو مساعد للعملية التحكيمية إلى مراقب لأحكام المحكمين، وفي هذا ضماناً لسلامة إجراءات التحكيم والحقوق المشروعة لأطرافه.

9- هذا، وقد قصر القانون المصري للتحكيم طرق الاعتراض على حكم التحكيم على وسيلة وحيدة، إذ أجاز فقط رفع دعوى بطلان ضد حكم التحكيم (مادة 2/52) استناداً إلى أسباب أوردتها المادة (53) من القانون على سبيل الحصر بحيث لا يجوز القياس عليها.

وقد أناط المشرع المصري نظر دعاوى البطلان المقامة ضد أحكام التحكيم بمحكمة الدرجة الثانية التي تتبعها المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع، وذلك بالنسبة للتحكيمات الوطنية، بينما جعل هذا الاختصاص لمحكمة استئناف القاهرة بالنسبة للتحكيمات التجارية الدولية التي تجري في مصر أو في الخارج واتفق أطرافها على إخضاعها لقانون التحكيم المصري (مادة 2/54)، ما لم يتفقوا على اختصاص محكمة استئناف أخرى في مصر.

10- ومنذ صدور القانون المصري للتحكيم، توالى على القضاء الوطني دعاوى بطلان عديدة أقيمت ضد أحكام المحكمين المحلية والدولية، قال فيها القاضي الوطني كلمته في ضوء الحجج المقدمة إلى ووفقاً لتفسيره لأسباب البطلان الواردة في القانون. وتعتبر أحكام القضاء الوطني الصادرة بشأن هذه الدعاوى مصدراً هاماً وثيراً إذا أردنا التعرف على أهم التفسيرات والاجتهادات القضائية فضلاً عن المشاكل العملية في هذا المجال.

11- وتبقى هذه الدراسة في محاولة للتعرض لهذه الأحكام بالبحث والتحليل للتعرف على أهم اتجاهات القضاء المصري بشأن دعاوى بطلان أحكام المحكمين.

12- وقبل التعرض لهذا القضاء بالدراسة والتأصيل، نجده لزاماً علينا أن نشير إلى بعض المعطيات الأولية اللازمة لتحديد منهج الدراسة وكيفية الاستفادة منها.

المعطيات :

13- تقوم هذه الدراسة على تحليل عينة مكونة من مائتي (200) حكم قضائي غير منشور صادر من القضاء المصري، وبصفة أساسية من محكمة استئناف القاهرة، في شأن دعاوى بطلان مقامة ضد أحكام تحكيم محلية ودولية، مؤسسية وغير مؤسسية، صادرة في مصر أو في الخارج¹.

14- ويعد هذا العدد الكبير من الأحكام غير المنشورة مصدراً هاماً للتعرف على اتجاهات القضاء الوطني في مجال دعاوى بطلان أحكام المحكمين، خاصة بالنظر إلى أن جميع هذه الأحكام قد صدرت في ظل قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994، أي أنها تمثل التطبيق القضائي لهذا القانون الذي أصبح نافذاً منذ أكثر من عشرة أعوام، لذا، لن تشمل هذه الدراسة الأحكام الصادرة قبل إصدار

1- سبق للباحث أن قام بدراسة مماثلة عام 2005 قامت على تحليل عينة مكونة من 100 حكم، كما شارك مع آخرين في كتابة مقال باللغة الفرنسية عن القضاء المصري في مجال دعاوى البطلان نشر في مجلة التحكيم الفرنسية (Chronique de jurisprudence égyptienne, Revue de l'Arbitrage, 2004, (No.4, pp. 941-979.

قانون التحكيم، أي أثناء فترة العمل بنصوص قانون المرافعات المدنية والتجارية الملغاة المتعلقة بالتحكيم.

15- ونود أن نلفت النظر إلى أنه في تصنيفنا لنوع الحكم من حيث كونه دولياً أو محلياً لم تأخذ هذه الدراسة بالمعيار الموسع لدولية التحكيم المنصوص عليه بالفقرة ثانياً من المادة (3) من قانون التحكيم المصري، والتي تعتبر حكم التحكيم دولياً في حكم القانون المذكور بمجرد اتفاق الأطراف على اللجوء إلى منظمة تحكيم دائمة أو مركز للتحكيم يوجد مقره داخل جمهورية مصر العربية أو خارجها. وبالتالي فإن هذه الدراسة لن تعتبر كافة التحكيمات المؤسسية بمثابة تحكيمات دولية، إذ أنه من المتصور أن تجري مثل هذه التحكيمات بين طرفين ينتمون لذات الدولة. لذلك، فإنه لأغراض هذه الدراسة سوف يعتبر دولياً فقط تلك الأحكام الصادرة بخصوص تحكيمات بين طرفين من دولتين مختلفتين أو يقع المركز الرئيسي لأعمال كل منهما في دولتين مختلفتين.

16- نوضح كذلك أنه فيما يتعلق بأحكام التحكيم الصادرة في إطار التحكيمات الإجبارية والتي فرضتها بعض القوانين دون أن يكون هناك اتفاق تحكيم بين أطرافها، فقد تم تصنيفها في هذه الدراسة على أنها تحكيمات غير مؤسسية، كما افترضت الدراسة

أيضاً أهما تمت في وجود مشاركة تحكيم، على أساس أن بعض هذه القوانين كانت تتطلب صياغة مشاركة أو وثيقة تحكيم بين الطرفين أمام هيئة التحكيم.

17- هذا، ويجب أن نؤكد أن الهدف من هذه الدراسة ليس استخلاص مبادئ بالمعنى الدقيق للمصطلح، من واقع الأحكام القضائية موضوع الدراسة، بل مجرد اتجاهات، فهناك صعوبة للتحدث عن مبادئ في ظل أحكام صادرة من محاكم الاستئناف وليس محكمة النقض المنوط بها اعتناق المبادئ القانونية وإرساء السوابق القضائية.

18- كما تجدر الإشارة أخيراً إلى أن هذه الدراسة تعد بطبيعتها تحليلية analytique وليست نقدية critique، بمعنى أنها ستكتفي بعرض أهم اتجاهات القضاء الوطني في مجال دعاوى البطلان مع توضيح الأسباب التي قامت عليها، دون التعرض لوجاهة هذه الأسباب أو تناول مدى سلامتها أو دقتها، تاركين ذلك لدراسة أخرى نقدية.

19- إذا وضعنا هذه المعطيات في الاعتبار، يمكننا تحليل القضاء المصري في دعاوى بطلان أحكام المحكمين. وفي سبيل ذلك، سنقسم هذه الدراسة إلى قسمين نتعرض في القسم الأول لأهم ما ينطق به التحليل الرقمي والإحصائي للأحكام القضائية موضوع الدراسة، فيما أطلقنا عليه حديث الأرقام، أما القسم الثاني فنتناول فيه أهم نتائج

التحليل القانوني لهذه الأحكام من خلال ما أطلقنا عليه حديث القانون.

أولاً : حديث الأرقام

20- يمكننا من واقع تحليل الأحكام محل هذه الدراسة والمكونة من مائتي حكم قضائي أن نخرج ببعض المعلومات والبيانات الإحصائية المفيدة والتي تتعلق بعدد حالات بطلان أحكام المحكمين أو رفض الدعاوى المقامة ضدها، أيضاً عدد أحكام التحكيم الدولية والمحلية وكذلك عدد أحكام التحكيم المؤسسية وغير المؤسسية، فضلاً عن عدد أحكام التحكيم الصادرة استناداً إلى شرط تحكيم مقارنة بتلك التي صدرت استناداً لمشاركة تحكيم، هذا بخلاف بعض البيانات الأخرى والتي سنشير إليها بعد توضيحها في الجداول التوضيحية التالية :

جدول (1)

200 حكم

الموضوع	بطلان	رفض - عدم قبول - عدم اختصاص	تحكيم دولي	تحكيم محلي	تحكيم مؤسسي	تحكيم غير مؤسسي	شرط تحكيم	مشاركة تحكيم
عدد الأحكام	70	130	40	160	56	144	98	102
النسبة المئوية	35 %	65 %	20 %	80 %	28 %	72 %	49 %	51 %

21- هذا الجدول يشير إلى الحقائق التالية :

(أ) من أصل 200 حكم، قضى 70 حكماً ببطلان حكم التحكيم، بنسبة 35 %، بينما قضى 130 حكماً برفض دعوى البطلان أو بعدم قبولها أو بعدم الاختصاص، بنسبة 65 %، أي أن الأحكام التي أبطلت حكم التحكيم لا تتجاوز نسبة 35 % من إجمالي الأحكام موضوع هذه الدراسة.

(ب) من أصل 200 حكم، طعن بالبطلان في 40 حكم تحكيم دولي، بنسبة 20 %، بينما بلغ عدد أحكام التحكيم المحلية التي طعن بطلانها 160 حكماً، بنسبة 80 %، أي أن الأغلبية العظمى من الأحكام موضوع هذه الدراسة صدرت بخصوص تحكيمات محلية جرت في مصر.

(ج) من أصل 200 حكم، طعن بالبطلان في 56 حكم تحكيم مؤسسي صادر وفقاً لقواعد إحدى المؤسسات التحكيمية، بنسبة 28 % منها 39 حكم تحكيم صادر من مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي وفرعه مركز الإسكندرية للتحكيم البحري و11 حكم تحكيم صادرة من غرفة التجارة الدولية (ICC) وحكم تحكيم صادر من مؤسسة تحكيمية أخرى بلندن وحكم تحكيم صادر من المجلس الكوري للتحكيم التجاري و حكمان صادران من مركز تحكيم جامعة عين شمس وحكم تحكيم صادر طبقاً لقواعد الجافتا

GAFTA وحكم تحكيم صادر من العرفة الاقتصادية والزراعية التشيكية، بينما بلغ عدد أحكام التحكيم غير المؤسسية التي طعن بطلانها 144 حكماً، بنسبة 72 %.

(د) من أصل 200 حكم، طعن بالبطلان في 98 حكماً تحكيمياً صادراً طبقاً لشرط تحكيم مدرج في عقد مبرم بين أطرافه قبل نشوء النزاع، بنسبة 49 %، بينما بلغ عدد أحكام التحكيم المطعون فيها، والتي صدرت طبقاً لمشارطة تحكيم موقعة بين أطرافها بعد نشوء النزاع (أو طبقاً لتحكيم إجباري)، 102 حكماً، بنسبة 51 %.

جدول (2)

حالات البطلان

70 حكم

نوع التحكيم	تحكيم دولي	تحكيم محلي	تحكيم مؤسسي	تحكيم غير مؤسسي
عدد الأحكام	7	63	12	58
النسبة المئوية	10 %	90 %	17 %	83 %

22- هذا الجدول يشير إلى الحقائق التالية: من أصل 70 حكم قضى ببطلان حكم التحكيم:

(أ) قضى ببطلان 7 أحكام تحكيم دولية و 63 حكم تحكيم محلي بنسبة 90 % لأحكام التحكيم المحلية.

(ب) قُضي ببطالان 12 حكم تحكيم مؤسسي و 58 حكم تحكيم غير مؤسسي بنسبة 83 % لأحكام التحكيم غير المؤسسية.

جدول (3)

حالات رفض أو عدم قبول أو عدم الاختصاص بنظر دعاوى البطالان

130 حكماً

نوع التحكيم	تحكيم دولي	تحكيم محلي	تحكيم مؤسسي	تحكيم غير مؤسسي
عدد الأحكام	33	97	44	86
النسبة المئوية	25 %	75 %	34 %	66 %

23- هذا الجدول يشير إلى الحقائق التالية :

من أصل 130 حكم قضى برفض دعوى البطالان أو بعدم قبولها أو بعدم الاختصاص بنظرها :

(أ) هناك 33 حكم تحكيم دولي بنسبة 25 % و 97 حكم تحكيم محلي بنسبة 75 %.

(ب) هناك 44 حكم تحكيم مؤسسي بنسبة 34 % و 86 حكم تحكيم غير مؤسسي بنسبة 66 %.

24- بعبارة أخرى، طبقاً للجدول 1 و 2 و 3، يبين لنا أنه :

(أ) من ضمن 40 حكم تحكيم دولي، تم القضاء ببطالان 7 أحكام بنسبة 17 % ورفضت الدعوى بالنسبة لـ 33 حكم بنسبة 83 %،

بينما من ضمن 160 حكم تحكيم محلي تم القضاء ببطالان 63 حكماً
بنسبة 39 % ورفضت الدعوى بالنسبة لـ 97 حكماً بنسبة 61 %.
ب) ومن ضمن 56 حكم تحكيم مؤسسي، تم القضاء ببطالان 12
حكم بنسبة 21 % ورفضت الدعوى بالنسبة لـ 44 حكم بنسبة
79 %، بينما من ضمن 144 حكم تحكيم غير مؤسسي تم القضاء
ببطالان 58 حكماً بنسبة 40 % ورفضت الدعوى بالنسبة لـ 86
حكماً بنسبة 60 %.

جدول (4)

التحكيمات المؤسسية

56 حكم

إجمالي	رفض	بطالان	المؤسسة التحكيمية
39	30	9	مركز القاهرة الإقليمي
11	9	2	غرفة التجارة الدولية
6	5	1	مؤسسات أخرى

25- هذا الجدول يشير إلى الحقائق التالية :

أ) من أصل 39 حكم تحكيم صادر من مركز القاهرة وفرعه
مركز الإسكندرية للتحكيم البحري، هناك 9 أحكام قضى ببطالانها
بنسبة 23 %، بينما هناك 30 حكماً رفضت دعوى البطلان المقامة
ضدها بنسبة 77 %.

(ب) من أصل 11 حكم تحكيم صادر من غرفة التجارة الدولية، هناك حكمان قضى بطلانهما بنسبة 18 %، بينما هناك تسعة أحكام رفضت دعوى البطلان المقامة ضدها، بنسبة 82 %.

26- بالإضافة للمعلومات المذكورة عاليه، تشير الأحكام القضائية موضوع هذه الدراسة إلى أن المنازعات المقام بشأنها الدعاوى التحكيمية قد شملت العقود التالية :

عقد تصميم وتشغيل مصنع-عقد تعبئة أدوية-عقد خدمات بترولية-عقد توريد قطع غيار-عقد توريد محطات كهربائية-عقد مقاوله وإنشاء-عقد تأمين-عقد إيجار فندق-عقد وكالة تجارية-مشاركة إيجار سفينة-عقد تصميم وتطوير برامج حاسب آلي-عقد إدارة وتشغيل فندق-عقد إدارة وتشغيل ملهى ألعاب قمار-عقد بيع أجهزة حاسب آلي وتصميم موقع على الإنترنت-عقد تصميم استشاري هندسي-عقد بيع عقار-عقد شراء أسهم-عقد شراء حصص في شركة-عقد ترخيص باستغلال محل تجاري-عقد بيع بواخر سياحية-عقد شركة-عقد شراء وحدة سكنية بنظام اقتسام الوقت-عقد نقل معرفة (Know How)-عقد توزيع-عقد بيع بالمزاد-عقد توريد-عقد إدارة وإشراف على مشروع سياحي-وثيقة تأمين على بضائع-عقد تخصيص فيلا سكنية-عقد ودیعة-

عقد وكالة عقود- عقد بيع دولي للبضائع- عقد قرض- عقد تسوية مصرفية- عقد إنتاج فني- عقد تسويق- عقد بناء قاطرة بحرية- عقد تصميم وإشراف على مشروع- عقد خدمات استشارية- عقد تصفية شركة- عقد صلح- عقد بيع محل تجاري- عقد إنشاء ملعب جولف- عقد توريد منتجات بترولية.

27- إذ انتهينا من عرض وتوضيح أهم ما يمكن استخلاصه من بيانات إحصائية من واقع أحكام القضاء سالف الإشارة إليها، يمكننا أن نتعرف في القسم الثاني من هذه الدراسة على أهم اتجاهات هذا القضاء فيما يتعلق بأسباب قبول أو رفض دعاوى بطلان أحكام المحكمين.

ثانياً: حديث القانون

28- نص قانون التحكيم المصري في المادة (1/53) منه على أنه :
"لا تقبل دعوى بطلان حكم التحكيم إلا في الأحوال الآتية :
أ- إذا لم يوجد اتفاق تحكيم أو كان اتفاق التحكيم باطلاً أو قابلاً للإبطال أو سقط بانتهاء مدته.
ب- إذا كان أحد طرفي اتفاق التحكيم وقت إبرامه فاقد الأهلية أو ناقصها وفقاً للقانون الذي يحكم أهليته.

ج- إذا تعذر على أحد طرفي التحكيم تقديم دفاعه بسبب عدم إعلانه إعلاناً صحيحاً بتعيين محكم أو بإجراءات التحكيم أو لأي سبب آخر خارج عن إرادته.

د- إذا استبعد حكم التحكيم تطبيق القانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع النزاع.

هـ- إذا تم تشكيل هيئة التحكيم أو تعيين المحكمين على وجه مخالف للقانون أو لاتفاق الطرفين.

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

ز- إذا وقع بطلان في حكم التحكيم أو كانت إجراءات التحكيم باطلة بطلاناً أثر في الحكم."

29- كما نصت الفقرة الثانية من ذات المادة على وجوب أن تقضي المحكمة التي تنظر دعوى البطلان من تلقاء نفسها ببطلان حكم التحكيم إذا تضمن ما يخالف النظام العام في جمهورية مصر العربية.

30- ويتضح من استقراء المادة (53) سالفة الذكر أن جميع حالات البطلان تتعلق بالشكل وبالإجراءات وليس بالموضوع، إذ أنها

تتناول اتفاق التحكيم والأهلية اللازمة لإبرامه واحترام حقوق الدفاع ومبدأ سلطان الإرادة، فيما يتعلق بالقانون الواجب تطبيقه على موضوع النزاع، وصحة تشكيل هيئة التحكيم و التقيد بحدود المسائل الواردة في اتفاق التحكيم، وكذلك صحة حكم التحكيم وإجراءاته التي من شأنها أن تؤثر في الحكم، هذا فضلاً عن وجوب عدم مخالفة حكم التحكيم للنظام العام في مصر.

31- ودعوى البطلان كما أسلفنا لا تجيز إعادة طرح موضوع النزاع أمام القضاء الوطني، إذ أن في ذلك مساس بنهائية حكم التحكيم وبم الحجته المعترف بهما في ظل أحكام القانون المصري. بيد أن التحقق من توافر هذه الحالات من عدمه قد يؤدي عملاً إلى استدراج القاضي الوطني للخوض في الموضوع، الأمر الذي لا تجيزه النصوص ولم يقصده المشرع.

فهناك خط رفيع بين الإجراءات والموضوع وعلى القاضي الوطني، مهما بلغت الحجج القانونية المثارة أمامه من الطرف خاسر الدعوى التحكيمية وطالب البطلان، ألا ينساق للتعرض لموضوع النزاع وأن يكتفي بالتحقق من صحة الشكل والإجراءات في إطار دوره الرقابي على أحكام المحكمين.

32- من هنا كانت أهمية تحليل الأحكام الصادرة من القضاء بشأن دعاوى البطلان للتعرف على أهم الاتجاهات في هذا المجال، وهذا ما سنعرض له في هذا القسم من الدراسة فنفرق بين أهم حالات بطلان حكم التحكيم وأهم حالات رفض أو عدم قبول أو عدم الاختصاص بنظر دعوى البطلان، وذلك في ضوء أحكام محاكم الدرجة الثانية المصرية، وبصفة أساسية تلك الصادرة من محكمة استئناف القاهرة.

1- أهم حالات بطلان حكم التحكيم

33- سبق وأن أوضحنا أن عدد الأحكام التي قضت ببطلان حكم التحكيم بلغت 70 حكماً من أصل 200 حكم، أي بنسبة 35% من إجمالي الأحكام موضوع هذه الدراسة. وهذه النسبة تعد في نظرنا غير مقلقة بالنظر إلى الحداثة النسبية للقانون الذي صدرت هذه الأحكام إعمالاً لنصوصه وأيضاً لأن نسبة كبيرة من الأحكام التي قضى ببطلانها صدرت بصدد تحكيمات إجبارية قضى بعدم دستورتها، وبالتالي اضطر القضاء لإبطال الأحكام الصادرة بشأنها. وما يعيننا في المقام الأول هو معرفة الأسباب التي استند إليها القاضي الوطني للقضاء بالبطلان بهدف تقييم هذه الوسيلة من وسائل الطعن وتقدير مدى كفايتها وفعاليتها في الرقابة على أعمال المحكمين.

34- وبدراسة الأحكام التي قضت بالبطلان، يمكننا أن نعرض

أسباب بطلان أحكام التحكيم بترتيب أهميتها على النحو التالي :

1- حالة ما إذا وقع بطلان في حكم التحكيم أو كانت إجراءات التحكيم باطلة بطلاناً أثر في الحكم، وهي الحالة المنصوص عليها في الفقرة (ز) من المادة (1/53)، فقد قضى بطلان حكم التحكيم استناداً لهذه الحالة فيما يقارب خمسة عشرة دعوى من دعاوى البطلان، ونظراً لما تنسم به الفقرة المذكورة من شمول وعمومية، نشير إلى أنه، طبقاً لأحكام القضاء، يدخل في السبب الوارد بهذه الفقرة الحالات الآتية :

أ) خلو حكم التحكيم من البيانات التي أوجب القانون أن يشتمل عليها، ومنها صورة من اتفاق التحكيم (مادة 3/43)2.

2- محكمة استئناف القاهرة، دائرة (8) تجاري، جلسة 2000/3/23 ، شركة العبوات الدوائية ضد شركة مزرعة إتش - تو، كذلك محكمة استئناف القاهرة، دائرة (7) تجاري، جلسة 2004/12/7، شركة الفتوح لتجارة السيارات "أكفا" ضد الشركة المصرية للضفائر الكهربائية "كوفادال". تجدر الإشارة هنا إلى أن عبارة "صورة من اتفاق التحكيم" الوارد ذكرها في المادة (3/43) من قانون التحكيم تحمل أكثر من معنى، الأمر الذي أجبر المحكمين، أخذاً بالأحوط، على إرفاق مشاركة التحكيم، أو العقد المتضمن لشرط التحكيم، بحكم التحكيم مع اعتباره جزءاً لا يتجزأ منه. وفي حكم أحدث لمحكمة استئناف القاهرة، دائرة (91) تجاري، جلسة 2003/2/26، شركة إنار للتنمية السياحية والعقارية ضد حفناوي عباس مصطفى وأخرى، رفضت المحكمة النعي بعدم وجود اتفاق تحكيم مكتوب تأسيساً على أن حكم التحكيم قد أورد نص شرط التحكيم الوارد في العقد بالكامل، مما قد يفهم معه إمكانية الاكتفاء بذكر نص اتفاق التحكيم - شرطاً كان أو مشاركة - دون حاجة لإرفاقه بحكم التحكيم لكي يتم استيفاء الشرط المنصوص عليه في المادة (3/43) سالفة الذكر. وقد تأكد هذا الاتجاه في حكم آخر لمحكمة استئناف القاهرة، دائرة (91) تجاري، جلسة 2003/6/29، شركة مجلة المحكمة العليا - عدد خاص - الطرق البديلة لحل النزاعات: الصلح والوساطة والتحكيم - 15 و 16 جوان 2008

ب) عدم تسبب الحكم رغم عدم اتفاق الأطراف على ذلك، بالمخالفة لنص المادة (2/43).³

التعمير والاستشارات الهندسية ضد الجمعية التعاونية لبناء مساكن ضباط الشرطة، رفضت بموجبه المحكمة الدفع بعدم إرفاق صورة من اتفاق التحكيم بالحكم، مقرر أن شرط التحكيم المنصوص عليه في العقد قد تم النص عليه في الحكم التمهيدي وتناولته هيئة التحكيم في الحكم الصادر برفض الدفع بطلانه، كما أحال الحكم الطعين إلى هذا الحكم الأخير تبياناً لوقائع المنازعة التحكيمية وربطاً لتسلسل إجراءاتها، وأضافت المحكمة أن مبدى هذا الدفع لم ينازع في مضمون شرط التحكيم ولم يدع بأن الحكم الطعين قد خالف هذا المضمون أو تجاوزه. أنظر في تأكيد هذا الاتجاه أيضاً، محكمة استئناف القاهرة، دائرة (7) تجاري، جلسة 2005/6/7، شركة هلنان انترناشيونال هوتيلز إيه. إس ضد الشركة المصرية العامة للسياحة والفنادق "إيجوث"، كذلك حكم محكمة استئناف القاهرة، دائرة (91) تجاري، جلسة 2005/3/30، شركة نسكو مصر للاستثمارات السياحية ضد شركة مصر لأعمال الأسمنت المسلح، وفيه أكدت المحكمة على أنه يكفي ليكون حكم التحكيم متضمناً بصورة من اتفاق التحكيم أن يكون الحكم قد أشار في مدوناته إلى نص شرط التحكيم.

3- محكمة استئناف القاهرة، الدائرة (63) تجاري، الدعوى رقم 2240 لسنة 111 ق، جلسة 1995/2/22، كذلك محكمة استئناف القاهرة، الدائرة (63) تجاري، الدعوى رقم 114/26 ق، جلسة 1998/2/18، شركة المعادي للتنمية والتعمير ضد شركة المحمودية للمقاولات. وفي هذا الحكم الأخير، أكدت المحكمة أيضاً على أن التسبب غير الجدي أو الجمل الذي يصلح لكل طلب مساو لعدم التسبب موضحة أن الغاية الأساسية من تسبب الأحكام بصفة عامة هي توفير الرقابة على عمل القاضي، والتحقق من حسن استيعابه لوقائع النزاع ودفاع طرفيه، والوقوف على أسباب قضاء المحكمة فيها، لا مجرد استكمال شكل الأحكام باعتبارها ورقة من أوراق المرافعات، وبالتالي فلا نزاع في ضرورة تسبب أحكام المحكمين حتى تتمكن المحكمة - في مقام دعوى بطلان الحكم - من بسط رقابتها على الحكم وصحته وخلوه من أوجه العوار التي تبطله، ومن هنا جرت النصوص القانونية الخاصة بالتحكيم - سواء كان اختيارياً أو إجبارياً - على اشتراط تسبب حكم المحكمين (المادة 2/43 من قانون التحكيم المصري). وأضافت المحكمة أنه يجب بناء على ذلك أن يشتمل حكم التحكيم على أسباب تبين مصادر الأدلة التي كونت المحكمة منها عقيدتها وفحواها، وأن يكون لها مأخذها الصحيح من الأوراق ثم تترل عليه تقديرها ويكون مؤدياً للنتيجة التي خلصت إليها، وذلك حتى يتأتى مراقبة سداد الحكم وأن الأسباب التي أقيم عليها جاءت سائفة لها أصلها الثابت بالأوراق وتتأدي الأوراق مع النتيجة التي خلص إليها حتى يقتنع المطلع على الحكم بعادته ويمكن المحكمة في دعوى البطلان من مراقبة صحة الحكم وخلوه من العوار البطل له، وحتى لا ينقلب التحكيم إلى وسيلة لتحكيمية arbitraire، مجلة المحكمة العليا - عدد خاص - الطرق البديلة لحل النزاعات: الصلح والوساطة والتحكيم - 15 و 16 جوان 2008

(ج) إصدار الحكم بدون مداولة بالمخالفة لنص المادة (40)4.

(د) عدم إثبات أسباب عدم توقيع الأقلية في حكم التحكيم الصادر بالأغلبية، بالمخالفة لنص المادة (1/43)5.

ولذلك كله فإن خلل الحكم من الأسباب هو عيب شكلي يؤدي إلى بطلانه. كما تبنت المحكمة المذكورة معياراً هاماً فيما يتعلق بمدى كفاية تسييب حكم التحكيم، إذ قضت بأن حكم التحكيم يعتبر معلوم الأسباب "إذا كان التسييب مشوهاً أو غامضاً أو مبهماً أو علماً بمجمل يصلح لكل طلب" كقول هيئة التحكيم بمجمل أن المدعى أثبت ما يدعيه من ملكية العين المتنازع عليها دون أن تبين الأدلة التي استندت إليها وكيف أنها تفيد الملكية، كذلك يعتبر الحكم خلواً من الأسباب إذا كان التسييب خاطئاً أو غير جدي أو ناقص. أنظر كذلك، محكمة استئناف القاهرة، دائرة (8) تجاري، جلسة 2000/3/23، شركة العبوات الدوائية ضد شركة مزرعة إتش - نو، وكذلك تأكيداً لذات المعيار، محكمة استئناف القاهرة، دائرة (91) تجاري، جلسة 2003/6/29، الشركة المصرية للضفائر الكهربائية ضد وزير المالية ومدير عام مصلحة الجمارك، وكذلك محكمة استئناف القاهرة، دائرة (91) تجاري، 2003/6/29، شركة الدلتا الصناعية (إيدبال) ضد وزير المالية، وكذلك محكمة استئناف القاهرة، دائرة (91) تجاري، جلسة 2004/1/28، الهيئة العامة للتأمين الصحي ضد بنك القاهرة.

4- محكمة استئناف القاهرة، دائرة (63) تجاري، جلسة 1995/12/20. كذلك محكمة استئناف القاهرة، الدائرة (63) تجاري، الدعوى رقم 114/26 ق، جلسة 1998/2/18، شركة المعادي للتنمية والتعمير ضد شركة المحمودية للمقاولات. وتجدر الإشارة إلى أنه في حكم أحدث تم رفض هذا السبب من أسباب البطلان على أساس أن حكم التحكيم المطعون فيه قد أثبت في منطوقه حصول مداولة، وبالتالي لا يكفي نفياً لذلك مجرد اعتراض المحكم المعين من قبل الطرف الذي يتمسك بعدم حصول مداولة ورفضه التوقيع على الحكم قولاً بانعدام المداولة قانوناً، وذلك لأن "ما أثبتته المنطوق من حصول مداولة لا يجوز إثبات عكسه بغير اتخاذ طريق الطعن بالتزوير (...) فضلاً عن أن عدم أخذ أغلبية هيئة التحكيم برأي الأقلية لا ينفي حصول المداولة. وأخيراً فإن القانون لم يرسم طريقاً معيناً لإجراء المداولة إذ قضت المادة (40) من قانون التحكيم رقم 1994/27 بأن يصدر حكم التحكيم بعد مداولة تتم على الوجه الذي تحدده هيئة التحكيم، ما لم يتفق طرفا التحكيم على غير ذلك". وقد تأكد هذا القضاء في حكم أحدث صادر من ذات المحكمة، محكمة استئناف القاهرة، دائرة (91) تجاري، جلسة 2005/2/27، شركة هيونداي إنجينيرنج أند كونستركشين ليمتد ضد شركة الإسكندرية أسوان للرخام والجرانيت "جرينت".

مجلة المحكمة العليا - عدد خاص - الطرق البديلة لحل النزاعات: الصلح والوساطة والتحكيم - 15 و 16 جوان 2008

هـ) عدم إخطار أحد أطراف التحكيم بمواعيد الجلسات والاجتماعات (المعاينات)، بالمخالفة لنص المادة (2/33) 6.

و) عدم إتباع إجراءات التحكيم المنصوص عليها في المادتين (30) و(31) من القانون. بما يؤثر في الحكم (عدم إرسال بيان الدعوى أو مذكرة الدفاع أو صورة مما يقدمه أحد الطرفين إلى هيئة التحكيم إلى الطرف الآخر) 7.

ز) استناد الحكم لمعينة باطلة لعدم تحرير محضر بالأعمال المتعلقة بتلك المعينة بمعرفة كاتب محضر المعينة ويوقع عليه، بالمخالفة

5- محكمة استئناف القاهرة، دائرة (63) تجاري، جلسة 1995/12/20. وكذلك محكمة استئناف القاهرة، دائرة (91) تجاري، جلسة 2003/6/29، شركة الدلتا الصناعية (إيدبال) ضد وزير المالية. وتحدد الإشارة إلى أنه في حكم آخر أوضحت محكمة استئناف القاهرة أن مفاد المادة (1/43) من قانون التحكيم (المطابقة للمادة (1/31) من قانون التحكيم النموذجي لليونسفال) أن المشرع لم يشترط في حالة امتناع أقلية المحكمين عن التوقيع سوى أن يتضمن حكم التحكيم بياناً لسبب امتناع تلك الأقلية عن التوقيع، كما أنه لم يشترط أن يرفق بحكم التحكيم أية آراء مخالفة (dissenting opinions) للرأي الذي انتهت إليه أغلبية هيئة التحكيم. وقد أكد هذا الحكم على أن ذكر أسباب امتناع الأقلية عن التوقيع على حكم التحكيم يعتبر طبقاً للقانون المصري أحد بيانات الحكم الجوهرية ومن ثم يترتب على إغفاله بطلان حكم التحكيم، كما أن أسباب هذا الامتناع التي يوردها الحكم المذكور تعتبر حجة على الأطراف فلا يجوز لهم إثبات عكسها إلا بطريق الطعن بالتزوير (محكمة استئناف القاهرة، دائرة (91) تجاري، جلسة 2002/11/27، شركة روتان للاستثمار في التنمية السياحية والزراعية ضد شركة هلتان لإدارة الفنادق، ص 6-7).

6- محكمة استئناف القاهرة، دائرة (8) تجاري، جلسة 1999/7/20، شركة تيرانا للاستثمار السياحي ضد المكتب الهندسي المهندسون الاستشاريون (إيهاف).

7- محكمة استئناف القاهرة، دائرة (8) تجاري، جلسة 1998/4/22، شركة Z. S. E. التشيكية ضد هيئة كهرباء الريف.

نص المادة (131) من قانون الإثبات والمادة (25) من قانون المرافعات⁸.

(ح) عدم كتابة حكم التحكيم⁹.

2- يلي هذا السبب في الأهمية، ذلك المتعلق بتشكيل هيئة التحكيم أو تعيين المحكمين على وجه مخالف للقانون أو لاتفاق الطرفين، وهو السبب المنصوص عليه في الفقرة (هـ) من المادة (1/53).

ففي ثلاثة عشرة دعوى قضى ببطلان حكم التحكيم تأسيساً على مخالفة تعيين المحكمين للقانون، سواء لقيام أحد الطرفين بتعيين محكم كان من قبل محامياً أو وكيلاً عنه¹⁰، أو لتشكيل هيئة التحكيم من عدد شفع بالمخالفة لصريح نص المادة (2/15) من قانون التحكيم¹¹.

8- محكمة استئناف القاهرة، دائرة (91) تجاري، جلسة 2003/5/28، وزير السياحة ضد شركة مجمع الأمل السياحي.

9- محكمة استئناف القاهرة، دائرة (8) تجاري، جلسة 2001/4/24، الجمعية التعاونية لإسكان العاملين بوزاري الشؤون الاجتماعية والعمل ضد رضا محمد باقوت وآخر.

10- محكمة استئناف القاهرة، دائرة (50) تجاري، جلسة 1998/11/25، شركة السويس الدولية للملابس ضد شركة إنتركو الإيطالية.

11- محكمة استئناف القاهرة، دائرة (63) تجاري، جلسة 1999/4/21، مصنع الحلال لتصنيع الأسماك ضد وزير المالية. كذلك محكمة استئناف القاهرة، دائرة (91) تجاري، جلسة 2003/1/29، أماني شكري عبد المسيح وآخر ويتين ضد ثروت ياسيني عن نفسه وبصفته وشركة الأهرام للسمسرة في الأوراق المالية وشركة جلاسكو ولكام مصر والهيئة العامة لسوق المال، وكذلك محكمة استئناف القاهرة، دائرة (91) تجاري، جلسة 2003/7/27، بنك التعمير والإسكان ضد شركة المقاولون العرب ووزير العدل.

مجلة المحكمة العليا - عدد خاص - الطرق البديلة لحل النزاعات: الصلح والوساطة والتحكيم - 15 و 16 جوان 2008

أو لتعيين محكم رئيس من غير المهندسين بالمخالفة لاتفاق الطرفين¹²، أو لعدم إفصاح أحد المحكمين عند قبوله للتعيين عن الظروف التي من شأنها أن تثير شكوكاً حول استقلاله أو حيده طبقاً لنص المادة (3/16) من قانون التحكيم¹³، أو لكون المحكمين غير مدرجين بقوائم المحكمين الصادر بشأنها قرار من وزير العدل¹⁴، أو لتعيين رئيس هيئة

12- محكمة استئناف القاهرة، دائرة (64) تجاري، جلسة 2001/9/24، شركة النصر العامة للمقاولات (حسن محمد علام) ضد مكتب المجموعة الاستشارية.

13- محكمة استئناف القاهرة، دائرة (91) تجاري، جلسة 2004/3/30، الجمعية التعاونية للبناء والاسكان لأعضاء هيئة التدريس بجامعة القاهرة ضد مدينة عمود جمعة. وتجدر الإشارة إلى أن المحكمة تناولت في هذا الحكم المقصود بكل من الحيادة والاستقلال فذكرت أن "الحيادة Impartialité عبارة عن ميل نفسي أو ذهني للمحكم يكون لصالح أو ضد أحد أطراف النزاع أو الغير أو الدولة بحيث يرجح معه عدم استطاعته الحكم بغير ميل لأحد ممن ذكروا أو ضده، فوجود عدواة أو مودة بين المحكم وأحد الخصوم يرجح معها عدم استطاعته الحكم بغير ميل أو هوى بيد أنه يجب أن تكون العدواة أو المودة شخصية ومن القوة بحيث يستنتج منها قيام خطر عدم الحيادة عند إصدار الحكم - ويلاحظ أن إثبات عدم حيادة المحكم أصعب وأدق من إثبات عدم استقلاله، ذلك أن عدم الحيادة حالة نفسية ذات طابع شخصي تخضع لنية المحكم وتفكيره ويندر أن يكون لها أمارات خارجية تدل عليها الأمر الذي يصعب معه إثباتها مباشرة، والحيادة في ذلك تختلف عن الاستقلال indépendance حيث إن إثبات عدم استقلال المحكم يكون عادة أسهل لوجود مظاهر مادية تدل على روابط التبعية القائمة بين المحكم وأحد أطراف النزاع، وتلك المظاهر المادية تكفي لقيام الشك في استقلاله حتى ولو كانت تلك الروابط ليست بالدرجة التي تؤدي إلى انحياز المحكم أو عدم حيده"، كما أضافت المحكمة أنه "نظراً لصعوبة وضع تعريف لكل من حيادة المحكم واستقلاله، فإن القضاء الفرنسي كثيراً ما يستعمل في شأنهما مصطلح الاستقلالية الذهنية L'indépendance d'esprit باعتبارهما ضمانات جوهرية مباشرة للسلطة القضائية أي كان مصدرها (سواء كان ذلك المصدر هو القانون كما في قضاء الدولة أو الاتفاق كما هو الحال في التحكيم بحيث تبدو صفتي الحيادة والاستقلال وقد امتزجت كل منهما بالأخرى..."

14- محكمة استئناف القاهرة، دائرة (8) تجاري، جلسة 2002/1/23، عبد الفتاح قري ليثي وآخرون ضد عبد الصمد جمعة عبد الصمد وآخرين.

التحكيم

التحكيم على وجه مخالف لاتفاق الطرفين وللقانون معاً، لأن شرط التحكيم يستلزم أن يتم تعيين رئيس هيئة التحكيم باتفاق الطرفين وليس عن طريق المحكمين المعيّنين من قبلهما¹⁵، أو لتعيين المحكمين بموجب أمر على عريضة وليس بحكم صادر في دعوى أقيمت بالطرق المعتادة لرفع الدعاوى، بالمخالفة لمفهوم وتفسير القاضي للإجراءات التي رسمتها المادة (17) من القانون المذكور¹⁶.

15- محكمة استئناف القاهرة، دائرة (91) تجاري، جلسة 2004/5/26، شركة الحجاز للسياحة ضد المكب الاستشاري للتخطيط والتنمية. أنظر تبني ذات المبدأ في حكم محكمة استئناف القاهرة، دائرة (62) تجاري، جلسة 2004/5/23، شركة مجموعة التوفيق الجديدة وأخرى ضد شركة شل للتسويق مصر.

16- محكمة استئناف القاهرة، دائرة (91) تجاري، جلسة 2002/4/30، شركة لعكس للفنادق العائمة والمتنجات السياحية ضد شركة رواد السياحة، كذلك محكمة استئناف القاهرة، دائرة (91) تجاري، جلسة 2002/6/26، شركة النصر للإسكان والتعمير وصيانة المباني ضد مؤسسة جمال، أبو الفتوح للمقاولات والاستيراد والتصدير والتوكيلات التجارية، أنظر كذلك محكمة استئناف القاهرة، دائرة (91) تجاري، جلسة 2003/2/26، شركة التأمين الأهلية ضد بنك الأهلي سوسيتيه جنرال وآخرين. وفي هذا الحكم الأخير أوضحت المحكمة أسباب تبني هذا القضاء فيما يتعلق بطريقة تعيين المحكمين من قبل القاضي الوطني، إذ ذكرت أن "إصدار قرار من المحكمة بتعيين محكم ليفصل في نزاع اتفق على حسمه بطريقة التحكيم يعني بالضرورة أن تتحقق المحكمة أولاً من أن نزاعاً قد نشأ فعلاً بين الطرفين وأن هناك اتفاق صحيح بينهما على اللجوء إلى التحكيم من أجل الفصل فيه، بحيث أنه إذا تبين للمحكمة أن النزاع لم ينشأ بعد بين الخصوم أو أن اتفاق التحكيم ظاهر البطلان، فإنه يمتنع عليها في مثل هذه الحالة إجابة طلب تعيين محكم". وأضافت المحكمة أنه "حتى تتحقق المحكمة من قيام نزاع بين الطرفين ومن وجود اتفاق صحيح بينهما على اللجوء إلى التحكيم، فإنه لا بد لها من الاستماع إلى دفاع الطرف الآخر في هذا الخصوص أو على الأقل دعوته إلى إبداء دفاعه" وانتهت المحكمة إلى أنه "من غير المعقول أن تقوم المحكمة المختصة بتعيين محكم دون أن تستمع إلى دفاع جميع الأطراف أو على الأقل دعوتهم إلى تقديمه".

مجلة المحكمة العليا - عدد خاص - الطرق البديلة لحل النزاعات: الصلح والوساطة والتحكيم - 15 و 16 جوان 2008

3- أما السبب الثالث من أسباب البطلان، فيتعلق بتضمن حكم التحكيم ما يخالف النظام العام في مصر، وهو السبب المنصوص عليه في الفقرة (2) من المادة (53)، وهي الحالة الوحيدة التي يجب أن تقضي فيها المحكمة بالبطلان من تلقاء نفسها حتى ولو لم يثرها الأطراف. ففي إحدى الدعاوى، قضى ببطلان حكم التحكيم جزئياً لتضمنه ما يخالف النظام العام في مصر تأسيساً على أن حكم التحكيم قضى بالتعويض الإتفاقي طبقاً للشرط الجزائي الوارد في العقد بعد أن قضى بفسخ العقد، وقد أكد هذا القضاء على أن تقرير الحق في التعويض الاتفاقي أو الشرط الجزائي يعد من النظام العام طبقاً لنص المادتين (223) و(224) من القانون المدني. وأوضحت المحكمة أنه كان يتعين على هيئة التحكيم قانوناً أن ترفض طلب التعويض الاتفاقي المنصوص عليه بالعقد إذ أنها قضت بفسخ العقد فسقط الالتزام الأصلي بفسخ العقد وسقط معه الالتزام الفرعي، أي الشرط الجزائي¹⁷.

كما حكم ببطلان حكم التحكيم لتضمنه مخالفة للنظام العام، إذ قضى بتمكين المحتكمة من مساحة أرض تشغلها وزارة الدفاع بقواتها، اعتباراً بأن تلك المساحة من الأموال العامة ومخصصة لأغراض الدفاع عن إقليم الدولة من جهة الخارج وتأمين سلامة البلاد وأمنها تحقيقاً

17- محكمة استئناف الإسكندرية، دائرة (6) تجاري، جلسة 2002/7/22، شركة الإسكندرية للمشروعات السياحية والعمرانية والصناعية والتعدينية ضد شركة مصر اكسپورت للاستثمارات المالية.

مجلة المحكمة العليا - عدد خاص - الطرق البديلة لحل النزاعات: الصلح والوساطة والتحكيم - 15 و 16 جوان 2008

للمصلحة العليا للجماعة، وبالتالي يقع باطلاً بطلاناً مطلقاً، لتعلقه بالنظام العام، التصرف فيها¹⁸.

كما قضى، من تلقاء نفس المحكمة، ببطان أكثر من حكم تحكيم صادر في مجال صحة ونفاذ بعض التصرفات الواردة على عقارات لمخالفتها للنظام العام في مصر لانطوائها على إحدى حالات الغش نحو القانون والتحايل عليه للإفلات مما أوجبه المشرع بنصوص أمرة بشأن وجوب شهر التصرفات العقارية وتسجيلها وشهر صحف الدعاوى الخاصة بها¹⁹.

كما قضى، من تلقاء نفس المحكمة أيضاً، ببطان عدد من أحكام التحكيم لمخالفتها النظام العام في مصر على أساس أن هيئة التحكيم قد قضت بإدخال طرف والقضاء ضده دون اتفاق تحكيم²⁰.

18- محكمة استئناف القاهرة، دائرة (91) تجاري، جلسة 2003/5/28، شركة مجمع الأمل السياحي ضد وزير السياحة.

19- محكمة استئناف القاهرة، دائرة (91) تجاري، جلسة 2005/11/29، ورثة المرحوم محمد شاكرا خليل ضد محمد أحمد عليوة، كذلك محكمة استئناف القاهرة، دائرة (91) تجاري، جلسة 2005/4/27، محمد نصير محمد مصطفى خليفة وأخرى ضد محمد عبي الدين سيد بيومي سلامة وآخر.

20- محكمة استئناف القاهرة، دائرة (62) تجاري، جلسة 2002/6/5، شركة كهر سوفيس ليمتد ضد شركة الخطيب الدولية للخدمات البترولية، كذلك محكمة استئناف القاهرة، دائرة (62) تجاري، جلسة 2002/6/5، شركة كهر للمشروعات الإنشائية ضد شركة الخطيب الدولية للخدمات البترولية. وتجدير الإشارة إلى أنه في هذين الحكمين تعرض قاضي البطان لموضوع النزاع، إذ اعتبر أن حكم التحكيم قد خالف القانون واجب التطبيق بقضائه بالتضامن في حين أنه وفقاً للقانون لا يفترض.

مجلة المحكمة العليا - عدد خاص - الطرق البديلة لحل النزاعات: الصلح والوساطة والتحكيم - 15 و 16 جوان 2008

كما قضي، من تلقاء نفس المحكمة أيضاً، بإبطال حكم تحكيم لمخالفته للنظام العام في مصر على أساس أن هيئة التحكيم لم تقم بتصحيح شكل الدعوى باختصاص المصفي القضائي وفقاً لما هو مقرر قانوناً²¹.

هذا وقد قضت المحكمة من تلقاء نفسها بإبطال حكم التحكيم الصادر من الهيئة العامة لسوق المال (تحكيم إجباري) وفقاً لنص المادة (53) من قانون التحكيم اعتباراً بأن الحكم المذكور قد تضمن ما يخالف النظام العام في مصر لعدم استناده إلى اتفاق تحكيم (بل إلى المواد 2/10 و 52 من القانون رقم 95 لسنة 1992 بشأن قانون سوق المال والمقضي بعدم دستوريتهما)، وقالت المحكمة أن ذلك ينطوي بالضرورة على "إخلال بحق التقاضي بحرمان ذوي الشأن من اللجوء إلى قاضيه الطبيعي بغير طريق الاتفاق الإرادي الحر على ذلك وافتئات على اختصاص السلطة القضائية صاحبة الولاية العامة دون سبب مشروع، وكل ذلك مخالف للنظام العام"²².

21- محكمة استئناف القاهرة، دائرة (62) تجاري، جلسة 2001/12/5، شركة النصر للتصدير والاستيراد ضد شركة المروة للتجارة والاستيراد وآخرين.

22- محكمة استئناف القاهرة، دائرة (91) تجاري، جلسة 2003/1/29، الشركة المصرية الأسبانية لصناعة الغزل والنسيج (مسي) ضد بنك القاهرة الشرق الأقصى. أنظر كذلك في ذات المعنى محكمة استئناف القاهرة، دائرة (91) تجاري، جلسة 2002/12/30، عائشة عبد المعبود عطية الله ضد البنك التجاري الدولي. وكذلك محكمة استئناف القاهرة، دائرة (91) تجاري، جلسة 2003/11/22، الجمعية التعاونية للبناء والإسكان للعاملين بالجهاز المركزي للمحاسبات ضد كريمة السيد أحمد سالم.

مجلة المحكمة العليا - عدد خاص - الطرق البديلة لحل النزاعات: الصلح والوساطة والتحكيم - 15 و 16 جوان 2008

وقد تأكد هذا القضاء فيما بعد في أكثر من حكم صادر من محكمة استئناف القاهرة في أعوام 2003 و2004 قضت بموجبها هذه المحكمة بإبطال حكم التحكيم "لاستناده إلى نظام تحكيم إجباري فرض قسراً أو تسلطاً على طرفيه ودون اتفاقهما الحر على اللجوء إليه بما يخالف النظام في جمهورية مصر العربية ومن ثم تقضي المحكمة بهذا البطلان من تلقاء نفسها عملاً بنص المادة (53) فقرة 2 من قانون التحكيم رقم 1994/27²³.

23- محكمة استئناف القاهرة، دائرة (91) تجاري، جلسة 2003/11/22، الجمعية التعاونية للبناء والإسكان للعاملين بالجهاز المركزي للمحاسبات ضد علي حنفي عبد الرحمن. كذلك محكمة استئناف القاهرة، دائرة (91) تجاري، جلسة 2003/11/22، شركة أوبتيما لتداول الأوراق المالية ضد شركة فليمنج المنصور لتداول الأوراق المالية وشركة مصر للمقاصة والحفظ المركزي، كذلك محكمة استئناف القاهرة، دائرة (91) تجاري، جلسة 2004/3/30، محمد حافظ عبد البر ضد الجمعية التعاونية للبناء والإسكان للعاملين بشركة بتزول خليج السويس (جهاكو). وتجدر الإشارة إلى أن قاض البطلان قد أقر التحكيم الإجباري فيما بين شركات القطاع العام والجهات الحكومية بموجب نص المادة (56) من القانون رقم 1997/83، والتي جعلت من هذا التحكيم الإجباري الطريق الوحيد للفصل في المنازعات التي تقع بين شركات القطاع العام وبعضها وبعض. وترتباً على ذلك قضت محكمة استئناف القاهرة من تلقاء نفسها بإبطال أحكام التحكيم التي تبنت وجهة نظر مخالفة على أساس مخالفتها للنظام العام في مصر تحديداً قواعد توزيع الاختصاص الولائي بين المحاكم، إذا اعتبرت أن هيئات التحكيم الإجباري المشكلة طبقاً للقانون المذكور تختص دون غيرها بنظر كل نزاع بين الجهات سالفة البيان، "لأنها لا تقوم على خصومات تعارض فيها المصالح، كما هو الحال في منازعات الأفراد أو القطاع الخاص، بل تنتهي جميعها في نتيحتها إلى جهة واحدة هي الدولة"، محكمة استئناف القاهرة، دائرة (91) تجاري، جلسة 2004/3/30، شركة الغازات البترولية "بتروجاس" ضد وزير المالية بصفتة الرئيس الأعلى لمصلحة الضرائب، كذلك محكمة استئناف القاهرة، دائرة (91) تجاري، جلسة 2004/4/28، شركة التمساح لبناء السفن ضد الهيئة العامة لتنفيذ المشروعات الصناعية والتعدينية.

مجلة المحكمة العليا - عدد خاص - الطرق البديلة لحل النزاعات: الصلح والوساطة والتحكيم - 15 و16 جوان 2008

هذا وقد تصدى قاضي البطلان للمقصود من مخالفة النظام العام، فأشار إلى أن النظام العام "يشمل القواعد التي ترمي إلى تحقيق المصلحة العامة للبلاد سواء من الناحية السياسية أو الاجتماعية أو الاقتصادية التي تتعلق بالوضع الطبيعي المادي والمعنوي لمجتمع منظم وتعلو فيه على مصالح الأفراد". كما أشار إلى أن "التشريعات إما أن تكون أمرة واجبة الإتياع، وإما تكون مفسرة أو مكملة لإرادة المتعاقدين، والقواعد الآمرة تنفرع إلى قواعد تتعلق بالنظام العام بحيث تقع مخالفتها باطللة بطلاناً مطلقاً بقوة القانون لا تمحوه الإجازة وبحق لكل ذي مصلحة التمسك به بل وتقضي به المحكمة من تلقاء نفسها، وأخرى-رغم وجوب إتياعها- لا تتعلق بالنظام العام"²⁴.

4- أما السبب الرابع من أسباب البطلان، فهو ذلك المتعلق بحالة عدم وجود اتفاق تحكيم أو إذا كان هذا الاتفاق باطلاً أو قابلاً للإبطال أو سقط بانتهاء مدته، وهو السبب المنصوص عليه في الفقرة (أ) من المادة (1/53).

وقد حكم بالبطلان في ثمانية دعاوى استناداً لهذا السبب. ففي إحدى الدعاوى، قضى ببطلان حكم التحكيم لبطلان اتفاق التحكيم

24- محكمة استئناف القاهرة، دائرة (7) تجاري، جلسة 2005/3/8، عبد الله سليمان الراجحي ضد شركة ماك يفريدجز ليمتد.

تأسيساً على أن مشاركة التحكيم لم تحدد المسائل التي يشملها التحكيم، بالمخالفة لنص المادة (2/10) من القانون 25.

كما قضي في دعوى أخرى ببطالان حكم التحكيم لاستناده إلى شرط تحكيم "زال ولم يعد موجوداً" نتيجة التنازل عنه ضمناً بالمثل أمام القضاء وتقدم طلب عارض دون الدفع بعدم قبول الدعوى لوجود شرط تحكيم. وأوضحت المحكمة في هذا الحكم الهام أنه يترتب على زوال شرط التحكيم بالتزول عنه أن "يعود الاختصاص بنظر النزاع إلى المحاكم العادية صاحبة الولاية العامة". بما لا يجوز معه اللجوء للتحكيم مرة أخرى، إذ يلزم لإحياء وجود شرط التحكيم المتنازل عنه اتفاق تحكيم جديد²⁶.

كما قضي في أكثر من دعوى ببطالان حكم التحكيم لعدم وجود اتفاق تحكيم²⁷، علماً بأنه في حالة وجود شرط تحكيم معيب pathological بما يثير الشك حول حقيقة النية التي اتجهت إليها

25- محكمة استئناف القاهرة، دائرة (7) تجاري، جلسة 1999/9/7، أحمد إمام غريب ضد عبد العزيز رزق، وكذلك محكمة استئناف القاهرة، دائرة (91) تجاري، جلسة 2003/1/29، ماهر إمام محمد سيد عطا الله ضد عبد التواب عبد الرحمن سعيد وآخر.

26- محكمة استئناف القاهرة، دائرة (7) تجاري، جلسة 1999/12/7، الشركة الأهلية للعجائن والحلويات ضد محمد العطاوي سنبل.

27- محكمة استئناف القاهرة، دائرة (8) تجاري، جلسة 2002/1/23، ولاء صالح المتلاوي وآخر ضد ماحدة هاشم فريد، وكذلك محكمة استئناف القاهرة، دائرة (91) تجاري، جلسة 2004/11/29، الاتحاد التعاوني الاستهلاكي الإقليمي بالغربية ضد شركة حلوان للأجهزة المعدنية.

إرادة الطرفين فيما يتعلق بوسيلة فض النزاع، وما إذا كان ذلك عن طريق التحكيم أو القضاء، فإنه يجب تغليب الأصل على الاستثناء أي اختصاص المحاكم العادية صاحبة الولاية العامة²⁸.

وفي دعوى أخرى، قضي ببطالان حكم التحكيم لبطلان اتفاق التحكيم (مشارطة) تأسيساً على تعلقها بمسألة لا يجوز التحكيم فيها وهي عمل من أعمال السيادة (شغل وزارة الدفاع للأرض موضوع النزاع) يخرج عن ولاية القضاء بالتحكيم وأيضاً لتعلق اتفاق التحكيم (المشارطة) بمال عام (قطعة أرض تشغلها وزارة الدفاع)، وبالتالي لا يجوز الصلح أو التحكيم بشأنه ويقع باطلاً كل تصرف يتناوله²⁹.

كما قضي أيضاً بالبطلان استناداً لهذا السبب على أساس أن حكم التحكيم المطعون فيه قد بنى قضاءه في الدعوى التحكيمية على سند من نصوص قانونية قضى بعدم دستورتها فيما تضمنته من فرض نظام تحكيم إجباري فيما بين الجمعيات التعاونية وأعضائها، وبالتالي يكون حكم التحكيم قد صدر من "جهة ليست لها ولاية إصداره

28- محكمة استئناف القاهرة، دائرة (91) تجاري، جلسة 2004/11/29، الشركة المصرية الكويتية العقارية ضد شركة السلام للمقاولات والتجارة.

29- محكمة استئناف القاهرة، دائرة (91) تجاري، جلسة 2003/5/28، شركة مجمع الأمل السياحي ضد وزير السياحة.

وغير مختصة بنظر النزاع الصادر فيه" ويكون حكمها بناء عليه قد صدر باطلاً³⁰.

5- أما السبب الخامس من أسباب البطلان بترتيب أهميتها، فهو ذلك الخاص باستبعاد حكم التحكيم تطبيق القانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع النزاع، وهو السبب المنصوص عليه في الفقرة (د) من المادة (1/53).

فقد قضى ببطلان حكم التحكيم استناداً لهذه الفقرة في سبعة دعاوى بطلان. وتجدد الإشارة إلى أن هذا السبب غير منصوص عليه في قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الذي استقى منه القانون المصري للتحكيم أحكامه.

وفي دعوتين من تلك الدعاوى، ذهبت محكمة استئناف القاهرة إلى أن العقد موضوع النزاع كان عقداً إدارياً وبالتالي قضت ببطلان حكم التحكيم تأسيساً على استبعاد القانون الإداري المصري الواجب التطبيق وفقاً للمحكمة بدلاً من القانون المدني الذي طبقته هيئة التحكيم. وتجدد الإشارة إلى أن الأطراف في هاتين الدعوتين كانوا

30- محكمة استئناف القاهرة، دائرة (91) تجاري، جلسة 2003/7/27، غريب أحمد صالح ضد الجمعية التعاونية للبناء والإسكان للمأمورية بالضرائب.

مجلة المحكمة العليا - عدد خاص - الطرق البديلة لحل النزاعات: الصلح والوساطة والتحكيم - 15 و16 جوان 2008

قد اتفقوا على تطبيق القانون المصري على موضوع النزاع دون تحديد ما إذا كان المقصود هو القانون المدني المصري أم القانون الإداري³¹.

وفي دعوى أخرى، قضى بطلان حكم التحكيم لاستبعاده تطبيق القانون المدني المصري تأسيساً على أنه لم يتم باحتساب الفوائد وفقاً لأحكامه، بل اعتمد في حسابها على معيار LIBOR³².

وفي دعوى أخرى، قضى بطلان حكم التحكيم صادر من مركز تحكيم كلية الحقوق جامعة عين شمس لاستبعاده تطبيق أحكام القانون المدني المتفق عليها³³. كذلك قضى بطلان حكم تحكيم لاستبعاده القانون المصري المتفق على تطبيق أحكامه والقضاء على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقيّد بأحكام القانون³⁴.

31- محكمة استئناف القاهرة، دائرة (7) تجاري، جلسة 1995/12/5، وزير الدفاع بصفته الرئيس الأعلى لهيئة تسليح القوات المسلحة والقوات الجوية ضد شركة كروماللوي ومحكمة استئناف القاهرة، دائرة (7) تجاري، جلسة 1999/9/7، هيئة النقل العام ضد شركة ايتالورك الإيطالية. تجدر الإشارة إلى أنه في حكم أحدثت لذات المحكمة تم رفض هذا السبب واعتباره غير سديد استناداً إلى أن شرط التحكيم المزمع بين طرفي النزاع تضمن الاتفاق على تطبيق القوانين المصرية (Egyptian Laws) دون تخصيص لأي فرع من فروعها، وقد أشارت المحكمة إلى أن الحكم الصادر من الدائرة السابعة في قضية كروماللوي لا يقيد بها. أنظر كذلك في ذات المعنى محكمة استئناف القاهرة، دائرة (91) تجاري، جلسة 2003/1/29، شركة آسيا برون بوفاري (ABB) ضد شركة امكو (AMCO).

32- محكمة استئناف القاهرة، دائرة (64) تجاري، جلسة 2001/7/30، الشركة القومية للأسمتت ضد شركة دويتش بايكوك وآخرين.

33- محكمة استئناف القاهرة، دائرة (62) تجاري، جلسة 2002/5/8، بنك فيصل الإسلامي المصري ضد شركة أبناء خليفة للاستيراد وتجارة الأخشاب.

34- محكمة استئناف القاهرة، دائرة (7) تجاري، جلسة 2002/1/8، شركة وينجر للفنادق والمنشآت السياحية ضد شركة التنمية العمرانية "سعودي وشركاه".

مجلة المحكمات العليا - عدد خاص - الطرق البديلة لحل النزاعات: الصلح والوساطة والتحكيم - 15 و 16 جوان 2008

ويمكننا أن نلاحظ هنا أن القاضي المصري يستند لهذه الحالة في قضائه بالبطلان ليس فقط حال استبعاد القانون المتفق على تطبيقه بل أيضاً حال تطبيق هذا القانون تطبيقاً غير صحيح (Application erronée).³⁵

6- أما السبب السادس من أسباب البطلان، فهو ذلك المتعلق بفصل حكم التحكيم في مسائل لا يشملها اتفاق التحكيم أو تجاوز الحكم حدود هذا الاتفاق، وهو السبب المنصوص عليه في الفقرة (و) من المادة (1/53).

ففي ستة دعاوى، قضي ببطلان حكم التحكيم تأسيساً على فصله في مسائل لا يشملها اتفاق التحكيم، سواء لأن هيئة التحكيم قضت ببطلان العقد في حين كان اتفاق التحكيم يشمل فقط تفويض هيئة التحكيم في تقدير الخسائر والتعويضات دون القضاء بالالتزام³⁶، أو لأن هيئة التحكيم قضت في مسائل تتعلق

35- أنظر على سبيل المثال محكمة استئناف القاهرة، دائرة (62) تجاري، جلسة 2002/6/5، شركة كير سيفريس ليمتد ضد شركة الخطيب الدولية للخدمات البروتية، كذلك محكمة استئناف القاهرة، دائرة (62) تجاري، جلسة 2002/6/5، شركة كير للمشروعات الإنشائية ضد شركة الخطيب الدولية للخدمات البروتية، ففي هذين الحكمين تعرض قاضي البطلان لموضوع التراجع، إذ اعتبر أن حكم التحكيم قد خالف القانون واجب التطبيق بقضائه بالتصامن في حين أنه وفقاً للقانون لا يفترض.

36- محكمة استئناف القاهرة، دائرة (8) تجاري، جلسة 1998/9/23، شركة مصر للتأمين ضد شركة نفطيس التجارية.

مجلة المحكمة العليا - عدد خاص - الطرق البديلة لحل النزاعات: الصلح والوساطة والتحكيم - 15 و 16 جوان 2008

بتنفيذ الطرفين للعقد في حين قصر اتفاق التحكيم اختصاص هيئة التحكيم على المسائل التي تتعلق بتفسيره³⁷، أو لأن هيئة التحكيم قضت في منطوق الحكم ضد شركة لم تكن طرفاً في اتفاق التحكيم، بل اعتبرتها هيئة التحكيم، في أسباب حكمها، خصماً متدخلاً تدخلاً انضمامياً³⁸.

أو لأن حكم التحكيم أقام قضاءه بالتعويض على أساس المسؤولية غير العقدية مجاوزاً بذلك نطاق اتفاق التحكيم كما حدده الطرفان في العقد موضوع النزاع أو في بيان الدعوى المقدم من الطرف المحتكم إلى هيئة التحكيم³⁹. أو لأن هيئة التحكيم قضت بالالتزام في حين أن شرط التحكيم قد حدد نطاق اتفاق التحكيم بإثبات الأضرار والخسائر الناشئة عن الحادث المضمون بوثيقة التأمين محل النزاع

37- محكمة استئناف القاهرة، دائرة (91) تجاري، جلسة 2004/5/26، شركة الحجاز للسياحة ضد المكتب الاستشاري للتخطيط والتنمية.

38- محكمة استئناف القاهرة، دائرة (7) تجاري، جلسة 2001/1/9، الشركة القومية للسياحة والفنادق ضد الشركة المصرية للسياحة والفنادق (إيجوث) و شركة شيراتون أوفر سيز.

39- محكمة استئناف القاهرة، دائرة (91) تجاري، جلسة 2003/7/27، شركة المنتزة للسياحة والاستثمار ضد شركة وينجر للفنادق والمنتجعات السياحية. وتجمل الإشارة إلى أن المحكمة قد ذهبت في حيثيات حكمها إلى أن "تفويض المحكم في الصلح، وإن وسع في سلطاته فيما يتعلق بالفصل في النزاع دون التقيد بقواعد القانون الموضوعية غير المتعلقة بالنظام العام، فإنه لا يترتب عليه إعطائه سلطة الفصل في مسائل لم يشتملها اتفاق التحكيم (...) إذ يجب دائماً على المحكم احترام اتفاق الأطراف بشأن موضوع النزاع وما يقررونه من إجراءات لنظره، فلا يمكنه القضاء بما لم يطلبونه منه وإلا كان قضاؤه عرضة للإبطال لهذا السبب".

مجلة المحكمة العليا - عدد خاص - الطرق البديلة لحل النزاعات: الصلح والوساطة والتحكيم - 15 و 16 جوان 2008

وتقدير قيمتها، دون القضاء بالالتزام والذي يتعين بشأنه، وفقاً للشرط المذكور، اللجوء إلى محاكم الدولة⁴⁰.

35- إذا كانت هذه الحالات تمثل أهم أسباب بطلان أحكام التحكيم في ضوء أحكام القضاء موضوع هذه الدراسة، فلا بد أن نشير إلى أن هناك سبب من بين الأسباب المنصوص عليها في القانون لم يتم التطرق إليه في هذه الأحكام لعدم إثارته من جانب الطرف طالب البطلان. وهذا السبب يتعلق بأهلية إبرام اتفاق التحكيم وفقاً للفقرة (ب) من المادة (1/53).

36- بهذا نكون قد تعرضنا لأهم أسباب بطلان أحكام التحكيم ويبقى لنا أن نتناول بالتحليل أهم أسباب رفض أو عدم قبول أو عدم الاختصاص بنظر دعوى بطلان حكم التحكيم.

2- أهم حالات رفض أو عدم قبول أو عدم الاختصاص بنظر

دعوى بطلان حكم التحكيم

37- سبق وأن أوضحنا أن عدد الأحكام التي قضت برفض أو بعدم قبول دعوى بطلان حكم التحكيم بلغت 130 حكماً من أصل 200 حكم، أي بنسبة 65 % من إجمالي الأحكام موضوع هذه الدراسة. ونود أن نوضح أن هذا العدد يشمل أيضاً تلك الأحكام التي

40- محكمة استئناف القاهرة، دائرة (91) تجاري، جلسة 2003/2/26، شركة التأمين الأهلية ضد بنك الأهلي سوسيتيه جنرال وأخرين.

مجلة المحكمة العليا - عدد خاص - الطرق البديلة لحل النزاعات: الصلح والوساطة والتحكيم - 15 و 16 جوان 2008

قضت بعدم الاختصاص المكاني (المحلي) والإحالة للمحكمة المختصة وكذا عدم الاختصاص الولائي بنظر الدعوى.

38- وقبل أن نتعرض بالتحليل لهذه الأحكام، لنا وقفة مع المصطلحات المستخدمة في منطوقها، فرغم أن المادة (1/53) من قانون التحكيم تتحدث عن عدم قبول الدعوى، نجد أن بعض الأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف تستخدم مصطلحات قانونية مختلفة حال عدم توافر أسباب البطلان، فتارة يقضي الحكم برفض الدعوى وتارة أخرى يقضي بعدم القبول، ولا نعرف أي مبرر لهذا الاختلاف. وأياً ما كان الأمر فالنتيجة واحدة وهي تحصن حكم التحكيم.

39- وبدراسة الأحكام، يمكننا أن نتعرف على أهم الأسباب التي استند إليها القضاء المصري للحكم بعدم قبول أو برفض أو بعدم الاختصاص بنظر دعاوى بطلان أحكام التحكيم، وذلك على النحو التالي :

1- أهم سبب من أسباب عدم قبول دعوى بطلان حكم التحكيم هو ما استندت إليه أغلب الأحكام من أن ما يثيره طالب البطلان لا يعتبر من حالات البطلان المنصوص عليها على سبيل الحصر في المادة (53) من القانون، وبالتالي لا يوجد أي أساس قانوني للقضاء بالبطلان. ويندرج تحت هذا السبب الادعاءات التالية، والتي يرفضها قاضي البطلان :

- (أ) وقوع تناقض في أسباب حكم التحكيم⁴¹.
- (ب) الفساد في الاستدلال و القصور في تسبيب حكم التحكيم⁴².
- (ج) وجود أخطاء حسائية في حكم التحكيم⁴³.
- (د) مخالفة حكم التحكيم الثابت في الأوراق⁴⁴.
- (هـ) مخالفة حكم التحكيم للقانون والخطأ في تطبيقه⁴⁵.

41- محكمة استئناف القاهرة، دائرة (91) تجاري، جلسة 2003/4/29، شركة بوتكس مصر - حمادة أبو العينين وشركاه ضد شركة بربز للمقاولات العمومية المتكاملة. أنظر كذلك في ذات المعنى محكمة استئناف القاهرة، دائرة (91) تجاري، جلسة 2003/6/29، شركة التعمير والاستشارات الهندسية ضد الجمعية التعاونية لبناء مساكن ضباط الشرطة. كذلك محكمة استئناف القاهرة، دائرة (91) تجاري، جلسة 2003/12/30، كونانجرا توريد حبوب إنك ضد الشركة القابضة للصناعات الغذائية. أنظر كذلك قضاء محكمة استئناف القاهرة، دائرة (91) تجاري، جلسة 2002/11/27، وقضاء محكمة استئناف القاهرة، دائرة (63) تجاري، جلسة 1994/4/23، كذلك حكم محكمة استئناف القاهرة، دائرة (91) تجاري، جلسة 2004/2/28، شركة أورينتال ريزورتس للتعمير السياحي ضد المكتب الاستشاري "صبور".

42- محكمة استئناف القاهرة، دائرة (62) تجاري، جلسة 1999/4/7، شركة المتحدون للرخام والجرانيت ضد مؤسسة الكرنك للمنشآت المعدنية- أنظر كذلك محكمة استئناف القاهرة، دائرة (91) تجاري، جلسة 2002/11/27، الشركة المصرية العامة للسياحة والفنادق (إيجوث) ضد شركة أكور للفنادق. كذلك محكمة استئناف القاهرة، دائرة (91) تجاري، جلسة 2003/6/29، شركة التعمير والاستشارات الهندسية ضد الجمعية التعاونية لبناء مساكن ضباط الشرطة.

43- محكمة استئناف القاهرة، دائرة (62) تجاري، جلسة 1999/4/7، شركة المتحدون للرخام والجرانيت ضد مؤسسة الكرنك للمنشآت المعدنية.

44- محكمة استئناف القاهرة، دائرة (91) تجاري، جلسة 2003/9/29، محمد عبد الحليم بركات ضد بنك فيصل الإسلامي.

45- أنظر بالنسبة لمخالفة حكم التحكيم للقانون والخطأ في تطبيقه، محكمة استئناف القاهرة، دائرة (91) تجاري، جلسة 2003/9/29، شركة آل زعوف هوتيلز انترناشيونال ضد صاحب ومدير مكتب فن العمارة للاستشارات والتصميمات الهندسية. وطبقاً لهذا الحكم، فإن النمي على حكم التحكيم بمخالفة القانون والخطأ في تطبيقه "يتضمن تعبيراً لقضاء حكم التحكيم الطعن في موضوع النزاع وطعناً في صواب اجتهاد هيئة التحكيم في فهم واقع النزاع وتكييفه، مجلة المحكمة العليا - عدد خاص - الطرق البديلة لحل النزاعات: الصلح والوساطة والتحكيم - 15 و16 جوان 2008

- (و) غموض منطوق حكم التحكيم⁴⁶.
- (ز) عدم اختصاص هيئة التحكيم بنظر النزاع⁴⁷.
- (ح) خطأ الحكم في تفسير شروط العقد أو نصوص القانون أو الخطأ في فهم الواقع أو الخطأ في تكييف العقد⁴⁸.

والقول بخطئهم في تفسير القانون وتطبيقه، وهو ما يخرج عن أحوال البطلان المنصوص عليها في المادة 53 من قانون التحكيم رقم 1994/27 على سبيل الحصر، لما هو مقرر من أن دعوى بطلان حكم التحكيم ليست طعناً عليه بالاستئناف، فلا تنسج لإعادة النظر في موضوع النزاع أو تعيب قضاء الحكم فيه، وأنه ليس لقاضي البطلان مراجعة حكم التحكيم لتقدير ملاءمته أو مراقبة حسن تقدير المحكمين وصواب أو خطأ أجهادهم في فهم الواقع وتكييفه أو تفسير القانون وتطبيقه، لأن ذلك كله من اختصاص قاضي الاستئناف". أنظر كذلك فيما يتعلق بالخطأ في تطبيق القانون ومخالفة حكم التحكيم للقانون، محكمة استئناف القاهرة، دائرة (91) تجاري، جلسة 2003/12/30، كونها تترد حروب إنك ضد الشركة القابضة للصناعات الغذائية.

أنظر كذلك فيما يتعلق بالخطأ في تطبيق القانون، محكمة استئناف القاهرة، دائرة (7) تجاري، جلسة 2005/4/5، الجمعية التعاونية للبناء والإسكان لضباط القوات المسلحة ضد محمد نصر الدين البيلى.

46- محكمة استئناف القاهرة، دائرة (8) تجاري، جلسة 2001/4/23، وزير الثقافة بصفته رئيس المجلس الأعلى للأثار وصندوق إنقاذ آثار النوبة ضد مجموعة النيل للتنمية والاستثمار وكيل شركة جلتيسر سيلفر نايت الإنجليزية. أنظر كذلك محكمة استئناف القاهرة، دائرة (63) تجاري، جلسة 2002/2/20، شبكة راديو وتلفزيون العرب ضد السيدة شريهان أحمد عبد الفتاح الشلقاني.

47- محكمة استئناف القاهرة، دائرة (50) تجاري، جلسة 2000/11/15، شركة للمشروعات الصناعية والهندسية ضد شركة النقل المباشر، وفي هذا تقول المحكمة "أنط المشرع بمهمة التحكيم الفصل في الدفوع بعدم اختصاصها ولم يجعل لحكمها في هذا الصدد سبيلاً للطعن على الحكم لتعلقه بالاختصاص وليس بأحد حالات البطلان المنصوص عليها في المادة (53) (...) بما يتجنى على المحكمة التعرض له مرة أخرى بعد أن فصلت فيه هيئة التحكيم برفضه".

48- محكمة استئناف القاهرة، دائرة (91) تجاري، جلسة 2002/11/27، شركة روتان للاستثمار في التنمية السياحية والزراعية ضد شركة هلتان لإدارة الفنادق. أنظر كذلك فيما يتعلق بمحظر قيام قاضي البطلان بإعادة تكييف العقد، محكمة استئناف القاهرة، دائرة (91) تجاري، جلسة 2003/1/29، شركة آسيا براون بوفاري (ABB) ضد شركة امكو (AMCO).

مجلة المحكمة العليا- عدد خاص - الطرق البديلة لحل النزاعات: الصلح والوساطة والتحكيم- 15 و16 جوان 2008

- ط) خطأ الحكم في تاريخ احتساب الفوائد القانونية المقضي بها⁴⁹.
- ي) إيداع حكم التحكيم في محكمة غير المحكمة التي حددتها المادة (47) من قانون التحكيم أو حتى عدم إيداع حكم التحكيم ابتداء⁵⁰.
- ك) مخالفة الحكم للاتفاقات المبرمة بين الطرفين ولبنود العقد⁵¹.

49- محكمة استئناف القاهرة، دائرة (63) تجاري، جلسة 1996/12/15، شركة الجمعية التعاونية لإسكان العاملين بشركة الدلتا الصناعية "إيديال" ضد شركة مصر لأعمال الأسمنت المسلح. وتقدر الإشارة إلى أنه في هذا الحكم طعن على الحكم بطلان لفضائه بالفوائد القانونية من تاريخ المطالبة في حين أن المبلغ المحكوم به، على حد قول الشركة الطاعنة، لم يكن معلوم المقدار وقت الطلب. وقد رفضت المحكمة هذا السبب تأسيساً على أنه لا يدخل ضمن أحوال البطلان التي حددتها المادة (53) من قانون التحكيم على سبيل الحصر، ذلك أنه يحاول تعيب الحكم المطعون فيه من حيث قضائه في موضوع النزاع.

50- بالنسبة لإيداع حكم التحكيم في محكمة غير مختصة، أنظر محكمة استئناف القاهرة، دائرة (91) تجاري، جلسة 2003/2/26، شركة إثار للتنمية السياحية والعقارية ضد حفاوي عباس مصطفى وأخرى، وكذلك محكمة استئناف القاهرة، دائرة (91) تجاري، جلسة 2002/11/27. كذلك أنظر فيما يتعلق بعدم إيداع حكم التحكيم ابتداءً، محكمة استئناف القاهرة، دائرة (91) تجاري، جلسة 2003/11/22، شركة الدلتا الصناعية (إيديال) ضد وزير المالية. وفي هذا الحكم الأخير، أكدت المحكمة أن النعي بعدم إيداع أصل حكم التحكيم قلم كتاب المحكمة المشار إليها في المادة (9) من قانون التحكيم غير سديد ذلك أنه من المقرر "أن عدم إيداع أصل حكم التحكيم قلم كتاب المحكمة المختصة بالمخالفة لنص المادة (47) من القانون المذكور أو إيداعه قلم كتاب محكمة غير مختصة لا يعتبران من أحوال بطلان حكم التحكيم المنصوص عليها على سبيل الحصر في المادة (53) من قانون التحكيم".

51- محكمة استئناف القاهرة، دائرة (91) تجاري، جلسة 2003/6/29، شركة التعمير والاستشارات الهندسية ضد الجمعية التعاونية لبناء مساكن ضباط الشرطة. وفي هذا الحكم، أكدت محكمة استئناف القاهرة أن النعي على الحكم بمخالفة اتفاق الطرفين وبمخالفة بنود العقد ينطوي على "تعيب قضاء هيئة التحكيم التي أصدرت الحكم الطعين في موضوع النزاع وطعن في سلامة اجتهادهم في فهم وقائع النزاع واستخلاصها من أوراق الدعوى والإدعاء بمخالفة قضائهم للثابت بهذه الأوراق، وكل ذلك يخرج عن أسباب دعوى بطلان حكم التحكيم كما حددتها المادة 53 من قانون التحكيم على سبيل الحصر".

مجلة المحكمة العليا - عدد خاص - الطرق البديلة لحل النزاعات: الصلح والوساطة والتحكيم - 15 و 16 جوان 2008

ل) تعارض الحكم مع حكم سبق صدوره من المحاكم المصرية⁵².

م) عدم إلمام هيئة التحكيم بعناصر الدعوى أو إطلاعها على أوراقها⁵³.

ن) خطأ حكم التحكيم في استخلاص توافر الصفة في الدعوى⁵⁴.

س) خلو الحكم من بيان عناوين المحكمين وجنسياتهم⁵⁵.

52- محكمة استئناف القاهرة، دائرة (91) تجاري، جلسة 2003/6/29، شركة التعمير والاستشارات الهندسية ضد الجمعية التعاونية لبناء مساكن ضباط الشرطة.

53- محكمة استئناف القاهرة، دائرة (91) تجاري، جلسة 2003/6/29، شركة التعمير والاستشارات الهندسية ضد الجمعية التعاونية لبناء مساكن ضباط الشرطة.

54- محكمة استئناف القاهرة، دائرة (91) تجاري، جلسة 2003/12/30، كوناجرا تريد جروب إنك ضد الشركة القابضة للصناعات الغذائية.

55- محكمة استئناف القاهرة، دائرة (91) تجاري، جلسة 2003/6/29، شركة التعمير والاستشارات الهندسية ضد الجمعية التعاونية لبناء مساكن ضباط الشرطة. وقد اعترفت المحكمة هذا السبب غير جدي وغير منتج على أساس أن الطرف الذي تمسك به لم يبين أن خلو الحكم من البيانات المذكورة قد ترتب عليه التجهيل بالمحكمين وعموطن كل منهم أو جنسيته، خصوصاً أنه قد اختار أحد أعضاء هيئة التحكيم كما شارك في اختيار رئيس هيئة التحكيم طبقاً لشرط التحكيم، كما أنه لم ينص على المحكم المعين من الطرف الآخر بأي معلن ولم يقل بأن عدم بيان عنوان إقامته وجنسيته قد أثر في قضاء الحكم الطعن. أنظر كذلك حكم محكمة استئناف القاهرة، دائرة (91) تجاري، جلسة 2004/9/29، شركة الأهرام للمشروعات ضد شركة ميماك أولفني. وفي هذا الحكم رفضت المحكمة دعوى البطلان على أساس أن نص المادة (3/43) من قانون التحكيم الخاصة بما يجب أن يشتمل عليه حكم التحكيم "لم يرتب البطلان على مخالفته".

مجلة المحكمة العليا - عدد خاص - الطرق البديلة لحل النزاعات: الصلح والوساطة والتحكيم - 15 و 16 جوان 2008

(ع) عدم بيان حصول المحكم القاضي أو الموظف بصفة عامة على

إذن من جهة العمل⁵⁶.

(ف) عدم إيداع اتفاق التحكيم مع الحكم الصادر فيه قلم كتاب المحكمة المختصة⁵⁷.

(ص) إغفال الفصل في أحد الطلبات⁵⁸.

(ق) الحكم بفائدة تأخير بنسبة تزيد عن الحد الأقصى المنصوص عليه في القانون المدني⁵⁹.

56- محكمة استئناف القاهرة، دائرة (91) تجاري، جلسة 2004/4/28، المؤسسة الهندسية للمقاولات ضد رئيس المجلس الأعلى للآثار بصفته. وفي هذا الحكم اعتبرت المحكمة أنه "من المقرر أن بيان موافقة جهة عمل المحكم الموظف ليس من بيانات حكم التحكيم الجوهرية التي يترتب على إغفالها بطلانه" وأضافت أن "عدم حصول المحكم على إذن من جهة عمله لا يعد سبباً لعدم صلاحيته لمباشرة التحكيم، كما لا يعتبر من أحوال بطلان حكم التحكيم المنصوص عليها في قانون التحكيم على سبيل الحصر، وأن أثر عدم حصول الموظف على إذن بالعمل كمحكم في نزاع معين مقصور على العلاقة بينه وبين جهة عمله". أنظر كذلك محكمة استئناف القاهرة، دائرة (91) تجاري، جلسة 2004/2/28، الجمعية التعاونية للبناء والإسكان للعاملين بحي الوائلي ضد شركة جاليليو للمقاولات.

57- محكمة استئناف القاهرة، دائرة (91) تجاري، جلسة 2005/11/29، ورثة المرحوم محمد شاكر خليل ضد محمد أحمد عليوة. وفي هذا الحكم أكدت المحكمة أن عدم إيداع اتفاق التحكيم مع الحكم قلم كتاب المحكمة "لا يعتبر من أحوال البطلان المنصوص عليها في المادة (53) من القانون على سبيل الحصر".

58- محكمة استئناف القاهرة، دائرة (91) تجاري، جلسة 2005/11/29، ورثة المرحوم محمد شاكر خليل ضد محمد أحمد عليوة.

59- محكمة استئناف القاهرة، دائرة (7) تجاري، جلسة 2005/4/5، شركة مرتفعات طابا ضد شركة جريجوري إترناشيونال إس إيه. وفي هذا الحكم، أكدت المحكمة أن هذا النعي "لا يصلح سنداً لدعوى البطلان الذي لا تملك فيه المحكمة مراقبة مدى سلامة تقدير ظروف الدعوى وإعمال النص القانوني السليم عليها باعتبار أنها ليست محكمة الدرجة الثانية بالنسبة لحكم التحكيم". أنظر كذلك محكمة استئناف القاهرة، دائرة (91) تجاري، جلسة 2005/5/30، فندق زوسر ضد شركة فادق بارتر أند إن. وفي هذا الحكم، أكدت المحكمة أن القضاء بفائدة تأخير

مجلة المحكمة العليا - عدد خاص - الطرق البديلة لحل النزاعات: الصلح والوساطة والتحكيم - 15 و16 جوان 2008

فعلى حد تعبير محكمة استئناف القاهرة في العديد من أحكامها،

تتضمن هذه الأسباب "تعييباً لقضاء التحكيم عن طريق ادعاءات تتعلق بفهم واقع الدعوى ومستنداتها وحكم القانون فيها وذلك كله مما يخرج عن أسباب البطلان التي حددها القانون على سبيل الحصر"⁶⁰. و"لا يجوز التوسع فيها أو القياس عليها"⁶¹.

كما أن هذه الادعاءات "تتعلق بموضوع الحكم المطعون فيه وليس بالإجراءات"⁶². فضلاً عن أنها "لا تدخل ضمن أحوال البطلان التي حددها المادة (53) من قانون التحكيم على سبيل

تزيد على 5% "يكون-وأياً كان وجه الرأي في وقوع هذه المخالفة- يكون في حقيقة أمره تعيباً لقضاء الحكم المطعون ورسمه بأية الخطأ في تطبيق القانون على موضوع النزاع الأمر الذي لا يتسع له نطاق دعوى البطلان".

60- محكمة استئناف القاهرة، دائرة (63) تجاري، جلسة 1997/4/23، شركة ابيكس مارين ضد شركة سيتي جرين "روبر استيتي فهمي وشركاه". - أنظر في ذات المعنى، محكمة استئناف القاهرة، دائرة (8) تجاري، جلسة 2001/4/23، وزير الثقافة بصفته رئيس المجلس الأعلى للآثار وصندوق إنقاذ آثار النوبة ضد مجموعة النيل للتنمية والاستثمار وكيل شركة جلتسم سيلفر نايت الإنجليزية، كذلك، محكمة استئناف القاهرة، دائرة (8) تجاري، جلسة 2000/11/20، الشركة المصرية العربية للاستثمار والتنمية (إيفادكو) ضد الشركة المصرية العامة للسياحة والفنادق و شركة الفنادق المصرية.

61- محكمة استئناف القاهرة، دائرة (50) تجاري، جلسة 1997/12/31، مؤسسة المنارة التجارية ضد شركة معوض الوطنية للمجوهرات والساعات.

62- محكمة استئناف القاهرة، دائرة (62) تجاري، جلسة 1999/5/5، بنك فيصل الإسلامي المصري ضد الشركة الهندسية لخدمات التشييد.

مجلة المحكمة العليا - عدد خاص - الطرق البديلة لحل النزاعات: الصلح والوساطة والتحكيم - 15 و 16 جوان 2008

الحصر (...). وتحاول تعيب الحكم المطعون فيه من حيث قضائه في موضوع النزاع"63.

أو أنها تتضمن "حتماً الخوض في موضوع النزاع الذي فصل فيه حكم التحكيم وإعادة طرحه من جديد من أجل الوقوف على مدى صواب ذلك الحكم سواء من ناحية فهم الواقع أو تطبيق القانون، وإن كان ذلك كله مقبولاً في طعن بالاستئناف فإنه يخرج عن نطاق الدعوى الماثلة اعتباراً بأنها دعوى بطلان وردت حالاته في القانون على سبيل الحصر"64.

كذلك تقول محكمة استئناف القاهرة أن "المشرع قد فتح الباب أمام المحكوم ضده لإقامة دعوى بطلان حكم التحكيم لأسباب حددها على سبيل الحصر، ومؤدى ذلك أن هذه الدعوى لا تتسع لإعادة النظر في موضوع النزاع أو تعيب ما قضى به حكم التحكيم في شأنه، فلا تمتد سلطة القاضي فيها إلى مراجعة الحكم المذكور وتقدير ملاءمته أو مراقبة حسن تقدير المحكمين وصواب أو خطأ اجتهادهم سواء في فهم الواقع وتكييفه أو في تفسير القانون وتطبيقه، لأن ذلك كله مما يختص به قاضي الاستئناف لا قاضي البطلان،

63- محكمة استئناف القاهرة، دائرة (63) تجاري، جلسة 1995/12/20.

64- محكمة استئناف القاهرة، دائرة (91) تجاري، جلسة 2003/2/26، الجمعية التعاونية للبناء والإسكان للمحامين بالقاهرة ضد شركة فهمي على سالم، خاصة ص 1-2.

مجلة المحكمة العليا - عدد خاص - الطرق البديلة لحل النزاعات: الصلح والوساطة والتحكيم - 15 و 16 جوان 2008

ولا نزاع في أن دعوى البطلان ليست طعنًا بالاستئناف على حكم التحكيم، وفضلاً عما سبق، فإن مؤدى تحديد حالات بطلان حكم التحكيم في المادة (53) من القانون على سبيل الحصر أنه لا يجوز الطعن بالبطلان لأي سبب آخر خلافاً لما أورده نص هذه المادة، فلا يجوز مثلاً الطعن بالبطلان لخطأ الحكم في تفسير شروط العقد أو نصوص القانون أو للخطأ في فهم الواقع (...) "65.

كما توضح المحكمة، في صدد تأكيدها على ورود أحوال البطلان على سبيل الحصر، أنه بالتالي "ينحصر نطاق دعوى بطلان حكم التحكيم في حدود تلك الأحوال دون الخوض في موضوع النزاع أو طرحه من جديد، ذلك أن تلك الدعوى ليست استئنافاً لحكم التحكيم المطعون فيه فلا شأن لها بما انتهى إليه قضاء ذلك الحكم نتيجة فهمه لوقائع الدعوى ومستنداتها وحكم القانون فيها"66.

كذلك تؤكد المحكمة أنه "من المقرر قانوناً طبقاً لنص المادتين (52) و(53) من قانون التحكيم أنه لا تقبل أحكام التحكيم التي تصدر طبقاً هذا القانون الطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن المنصوص

65- محكمة استئناف القاهرة، دائرة (91) تجاري، جلسة 2002/11/27، شركة روتان للاستثمار في التعمية السياحية والزراعية ضد شركة هيلان لإدارة الفنادق، خاصة ص 7-8. أنظر في ذات المعنى، محكمة استئناف القاهرة، دائرة (91) تجاري، جلسة 2003/2/26، شركة إنار للتنمية السياحية والعقارية ضد حفناوي عباس مصطفى وآخرين، خاصة ص 5-6 وكذلك الأحكام المشار إليها في هذا الحكم الأخير.

66- محكمة استئناف القاهرة، دائرة (91) تجاري، جلسة 2002/6/26، على مصطفى السيد يومي ضد جمعية الأفتن الجديدة للإسكان التعاوني، ص 4.

عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية (...) وأنه لا يجوز الطعن بالبطالان لأي سبب آخر خلافاً لما أورده نص هذه المادة"67. وتؤكد المحكمة أنه "لا ريب أن دعوى البطلان ليست طعنًا بالاستئناف على حكم التحكيم وإلا كان إتاحة المشرع لذلك السبيل تفويتاً للدوافع الأساسية وراء ولوج طريق التحكيم المختصر توفيراً للوقت والجهد وسرعة حسم المنازعات ومنظوياً على العودة بذوي الشأن إلى ساحة القضاء العادي من باب خلفي"68.

2- يلي هذا السبب في الأهمية ذلك المتعلق بالمادة (8) من قانون التحكيم، والتي تنص على أنه: "إذا استمر أحد طرفي النزاع في إجراءات التحكيم مع علمه بوقوع مخالفة لشرط في اتفاق التحكيم أو لحكم من أحكام هذا القانون مما يجوز الاتفاق على مخالفته ولم يقدم اعتراضاً على هذه المخالفة في الميعاد المتفق عليه أو في وقت معقول عند عدم الاتفاق، اعتبر ذلك نزولاً منه عن حقه في الاعتراض". وفي تفسير هذا النص تقول محكمة استئناف القاهرة في أحد أحكامها أنه "من المقرر قانوناً (...) أن سكوت الخصم عن الاعتراض

67- محكمة استئناف القاهرة، دائرة (91) تجاري، جلسة 2003/4/29، شركة بوتكس مصر- حمادة أبو العينين وشركاه ضد شركة يثرب للمقاولات العمومية للتكاملة، خاصة ص 19-20.

68- محكمة استئناف القاهرة، دائرة (91) تجاري، جلسة 2005/12/28، شركة الغازات البترولية (بشرواحس) ضد وزير المالية بصفته.

مجلة المحكمة العليا - عدد خاص - الطرق البديلة لحل النزاعات: الصلح والوساطة والتحكيم - 15 و 16 جوان 2008

على الإجراء مع قدرته على إبدائه يعد قبولاً ضمناً بصحة الإجراء" وبالتالي قضت المحكمة برفض دعوى البطلان تأسيساً على أن "الشركة المدعية التي تدعي إخلال حكم هيئة التحكيم بحق الدفاع وإهدارها لمبدأ المساواة لم تقم بإبداء ثمة اعتراض أمام الهيئة على المخالفة المدعى بها"⁶⁹.

وطبقاً لقضاء محكمة استئناف القاهرة، يسري حكم المادة (8) المذكورة على الحالات الآتية :

(أ) عدم الاعتراض على تعيين أحد المحكمين⁷⁰.

(ب) عدم الاعتراض على انتهاء مدة التحكيم⁷¹.

69- محكمة استئناف القاهرة، دائرة (8) تجاري، جلسة 2002/1/23، الشركة العالمية للرامح ضد د.م. نبيل على.
70- محكمة استئناف القاهرة، دائرة (8) تجاري، جلسة 2000/11/20، الشركة المصرية العربية للاستثمار والتنمية (إيفادكو) ضد الشركة المصرية العامة للسياحة والفنادق وشركة الفنادق المصرية، أنظر في ذات المعنى، محكمة استئناف القاهرة، دائرة (7) تجاري، جلسة 1999/9/7، شركة كارجيل الدولية- جنيف ضد الهيئة العامة للبترول. كذلك محكمة استئناف القاهرة، دائرة (91) تجاري، جلسة 2003/1/29، زهرة رضوان ضد شركة هيلتون انترناشيونال.

71- محكمة استئناف القاهرة، دائرة (8) تجاري، جلسة 2000/11/20، الشركة المصرية العربية للاستثمار والتنمية (إيفادكو) ضد الشركة المصرية العامة للسياحة والفنادق وشركة الفنادق المصرية، أنظر في ذات المعنى، محكمة استئناف القاهرة، دائرة (62) تجاري، جلسة 1999/5/5، شركة مصر للمقاولات العامة ضد الجمعية التعاونية للإسكان لأعضاء نقابة التجار. كذلك، محكمة استئناف القاهرة، دائرة (63) تجاري، جلسة 1996/12/15، الجمعية التعاونية لإسكان العاملين بشركة الدلتا الصناعية " إيدبال" ضد شركة مصر لأعمال الأسمنت المسلح. أنظر كذلك محكمة استئناف القاهرة، دائرة (8) تجاري، جلسة 2001/12/26، شركة اركون سيل لإدارة الفنادق "إيجيتا لويد" ضد النقابة العامة للمعلمين. أنظر كذلك محكمة استئناف القاهرة، دائرة (91) تجاري، جلسة 2003/9/29، شركة آل رعوف هوتيلز انترناشيونال ضد صاحب ومدير مكتب فن العمارة للاستشارات والتصميمات الهندسية. وكذلك محكمة مجلة المحكمة العليا - عدد خاص - الطرق البديلة لحل النزاعات: الصلح والوساطة والتحكيم - 15 و 16 جوان 2008

(ج) عدم الاعتراض على وجود مستندات محررة بلغة أجنبية (لغة التحكيم) 72.

(د) عدم الاعتراض على طريقة تعيين المحكم الفرد رغم إقرار هيئة التحكيم بمخالفتها للقواعد الواجبة التطبيق 73.

استئناف القاهرة، دائرة (91) تجاري، جلسة 2003/2/26، شركة إنار للتنمية السياحية والمقارية ضد حنفوي عباس مصطفى وآخرين. وفي هذا الحكم الأخير قضت المحكمة بأن "مفاد المادة (45) من قانون التحكيم أن عدم إصدار حكم التحكيم خلال ميعاد السنة التي حددها الفقرة الأولى من هذه المادة لا يؤدي إلى بطلان الحكم الذي يصدر بعد ذلك الميعاد، وأن كل ما هناك أن للمتضرر من إطالة مدة التحكيم أن يلجأ إلى رئيس المحكمة المختصة ليصدر أمراً بتحديد ميعاد إضافي أو بإلغاء إجراءات التحكيم، وعندئذ يكون للمتضرر أن يرفع دعواه إلى المحكمة المختصة أصلاً بنظرها". وتجدر الإشارة أيضاً إلى حكم محكمة استئناف القاهرة، دائرة (91) تجاري، جلسة 2003/4/29، شركة بوتكس مصر- حمادة أبو العنين وشركاه ضد شركة يارب للمقاولات العمومية المتكاملة، والذي قضى بأن "المشروع لم يرتب البطلان على مخالفة نص المادتين (45) و (48) من قانون التحكيم [المتعلقين بميعاد إصدار حكم التحكيم المنهي للخصومة] ولم يجعل مخالفتها سبباً من أسباب البطلان المنصوص عليها في المادة (53)". أنظر كذلك محكمة استئناف القاهرة، دائرة (91) تجاري، جلسة 2005/9/25، شركة مدينا للاستثمارات ضد المجموعة الوطنية للتكليف والمقاولات. أنظر كذلك محكمة استئناف القاهرة، دائرة (91) تجاري، جلسة 2005/2/27، شركة الإسكندرية العامة للمقاولات ضد الجمعية التعاونية لبناء المساكن لخاصي الإسكندرية. وفي هذا الحكم أشارت هيئة التحكيم إلى أن مدة التحكيم تعد من بين الإحراصات التي يجوز للأطراف الاتفاق عليها وبالتالي يجوز لهم التوصل عنها طبقاً للمادة (8) من قانون التحكيم. وتجدر الإشارة إلى أن محكمة استئناف القاهرة قد حسست في أكثر من حكم لها أن "الميعاد المقرر لإصدار حكم التحكيم طبقاً لنص المادة (45) من قانون التحكيم لا يتعلق بالنظام العام" (محكمة استئناف القاهرة، دائرة (91) تجاري، جلسة 2004/6/29، شركة نسكو مصر للاستثمارات السياحية ضد شركة أكرور). كذلك أكدت ذات المحكمة أن "المهلة الواردة في نص المادة (45) من قانون التحكيم ليست من القواعد الآمرة ذلك أنها لا تطبق إلا إذا لم يتفق الطرفان على ما يخالفها"، وبالتالي فإن اتفاق الطرفين على تطبيق قواعد تحكيم غرفة التجارة الدولية مواءم استبعاد تطبيق نص المادة (45) سالفة الإشارة (محكمة استئناف القاهرة، دائرة (91) تجاري، جلسة 2004/5/26، شركة إلكترونيوت للتجارة والمقاولات ضد شركة سوليتاش باشي - مصر).

72- محكمة استئناف القاهرة، دائرة (50) تجاري، جلسة 2001، شركة انترناشيونال فرع مصر ضد شركة الفاكيم للصناعات الدوائية المنظورة (اكابي).

73- محكمة استئناف القاهرة، دائرة (91) تجاري، جلسة 2003/2/26، ماجدة ليثي أحمد ضد شركة هيلتون انترناشيونال. أنظر في ذات المعنى محكمة استئناف القاهرة، دائرة (91) تجاري، جلسة 2004/1/28،

مجلة المحكمة العليا - عدد خاص - الطرق البديلة لحل النزاعات: الصلح والوساطة والتحكيم - 15 و 16 جوان 2008

هـ) عدم الاعتراض على عدم تحرير محاضر للجلسات 74.

و) عدم الاعتراض على عدم شمول اتفاق التحكيم لطلبات الخصوم 75.

ز) عدم الاعتراض في وقت معقول على عدم الالتجاء أولاً للتوفيق قبل التحكيم طبقاً لاتفاق الطرفين 76.

ح) عدم تقديم طلب تدارك خطأ مادي في الحكم 77.

3- وأيضاً من الأسباب الهامة لعدم قبول دعوى البطلان، أن إجراءات التحكيم لم يشبها أي بطلان، إذ تم إعلان الأطراف إعلاناً

بمحمدي محمد عمر حافظ ضد محمد شوقي محمد عمر حافظ. وفي هذا الحكم الأخير أكدت المحكمة أن السكوت عن الاعتراض على تعيين محكم بطريق مخالف للقانون مدة طويلة حتى انتهاء إجراءات التحكيم هو نزول عن حق الاعتراض وقبول ضمني بتعيين هذا المحكم.

74- محكمة استئناف القاهرة، دائرة (91) تجاري، جلسة 2003/6/29، شركة التعمير والاستشارات الهندسية ضد الجمعية التعاونية لبناء مساكن ضباط الشرطة.

75- محكمة استئناف القاهرة، دائرة (91) تجاري، جلسة 2004/2/28، الجمعية التعاونية للبناء والإسكان للعاملين بشركة بترول خليج السويس ضد شركة صبحي حسين أحمد.

76- محكمة استئناف القاهرة، دائرة (91) تجاري، جلسة 2005/7/27، شركة تي ثري إيه إنديستريال ضد شركة المقاولون العرب.

77- محكمة استئناف القاهرة، دائرة (7) تجاري، جلسة 2005/1/4، الشركة المصرية السعودية اللبنانية للتجارة والتوزيع بشنيل ضد شركة باتشي.

مجلة المحكمة العليا - عدد خاص - الطرق البديلة لحل النزاعات: الصلح والوساطة والتحكيم - 15 و 16 جوان 2008

قانونياً صحيحاً ولم يتعدر على طالب البطلان تقديم دفاعه أو مستنداته لأسباب لا علاقة له بها⁷⁸.

4- كذلك يعد من أسباب رفض دعاوى البطلان أن القانون لم يحدد شكلاً معيناً للتسبيب، فضلاً عن أن تسبيب الحكم كان كافياً⁷⁹. وفي هذا تقول محكمة استئناف القاهرة أنه طالما قد صدر حكم التحكيم مسبباً، "فلا يهم بعد ذلك مضمون هذه الأسباب أو مدى سلامتها من الناحيتين الواقعية والقانونية باعتبار أن دعوى البطلان ليست استثناءً لحكم التحكيم"⁸⁰.

78- محكمة استئناف القاهرة، دائرة (50) تجاري، جلسة 2000/3/29، الشركة القابضة للصناعات الغذائية ضد جهاز مشروعات الخدمة الوطنية التابع لوزارة الدفاع.

79- محكمة استئناف القاهرة، دائرة (91) تجاري، جلسة 2003/11/22، الشركة المصرية للضواهر الكهربائية ضد وزير المالية ومدير عام مصلحة الجمارك. وفي هذا الحكم، أوضحت هيئة التحكيم أن قانون التحكيم لم يشترط في مادته (43) شكلاً معيناً لأسباب حكم التحكيم وكيفية صياغتها ويكفي اشتغال هذا الحكم على الأسانيد القانونية والواقعية التي ركنت إليها الهيئة التي أصدرته وكونت منها عقيدتها فيما انتهت إليه. أنظر كذلك محكمة استئناف القاهرة، دائرة (91) تجاري، جلسة 2003/11/22، شركة الدلتا الصناعية (إيديال) ضد وزير المالية. وتجدر الإشارة إلى أنه في حكم أقدم رفضت المحكمة دعوى البطلان المستندة أساساً إلى عدم تسبيب الحكم مقرر أن "التحكيم طريق استثنائي لفض الخصومات قوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية وعلى ذلك لا يلزم دقة التسبيب التي تلزم في أحكام القضاء"، كما أبدت المحكمة قرارها بأن ذكرت أن الطرف الذي تمسك بهذا السبب لم يقل أنه قدم أمام المحكمين دفاعاً جوهرياً أو مستنداً لو تم بحثه لتغيرت النتيجة التي انتهى إليها الحكم (محكمة استئناف القاهرة، دائرة (7) تجاري، جلسة 2001/2/6، محمد محمود أحمد مبارك ضد سالم أبو بكر محمد عبد العال وآخرين).

80- محكمة استئناف القاهرة، دائرة (91) تجاري، جلسة 2004/11/29، الكتب المصري للاستيراد ضد وزير المالية بصفته.

كما تضيف في شرح ماهية تسبب حكم التحكيم أنه يكفي أن "يتضمن رداً على إدعاءات الخصوم وأوجه دفاعهم الجوهرية"⁸¹.

5- هذا، وقد قضى أيضاً برفض دعوى بطلان حكم التحكيم المستندة إلى سقوط اتفاق التحكيم لانتهاء مدته قبل صدور الحكم المنهي للنزاع، وذلك على أساس أن طرقي النزاع قد اتفقا على تطبيق قواعد مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي على إجراءات التحكيم، وبالتالي فإنهما يكونا قد اتفقا على عدم تحديد مهلة لإصدار حكم التحكيم وتركاً لتحديد هذه المهلة لتقدير هيئة التحكيم بعيداً عن حكم المادة (45) من قانون التحكيم. وطبقاً لهذا القضاء، فإن "الاتفاق على تطبيق قواعد إليونسترال المعمول بها في مركز القاهرة للتحكيم مفاده تفويض هيئة التحكيم في تحديد ميعاد إصدار الحكم وتمديد هذا الميعاد طبقاً لتقديرها، وأن تمديد ميعاد إصدار الحكم كما يكون صريحاً فإنه يكون كذلك ضمناً باستمرار الهيئة المذكورة في نظر النزاع وهو ما تحقق في التحكيم محل التداعي"⁸².

81- محكمة استئناف القاهرة، دائرة (91) تجاري، جلسة 2004/5/26، شركة تنمية المشروعات الدولية ضد وزير المالية بصفته. أنظر في ذات المعنى، محكمة استئناف القاهرة، دائرة (91) تجاري، جلسة 2004/2/28، شركة أورينتال ريزورتس للتعيم السياحي ضد المكتب الاستشاري "صبور"، كذلك محكمة استئناف القاهرة، دائرة (91) تجاري، جلسة 2005/6/29، هيئة المجتمعات العمرانية الجديدة ضد شركة أبو زعبل للكيماويات المتخصصة.

82- محكمة استئناف القاهرة، دائرة (91) تجاري، جلسة 2003/12/30، منير رياض أرمانيوس ومين يوسف باسيلي ضد شركة إن.سي.آر.

6- كما حكم القضاء المصري برفض دعوى البطلان استناداً إلى

أن حكم التحكيم لم يتضمن ما يخالف النظام العام في مصر عندما قضي بفوائد قانونية تجاوز الحد الأقصى لفوائد التأخير القانونية.

إذ أن الأطراف اتفقوا على تفويض هيئة التحكيم بالصلح، وبالتالي يجوز لها أن تقضي في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بالقانون⁸³.

وفي شرح ضوابط ونطاق رقابة قاضي البطلان فيما يتعلق بمخالفة النظام العام، تقول محكمة استئناف القاهرة في أحد أحكامها أنه "من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن رقابة محكمة الاستئناف لحكم التحكيم فيما يتعلق بتطبيق الفقرة الثانية من المادة (53) من قانون التحكيم تنصرف إلى الحل الذي قضى به الحكم حسماً للنزاع ومن ثم لا يسوغ الحكم بالبطلان إلا إذا تضمن ذلك الحل ما يخالف النظام العام"⁸⁴.

7- وقد قضى أيضاً برفض دعوى البطلان المقامة استناداً لعدم اختصاص هيئة التحكيم بالفصل في النزاع (قولاً من طالب البطلان بأن هيئة التحكيم اعتبرت المدعية ليست طرفاً في العقد محل النزاع

83- محكمة استئناف القاهرة، دائرة (62) تجاري، جلسة 1999/5/5، بنك فيصل الإسلامي المصري ضد الشركة الهندسية لخدمات التشييد.

84- محكمة استئناف القاهرة، دائرة (91) تجاري، جلسة 2003/1/29، شركة آسيا براون بوفاري (ABB) ضد شركة امكو (AMCO).

مجلة المحكمة العليا - عدد خاص - الطرق البديلة لحل النزاعات: الصلح والوساطة والتحكيم - 15 و 16 جوان 2008

وأن قضاءها فيه يكون باطلاً لتجاوزه حدود اتفاق التحكيم، وذلك تأسيساً على أن الشركة المدعية قد أقرت باختصاص هيئة التحكيم، إذ قامت بتقديم طلب التحكيم إليها وبسطت أمامها ما عن لها إبداءه من دفاع وطلبات، واستمرت في إجراءات المرافعة حتى تم إقفال بابها دون أن تقدم ثمة دفع أو دفاع يتعلق بعدم اختصاص تلك الهيئة. كما أنها لم تدفع بعدم شمول اتفاق التحكيم لبحث مسألة صفة المحكمة وبذلك يكون حقها في التمسك بكل ما سبق قد سقط عملاً بنص الفقرة الثانية من المادة (22) من قانون التحكيم⁸⁵.

8- وقد قضى كذلك بعدم قبول دعوى بطلان حكم التحكيم لسقوط الحق في الدعوى لرفعها بعد الميعاد المنصوص عليه في المادة (1/54) من قانون التحكيم، أي بعد التسعين يوماً التالية لتاريخ إعلان حكم التحكيم للمحكوم عليه⁸⁶.

85- محكمة استئناف القاهرة، دائرة (91) تجاري، جلسة 2003/12/30، كوناخرا تريد جروب إنك ضد الشركة القابضة للصناعات الغذائية.

86- محكمة استئناف القاهرة، دائرة (62) تجاري، جلسة 1997/7/9، جمعية الرواد التعاونية لبناء المساكن ضد شركة كايول آند كومباني الفرنسية. أنظر كذلك محكمة استئناف القاهرة، دائرة (91) تجاري، جلسة 2002/11/27، جمعية درع مصر للإسكان التعاوني لضباط المدرعات ضد فاروق على يوسف. أنظر كذلك محكمة استئناف القاهرة، دائرة (91) تجاري، جلسة 2003/9/29، يوسف يعقوب يباوي ضد آيالة ميدل إيست وبنك المهندس. أنظر كذلك، محكمة استئناف القاهرة، دائرة (91) تجاري، جلسة 2005/2/6/29، الهيئة العامة للأبنية التعليمية ضد شركة المقاولون العرب.

مجلة المحكمة العليا - عدد خاص - الطرق البديلة لحل النزاعات: الصلح والوساطة والتحكيم - 15 و 16 جوان 2008

وتجدر الإشارة إلى أن قضاء البطلان مستقر على أن المقصود بالإعلان

المشار إليه في نص المادة (1/54) من قانون التحكيم هو الإعلان الصحيح على أوراق المحضرين تسليمها وفقاً للقواعد المعمول بها في هذا الشأن وأنه "لا يعني عن هذا الإعلان أي إجراء آخر، كما لا يعني عنه كذلك علم المحكوم عليه بذلك الحكم بأية طريقة أخرى ولو كانت قاطعة"⁸⁷.
9- وأيضاً قضي بعدم قبول دعوى بطلان حكم التحكيم لرفعها قبل الأوان تأسيساً على أن القانون المصري للتحكيم قصر الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم المنهية للخصومة كلها والتي يترتب عليها إنهاء إجراءات التحكيم وانتهاء مهمة هيئة التحكيم⁸⁸.

87- محكمة استئناف القاهرة، دائرة (91) تجاري، جلسة 2004/3/30، محمد حافظ عبد البر ضد الجمعية التعاونية للبناء والإسكان للعاملين بشركة بترول خليج السويس (جابكو). وقد أكد هذا الحكم أن "تسليم صورة طبق الأصل من حكم التحكيم للمحكوم ضده أو وكيله القانوني لا يعني عن إجراء الإعلان الذي تطلبه نص المادة (1/54)".

88- محكمة استئناف القاهرة، دائرة (91) تجاري، جلسة 2003/4/29، الشركة المصرية لمدينة الإنتاج الإعلامي ضد شركة سكانسكا سماتيشن انترناشيونال. تجدر الإشارة إلى أنه في هذه الدعوى صدر حكم تحكيم تمهيدي برفض الدفع بعدم قبول الدعوى لأنها من غير ذي صفة واستمرت محكمة الاستئناف، أن هذا الحكم غير منهي للخصومة ولا يجوز الطعن فيه استقلالاً عن حكم التحكيم المنهي للخصومة كلها إعمالاً لنص المادة (22) من قانون التحكيم. أنظر في ذات المعنى محكمة استئناف القاهرة، دائرة (91) تجاري، جلسة 2004/2/28، شركة فينوس ستار للاستثمارات السياحية ضد جمعية هليوبوليس التعاونية للمساكن والمصايف. أنظر كذلك فيما يتعلق بالطعن استقلالاً على الأحكام الصادرة بشأن الدفوع بعدم الاختصاص، محكمة استئناف القاهرة، دائرة (91) تجاري، جلسة 2005/5/30، نائب رئيس مجلس الوزراء ووزير الزراعة ضد شركة الماويلون العرب. أنظر كذلك محكمة استئناف القاهرة، دائرة (91) تجاري، جلسة 2005/2/27، شركة الإسكندرية للإنشاءات ضد شركة جولدن بريميدز بلازا. أنظر كذلك محكمة استئناف القاهرة، دائرة (91) تجاري، جلسة 2005/3/30، منير غبور حنا ضد شركة المجموعة الأمريكية (AIG). وفي هذا الحكم الأخير، أشارت المحكمة إلى أن سلك المشرع المصري على النحو سالف البيان يخالف ما تقضي به بعض التشريعات والتحكيم الأوروبية من قابلية الأحكام النهائية الصادرة في شق من النزاع أو في مسألة أولية كالاختصاص أو القانون واجب التطبيق للطعن فيها استقلالاً دون انتظار صدور الحكم المنهي للنزاع بمرته، ومن ذلك قانون المرافعات المولددي والبلجيكي والتفنين الفيدرالي للقانون الدولي الخاص السويسري وأيضاً القضاء الفرنسي.

مجلة المحكمة العليا - عدد خاص - الطرق البديلة لحل النزاعات: الصلح والوساطة والتحكيم - 15 و 16 جوان 2008

كما قضى بعدم قبول دعوى البطلان لرفعها من غير ذي صفة⁸⁹.

10- كذلك قضى برفض دعوى بطلان حكم التحكيم التي تستند إلى اتحاد جنسية المحكم الوحيد مع جنسية محامي أحد الأطراف، تأسيساً على أن المقرر قانوناً أن المحامي لا يعتبر طرفاً في الخصومة التي وكل فيها لأن طرف الخصومة هو الخصم الذي يمثله المحامي، ومن ثم تكون دعوى البطلان مقامة على غير سند من صحيح القانون أو الواقع خليقة بالرفض⁹⁰.

11- كذلك قضت محكمة استئناف القاهرة بعدم الاختصاص والإحالة طبقاً لنص المادة (2/54) من القانون التي جعلت الاختصاص بنظر دعاوى بطلان أحكام التحكيم المحلية، التي لا علاقة لها بالتجارة الدولية، لمحكمة الدرجة الثانية التي تتبعها المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع، وليس لمحكمة استئناف القاهرة كما هو الحال في التحكيم التجاري الدولية طبقاً لنص المادة (9) من القانون⁹¹.

89- محكمة استئناف القاهرة، دائرة (91) تجاري، جلسة 2003/3/26، الشركة المصرية الدغارية للعمارة والتخطيط DEG ضد شركة المالكية للتنمية العقارية والسياحية. أنظر كذلك محكمة استئناف القاهرة، دائرة (91) تجاري، جلسة 2002/6/26 وكذلك محكمة استئناف القاهرة، جلسة 1997/1/19، الدعوى رقم 77 لسنة 115 ق.

90- محكمة استئناف القاهرة، دائرة (50) تجاري، جلسة 1996/6/15، جماعة المهندسين الاستشاريين ضد شركة سويس إير فوتو آند سرفيس ليميتد السويسرية.

91- محكمة استئناف القاهرة، دائرة (62) تجاري، جلسة 2000/4/5، شركة ترسانة إسكندرية ضد شركة ساماتور للملاحة. أنظر كذلك محكمة استئناف القاهرة، دائرة (91) تجاري، جلسة 2004/2/28، شركة مجلة المحكمة العليا - عدد خاص - الطرق البديلة لحل النزاعات: الصلح والوساطة والتحكيم - 15 و 16 جوان 2008

12- وأخيراً، قضت محكمة استئناف القاهرة، في أكثر من حكم حديث لها، بعدم اختصاصها ولائياً بنظر دعاوى بطلان أحكام التحكيم التجاري الدولي التي تصدر خارج إقليم جمهورية مصر العربية ما دام أن أطراف التحكيم لم يتفقوا على إخضاعه لأحكام قانون التحكيم المصري⁹². وفي ذات الوقت أمرت المحكمة بتغريم طالب البطلان مبلغ من المال طبقاً لنص المادة (110) من قانون المرافعات لتكره لقاعدة قانونية مستقرة تقضي بعدم اختصاص المحاكم المصرية بدعوى البطلان التي أقامها. وقد أقامت المحكمة قضاءها على نص المادة الأولى من قانون التحكيم والفقرة الأولى من المادة (52) من ذات القانون، مؤكدةً في حيثيات أحد أحكامها أن مفاد نص المادة الأولى من قانون التحكيم "أن المشرع قد حدد النطاق الإقليمي أو المكاني لسريان هذا القانون وقصره على التحكيم الذي يكون

الفارقة للمقاولات ضد الجمعية التعاونية للبناء والإسكان للعاملين المدنيين بمديرية أمن الإسكندرية. أنظر كذلك، محكمة استئناف القاهرة، دائرة (91) تجاري، جلسة 2004/4/28، وزير التعليم العالى ضد شركة النيل للإنشاءات والاستثمار العقاري (سيبك) وفي هذا الحكم قضت محكمة الاستئناف بعدم الاختصاص والإحالة إلى المحكمة الإدارية العليا بمجلس الدولة باعتبارها محكمة الدرجة الثانية التي تتبعها المحكمة المختصة أصلاً بنظر موضوع النزاع الإداري.

92- محكمة استئناف القاهرة، دائرة (91) تجاري، جلسة 2003/1/29 في الدعوى رقم 40 لسنة 119 ق، ومحكمة استئناف القاهرة، دائرة (91) تجاري، جلسة 2003/3/26 في الدعوى رقم 10 لسنة 119 ق. أنظر كذلك في ذات المعنى، محكمة استئناف القاهرة، دائرة (63) تجاري، جلسة 1997/3/19، الشركة التجارية للاستثمار ضد شركة بل روفر ليمتد. أنظر كذلك محكمة استئناف القاهرة، دائرة (91) تجاري، جلسة 2004/5/26، الشركة المصرية البريطانية للتنمية العامة (جبايىنا) ضد شركة دانس أند أجريكلتشر سيلابز.

مجلة المحكمة العليا - عدد خاص - الطرق البديلة لحل النزاعات: الصلح والوساطة والتحكيم - 15 و 16 جوان 2008

مكانه داخل جمهورية مصر العربية، وفي ذلك يطابق نص الفقرة الثانية من المادة الأولى من قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، أما التحكيم التجاري الدولي الذي يجري في الخارج-أي يقع مكانه في الخارج- فإنه لا يخضع لقانون التحكيم المصري المذكور إلا إذا اتفق أطرافه على ذلك. وتطبيقاً لذلك جرى نص الفقرة الأولى من المادة (52) من قانون التحكيم على قصر نطاق تطبيق الباب السادس منه على أحكام التحكيم التي تصدر طبقاً لأحكامه- ومقتضى ذلك كله انحسار أحكام قانون التحكيم عن التحكيم الذي يقع مكانه في الخارج- إلا إذا اتفق الأطراف على إخضاعه للقانون المذكور- اعتباراً بأن الأصل هو تحديد نطاق القانون بدائرة سلطان المشرع الإقليمية ولا يمتد إلى خارجها إلا باعتباره قانون إرادة الأطراف- فضلاً عن أن قصر اختصاص قضاء الدولة على دعاوى بطلان أحكام التحكيم التي تصدر في إقليمها هو من المبادئ المسلم بها، فيغلب الأخذ به في القانون المقارن والاتفاقيات الدولية الخاصة بالاعتراف بأحكام المحكمين الأجنبية (أي التي تصدر خارج إقليم الدولة) وتنفيذها".

وقد أوضحت المحكمة في ذات الحكم أن "المستقر أن محاكم الدولة التي يقع فيها مكان التحكيم أو التي ينظم قانونها إجراءاته هي وحدها-دون غيرها-التي تختص بنظر دعاوى بطلان حكم التحكيم.

أما محاكم الدول الأخرى، فليس لها أن تنظر في الحكم من حيث صحته أو بطلانه، أو تراجع قضاؤه في موضوع النزاع، بل كل ما لها هو أن ترفض الاعتراف بالحكم أو تنفيذه لأحد الأسباب الواردة في قانونها أو في اتفاقية نيو يورك حسب الأحوال دون أن يكون لذلك أثر على حجتيه⁹³.

وفي حكم آخر، أوضحت المحكمة أن "المحاكم في الدول التي لم يصدر حكم التحكيم في إقليمها لا تعتبر هيئات استئنافية في هذا الخصوص وليس لها إلا أن تأمر بالتنفيذ أو ترفضه ولا نزاع في أن انضمام مصر إلى اتفاقية نيويورك المذكورة مؤداه اعتبار هذه الاتفاقية قانوناً واجب التطبيق ولو تعارضت مع أحكام قانون المرافعات أو قانون التحكيم. وبذلك تعتبر قاعدة عدم اختصاص المحاكم المصرية بدعاوى بطلان أحكام المحكمين الأجنبية متعلقة بالولاية ومن ثم تقضي بها المحكمة من تلقاء نفسها عملاً بنص المادة (109) من قانون المرافعات"⁹⁴.

93- محكمة استئناف القاهرة، دائرة (91) تجاري، جلسة 2003/2/26، شركة القاهرة العامة للمقاولات ضد عبد الرحمن حسن شربللي.

94- محكمة استئناف القاهرة، دائرة (91) تجاري، جلسة 2003/9/29، شركة الصناعات الهندسية ومؤسسة صبحي أ. فريد ضد شركة رودستار مانجمنت السويسرية وشركة رودستار انترناشيونال الأيرلندية. أنظر كذلك في ذات المعنى محكمة استئناف القاهرة، دائرة (91) تجاري، جلسة 2003/6/29، شركة النيل للخليج الأفطان ضد شركة كارجل المحدودة. كذلك محكمة استئناف القاهرة، دائرة (91) تجاري، جلسة 2003/3/26، الشركة الأهلية للصناعات الكهربائية ضد شركة فاج هانوا بيرينجر كوربوريشن. وكذلك محكمة استئناف القاهرة، دائرة (91) تجاري، جلسة 2003/1/29، عبد الحكيم عصمت السادات ضد شركة إيا إنفست الدنماركية. أنظر كذلك محكمة استئناف القاهرة، دائرة (91) تجاري، جلسة 2004/9/29، شركة سميرام ضد شركة لومينول للمساهمة.

مجلة المحكمة العليا - عدد خاص - الطرق البديلة لحل النزاعات: الصلح والوساطة والتحكيم - 15 و 16 جوان 2008

40- في ختام هذه الدراسة التحليلية للقضاء المصري بشأن دعاوى البطلان والتي تعرفنا من خلالها على أهم أسباب بطلان أحكام المحكمين وكذلك أسباب رفض أو عدم قبول أو عدم الاختصاص بنظر هذه الدعاوى، يمكننا ملاحظة أهمية الدور الذي يلعبه القضاء المصري في إطار رقابته على أحكام المحكمين المحلية والدولية، فباستثناء بعض الهفوات العابرة والفردية التي تصدى خلالها قاضي البطلان لموضوع النزاع، نستطيع أن نقول أن القاضي المصري قد استوعب تماماً طبيعة وحدود دوره الرقابي على أحكام التحكيم، إيماناً منه بأن التحكيم كالقضاء يسعى لتحقيق ذات الهدف، وهو تحقيق العدالة.

41- ويكفينا للتدليل على وعي القضاء المصري أن نشير إلى إشادة السيد فيليب لوبولونجيه، الفقيه والمحامي الفرنسي المعروف، بالقضاء المصري في معرض تعليقه على أحد الأحكام الصادرة من محكمة استئناف القاهرة-والذي رفض الدفع ببطلان اتفاق التحكيم القائم على عدم جواز التحكيم في العقود الإدارية-حيث تبنى أن "يسطع الضوء القادم من مصر ليضيئ الطريق أمام مجلس الدولة الفرنسي ولما لا مجلس النواب الفرنسي" ⁹⁵.

⁹⁵ Philippe Leboulanger, note sur l'arrêt de la Cour d'Appel du Caire du 19 mars 1997, *Organsime des Antiquités C/ Silver Night Company*, *Revue de l'Arbitrage*, 1997, n.2, p.296.

42- ومن شأن هذه الإشادة القادمة من بلد النور أن تجعلنا نحرص دائماً على دراسة وتحليل القضاء المصري في دعاوى البطلان، وأيضاً التعرض له بالنقد إذا اقتضى الأمر، خاصة إذا بلغت التفسيرات والاجتهادات القضائية حداً من عدم المنطقية يصعب معه تأييدها، كما هو الحال بالنسبة لتحديد الطبيعة القانونية لمهمة المحكم وإمكانية تعيين وكيل سابق لأحد الأطراف كمحكم عنه في هيئة تحكيم ثلاثية الأعضاء أو إمكانية تبني المحكم قضية الطرف الذي قام بتعيينه أو أنه لا يلزم في أحكام التحكيم دقة التسييب.

43- تجدر الإشارة أيضاً إلى أن هناك بعض المشاكل القانونية الناجمة عن تفسير القضاء لنصوص قانون التحكيم، والتي أدت في بعض الحالات إلى صدور بعض الأحكام المتناقضة. ونذكر على سبيل المثال تلك المشكلة المتعلقة بمدى اختصاص القضاء المصري بنظر دعاوى بطلان أحكام التحكيم التجارية الدولية الصادرة في الخارج، مع اتفاق الأطراف على إخضاع العقد للقانون المصري دون تحديد قانون التحكيم المصري (والذي، كما رأينا، لا ينطبق على هذا النوع من التحكيميات إلا إذا اتفق الأطراف صراحة على تطبيقه طبقاً لنص المدة الأولى من القانون).

فقبل أن يستقر قضاء محكمة استئناف القاهرة على عدم اختصاص القضاء المصري ولائياً بنظر هذه الدعاوى على النحو السالف بيانه،

قضت إحدى دوائر هذه المحكمة ببطالان حكم تحكيم تجاري دولي صادر خارج مصر رغم عدم اتفاق أطرافه على إخضاع التحكيم لقانون التحكيم المصري، مفترضة أن اتفاق الأطراف على تطبيق القانون المصري على موضوع النزاع يعني بالضرورة اتفاقهم على تطبيق قانون التحكيم المصري على الإجراءات⁹⁶.

44- كل هذه الأمور تستأهل، بل تقتضي التعرض لها ومناقشتها في إطار دراسة نقدية للقضاء المصري في شأن دعاوى بطلان أحكام المحكمين تعني بالتعليق على هذا القضاء وصولاً إلى تقدير ما إذا كانت دعوى البطلان، كطريقة من طرق الطعن على الأحكام، تعد وسيلة فعالة وكافية لمراقبة هذه أحكام المحكمين وضمان جودتها، أم أن الواقع العملي يقتضي مساواة هذه الأحكام بأحكام القضاء الصادرة من المحاكم الوطنية والقابلة لتكون محلاً للطعن بالاستئناف. وهي أسئلة تظل بطبيعة الحال مشروعة.

96- محكمة استئناف القاهرة، دائرة (64) تجاري، جلسة 2001/7/30، الشركة القومية للأسمنت ضد شركة دويتش بابكوك وآخرين.

مجلة المحكمة العليا - عدد خاص - الطرق البديلة لحل النزاعات: الصلح والوساطة والتحكيم - 15 و16 جوان 2008

التجربة السودانية في تطبيق الطرق البديلة لحل النزاعات وملامح القانون الجديد

الورقة المقدمة ضمن فعاليات النشاط العلمي التكويني 2008 م
بالمحكمة العليا بجمهورية الجزائر الديمقراطية الشعبية

الدكتور تاج السر محمد حامد
قاضي المحكمة القومية العليا
جمهورية السودان

تمهيد :

موضوع هذه الورقة تجربة السودان في تطبيق الطرق البديلة لحل المنازعات، لأنه وعلى الرغم من أن القضاء ضرورة من ضرورات الحياة، لتلبيته حاجة المجتمع في تطبيق القانون لضمان الاستقرار وتوفير الطمأنينة والعدالة، وقد عرفته الإنسانية، منذ فجر التاريخ، فهو كما قال أمير المؤمنين عمر بن الخطاب في رسالته الشهيرة لأبي موسى الأشعري (فريضة محكمة وسنة متبعة)، فقد عرفت بالمثل التحكيم والتوفيق بين الخصوم فيما ثار بينهم من خلاف بمنأى عن القضاء منذ عهد بعيد.

تطور فكر حل المنازعات بالطرق الودية في السودان :

عرف المجتمع السوداني منذ القدم لجوء الأفراد والجماعات إلى أساليب متعددة للتسوية السلمية للمنازعات التي تنشب بينهم في المجالات الحقوقية المختلفة⁽¹⁾، فالسودان بلد شاسع مترامي الأطراف، متعدد القبائل ومتباين الأعراق والثقافات، ولكل قبيلة نظامها الخاص في إدارة شؤون أفرادها بعيدا عن تدخل السلطات العامة، ومع ذلك فإن الأساليب الشائعة في الأعراق المحلية لتلك القبائل تنحو إلى تسوية المنازعات بالتراضي والصلح بأشكاله المختلفة، ويبدو ذلك جليا في نظام (الأجاويد) و(الرواكيب) المعروف في المجتمعات الرعوية والزراعية في الريف والبادية والحضر، إلى جانب مؤتمرات الصلح القبلية التي تبتناها وتتدخل السلطات العامة لتنظيمها لحل النزاعات بين القبائل⁽²⁾.

ومن الناحية التشريعية :

أولا القوانين القديمة : كانت الشريعة الإسلامية والأعراف المحلية هي المطبقة في السودان قبل الاحتلال التركي، وظل الوضع كذلك إلى حين احتلال محمد علي الكبير مصر والسودان عام 1821 م. وقد أدخل تنظيما إداريا وقضائيا للأقاليم السودانية، وطبقت مجلة الأحكام

(1) - بروفيسور محمد عثمان خلف الله : الملامح الأساسية لنظام التحكيم في قانون التحكيم السوداني سنة 2005 م مذكرة ص 2.

(2) - لمزيد من التفصيل راجع نفس المرجع والصفحة.

العدلية في السودان، ومن ضمنها قواعد التحكيم الواردة في المحلة إلى جانب الأساليب العرفية لفض المنازعات. وعقب الاحتلال الإنجليزي سنة 1898م، شرعت القوانين ونظم القضاء، على الطريقة الإنجليزية مع اقتباس من القوانين المطبقة في المستعمرات الإنجليزية في (الهند، سيلان، بورما، نيجيريا، بتسوانا وكينيا ومصر)، وفي ظل هذا النظام صدر أول قانون للإجراءات المدنية 1900 م، تحت اسم قانون القضاء المدني The civil justice Ordinance والذي حل محله قانون القضاء المدني لسنة 1929 م، وقد تضمن القسم الثامن من القانون تحت عنوان إجراءات خاصة، موضوع التحكيم بشكل مقتضب، دون التعرض للتفاصيل المتعلقة بمجهر اتفاق التحكيم من حيث شروط انعقاده وصحته والمحكمون وشروط اختيارهم الخ.

كما لم يتطرق المشرع للتحكيم الدولي، رغم بدأ الاهتمام الدولي في ذلك الوقت بهذه المسألة في أعقاب بركول جنيف 1923 م بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها.

في عام 1970 حدث تحول جذري كبير في النظام القانوني السوداني، بإلغاء النظام القانوني الانجلو سكسوني وإحلال نظام في جذور ترجع إلى القانون القاري، وقد شمل ذلك قانون القضاء المدني الذي استبدل به قانون الإجراءات المدنية الذي اقتبس من قانون

المرافعات المدنية والتجارية المصري سنة 1968، ونقلت منه القواعد الخاصة بالتحكيم والتوفيق والصلح، ولكن سرعان ما ألغي وأعيد العمل بقانون القضاء المدني لسنة 1929 م وظل كذلك إلى صدر قانون الإجراءات المدنية سنة 1974 م والذي تضمن أحكاما خاصة تحت الدعاوى الخاصة ثمانية عشر مادة تتعلق بأحكام حل المنازعات عن طريق التحكيم وغيره، تتطابق مع مواد القانون القديم في الشكل والمضمون دون إضافة.

ظل الوضع على هذا النحو إلى أن صدر قانون الإجراءات المدنية سنة 1983 م، وقد تضمن الأحكام الخاصة بحل النزاعات عن طريق التحكيم في ثمانية عشر مادة تتطابق بدورها مع القوانين السابقة عليه، وكانت الإضافة الوحيدة النص على نظام التوفيق إلى جانب التحكيم.

ثانيا : قانون التحكيم الجديد سنة 2005 م الحالي :

ابتداء من مطلع عام 2003 م بدأ التفكير في وضع قانون خاص لطرق حل النزاعات، وقد خلصت اللجنة المشكلة من أجل ذلك إلى وضع مشروع قانون التحكيم والتوفيق 2003، والذي يتضمن 41 مادة لم يكتب له النجاح ثم صدر قانون التحكيم سنة 2005 م الحالي والساري المفعول.

ومن مبررات تشريع القانون الجديد ما أصبح عليه العالم في ظروف العولمة والتغيرات السياسية والاقتصادية التي تشهدها البلاد ودخول السودان إلى الدول المنتجة للبتروول وتدفق رؤوس الأموال للاستثمار في البلاد.

وقد عجز قانون الإجراءات المدنية سنة 1983 م (الملغى) عن مواكبة تلك التطورات، وفشل في التصدي للمشكلات التي تتم خارج إقليم الدولة كالتحكيم الدولي والإقليمي وقابليته للتنفيذ في السودان.

مصادر قانون التحكيم الجديد :

يعتقد أن المشرع السوداني قد استعان بقواعد التحكيم المضمنة في القانون النموذجي للتحكيم الذي أصدرته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي،⁽³⁾ وقانون التحكيم الأردني لسنة 2001 وقانون التحكيم المصري لسنة 1994م، كما يتضح من تطابق وتشابه صياغة العديد من النصوص، مع ملاحظة أن كلا من القانون المصري والأردني استعان أحكامها بالقواعد التي احتواها القانون النموذجي (اليونسترال)⁽⁴⁾

(3)- وثيقة الأمم المتحدة رقم 1/40/17 المرفق الأول الذي اعتمدته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في 1985/02/21 م.

(4)- بروفيسر محمد عثمان خلف الله، المرجع السابق، ص 20.

مجلة المحكمات العليا - عدد خاص - الطرق البديلة لحل النزاعات: الصلح والوساطة والتحكيم - 15 و 16 جوان 2008

مميزات القانون :

1/ من السمات المميزة للقانون الجديد، أنه جاء تشريعا متكاملا ومستقلا بذاته عن قانون الإجراءات المدنية، في 47 مادة، عالج فيها العديد من موضوعات حل النزاعات بالطرق البديلة، شملت الأحكام الموضوعية والإجرائية، بعد أن كانت نصوص قانون الإجراءات المدنية لا تتجاوز الـ (18) مادة فقط، ارتكزت على المسائل الإجرائية.

2/ تضمن القانون الجديد صور التحكيم الداخلي والخارجي، وكيفية تنفيذ قرار التحكيم الدولي على خلاف القانون القديم.

3/ حرر القانون الجديد نظام حل المنازعات بالطرق البديلة من قبضة القضاء وأطلق الحرية للخصوم في تنظيم موضوعاته وإجراءاته دونما تدخل القضاء الرسمي إلا لتقديم المساعدة في الحالات التي تقتضي ذلك.

ملامح القانون الجديد :

تعريف التحكيم : عرفت المادة (4) من قانون التحكيم بأنه (اتفاق الأطراف في المنازعات ذات الطبيعة المدنية على إحالة أي نزاع قائم بينهم ليحل عن طريق هيئات أو أفراد يتم اختيارهم بإرادتهم واتفاقهم).

إن مجال التحكيم وفقاً للقانون هو المنازعات المدنية ويشمل ذلك المواد التجارية، فالقانون السوداني لا يميز بين المسائل المدنية والتجارية على شاكلة القانون العام الإنجليزي (Common Law).

طبيعة العلاقة القانونية التي تخضع للتحكيم :

تسري أحكام القانون على العلاقات ذات الطبيعة المدنية سواء كانت تعاقدية، أو غير تعاقدية، وفقاً للمادة (3) والتي تنص على أن : (تسري أحكام هذا القانون على تحكيم يجري في السودان أو في الخارج... إذا اتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون متى كانت العلاقة القانونية ذات طبيعة مدنية سواء كانت تعاقدية أو غير تعاقدية).

وعلى ذلك لا يشمل التحكيم المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية، من أمثلة ذلك المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية والجنسية والزواج والطلاق وثبوت النسب، دون ما يترتب عليها من آثار مالية.

فلا يجوز الاتفاق على التحكيم لإثبات أو نفي صفة الوارث بالنسبة لشخص معين، ولكن يجوز الاتفاق على التحكيم بين الورثة لحصر وتوزيع التركة، ويجوز الاتفاق على التحكيم بالنسبة للنفقة بين الزوجين أو الأقارب.

ولا يصح التحكيم أو الصلح بالنسبة للجرائم من حيث ثبوت وقوعها ونسبتها إلى فاعلها وتحديد عقوبتها، ولكن يمكن فيما يتعلق بالآثار المالية للجرائم مثل الاسترداد والإزالة والتعويض المدني، كما يجوز الصلح أو التنازل عن الجرائم المتعلقة بالحقوق الخاصة وفقا لأحكام قانون الإجراءات الجنائية⁽⁵⁾.

حدود شرط التحكيم :

إن مقتضى نص المادة (45) من القانون (...) على إحالة ما ينشأ من نزاع بخصوص تنفيذ عقد معين أو على إحالة أي نزاع قائم بينهم) إمكانية الاتفاق على أن يكون شرط التحكيم مطلقا يسري على كافة النزاعات التي قد تنشأ بعد فسخ العقد على أن تكون متعلقة به.

ويمكن أن يكون شرط التحكيم مشروطا في بعض النزاعات التي قد تنجم عن تنفيذ عقد معين دون غيرها.

أنواع التحكيم : (التحكيم الاختياري والإجباري) :

الأصل في التحكيم وفقا لقانون التحكيم أن يكون اختياريا بإرادة الطرفين ومع ذلك قد يكون إجباريا وفقا لأحكام بعض القوانين الخاصة كقانون العمل الذي نص في المادة 112 على حل النزاع الذي

(5) تنص المادة (4/ط) من قانون الإجراءات الجنائية على أنه (يجوز الصلح أو العفو في كل جريمة تتضمن حقا خاصا بمقدار ذلك الحق مع مراعاة أحكام جرائم الحدود).

مجلة المحكمة العليا - عدد خاص - الطرق البديلة لحل النزاعات: الصلح والوساطة والتحكيم - 15 و16 جوان 2008

ينشأ بين العامل ورب العمل عن طريق التحكيم، وقانون الاستثمار سنة 1991 م المعدل في 2000/2001 والذي نص في المادة 32 على حل منازعات الاستثمار عن طريق التوفيق والتحكيم، إلى جانب لائحة على النائب العام للتحكيم بين أجهزة الدولة لسنة 1981 م الذي حظر الأطراف اللجوء إلى القضاء إلا بعد موافقة النائب العام (أي بعد فشل طرق حل النزاع وديا).

اتفاق التحكيم :

يستمد التحكيم وجوده من اتفاق الخصم عليه، ويخضع كعقد للقواعد العامة في العقود التي ينص عليها قانون المعاملات المدنية السوداني، من حيث توافر الأهلية والحل والسبب.

شكل اتفاق التحكيم :

يشترط وفقا للمادة (8) من القانون أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا وإلا كان باطلا، ويكون في حكم الكتابة الرسائل المتبادلة بين الطرفين عبر وسائل الاتصال المختلفة، وقد قررت المحاكم السودانية جواز إثبات وجود الكتابة على الرغم من عدم توقيع الأطراف على الوثيقة. (5)

(5)- قضية (شركة رغرا هولندج ضد شركة الخطوط الجوية السودانية (غير منشورة)).

مجلة المحكمة العليا-عدد خاص -الطرق البديلة لحل النزاعات: الصلح والوساطة والتحكيم -15 و16 جوان 2008

وقت إبداء الدفع بوجود اتفاق التحكيم :

يجب إبداء الدفع بالتمسك بشرط التحكيم أمام محكمة الموضوع، في الجلسة الأولى لبدء الإجراءات وإلا اعتبر المدعى عليه متنازلاً عن حقه بالتمسك بشرط التحكيم، فإذا قدم في الميعاد قضت المحكمة بشطب الدعوى.⁽⁶⁾

استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي :

تبني القانون السوداني مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي، فلا يترتب على بطلان العقد الأصلي، فسخه أو إنهائه أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه.

الاختصاص المكاني بمسائل التحكيم :

أ/ التحكيم الداخلي : يفرق المشرع بين نوعين من التحكيم بتحديد الاختصاص المكاني، التحكيم الداخلي والتحكيم الخارجي، فإذا كان التحكيم داخلياً فإن الاختصاص بنظر مسائل التحكيم ينعقد للمحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع وفقاً لقواعد قانون الإجراءات.

ب/ التحكيم الخارجي : أما إذا كان التحكيم خارج السودان يكون الاختصاص للمحكمة العامة (الكلية) بالخرطوم. ما لم يتحدد بموجب اتفاق نصوص التحكيم على انعقاد الاختصاص لمحكمة أخرى.

(6)- وقد طبقت المحكمة المدنية هذه القاعدة في قضية (شركة الغزل للاستثمار ضد شركة كوبريد المحدودة) بأن قضت بشطب الدعوى بعد أن دفاع المدعى عليها بوجود شرط تحكيم في العقد.

مجلة المحكمة العليا - عدد خاص - الطرق البديلة لحل النزاعات: الصلح والوساطة والتحكيم - 15 و 16 جوان 2008

- ويلاحظ أن المشرع لم يتناول الأحكام الخاصة بهذا النوع بخلاف ما ورد في نص المادة (42) بشأن تنفيذ حكم هيئة التحكيم الأجنبية.

ج/ التحكيم الدولي : يكون التحكيم دوليا وفقا للمادة 7 من القانون في حالتين :

أ- إذا كان المركز الرئيسي لأعمال أطراف التحكيم في دولتين مختلفتين.

ب- إذا كان موضوع النزاع الذي يشمل اتفاق التحكيم يرتبط بأكثر من دولة.

تشكيل لجنة التحكيم :

تناولت المواد 12، 14، 18 طريقة تشكيل هيئة التحكيم وتعيين رئيس الهيئة أو المحكم الثالث، وتعيين المحكم البديل، وقررت أن يكون المحكم (فردا) وفي حالة تعدد أعضاء الهيئة نص القانون على وتريه التشكيل باتفاق الطرفين، وفي حالة عدم اتفاقهم أو إغفالهم أو إخفاقهم في تحديد العدد يكون عدد المحكمين (ثلاثة).

وقد خولت المادة (14) المحكمة سلطة تعيين المحكم الثالث أو رئيس هيئة التحكيم وكذلك المحكم الفرد في حالة عدم اتفاق الأطراف على ذلك.

شروط تعيين المحكم :

تناولت المواد 13، 15، 16، 17 (أهلية المحكم والموافقة الكتابية على قبول المحكم لمهمته والأوضاع الخاصة برد المحكم وعزله فاشترط القانسون على عدم جواز أن يكون المحكم (قاصراً أو محجوراً عليه أو سبق الحكم عليه في جريمة مخلة بالشرف أو الأمانة). وتشترط المادة (15) أن يكون قبول المحكم بمهمته كتابة.

رد المحكم :

كما تناولت المادة 16 حالة رد المحكم والشرط الذي ينبغي توفره لذلك، وتتلخص في قيام ظروف تثير شكوكاً جدية حول استقلاله أو جديته وحظرت على الطرف الذي عينه أو اشترك في تعيينه رد المحكم إلا لأسباب بينها.

وبناء على المادة (17) يقدم طلب رد المحكم إلى المحكمة المختصة كتابة مبيناً فيه أسباب الرد خلال أسبوع من تاريخ علم طالب الرد بتشكيل الهيئة، وتفصل المحكمة في الطلب بأسرع ما يمكن ويكون قرارها نهائياً، وذلك في حالة عدم تنحي المحكم المطلوب رده، وتوقف إجراءات التحكيم إلى أن يبت في الطلب.

إلغاء مهمة المحكم :

وضعت المادة 2/17 علاجاً للحالات التي يتعذر فيها على المحكم أداء مهمته أو إذا لم يباشرها أو انقطع عن أدائها بما يؤدي إلى تأخير غير مبرر في إجراءات التحكيم، ولم ينتج الطرفان على عزله. في هذه الحالات يجوز للمحكمة إلغاء مهمته بناء على طلب أحد الأطراف ويكون قرارها في هذه الحالة غير قابل للطعن فيه.

إجراءات التحكيم :

تناولت أحكام الفصل الثالث من القانون القواعد الإجرائية للتحكيم في المواد من 21 إلى 30، وقضت المواد المشار إليها بأن إجراءات التحكيم تبدأ في اليوم الذي يتسلم فيه المدعى عليه عريضة الدعوى ما لم يتفق الأطراف على ميعاد لبدء الإجراءات، ويكون التحكيم في المكان الذي تحدده الهيئة مع مراعاة ظروف الدعوى وأطرافها ما لم يوجد اتفاق بين الطرفين مسبقاً على مكان معين.

كما أجازت هيئة التحكيم إتباع الإجراءات المتفق عليها من الأطراف عند نظر النزاع، أو الإجراءات التي تراها مناسبة إذا لزم يتفق الأطراف على إجراءات معينة.

وتناولت المادة 1/14 مذكرات دعوى التحكيم ومشتملاتها، وقررت المادة 1/26 عقد جلسات استماع لتمكين كل من الطرفين

من شرح الدعوى وعرض حججه، مع إجازة الاكتفاء بالمذكرات والمستندات المكتوبة إذا اتفق الأطراف على ذلك، ولم يجعل القانون من غياب أحد الأطراف عن الحضور دون عذر مقبول سببا لوقف السير في الإجراءات، بأن أجازت للهيئة الاستمرار في الإجراءات بناء على طلب الطرف الآخر.

جمع الأدلة :

نصت المادة 27 من قانون التحكيم على أنه لهيئة التحكيم الحق في الاستعانة بالخبراء، كما أجازت للهيئة أو لأي طرف في النزاع بموافقة هيئة التحكيم طلب المساعدة من المحكمة المختصة للحصول على أدلة، على أن تنفذ المحكمة الطلب في حدودها وفقا لقواعدها الخاصة بالحصول على الأدلة. (7)

كما تناولت المادة (29) الحالة التي تعرض فيها مسألة تخرج عن اختصاص هيئة التحكيم وحالة الطعن بالتزوير في ورقة قدمت إليها وتم فتح بلاغ جنائي بهذا الشأن أمام المحاكم الجنائية، وقررت المادة جواز الاستمرار في إجراءات التحكيم وعدم وقفها، إلا إذا كان الفصل في المسائل المحالة إلى المحاكم يتوقف عليه الفصل في موضوع النزاع المعروض على التحكيم.

(7) - راجع أحكام الخامس من الجدول الأول الملحق بقانون الإجراءات المدنية لسنة 1983 م.

مجلة المحكمة العليا - عدد خاص - الطرق البديلة لحل النزاعات : الصلح والوساطة والتحكيم - 15 و 16 جوان 2008

القواعد الموضوعية الواجبة التطبيق :

نصت المادة 30 من القانون بأن تطبق هيئة التحكيم القواعد الموضوعية التي اتفق عليها الطرفان، وفي حالة عدم وجود اتفاق ألزمت هيئة التحكيم بتطبيق القواعد الموضوعية من القانون الأكثر ارتباطا بموضوع النزاع، كما ألزمت هيئة التحكيم بموجب المادة (31) أن تراعي عند الفصل في النزاع شروط العقد محل النزاع، والأعراف الجارية في نوع المعاملة.

الصلح والتسوية الودية :

أجاز القانون بموجب المادة (31) لهيئة التحكيم حال تفويض أطراف النزاع للهيئة بإجراء صلح بينهما أن تفصل في النزاع بمقتضى قواعد العدالة والإنصاف.

كما أجاز في الفقرة 2/31 هيئة التحكيم الفصل في النزاع بالتسوية الودية إذا اتفق الطرفان على ذلك وثبتت التسوية في محضر ويكون قرار الهيئة نهائيا.

قرار التحكيم :

نصت المادة (21) على وجوب صدور قرار التحكيم خلال المدة المتفق عليها بين الأطراف، وفي حالة عدم وجود مثل هذا الاتفاق يجب أن يصدر القرار خلال ستة أشهر من تاريخ بدء إجراءات

التحكيم، وفي حالة عدم صدور القرار خلال الميعاد المشار إليه جار للطرفين الاتفاق على تمديد المدة وعند اختلافهم تتحول صلاحية التمديد إلى المحكمة المختصة بنظر النزاع، ويكون هذا التمديد نهائيا يجوز بعده لأي من الأطراف رفع دعوى بشأن النزاع أمام المحكمة المختصة.

ويجب أن يصدر قرار هيئة التحكيم كتابة ومسببا وموقعا عليه من أعضاء هيئة التحكيم أو أغليتهم، على أن يتم تدوين رأي العضو المخالف في ورقة مستقلة.

انتهاء إجراءات التحكيم :

أشارت المادتان (34)، (35) إلى انتهاء إجراءات التحكيم بأي من الحالات التالية :

1/ بصدور أمر بانتهاء الإجراءات وفقا للمادة (32).

2/ بصدور قرار من هيئة التحكيم بانتهاء الإجراءات إذا اتفق الطرفان على انتهاء الإجراءات، أو ترك المدعي أو تنازل عن حضور التحكيم.

تفسير وتصحيح ومراجعة حكم هيئة التحكيم :

تناولت المادة 36 مسألة تفسير منطوق حكم التحكيم وأعطت هذه السلطة لهيئة التحكيم بناء على طلب أي من أطراف التحكيم

وحددت لذلك مدة شهر من تاريخ الحكم، وأن يصدر التفسير خلال شهر من تاريخ طلبه ويحق يلهيئة تمديد المدة إذا دعت الضرورة.

كما نصت المادة 37 على حالة تصحيح حكم التحكيم من الأخطاء الكتابية والحسابية البحتة ونحوت تلك السلطة لهيئة التحكيم الذي تجريه خلال شهر من تاريخ الحكم.

وأجازت المادة (38) لأي من أطراف التحكيم أن يطلب من هيئة التحكيم كإصدار حكم إضافي بشأن طلبات قدمت خلال الإجراءات وأغفلها حكم التحكيم وذلك خلال شهر من تاريخ صدور الحكم بشرط إخطار الطرف الآخر.

إلزامية قرار التحكيم وطلب تنفيذه :

تناولت المادة 40 من القانون النص على إلزامية قرار هيئة التحكيم وبأن ينفذ تلقائيا أو بناء على طلب كتابي للمحكمة المختصة مرفقا معه صورة معتمدة من القرار وعدم قابليته للطعن إلا عن طريق دعوى البطلان.

الطعن في قرار لجنة التحكيم :

يجوز للمحكوم ضده طلب إلغاء حكم هيئة التحكيم عن طريق دعوى البطلان في الحالات التي نصت عليها المادة (41) وهي :

أ/ إذا فصل المحكم في مسائل لا يشملها اتفاق التحكيم أو تجاوز حدود الاتفاق.

ب/ فساد أو سوء سلوك المحكمين أو أي منهم.

ج/ وجود إهمال خطير لإجراء أساسي من إجراءات التحكيم.

د/ فشل هيئة التحكيم في ذكر الأسباب التي بنت عليها حكمها.

هـ/ تضمن الحكم ما يخالف النظام العام في السودان.

ميعاد الطعن :

يقدم طلب الإلغاء للمحكمة المختصة خلال أسبوعين من تاريخ النطق بالحكم، وإذا ألغي الحكم، يجوز عرض النزاع على المحكمة المختصة بناء على طلب أحد الأطراف وفقا للمادتين 42/43 من القانون.

وقف تنفيذ قرار لجنة التحكيم :

تجيز المادة 44 من القانون للمحكمة المختصة بالطعن وقف تنفيذ قرار لجنة التحكيم إذا كان طلب الطعن بالبطلان قد بني على أسباب جديده، وذلك خلال أسبوعين من تقديم الطلب، ولها أن تأمر بتقديم كفالة أو ضمان مالي.

ويجب على المحكمة الفصل في دعوى البطلان خلال شهرين من تاريخ صدور أمر الأمر.

الشروط الشكلية لتنفيذ حكم المحكمين :

أوجبت المادة (45) من القانون توافر الشروط التالية لتنفيذ حكم التحكيم.

أ/ إرفاق صورة من قرار التحكيم.

ب/ انتهاء ميعاد رفع دعوى بطلان التحكيم.

ج/ إنه تم إعلان المحكوم عليه بالحكم.

ضوابط تنفيذ حكم هيئة التحكيم الأجنبية :

قررت المادة 46 من القانون عدم جواز تنفيذ حكم هيئة التحكيم الأجنبية أمام المحاكم السودانية إلا بعد التحقق من استيفاء الشروط التالية :

أ/ الحكم أو الأمر الصادر من هيئة أو مركز تحكيم طبقا لقواعد اختصاص التحكيم الدولي المقرر في قانون البلد الذي صدر فيه وأنه أصبح نهائيا وفقا، لذلك القانون.

ب/ الخصوم في الدعوى التي صدر فيها الحكم قد كلفوا بالحضور ومثلوا تمثيلا صحيحا.

ج/ أن الحكم أو الأمر لا يتعارض مع حكم أو أمر سبق صدوره من المحاكم السودانية.

د/ أن الحكم لا يتضمن ما يخالف النظام العام أو الآداب في السودان.

هـ/ أن البلد الذي صدر فيه الحكم المراد تنفيذه يقبل تنفيذ أحكام اتفاقيات المحاكم السودانية في أراضيه أو بموجب اتفاقيات تنفيذ الأحكام التي صادق عليها السودان. (8)

وحسنا فعل المشرع بإيراده النص واعترافه بحكم التحكيم الأجنبي وتنفيذه في السودان ووضعه في مصاف الأحكام القضائية، على خلاف قانون التحكيم الملغى الذي أغفل تناول هذا الموضوع، مما أدى إلى تضارب الأحكام بشأنها، وإلى تسبب عنت كبير عند محاولة تنفيذها في السودان.

حظر استئناف أمر التنفيذ :

قررت المادة (47) عدم جواز استئناف الأمر الصادر من المحكمة المختصة بتنفيذ حكم التحكيم.

يتضح من النصوص السابقة أن المشرع السوداني أصدر قانون التحكيم الجديد لملاحقة التطورات الاقتصادية والسياسية التي طرأت في داخل وخارج السودان، وقد جاء القانون في معظم أحكامه متمشيا مع الاتفاقيات الدولية والتشريعات الحديثة المطبقة في معظم الدول العربية والأجنبية.

8- ويلاحظ أن معظم أحكام هذه المادة نقلت من المادة 306 من قانون الإجراءات المدنية، وبذلك ساوى القانون بين الأحكام الصادرة من المحاكم الأجنبية وأحكام وهيئات.

مجلة المحكمة العليا - عدد خاص - الطرق البديلة لحل النزاعات: الصلح والوساطة والتحكيم - 15 و 16 جوان 2008

الوساطة



الوساطة في قانون الإجراءات المدنية الجديد

السيد عبد السلام ذيب

رئيس الغرفة التجارية والبحرية

بالمحكمة العليا

يبدو أن الآثار الأولى للوساطة ظهرت في الحضارة اليونانية، تأسيساً على فلسفة ذلك العهد، التي كانت تهدف إلى بيان ما هو أصح للفرد، وتوخي العقلانية في العلاقات الإنسانية.

ولم تغب الفكرة في الشريعة الإسلامية وفي التقاليد الراسخة في بعض البلدان العربية.

كفكرة حديثة، ظهرت الوساطة في أوروبا، بمبادرة من بعض القضاة الفرنسيين في السبعينات، بالخصوص في القضايا العمالية، وذلك بعد أن لاحظ هؤلاء أن أحكامهم لا تفي بالحاجة أو أنها ترتب آثاراً وخيمة، وفي بعض الأحيان خطيرة على المستوى الإنساني أو يصعب تنفيذها لأنها تقطع الحوار بين الخصوم، ولذلك صدر قانون 8 فيفري 1995 لتكريس هذا الحل البديل.

فالوساطة كطريق بديل لحل النزاعات، تختلف عن الصلح الذي يبادر به القاضي، والتحكيم الذي يقوم به المحكم باتفاق مسبق وبطلب من الأطراف، إذ أنها تتوقف على إرادة الخصوم وحدهم، وقد استحدثها قانون الإجراءات المدنية الجديد مسaire لما يجري في بلدان العالم المتقدمة، المعتمدة لاقتصاد حر يتطلب الإسراع في فصل المنازعات وتفادي الخوض في دعاوى قضائية قد يطول أمدها.

وهي أيضا حل من الحلول التي يرجى منها التقليل من الاكتظاظ الذي تعرفه الجهات القضائية.

الأهداف المتوخاة من الوساطة :

تخضع الوساطة لحرية الخصوم في اللجوء إليها ولسريتها ولكفاءة الوسيط الذي يعمل حسب الأخلاقيات المعمول بها، كما أنها تتطلب حسن نية الخصوم؛

وتهدف إلى السماح للخصوم بالوصول إلى أحسن حل لفض النزاع، كما تسمح للقاضي منح الخصوم ذاتهم فرصة التوصل إلى إنهاء النزاع؛

والوساطة تسمح لكل طرف بالإدلاء للآخر بما يحس به وتقديم تفسيراته للنزاع وإعادة عقد النقاش وتبادل الآراء والحفاظ على العلاقات المستقبلية؛

وتضع في الأخير المسؤولية على الخصوم لإيجاد حل لخلافهم،
يكون سريعا يتقارب أو يتفق مع مصالح كل طرف على مدى
طويل وقابل للتنفيذ دون صعوبة.

ينص قانون الإجراءات المدنية على الوساطة القضائية في المواد
994 إلى 1005،

غير أنه لا يوجد مانع من أن تكون هذه الوساطة باتفاق
الطرفين، إما مباشرة فيما بينهم، وإما عن طريق محاميهم، في المواد
التي يسمح القانون أن تجرى بشأنها.

أما الوساطة القضائية فيقترحها القاضي على الخصوم،
وتتمثل الوساطة في تكليف شخص محايد، له دراية بالموضوع
ولكن بدون سلطة الفصل فيه، يسمى "الوسيط": يكلف بسماع
الخصوم ووجهة نظرهم، من خلال الدخول في محادثات، قد
تكون وجاهية أو غير وجاهية، قصد ربط الاتصال بينهم،
وحملهم على إيجاد الحلول التي ترضيهم.

إجراءات الوساطة القضائية وسلطات القاضي :

على عكس ما جاء في القانون الفرنسي، عرض القاضي الوساطة
على الخصوم وجوبي حسب المادة 994،

وهو إجراء جوهري، يجب حسب رأينا، على القاضي أن يسهر على استيفائه قبل أي إجراء آخر وفي أول جلسة، وعليه أن يبين احترامه من خلال حكمه، ولكن هذا الإجراء لا يصبح نافذا إلا بقبول الخصمين الخضوع له.

الاستثناءات :

لا يمكن إجراء الوساطة في قضايا شؤون الأسرة والقضايا العمالية، لاحتواء التشريع الخاص بهما ما يتكفل بهذا الطريق البديل لحل النزاعات. لا يمكن اللجوء إلى الوساطة في كل ما من شأنه المساس بالنظام العام.

يبدو أن المشرع يقصد بعض العقود المخالفة للنظام العام وبعض الأعمال المنافية للأخلاق.

مجال الوساطة :

يحدد القاضي، بعد اتفاق الخصوم، مجال الوساطة بحيث يقرر إذا كانت تشمل النزاع ككل أو البعض منه فقط.

سلطات القاضي أثناء إجراء الوساطة :

يبقى القاضي يتمتع بجميع سلطاته أثناء سير الوساطة، بحيث يراقب سيرها ويتخذ، إن اقتضى الأمر ذلك، التدابير اللازمة لتسهيل مهمة الوسيط، غير أنه لا يصدر أي حكم في الموضوع، في هذه المرحلة.

ينتهي القاضي الوساطة بطلب الوسيط أو الخصوم أو تلقائيا إذا لاحظ عدم جدواها.

يستدعي الخصوم والوسيط إلى الجلسة بسعي من أمانة الضبط.

صلاحيات الوسيط :

يعين الوسيط، بعد قبوله المهمة لمدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر، يمكن تجديدها مرة أخرى بطلب الوسيط أو بطلب الخصوم.

يقوم بالوساطة شخص طبيعي أو معنوي يتمثل في جمعية، وفي هذه الحالة الأخيرة، يقع اختيار الوسيط من طرف رئيس الجمعية الذي يبلغ القاضي بذلك.

يقع اختيار الوسيط من بين الأشخاص الطبيعيين الذين يتمتعون بأخلاق راقية وسمعة عالية داخل المجتمع تعطي لهم المصداقية المطلوبة للقيام بمثل هذه المهام.

ويجب أن تقترن بالصفات المذكورة، القدرة الفنية والمعرفية على حل النزاع المعروض عليه.

يمكن للوسيط، بعد موافقة الخصوم سماع أي شخص يقبل ذلك ويرى في سماعه فائدة.

لا يمكن للوسيط لا اقتراح حل على الأطراف ولا فرضه عليهم، بل عليه أن يتركهم يتوصلون إلى النتيجة المرجوة بمحض إرادتهم .

غير أنه يتعين عليه التأكد من أنه مبني على حسن نية الأطراف وإرادتهم الحقيقية، وأنه لا يخالف حقوقهم الأساسية والنظام العام. على الوسيط أن يلتزم السرية المطلقة حول مواقف الأطراف أثناء مرحلة الوساطة.

يجب أن لا يتمتع الوسيط بمعارف قانونية فحسب، بل عليه أن يحضى بتكوين خاص في تقنيات الوساطة يسمح بإعادة ربط الاتصال والحوار بين الخصوم.

كما يجب أن يخضع لأخلاقيات منها :

- إخبار الأطراف حول إجراءات الوساطة بكيفية لا لبس فيها.
- إخبارهم بإمكانية اللجوء إلى المحامين أثناء هذه المرحلة.
- التزام الحياد وعدم التأثير.
- التزام عدم ربط علاقات اقتصادية مع الأطراف.
- السهر على الطابع العادل للاتفاق.

في المرحلة الأولى، يسمح الوسيط للأطراف بالإدلاء بمواقفهم وآرائهم، ثم يقوم بتحديد مصالح كل طرف على نحو يسمح للأطراف الأخرى تفهمهما، ثم في المرحلة الأخيرة، بالتوصل إلى حل يسمح لهم بحماية حقوقهم،

وهو ما لا يمكن للقاضي التوصل إليه بالنظر إلى الشروط
الإجرائية والموضوعية للدعوى والقاضي لا يرضي الطرفين.
عند نهاية المهمة يخبر الوسيط القاضي بمآل مهمته كتابة.
عند الاتفاق، يفرغه في محضر يوقع عليه مع الخصوم.
يكرس القاضي الاتفاق بأمر غير قابل للطعن فيه.

الختام :

إن العامل الأساسي في نجاح الوساطة يبقى الثقة التي يضعها
الخصوم في هذا الطريق البديل، لأنه يعمل على تقريب مواقفهم
اتفاقيا، وهو الطريق الذي يحترم مساوئهم دون أن يرمي إلى إطالة
النزاع وبالأخص أن يكون غير مرهق ماليا ويسمح بمناقشة النزاع
دون قيد إجرائي وفي سرية تامة وأن ينتهي باتفاق قابل للتنفيذ.
وعلى القاضي للوصول إلى المبتغى أن يقوم :

(أ) بالتحري في تعيين الوسيط.

(ب) وأن يبين بكل وضوح إجراءات الوساطة.

(ج) وأن يتابع مجراها ونتائجها وتنفيذ ما انتهت إليه.

أما ما هو مطلوب من الوسيط :

- 1) أن يتسم بسيرة وسلوك تدعو إلى الاحترام.
 - 2) وأن يكون على دراية بعناصر المنازعة لتوجيه الخصوم للحلول المرضية لمصالحهم.
- أما الخصوم فيطلب منهم الصدق والاقتناع بالوساطة وعدم اللجوء إليها لربح الوقت.

الوساطة كطريق لحل الخلافات في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد

د. تراري تاني مصطفى

أستاذ محاضر بكلية الحقوق - جامعة وهران

مستشار رئيسي

مكتب المساعدة القانونية (Jurist' Assistance)

مقدمة :

تميز قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد¹ عن سابقه وعلى معظم قوانين الإجراءات المدنية في العالم العربي وربما العالم بأسره بنصه على الطرق البديلة لحل الخلافات نظراً لما أصبح يعاني منه الجهاز القضائي من بطء طالما اعتبر -حسب المقولة الانجليزية المشهورة- عتابة إنكار للعدالة "Justice delayed is justice denied".

هذه الطرق هي : المصالحة والوساطة والتحكيم². موضوع مداخلنا يتعلق بالوساطة، هذه المؤسسة القانونية الجديدة على جهازنا القضائي رغم تجدرها في ثقافتنا³ وفي مختلف ثقافات العالم، الشيء الذي يؤهلها للعب دور أساسي على مختلف الأصعدة : على المستوى الداخلي وعلى صعيد التجارة والاستثمار الدوليين، خاصة في بعض المجالات الإستراتيجية والحساسة⁴.

1 - قانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، الجريدة الرسمية عدد 21 23 أبريل 2008، ص 1.

2 - ولو أن الاتجاه الغالب يعتبر اليوم التحكيم طريقاً بديلاً عن القضاء العادي على المستوى الداخلي فقط، لأن الأسر على خلاف ذلك على المستوى الدولي بحيث أصبح التحكيم هو الطريق العادي لحل منازعات التجارة الدولية.

3 - طالما استندت إليها في حل المنازعات بوساطة كتلك التي يقوم بها الإمام في المسجد أو الشيخ في الزاوية أو شيخ أو كبير الجماعة.... الخ.

4 - تراروي ثاني مصطفى "خلافات الاستثمار بين التحكيم والوساطة - مقارنة في إدارة المنازعات القانونية المتعلقة بصفقات البترول والغاز".

مؤتمر وزارة العدل في دولة الكويت حول التحكيم و تشجيع الاستثمار الأيام 24 و 25 و 26 مارس 2008 الكويت.

مجلة المحكمة العليا - عدد خاص - الطرق البديلة لحل النزاعات : الصلح والوساطة والتحكيم - 15 و 16 جوان 2008

تشور بشأن الوساطة عدة تساؤلات، تيسيرا للفهم، يتعين الإجابة عليها حسب تسلسلها الإجرائي.

1. الإجراء الأول

عرض القاضي للوساطة وقبول الخصوم بها

السؤال المطروح هنا ما نوع الوساطة التي يقصدها النص (3.1)؟
أهي الوساطة الاتفاقية أم الوساطة القضائية؟ للإجابة على هذا السؤال يتعين الوقوف على حقيقة دور القاضي (1.1) ودور الأطراف (2.1).
1.1- دور القاضي :

حسب نص المادة 994 : "يجب على القاضي عرض الوساطة على الخصوم....." وهذا ما يميزها عن الوساطة الاتفاقية الصرفة والمعمول بها في المجال الدولي، كما هو الحال بالنسبة لنظام الطرق البديلة لحل الخلافات الصادر عام 2001 التابع لغرفة التجارة الدولية بباريس⁵ أو نظام المصالحة المنصوص عليه في اتفاقية واشنطن لسنة 1965.

⁵ de la CCI 2001 Alternative Dispute Resolution ADR

⁶ - انشأت هذه الاتفاقية التي انضمت لها الجزائر مركز واشنطن للفصل في خلافات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول لأخرى.

مجلة المحكمة العليا - عدد خاص - الطرق البديلة لحل النزاعات : الصلح والوساطة والتحكيم - 15 و 16 جوان 2008

2.1 - دور إرادة الأطراف :

اللجوء للوساطة إذا نابع ليس من إرادة القاضي وإنما من إرادة الأطراف. فالقانون يكفي بوضع التزام عام على القاضي بعرض الوساطة على الأطراف إن شاءوا اخذوا بها وإن أبوا كان لهم ذلك وهذا ما يجعل القانون الجزائري يختلف عن القانون الأردني⁷ الذي يعطي للأطراف كما للقاضي الحق في تقرير الوساطة على حد سواء. كما يصح للأطراف طلبها من القاضي دون أن يقيد القاضي طلبهم هذا، فللقاضي الحق في رفض الوساطة إذا كان النزاع مما لا تجوز الوساطة فيه كقضايا الأسرة⁸ والقضايا العمالية وكل ما من شأنه أن يمس النظام العام" (المادة 994).

3.1- نوع الوساطة :

نوع الوساطة المقصودة هنا ليست لا الوساطة الاتفاقية الصرفة التي أخذ بها المشرع المغربي على سبيل المثال تحت هذا المسمى بالضبط في إطار التعديل الأخير لقانون المسطرة المدنية عام 2007⁹ ولا

7 - قانون الوساطة لتسوية النزاعات المدنية المؤقت رقم 37 لسنة المنشور على الصفحة (2016) من عدد الجريدة الرسمية رقم (4595) تاريخ 2003/4/30.

8 - التي تخضع للمصالحة ينص قانون الإجراءات المدنية والإدارية في المواد من 439 إلى 449.

9 - أنظر المواد الفرع الثالث المواد من 327-55 إلى 327-68 قانون 08-05 الصادر بمقتضى الظهير رقم 1-07-169 المؤرخ في 30 نوفمبر 2007، المجلة الرسمية 5584 في 6-12-2007، ص 1369 وخاصة بالنسبة للوساطة الاتفاقية ص. 1376.

مجلة المحكمة العليا - عدد خاص - الطرق البديلة لحل النزاعات: الصلح والوساطة والتحكيم - 15 و 16 جوان 2008

الوساطة القضائية¹⁰ الصرفة التي عالجها القانون الجديد تحت تسمية الصلح¹¹، بل هي خليط من هذا وذاك. أخذ بهذا النوع من الوساطة المشرع الفرنسي في المرسوم رقم 69-652 المؤرخ في 22 جويلية 1996¹².

2. الإجراء الثاني

تعيين القاضي للوسيط

خلافًا للمحكم الذي يختاره الأطراف وعلى خلاف الصلح التي يكون فيها القاضي هو المكلف بالصلح، فإن القاضي هو الذي يعين الوسيط ويتعين على الخصوم القبول به (المادة 999).

فما هي الشروط الواجب توافرها في الوسيط (1.2)؟ وما هي الشروط الشكلية التي يتم بها تعيينه (2.2)؟ وما هو أثر هذا التعيين على مهمة القاضي (3.2)؟

10- أنظر كذلك القانون الأردني السالف الذكر الذي اسماها الوساطة القضائية.

11- والأصح المصالحة المنصوص عليه في المواد من 990 إلى 993 بالنسبة للمسائل المدنية و التجارية وفي المواد من 970 إلى 974 بالنسبة للمسائل الإدارية.

12- Décret n° 96-652 du 22 juillet 1996 – Journal Officiel de la République Française du 23 juillet 1996, Cf. la médiation dans les articles de 137-1 à 137-15.

مجلة المحكمة العليا - عدد خاص - الطرق البديلة لحل النزاعات: الصلح والوساطة والتحكيم - 15 و 16 جوان 2008

2.1- الشروط الواجب توافرها في الوسيط :

تسند مهمة الوسيط إما لشخص طبيعي¹³ أو إلى جمعية و عندما يكون الوسيط المعين جمعية، يقوم رئيسها بتعيين أحد أعضائها لتنفيذ الإجراء باسمها ويخطر القاضي بذلك".¹⁴

أما عن الشروط الواجب توافرها في الوسيط بنص القانون على أنه : "يجب أن يعين الشخص الطبيعي المكلف بالوساطة من بين الأشخاص المعترف لهم بحسن السلوك و الاستقامة، و...":

1- ألا يكون قد تعرض إلى عقوبة عن جريمة مخلة بالشرف، وألا يكون ممنوعاً من حقوقه المدنية،

2- أن يكون مؤهلاً للنظر في المنازعة المعروضة عليه،

3- أن يكون محايداً ومستقلاً في ممارسة الوساطة،

بالنص على أنه "تحدد كفاءات تطبيق هذه المادة (م 998) عن طريق التنظيم" (المادة 998)، لم يكشف المشرع عن كل أسرار هذه المادة فيما يخص شخصية الوسيط، إذا على خلاف المشرع الأردني في المادة 2 من القانون السالف الذكر التي نصت على أنه : "يجوز

13 - على خلاف مهمة المحكم الذي لا يكون إلا شخصاً طبيعياً و في حالة تعيين شخص معنوي يتولى هذا الأخير تنظيم عملية التحكيم و لا تتخذ القرارات التحكيمية أبداً باسم الشخص المعنوي بل باسم المحكم أو المحكمين.

14 - المادة 997.

لوزير العدل تسمية وسطاء خصوصيين¹⁵، يختارهم من بين القضاة المتقاعدين والمحامين والمهنيين المشهود لهم بالحيادة والنزاهة، ويحدد الوزير الشروط الواجب توافرها بالوسطاء الخصوصيين¹⁶.

2.2- الشروط الشكلية المطلوبة في أمر التعيين :

يجب أن يتضمن الأمر القاضي بالتعيين ما يلي :

1- موافقة الخصوم وهنا لا يفصح النص عما إذا كانت الموافقة المطلوبة قاصرة على قبول عملية الوساطة فقط أو يجب أن تشمل القبول بشخص الوسيط كذلك. الأرحح أن الموافقة شاملة.

2- تحدد الآجال الأولى الممنوحة للوسيط للقيام بمهمته وتاريخ رجوع القضية إلى الجلسة (المادة 999).

15- لأن النص يتضمن كذلك ما يعرف عندنا بالصلح القضائي الذي يشرف عليه القاضي ويسمون بقضاة الوساطة، في هذا الصدد تنص المادة 2 على أنه :

أ. تعدت في مقر محكمة البداية إدارة قضائية تسمى (إدارة الوساطة) على أن يحدد وزير العدل المحاكم التي يتم فيها إحداث هذه الإدارة.

ب. تشكل إدارة الوساطة من عدد من قضاة البداية والصلح يسمون (قضاة الوساطة) يختارهم رئيس محكمة البداية للمدة التي يحددها ويختار من بين موظفي المحكمة العدد اللازم لهذه الإدارة .

ج. بالإضافة لقضاة الوساطة، لوزير العدل تسمية (وسطاء خصوصيين) يختارهم من بين القضاة المتقاعدين والمحامين والمهنيين المشهود لهم بالحيادة والنزاهة، ويحدد الوزير الشروط الواجب توافرها بالوسطاء الخصوصيين.

16 - قانون الوساطة لتسوية النزاعات المدنية المؤقت رقم 37 لسنة 2003 السلف الذكر.

مجلة المحكمة العليا- عدد خاص - الطرق البديلة لحل النزاعات : الصلح والوساطة والتحكيم - 15 و 16 جوان 2008

3.2- إجراءات تعيين الوسيط :

مجرد النطق بالأمر القاضي بتعيين الوسيط يقوم أمين الضبط بتبليغ نسخة منه للخصوم وللوسيط ويخطر الوسيط القاضي بقبول مهمة الوساطة دون تأخير (المادة 1000).

4.2- أثر تعيين الوسيط على مهمة القاضي :

تعيين الوسيط لا يعني ".....تخلي القاضي عن القضية ويمكنه اتخاذ أي تدبير يراه ضروريا في أي وقت" (المادة 2/995). يمكن للقاضي تجديد مدة الوساطة مرة واحدة بطلب من الوسيط عند الاقتضاء بعد موافقة الخصوم، لأنه، مبدئيا "لا يمكن أن تتجاوز مدة الوساطة ثلاثة أشهر".

"كما يمكن للقاضي في أي وقت إنهاء الوساطة، بطلب من الوسيط أو من الخصوم" أو "... تلقائيا، عندما يتبين له استحالة السير الحسن لها وفي جميع الأحوال، ترجع القضية إلى الجلسة، ويستدعي الوسيط والخصوم إليها عن طريق أمين الضبط" (المادة 1002).

3. الإجراء الثالث :

عملية الوساطة

بعد دعوة الوسيط الخصوم إلى الوساطة (1.3) وتلقي وجهة نظر كل واحد منهم (2.3) وسماع من يمكن سماعه (3.3) يتولى التوفيق بين الخصوم (4.3).

1.3- الدعوة إلى الوساطة :

يدعو الوسيط الخصوم إلى أول لقاء للوساطة (المادة 1000) التي تتم بكل سرية إزاء الغير (المادة 1005).

2.3- تلقي وجهة نظر الأطراف :

يتلقى الوسيط وجهة نظر كل واحد من الأطراف (المادة 994) وحسب الممارسة العملية لا يصح أن ينفرد بأحدهما دون الآخر.

3.3- سماع كل شخص يقبل ذلك :

يجوز للوسيط بعد موافقة الخصوم سماع كل شخص يقبل ذلك ويرى في سماعه فائدة لتسوية النزاع ويخطر القاضي بكل الصعوبات التي تعترضه في مهمته (المادة 1001)

3.4- مهمة التوفيقية للوسيط :

يحاول الوسيط التوفيق بين الخصوم لتمكينهم من إيجاد حل (المادة 994) للنزاع والجزء من النزاع الذي كلف بالوساطة فيه (المادة 995) أي المصالحة أو الصلح فيه لأن طبيعة كل هذه الوسائل واحدة، أما الفرق فيمكن في شروط وإجراءات أعمال كل واحد منها وفي من يتولى العملية (الأطراف مباشرة، شخص من الغير عادي أو قاض.... الخ).

فالوسيط ليس رجل قانون بالضرورة ولا يطلب منه دراية بالتشريع والفقه وأحكام القضاء، فهو موفق ومسهل (Facilitator)، يطلب

منه أن يحسن الاستماع وأن يتقن التحليل وأن يتحلى بالحكمة وحسن التدبير¹⁷..... الخ.

4. الإجراء الرابع :

محضر الوساطة

عند إنهاء الوسيط لمهمته ما لم تنته بأمر من القاضي تلقائيا أو بطلب من الخصوم (المادة 1002) يخطر الوسيط القاضي كتابيا بما توصل إليه الخصوم من اتفاق أو عدمه (المادة 1003).
في حالة الاتفاق يحرر الوسيط محضرا يضمه محتوى الاتفاق ويوقعه والخصوم (المادة 1003).

5. الإجراء الخامس :

رجوع القضية إلى الجلسة والمصادقة على محضر الاتفاق

ترجع القضية أمام القاضي في التاريخ المحدد لها مسبقا (المادة 1003).

يقوم القاضي بالمصادقة على محضر الاتفاق بموجب أمر غير قابل للطعن، ويعد هذا المحضر سنداً تنفيذياً (المادة 1004).

17. Médiation / Alternative Dispute Resolution in Oil, Gas and Energy Transaction : Superior to Arbitration / Litigation from a Commercial and Management Perspective, in Transnational Dispute Management (TDM), www.transnational-dispute-management.com

الخاتمة :

هذه محاولة لتسليط الضوء على هذه المؤسسة الجديدة على الجهاز القضائي الجزائري، بحيث تبقى العديد من المسائل في الظل وتصبح الإجابة عليها: من بينها على وجه الخصوص كيفية تسديد أتعاب الوسيط على الأقل في الحالة التي لا يكون فيها جمعية خيرية. القانون الأردني أجاب على هذا السؤال. فحسب المادة 9/ب من القانون السالف الذكر:

1- إذا توصل الوسيط الخاص إلى تسوية النزاع كلياً فللمدعي استرداد نصف الرسوم القضائية التي دفعها ويصرف النصف الآخر كأتعاب لهذا الوسيط على أن لا يقل في حده الأدنى عن ثلاثمائة دينار وإذا قل عن هذا الحد يلتزم أطراف النزاع بأن يدفعوا للوسيط وبالتساوي بينهم الفرق بين ذلك المبلغ والحد الأدنى المقرر.

2- إذا لم يتوصل الوسيط الخاص لتسوية النزاع فتحدد أتعابه من قبل قاضي إدارة الدعوى بما لا يتجاوز مبلغ مائتي دينار يلتزم المدعي بدفعها له، ويعتبر هذا المبلغ من ضمن مصاريف الدعوى.

وهذا قد يشجع على اللجوء للوساطة لأنه رغم ما يمكن قوله عن ارتباط الوساطة بثقافتنا فإنها لم تمارس في إطار مؤسس بل يغلب عليها الطابع التقليدي¹⁸.

18. A. Zahi : " La conciliation et le processus arbitral ", in Actes du Séminaire d'Alger, op. cit., p. 22. On a eu connaissance de plusieurs cas où des confréries religieuses très répandues au Maghreb, pratiquent une sorte de conciliation très proches de l'arbitrage ou le Cheikh est saisi parfois unilatéralement comme en matière d'arbitrage. Celui-ci mettra en oeuvre son autorité morale pour faire accepter la décision.



الوساطة

فنيش كمال

رئيس غرفة في مجلس الدولة

مقدمة :

- التطور التاريخي للوساطة وأنواعها :

1- تعريف الوساطة .

2- أنواع الوساطة .

3- الوساطة في القضايا الجنائية .

- مدى فعالية الوساطة وعلاقتها بالقضاء في التشريع الجزائري :

1- إيجابيات الوساطة.

2- هل تجوز الوساطة في كل النزاعات.

3- كيف تتم الوساطة وإنهاءها.

الخلاصة :

الوساطة :

مقدمة :

يسعدني أن أعرض على حضرتكم هذه المداخلة المتواضعة جدا وقبل هذا و أريد أن أشكر كل من ساهم من قريب أو من بعيد على تحضير هذا الملتقى الدولي،

كما لا أنسى أن أشكر الرئيس الأول للمحكمة العليا على اهتمامه بالتظاهرات العلمية ورئاسة مجلس الدولة على تعييني للمشاركة في هذا الملتقى،

- أمّا بعد،

أن اللجوء للوسائل البديلة لحل النزاعات في عصرنا هذا أمرا ملحا وذلك لتلبية كثرة القضايا على الجهات القضائية والتي لم تعد هذه الجهات قادرة على التصدي لها بشكل منفرد.

أن تطور المجتمع الجزائري في مختلف الميادين ولا سيما في التجارة والخدمات وما نتج عن ذلك والحاجة إلى السرعة والفعالية في بث العلاقات نشأت الحاجة لوجود آليات قانونية يمكن للأطراف من خلالها حل خلافاتهم بشكل سريع وعادل وفعال مع منحهم مرونة وحرية لا تتوفر عادة في الجهات القضائية.

ولا ننسى أن الشريعة الإسلامية كرّست الصلح بين الأفراد ويقول الحق وهو أصدق القائلين "إنما المؤمنون إخوة فأصلحوا بين أخويكم واتقوا الله لعلكم ترحمون" وهو أيضا ما أكدته السيرة النبوية حيث روي عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله -صلى الله عليه وسلم- قال "الصلح جائز بين المسلمين إلاّ صلحا حرم حلال أو أحلّ حراما".

I- التطور التاريخي للوساطة :

لقد كانت تتم في السابق بشكل بسيط قائم على الإصلاح ونابعة من العادات والتقاليد السائدة في المجتمع .

فقد كانت مطبقة في العهد القديم قانونيا. عفهوم المصالحة واستخدمت من جديد بعد الثورة الفرنسية عام 1789 وقد ظهرت في الولايات المتحدة خلال الأعوام 1965-1970.

وأصبحت الوساطة من الوسائل البديلة لحسم النزاعات وهكذا وضعت اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الإستثمار مفاوضات الوساطة وسيلة بديلة لحسم النزاع قبل اللجوء إلى التحكيم.

لقد نصت الاتفاقية في بابها التاسع على تسوية المنازعات سواء تعلق الأمر حول تفسير الاتفاقية وتطبيقها أو الإستثمارات المؤمن عليها أو المنازعات حول عقود التأمين وأخيرا المنازعات مع الغير، ونصت كذلك على إجراءات التحكيم.

لقد نصت الاتفاقية في المادة 3 إذا لم تؤدي المفاوضات إلى إتفاق بين الأطراف في المنازعة جاز لهم محاولة تسويتها عن طريق الوساطة ويكون اللجوء إلى الوساطة بالإتفاق بين الأطراف فإذا تعذر هذا الإتفاق تعين اللجوء إلى التحكيم.

ويجوز للأطراف أن يطلبوا من الأمين العام للجامعة الدول العربية من يتولى الوساطة فيما بينهم.

وكذلك بالنسبة لإتفاقية البنك الدولي بشأن تسوية منازعات الإستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى ففتحت باب الوساطة قبل التحكيم.

وكذلك نصّ نظام المصالحة والتحكيم لغرفة التجارة الدولية على نظام المصالحة الإختيارية ووضع له إجراءات.

هذه الهيئة التي تمثل رجال الأعمال على المستوى الدولي تم تأسيسها بعد مؤتمر التجارة الدولية الذي عقد عام 1919 بمدينة أتلانتيك سيتي بالولايات المتحدة الأمريكية وجميع الخلافات الناشئة تجري تسويتها بصفة نهائية وفقا لقواعد التصالح والتحكيم. وكانت ولادة ما يسمى في الولايات المتحدة :

alternative disputes resolution الوسيلة البديلة لحسم النزاع من خلال دعوى عالقة أمام القضاء دامت عدة سنوات مما أدى بتعيين محكمة مصغرة من كل طرف يختار أحد كبار موظفيه ممن له دراية ومعرفة بتفاصيل النزاع ثم يختار الموظفان رئيسا محايدا وبعد أيام خرجت المحكمة باتفاق بين الطرفين وانتهت الدعوى.

وانتشرت الوساطة في الولايات المتحدة الأمريكية انتشارا كبيرا لا سيما وأن التحكيم في الولايات المتحدة لم يعرف التقدم الذي وصل إليه في أوروبا .

II- تعريف وأنواع الوساطة :

لقد نصت المادة 994 من قانون الإجراءات الإدارية على القاضي عرض إجراء الوساطة على الخصوم في جميع المواد باستثناء قضايا شؤون الأسرة والقضايا العمالية وكل ما من شأنه أن يمسّ بالنظام العام وكما أنتم تعلمون فإن المشرع لم يعرف النظام العام وهو مفهوم متغير ومتطور حسب ظروف المجتمع .

وهذا ما توصل إليه مجلس الدولة الفرنسي في قراره الخاص برمي الأقسام في المعارض باعتبار أن هذا اللعب يمس بالشخص وعنصر من عناصر النظام العام.

Le Conseil d'Etat considère qu'il y a atteinte à la dignité de la personne et par conséquent un des éléments de l'ordre public dans le lancer de Nain dans les foires.

وتضيف الفقرة الثانية من المادة المذكورة إذا قبل الخصوم هذا الإجراء يعين القاضي وسيطا لتلقي وجهة نظر كل واحد منهم ومحاولة التوفيق بينهم لتمكينهم من إيجاد حل للتراع إذ هذه المرحلة تتم بمشاركة طرف ثالث (وسيط) يعمل على تسهيل الحوار بين الطرفين المتنازعين ومساعدتهما على التوصل لتسوية. تمتد الوساطة إلى كل التراع أو إلى جزء منه.

إذن نستطيع أن نعرف الوساطة بأنها آلية تقوم على أساس تدخل شخص ثالث محايد في المفاوضات بين طرفين متخصصين بحيث يعمل هذا المحايذ على تقريب وجهات النظر بين الطرفين وتسهيل التواصل بينهما وبالتالي مساعدتهما على إيجاد تسوية مناسبة لحكم التراع وفي هذا المعنى يقول الأستاذ/

Fouchard :

La mission du médiateur se limite à tenter de concilier les parties, ou à s'efforcer de les amener à une solution mutuellement acceptable.

La médiation est consensuelle du début à la fin.

"مهمة الوسيط محدودة في محاولة التوفيق بين الأطراف أو بذل

المجهود لتقديم حلّ يرضي الطرفين".

Il accompagne les parties pour trouver une solution commune.

Les propositions ou recommandations qu'il leur présente après l'instruction de l'affaire n'ont aucun caractère obligatoire, elles ne l'acquièrent que si et lorsque les parties les ont acceptées.

Personne indépendante, neutre et impartial.

II- أنواع الوساطة :

تتخذ الوساطة أشكالاً عديدة فهناك الوساطة البسيطة simple médiation وهي التي تقترب من نظام التوفيق (المصالحة) في وجود شخص يسعى إلى التقريب بين وجهات نظر المتنازعين وهناك الوساطة تحت شكل قضاء صوري وهي التي يتم فيها تشكيل هيئة يرأسها الوسيط تضم وكلاء عن أطراف النزاع وذلك للوصول إلى حد مقبول من الطرفين.

وهناك الوساطة الإستشارية médiation consultation وهي التي يطلب فيها أطراف النزاع من محام أو خبير استشارته أولاً في موضوع النزاع ثم يطلبون منه بعد ذلك تدخله كوسيط لحل النزاع. وهناك وساطة التحكيم médiation arbitration وهي التي يتفق فيها الأطراف على قيام الوسيط بمهمة التحكيم إذا فشلت مهمته في الوساطة.

وهناك أخيرا الوساطة القضائية *judiciaire médiation* التي فضّلها المشرع الجزائري وهي كذلك المعمول بها في النظام الأنجلوسكسوني حيث تقوم المحاكم حسب المادة 994 من الإجراءات المدنية والإدارية قبل الفصل في النزاع بغرض اقتراح على الأطراف باللجوء بداية إلى الوساطة.

أما الوساطة في القضايا الجنائية :

يقصد بالوساطة الجنائية *la médiation pénale* ذلك الإجراء بموجبه يحاول شخص من الغير بناء على اتفاق الأطراف وضع حد ونهاية لحالة الإضطراب التي أحدثتها الجريمة عن طريق حصول المجني عليه أي الضحية على تعويض كاف عن الضرر الذي حدث له.

إن الوساطة الجنائية أحد صور خصخصة الدعوى الجزائية وكذلك يتضح أن جوهر الوساطة هو الرضائية في إتباع هذا النظام والموافقة على تثبيت العضوية بالرضا وذلك بناء على اقتراح النيابة العامة ولذلك اتجه رأي الفقه على ضوء ذلك اعتبار الرضا في الوساطة نوعا من التصالح المدني .

ولقد صدر العديد من التوصيات عن المجلس الأوروبي منها التوصية الصادرة في عام 1987 والتوصية الصادرة في 15 سبتمبر 1999 بشأن إقرار بدائل الدعوى الجنائية لمواجهة بعض الجرائم.

- Recommandation n° R (87) 21 qui recommande d'encourager les expériences (sur une base nationale ou locale) de médiation entre le délinquant et la victime et en examinant plus particulièrement dans quelle mesure les intérêts des victimes sont préservés.

- Recommandation n° R (99) 19 du comité des ministres aux Etats membres sur la médiation en matière pénale.

- Considère qu'il importe de renforcer chez les délinquants le sens de leurs responsabilités et leur offrir des occasions correctes de s'amender ce qui facilitera réinsertion et réhabilitation.

- Reconnaissant que la médiation peut faire prendre conscience du rôle important de l'individu et de la communauté dans l'origine et le traitement des délits et la solution des conflits qui y sont associés, et contribuer ainsi à ce que la justice pénale ait des résultats plus constructifs et moins répressifs.

- Reconnaissant que la médiation exige des qualifications particulières et demande des codes de pratique et une formation agréée.

مع العلم بأن الوساطة الجنائية ترجع في أصل إنشائها إلى قوانين الدول الأنجلوسكسونية وخاصة الولايات المتحدة.

وهناك العديد من الأساتذة في الدول العربية نادوا صراحة يتبنى النظام الرضائي البديل وخاصة في علاج القضايا العائلية أو محيط الجيران. أما الوساطة الإدارية لا بد أن تفرق بين مرحلتي ما قبل القانون الحالي.

- مدى فعالية الوساطة وعلاقتها بالقضاء :

أن الطرق البديلة لحل المنازعات قد أصبحت من الوسائل الملائمة للفصل في مجموعة هامة من المنازعات كما هو الشأن في منازعة التجارة الدولية وحماية المستهلك حتى أصبح يطلق على هذه الوسائل بالنظر لطابعها العملي الطرق المناسبة لفض المنازعات ولقد أصبح اللجوء مسبقا إلى الوساطة.

وعلى خلاف الوساطة يعتبر التحكيم من حيث نتيجته ملزما بحيث يملك الحكم أو هيئة التحكيم سلطة اتخاذ القرار في أساس النزاع والبت فيه وهذا على خلاف الوسيط الذي لا يملك هذه السلطة كما أن التحكيم متى اتفق عليه (قبل نشوء النزاع أو بعده) يصبح ملزما ويتوجب على الأطراف السرية حتى نهاية إجراءاته وإصدار القرار المنهي للخصومة من خلاله.

ويعتبر حكم التحكيم ملزما ويستوي مع القرار الصادر عن المحكمة إذا ما تم تذييله بالصيغة التنفيذية.

أخذ المشرع الجزائري في المادة 970 من قانون الإجراءات المدنية بالصلح بقوله يجوز للجهات القضائية إجراء الصلح في القضاء الكامل وفي أية مرحلة تكون الخصومة عليها وبالتالي استثناء الوساطة في القضاء الإداري.

أما ما قبل صدور قانون الإجراءات المدنية فهناك الرسوم الرئاسي رقم 96/113 المؤرخ في 23/03/1996 المتضمن تأسيس وسيط الجمهورية نص في مادته الثانية على أن وسيط الجمهورية هيئة طعن غير قضائية تساهم في حماية حقوق المواطنين وحريتهم وفي قانونية سير المؤسسات والإدارات العمومية وتطبيق المادة 03 بخول وسيط الجمهورية صلاحيات المتابعة والرقابة العامة التي تسمح له بتقدير حسن علاقة الإدارة بالمواطنين.

- Donc une appréciation en droit du fonctionnement du service public sans plus.

بينما الوسيط الفرنسي أصبح بعد تعديل المادة 09 من القانون الصادر في سنة 1976 يتمتع بصلاحيات أوسع عندما يخطر بشكاية من طرف مواطن ويرى أن النص الواجب التطبيق سوف يؤدي إلى إجحاف بحقوق الشاكي يقترح على الهيئة المختصة الفصل في الإنصاف. رغم أن محكمة النقض الفرنسية، الغرفة الثانية كانت أجازت تطبيق الوساطة بموجب قرار صادر في 16/06/1993.

- l'application du texte aboutit à une iniquité régler en équité.

وأبعد من هذا يقترح على السلطة المختصة كل حل يراه مناسباً ويبادر كذلك باقتراح تعديل النص التشريعي أو التنظيمي موضوع النزاع.

- il suggère une modification qu'il lui paraît opportun d'apporter à des textes législatifs ou réglementaires.

مع العلم أن النص المتضمن وسيط الجمهورية الذي بموجب المرسوم الرئاسي رقم 170-99 بتاريخ 1999/08/02 كذلك الوساطة المنصوص عليها في القانون 02-90 بتاريخ 1990/02/06 الخاص بتراعات العمل المادتين 10 و 46 منه.

Le législateur a donné au médiateur un pouvoir d'une nature nouvelle, il lui est permis d'apprécier les conséquences d'une loi ou d'un règlement alors que cette appréciation est du ressort du législateur pour la loi et du gouvernement pour le règlement.

La médiation peut être proposée par le juge, y compris en référé.

Pratique validé par la cour de cassation 2^{ème} chambre. Arrêt 16/06/1993.

- Sa demande est assortie : ويتضمن طلبه ما يلي :
 - de la démonstration que la situation à traiter est exceptionnelle
 - بأن الحالة المعالجة استثنائية.
 - que le changement proposé est conforme à l'esprit de la loi.
 - وأن الحل المقترح يتوافق مع روح القانون.
 - que la nouvelle décision ne créera pas de précédent .
 - وأن الحل لا يكون سابقة.
 - que la responsabilité morale du changement sera supportée par le médiateur de la république.

- وأن المسؤولية الإدارية تكون على عاتق الوسيط.

- ما هي إيجابيات الوساطة في القانون الوضعي :

اللجوء إلى الوساطة أمر إختياري ولا يمكن القيام بأي إجراء دون موافقة أطراف النزاع وهذا ما نصت عليه المادة 994 الفقرة الثانية إذا قبل الخصوم هذا الإجراء أي الوساطة.

أن نظام الوساطة مبني على الواقع الحقيقي للأحداث بينما قد يشوّه هذا الواقع عندما يعرض أمام القضاء.

- هل تجوز الوساطة في كل النزاعات؟

تجوز الوساطة في جميع المواد باستثناء قضايا شؤون الأسرة والقضايا العمالية وكل ما من شأنه أن يمسّ بالنظام العام وهذا ما نصت عليه المادة 994 من قانون الإجراءات المدنية.

وهناك عدة أمثلة تجوز الوساطة فيها :

- نزاعات حول الملكية.

- نزاعات حول قطع الأرض.

- نزاعات بين المالكين.

- نزاعات الجوار.....

- في الميدان المصرفي. Dans le domaine de la banque,

- في الطاقة. de l'énergie et au service postal,

- في مصالح البريد. Les établissements de crédit
- مؤسسات القروض. Les établissements de crédit
- منازعات الإستهلاك. En matière de litige de la Consommation.
- البند المتفق عليه بن الممون والزبون حول الوساطة. La clause de médiation entre le client et son fournisseur.
- ممكن أن تدرج كإلتزام متفق عليه. Elle peut être incluse en tant qu'obligation contractuelle.

- من يمكنه القيام بدور الوسيط؟

- يمكن لكل شخص توفرت فيه المواصفات المطلوبة في الوسيط والتي نصت عليها المادة 998 أن يمارس هذه المهمة حيث نصت على أن يعين الشخص الطبيعي المكلف بالوساطة من بين الأشخاص المعترف لهم بحسن السلوك والإستقامة وأن تتوفر فيه الشروط الآتية :
- ألا يكون قد تعرض إلى عقوبة عن جريمة مخلة بالشرف وألا يكون ممنوعا من حقوقه المدنية.
 - أن يكون مؤهلا للنظر في المنازعة المعروضة عليه.
 - أن يكون محايدا ومستقلا في ممارسة الوساطة .
 - وإضافة إلى تكوينه الأصلي دراسات عليا في مجال تخصص معين.
 - مع الإشارة أن المشرع الجزائري ذكر بأن تحدد كيفيات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم.

- ماهي أهم مميزات الوسيط ؟

- وتتمثل أهم مميزات الوسيط فيما يلي :
- العدل (لا يرحح كفة طرف على الآخر).
- الحياد (لا يصدر أحكاما على موضوع النزاع).
- كتمان السر المهني.
- الإنصات الجيد.
- التواصل السليم والواضح.

- كيف تتم الوساطة؟

- لقد نصّت المادة 994 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن يجب أن يتضمن الأمر القاضي بتعيين الوسيط ما يأتي:
- موافقة الخصوم .
 - تحديد الأجل الأول الممنوح للوسيط للقيام بمهمته وتاريخ رجوع القضية إلى الجلسة.
- و بمجرد النطق بالأمر القاضي بتعيين الوسيط يقوم أمين الضبط بتبليغ نسخة منه للخصوم والوسيط ويخطر الوسيط القاضي بقبوله مهمة الوساطة دون تأخير ويدعو الخصوم إلى أول لقاء للوساطة.
- وتنص المادة 1001 يجوز للوسيط بعد موافقة الخصوم سماع كل شخص يقبل ذلك ويرى في سماعه فائدة لتسوية النزاع ويخطر القاضي بكل الصعوبات التي تعترضه في مهمته.

إن السؤال المطروح هل بإمكان الوسيط الإستعانة بمحامي أو بأي
خبير خلال عملية الوساطة، الإجابة نعم فقد يكون اللجوء إلى
استشارة قانونية أمراً مفيداً من شأنه تنوير الأطراف، لأن الفقرة الثانية
من المادة 994 تنص على محاولة التوفيق بين الأطراف من طرف
الوسيط ومن التوفيق أن يحاول الوسيط إنصاف الأطراف.

Le médiateur n'étant pas obligé de statuer uniquement
sur la base de droit, peut juger en équité, en prenant en
compte le contexte ou une situation particulière.

Cicéron : sans équité le droit n'est pas le droit.

Thèse d'Aristote : l'équité serait une force dressée à
coté du droit strict pour en compenser les faiblesses pour en
combler les lacunes, pour en atténuer les conséquences
particulièrement néfastes l'équité se présentant comme une
sorte d'honnêteté assurant la prise en compte des droits
passés sous silence par le législateur, lequel ne peut les
déterminer tous avec précision.

أما حالات إنهاء الوساطة فقد نصت عليها المادتين 1002 و 1003
لأن بإمكان القاضي في أي وقت إنهاء الوساطة بطلب من الوسيط أو
من الخصوم كما يمكن للقاضي إنهاء الوساطة تلقائياً عندما يتبين له
استحالة السير الحسن لها.

أما الحالة الثانية فهي إنهاء الوسيط لمهمته يخبر القاضي كتابياً بما
توصل إليه الخصوم من اتفاق أو عدمه.

وفي حالة الإتفاق يحرر الوسيط محضرا يضمه محتوى الإتفاق ويوقعه والخصوم وترجع القضية أمام القاضي في التاريخ المحدد لها مسبقا.

أما القيمة القانونية لوثيقة الصلح فإن المادة 1004 تعطي لنا الجواب، حيث نصت على أن يقوم القاضي بالمصادقة على محضر الإتفاق بموجب أمر غير قابل لأي طعن ويعد محضر الإتفاق سنداً تنفيذياً.

الخلاصة :

إن نظام الوساطة يحافظ على أطراف النزاع وذلك بغية خلق روابط جديدة بين الأشخاص.

كما تتسم إجراءات الوساطة بالمرونة لعدم وجود إجراءات وقواعد مرسومة محددة.

كما تحافظ على العلاقات الودية بين الخصوم وتبقى هذه العلاقات قائمة في الوساطة بعكس الخصومة القضائية التي تؤدي في الغالب إلى قطع العلاقات.

ومما لا شك فيه أن تبني المشرع الجزائري لهذه الطريقة البديلة لحل النزاعات ستساهم لا محالة في التخفيف من القضايا المعروضة على القضاء لا سيما إذا أخذنا بعين الاعتبار أن الوساطة مفهوم متجذر في المجتمع الجزائري.

الطرق البديلة لحل النزاعات

السيد عمر الزاهي

أستاذ بكلية الحقوق - بن عكنون - الجزائر

جامعة بن يوسف بن خدة

إن طول الإجراءات وتكاليفها المالية دفعت المتقاضين إلى وسائل مفروضة في التاريخ القديم للإنسانية والتي سبقت إنشاء المحاكم التابعة للدولة : الوساطة والصلح كطريقتين وديتين كانتا معمولاً بهما قبل اللجوء إلى التحكيم، الذي يبقى إجراءً قضائياً رغم أنه من صنع خواص والسبب أنه يبقى بمقرر طابع قضائي وينفذ ذلك، وموضوع تدخلنا سيدور حول الوساطة.

I - استحقاقات الوساطة واستعمالها عبر العالم

I-1 : استحقاقات الوساطة ومعنى اللجوء إليها :

- تفادي الضروريات الشكلية للإجراءات القضائية أو التحكيمية.
- انخفاض التكاليف المالية بالمقارنة مع الأتعاب والمصاريف القضائية.
- تفادي المواجهات العنيفة في بعض الحالات أثناء الجلسات.
- ضمان سرية التبادلات.
- السماح للأطراف ذاتهم في المساهمة في حل النزاع تحت إشراف وسيط أو أكثر.

I-2 : أسباب اللجوء إلى الوساطة .

- تعدد القواعد، تطور النزاعات، تثبيت العلاقة الاجتماعية ونتيجة كل هذه العوامل هي التضخم التدريجي للقانون.
- أصبح القانون مبدأً أساسياً للمجتمعات الحالية وفي مجتمع يتميز بكثرة النصوص، فالنظام (سواء العادي أو التحكيم) لا يستطيع إيجاد الحلول المنتظرة.

هذا ما يفسر اللجوء الحتمي والمتطور للأطراف إلى الطرق البديلة لحل النزاعات كالصلح والوساطة على المستوى الوطني أو على المستوى الدولي، وهذا صحيح خاصة إذا تعلق الأمر بنزاعات بسيطة بين الأشخاص.

- لا توجد طريقة أخرى أحسن من الوساطة التي تلي هدفين أساسيين وهما :

- حل النزاع.
- الحفاظ في المستقبل على العلاقة الموجودة بين الأطراف.

I-3 : اللجوء إلى الوساطة عبر العالم :

1- خارج الجزائر :

- في الولايات المتحدة الأمريكية :

حسب دراسة حديثة، تقريبا 75 % من النزاعات التجارية تحل عن طريق الوساطة.

- المنجزات :

توجد شروط تعاقدية التي تشير إلى اللجوء إلى الوساطة، موجودة أكثر فأكثر في عدة ميادين منها ميدان الصحة بالنسبة للتزاعات بين الأطباء والمرضى.

- أوروبا الغربية :

اللجوء إلى الوساطة متطور جدا، حيث إنه معمول به في أغلب الميادين.

- الدول العربية :

إن الوساطة لاسيما في التزاعات التجارية هو شيء مفروض في الأعراف والتقاليد العربية.

2- الوساطة في الجزائر

إن الوساطة مستعملة في التزاعات الناشئة في العلاقات بين الدولة والمواطنين لكن فشلت التجربة خاصة لانعدام ثقافة حول هذه الطريقة لحل التزاعات وما كان يسمى بوساطة الدولة أصبحت إدارة ثقيلة دون فعالية، مما تسبب في عرقلتها وإزالتها.

وأما في الميادين الأخرى، لا يوجد أي إشارة تدل على استعمال الوساطة في حل التزاعات بالعكس فاللجوء بكثرة إلى محاكم الدولة تدل على تهميش هذه الطريقة وهذا راجع في رأينا إلى عدم تحسيس

الجمهور والقضاة في هذا الميدان وقانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 08-09 المؤرخ في 25/02/2008 كرس الوساطة من بين الطرق البديلة لحل النزاعات.

II- القانون الوضعي للوساطة في الجزائر :

(الفصل الثاني من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد)

تكريس الوساطة يعتبر ابتكارا جاء به القانون الجديد.

ومن خلال عدد المواد هي 12 بالمقارنة مع الصلح (4 مواد) يتبين أن المشرع أعطى أهمية معتبرة لهذه الطريقة للفصل في النزاعات في كل الميادين باستثناء القضايا العمالية وكل ما من شأنه أن يمس بالنظام العام (المادة 994 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد)، وللقاضي صلاحيات في أخذ المبادرة وفي تتبع إجراءات من البداية إلى النهاية وحتى في وضع حد لها إذ تبين له استحالة السير الحسن لها (المادة 1001 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد).

II-1- تحريك الوساطة :

هناك حالتان : الوساطة التعاقدية والوساطة القضائية.

أ- الوساطة التعاقدية :

في كل علاقاتهم المالية، يمكن للأطراف إدخال شرط الوساطة الذي بموجبه يقررون طرح النزاع أمام وسيط قبل اللجوء إلى إجراءات

قضائية (أمام القضاء العادي أو هيئة تحكيمية) وانطلاقاً من هذا الشرط ينظم الأطراف إجراءات الوساطة وهكذا بكل حرية :

ب- الوساطة القضائية :

وتكون على أساس اقتراح من القاضي عند رفع الدعوى القضائية العادية، وأطراف النزاع أحرار لرفض أو لقبول الاقتراح، ففي الحالة الثانية، يعين القاضي المكلف بملف النزاع وسيطاً وتسير الوساطة تحت رقابة القاضي إلى غاية اتفاق الأطراف الذي يضع حداً للنزاع والذي يكون موقعا من قبل الأطراف والوسيط، ومثبتاً بموجب أمر القاضي، والاتفاق غير قابل للطعن ويشكل سنداً ذا قوة تنفيذية.

- تعيين الوسيط.

- تحديد مهمة الوسيط، أتعابه وأعبائه.

- إجراءات تعادل الوثائق.

- تنفيذ الاتفاق المبرم تحت رعاية الوسيط.

والوساطة التعاقدية ستتطور في ميدان الاستهلاك وفي العلاقات ما بين المؤسسات على ضوء ما لوحظ في عدة نظم أجنبية التي قامت بتشكيل مصالح وساطة لتسوية النزاعات مع العملاء.

II-2 : تنظيم الوساطة :

يمكن القول أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد قد سد فراغا قانونيا في هذا الميدان بما أنه كرس الوساطة كوسيلة للفصل في النزاعات ونظم خطوطها العريضة رغم أنه ترك المجال لنصوص تطبيقية بالنسبة لبعض النقاط، مثلا كل ما يتعلق بتعيين الوسيط (المادة 998 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد).

وتندرج الوساطة في إطار الإجراءات القضائية المقبولة من قبل أطراف النزاع ومدارة من طرف القاضي.

واقترح اللجوء إلى الوساطة يكون من قبل قاضي الاستعجالات أو قاضي الموضوع المكلف بتتبع الملف.

تشمل الوساطة جميع المواد ماعدا قضايا شؤون الأسرة، والقضايا العمالية وكل ما من شأنه أن يمس بالنظام العام (المادة 994 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد).

ويقتصر الكلام على الوساطة القضائية بسبب أنها هي التي يضمها القانون الجديد.

أ) انطلاق الإجراءات :

1- تعيين الوسيط :

حسب المادة 994 فقرة 2 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد "إذا قبل الخصوم هذا الإجراء، يعين القاضي وسيطاً لتلقي وجهة نظر كل احد منهم ومحاولة التوفيق بينهم لتمكينهم من إيجاد حل للنزاع".

ويعين الوسيط على أساس شروط منصوص عليها في المادة 998 تتعلق خاصة بسلوك الوسيط، وكيفياته للنظر في النزاع واستقلاليته، والمادة 998 أحالت إلى نص تنظيمي لتطبيقها، ويعين الوسيط بأمر من قبل القاضي ويبلغ قرار التعيين إلى الخصوم وإلى الوسيط عن طريق كتابة الضبط، ومباشرة بعد تبليغه القرار، يخطر الوسيط القاضي بقبوله مهمة الوساطة ويدعو الخصوم إلى أول لقاء للوساطة (المادة 1000 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد) ويعتبر التبليغ نقطة انطلاق إجراءات الوساطة.

2- مهام الوسيط :

المهدف من الوساطة هو أن يحاول الوسيط تسوية المسائل محل النزاع القائم بين الخصوم وهذا بالطريقة التي يراها مناسبة دون أن يفرض عليهم تسوية محددة مسبقاً.

وفي أمر تعيينه هو الذي يحدد مهمته ويمكن أن تشمل الوساطة كل النزاع أو جزءا منه (المادة 994 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد)،

والأمر القاضي بالوساطة هو الذي يحدد المدة الأولى لمهمة الوسيط (ثلاثة أشهر قابلة للتجديد) وتاريخ رجوع القضية إلى الجلسة (المادة 999 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد).

(ب) سير الإجراءات :

1- مرحلة التحقيق :

تبدأ الوساطة بمرحلة تحقيق، أثناء هذه المرحلة يدعو الوسيط الخصوم إلى أول لقاء للوساطة (المادة 1000 فقرة 2 من القانون الجديد). وعلى كل طرف أن يتعامل بحسن النية مع الوسيط قصد الوصول السريع إلى حل النزاع المطروح على الوسيط، والنص التطبيقي المشار إليه في المادة 998 من القانون الجديد سيؤكد دون شك موضوع هذا اللقاء الأول،

ولكن بالرجوع إلى ما هو معمول به في عدة بلدان، يقوم الوسيط، بعد استشارة الخصوم بتحديد الجدول الذي بموجبه سيقدم كل خصم للخصم الآخر عرضا يلخص أساس النزاع، مصالح هذا الخصم، احتياجاته حول النزاع وحالته الحالية، وكل معلومة أخرى

ووثيقة التي يعتبرها ضرورية للوساطة لا سيما بغية تحديد المسائل المتنازع فيها.

وفي كل وقت أثناء سير الوساطة، يمكن للوسيط أن يقترح على خصم تزويده بكل المعلومات والوثائق الإضافية التي يعتبرها نافعة. والوسيط حر أن يلاقي الخصوم بصفة انفرادية دون أن يتحدث معها علما أن المعلومات المبلغة أثناء هذه اللقاءات لا يمكن البوح بها للخصم الآخر دون إذن صريح من مصدر تلك المعلومات.

بالإضافة إلى الخصوم، تسمح المادة 1001 من القانون الجديد للوسيط، بعد موافقة الخصوم بسماع كل شخص يقبل ذلك والذي يرى في سماعه فائدة لتسوية النزاع،

وبإمكانية ممثلي الخصوم ومستشاريهم أن يحضروا للاجتماعات ما بين الوسيط والخصوم بشرط أن يحترموا الطابع السري لإجراءات الوساطة.

2- نهاية إجراءات الوساطة :

تنتهي الوساطة في الحالات التالية :

- بالتوقيع على الاتفاق بين الخصوم والذي بموجبه يسوى النزاع جزئيا أو كليا بقرار القاضي تلقائيا أو بطلب من الوسيط أو من الأطراف (المادة 1002 من القانون الجديد).

- عندما يصبح سير الوساطة مستحيلاً، وفي كل هذه الحالات، ترجع القضية إلى الجلسة (المادة 990 من القانون الجديد) للأغراض الآتية :

- في حالة انتهاء مسبق للوساطة : الرجوع إلى الإجراءات العادية.
- في حالة اتفاق حاصل بين الأطراف ومثبت بحضور من الوسيط يثبت القاضي الاتفاق بأمر نهائي يعني غير قابل للطعن فيه (المادة 1004 من القانون الجديد).

وفي حالة تسوية جزئية للتراع، بإمكان كل طرف أن يتقدم إلى المحكمة للنظر في ما بقي من النقاط عن طريق الوساطة.

3- سعر و توزيع مصاريف الوساطة :

لم يشر القانون الجديد إلى الموضوع وتركه دون شك لنص تنظيمي تطبيقي.

لكن بالرجوع إلى ما هو معمول به ميدانيا في عدة دول، تحدد الأجرة النهائية للوسيط من قبل القاضي ويرجع الأمر للخصوم لتحديد، بكل حرية، توزيع أعباء المصاريف وأتعاب الوساطة، وفي حالة اختلافهم، يكون التوزيع بأنصاف متساوية، إلا إذا اعتبر القاضي أنه غير عادل بالنظر إلى الوضعية الاقتصادية.

الصلح

دور القاضي في الصلح والتوفيق بين الأطراف على ضوء أحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد

السيدة : حليمة حبار

مستشارة بالغرفة المدنية

المحكمة العليا

مقدمة :

استحدث المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد طرقا بديلة لحل النزاعات تتمثل في الصلح والوساطة والتحكيم. وموضوع مداخلتي سيكون حول الصلح، ذلك أن إنهاء النزاع بين الخصوم صلحا يؤدي إلى تخفيف العبء عنهم لان إجراءات التقاضي فيها كثير من التعقيد والمشقة كونها تستغرق وقتا طويلا وتتطلب تكاليف باهظة فضلا عن أنه ادعى إلى الإنصاف لان كل واحد من طرفي الخصومة يعلم دون شك مركزه القانوني إزاء النزاع القائم بينهما، والصلح يؤلف بين القلوب ويضع حدا لما تتركه الخصومات من أحقاد في النفوس وشقاق بين أفراد الأسرة الواحدة.

هذا وإن الصلح جائز في الشريعة الإسلامية مصداقا لقوله تعالى :
"فلا جناح عليهما أن يَصْلِحا بينهما صلحا والصلح خير"، كما ثبت
عن الرسول صلى الله عليه و سلم انه دعا إلى الصلح.

ولقد نظم المشرع الجزائري أحكام الصلح في المواد من 459 إلى
466 من القانون المدني، كما استحدثت نصوصا قانونية في قانون
الإجراءات المدنية والإدارية الجديد الصادر بموجب القانون رقم 09/08
المؤرخ في : 25 فبراير 2008. فما هي هذه الأحكام وكيف تناولها
المشرع الجزائري؟

هذا ما سأجيب عنه في هذه المداخلة من خلال مبحثين أتطرق في
الأول لمفهوم الصلح وأركانه.

وأتناول في المبحث الثاني إجراءات الصلح وآثاره.

المبحث الأول :

ماهية الصلح وأركانه

المطلب الأول : مفهوم الصلح

الفرع الأول : تعريف الصلح

تنص المادة 459 من القانون المدني على أن : "الصلح عقد ينهي
به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا وذلك بأن يتنازل
كل منهما على وجه التبادل عن حقه".

ونخلص من هذا النص أن للصلح مقومات ثلاثة وهي أنه نزاع قائم أو محتمل، الغرض منه نية حسم النزاع، ونزول كل من المتصالحين على وجه التبادل عن حقه.

1- نزاع قائم أو محتمل :

يشترط لقيام الصلح أن يكون هناك نزاع بين المتصالحين جدي، قائم أو محتمل⁽¹⁾، أما إذا لم يكن هناك نزاع قائم أو محتمل لم يكن العقد صلحا، كما لو تنازل المؤجر للمستأجر عن بعض الأجرة غير المتنازع فيها حتى يتمكن من دفع الباقي، فهذا إبراء من الدين وليس صلحا.

فإذا كان هناك نزاع قائم مطروح أمام القضاء وأنهاه الطرفان بالصلح، كان هذا الصلح قضائيا، ويشترط ألا يكون قد صدر حكم نهائي في النزاع، وإلا انتهى النزاع بالحكم لا بالصلح، على أن النزاع المطروح على القضاء يعتبر باقيا، ومن ثم يكون هناك محل للصلح حتى لو صدر حكم في النزاع متى كان هذا الحكم قابلا للطعن فيه بطرق الطعن المقررة قانونا، وحتى لو صدر حكم نهائي غير قابل للطعن فيه فإنه يمكن أن يجد نزاع بين الطرفين على تنفيذ هذا الحكم أو على تفسيره.

فهذا النزاع أيضا يجوز أن يكون محلا للصلح، إلا أن التساؤل الذي يثور هو أمام من يتم التصالح؟.

وليس من الضروري أن يكون هناك نزاع قائم مطروح على القضاء بل يكفي أن يكون وقوع النزاع محتملا بين الطرفين فيكون الصلح لتوقي هذا النزاع، ويكون في هذه الحالة صلحا غير قضائي وهو ليس موضوع بحثنا هذا.

2- نية حسم النزاع :

يجب أن يقصد الطرفان بالصلح حسم النزاع بينهما، إما إنجائهما إذا كان قائما، وإما بتوقيه إذا كان محتملا. فان لم تكن لدى الطرفين نية لحسم النزاع وإنجائهما فلا يعتبر العقد صلحا كما لو اتفق الطرفان على طريقة معينة لاستغلال العين المتنازع على ملكيتها حين حسم النزاع بشأهما من قبل المحكمة فان هذا الاتفاق لا يعتبر صلحا لأنه لا يؤدي إلى إنهاء النزاع.

ولكن ليس من الضروري أن يحسم النزاع جميع المسائل المتنازع فيها بين الطرفين، فقد يتناول الصلح بعض المسائل المتنازع فيها فيحسمها، ويترك الباقي للمحكمة تتولى هي البت فيه⁽²⁾.

3- نزول كل من المتصالحين على وجه التبادل عن حقه :

يجب في الصلح أن يتزل كل من المتصالحين على وجه التبادل عن حقه. فان لم يتزل أحدهما عن شيء مما يدعيه ونزل الآخر عن كل ما يدعيه لم يكن هذا صلحا، بل هو محض نزول عن الادعاء بإقرار

الخصم لخصمه بكل ما يدعيه أو نزوله عن ادعائه لا يكون صلحا. وهذا هو الذي يميز الصلح عن التسليم بحق الخصم ويميزه عن ترك الادعاء، غير انه ليس من الضروري أن تكون التضحية من الجانبين متعادلة فقد يتزل احد الطرفين عن جزء كبير من ادعائه ولا ينزل الآخر إلا عن الجزء اليسير.

والسؤال الذي يثار هو عما اذا كان الصلح القضائي يأخذ نفس المفهوم الذي يأخذه الصلح في القانون المدني أم أن له مفهوما مختلفا، وبعبارة أخرى هل يجوز أن يتضمن الصلح الذي يرمه الأطراف وتقوم المحكمة بالتصديق عليه تنازلا من جانب واحد فقط عن حقوقه دون أي تنازل من جانب الطرف الآخر؟

نعم إن الاتفاق الذي يتضمن تنازل المدعي عن حقه أو تسليم المدعى عليه بحق المدعي، والذي تصدق عليه المحكمة يعتبر عملا قضائيا تصالحيا أو توفيقيا فيؤدي إلى إنهاء النزاع القائم بين الطرفين، ولا يرتب حجية الشيء المقضي به ولا يمكن المطالبة بطلانه إلا برفع دعوى بطلان أصلية.

أما إذا صدر هذا التنازل في شكل عمل أو تصرف قانوني أحادي الجانب أو بالإرادة المنفردة لصاحبه فانه لا يعتبر صلحا قضائيا وإنما تطبق عليه قواعد التنازل عن الدعوى أو التسليم بحق المدعي كما سنرى عند تمييز الصلح عما يشابهه من النظم.

الفرع الثاني : تمييز الصلح عما يشابهه من النظم

إن الصلح كما عرفناه سابقا يتميز عن مجموعة من النظم كما سيأتي بيانه :

أولا : الصلح والتحكيم :

يلتبس الصلح بالتحكيم في أن كلا منهما يهدف إلى حسم الخصومة دون استصدار حكم قضائي، ولكن التحكيم يختلف عن الصلح اختلافا بينا، ففيه يتفق الطرفان على محكمين يحلون نزاعهم، فالذي يبت في النزاع في التحكيم (compromis) هم المحكمون، أما في الصلح (transaction) فهم أطراف الخصومة أنفسهم. والتحكيم لا يقتضي تضحية من الجانبين، على خلاف الصلح، إذ أن المحكمين كالقضاة يحكمون لمن يرون أنه له حقا بحقه كله.

ثانيا : الصلح وترك الخصومة :

يختلف الصلح عن ترك الخصومة في أن الصلح تضحية من جانبين، بينما ترك الخصومة تضحية من جانب واحد و هو المدعي.

ثالثا : الصلح والإبراء :

يختلف الصلح عن الإبراء في أن هذا الأخير نزول كامل عن الحق من احد الجانبين، أما الصلح فترول جزئي من كلا الجانبين، وإن كان كل منهما يحسم النزاع.

الفرع الثالث . الطبيعة القانونية للصلح

لم يهتم الفقه بأعمال الصلح أو التوفيق، التي تصدر من القضاء مستندة إلى اتفاق الخصوم، فتعارضت اتجاهات الفقه في هذا الصدد، وذهبت مذاهب شتى. كما اضطربت أحكام القضاء ولم تستقر على طبيعة واحدة لهذه الأعمال، ولقد استندت بعض الآراء إلى تحديد طبيعة العمل الصادر من القاضي مثبتا للصلح إلى الشكل الذي صدر فيه، فاذا كان إثبات الصلح قد تم في محضر يوقعه القاضي والخصوم، فإن الصلح في هذه الحالة يعتبر في حقيقته عقدا يقوم فيه القاضي بدور الموثق.

أما إذا صدر العمل في شكل حكم مثبت للصلح، ومكرس لاتفاق الخصوم، فإنه يعتبر عملا قضائيا و يخضع لقواعد الأحكام.

هذا وقد نص المشرع الجزائري في المادة 990 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه : "يجوز للخصوم التصالح تلقائيا، أو بسعي من القاضي"، وفي المادة 992 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه : "يثبت الصلح في محضر يوقع عليه الخصوم والقاضي وأمين الضبط"، ونص في المادة 993 من نفس القانون على ما يلي : "يعد محضر الصلح سنداً تنفيذياً بمجرد إيداعه بأمانة الضبط".

وعليه نرى أن المشرع لم يقصر دور القاضي على إثبات الصلح الذي يتوصل إليه الخصوم، وإنما جعل التوفيق بين الطرفين أمراً داخلاً في مهامه، كما اعتبر الصلح المصدق عليه من طرف المحكمة عقداً قضائياً، و من ثم يترتب على ذلك ما يلي :

1- إن الصلح يرتب جميع الآثار العادية للعقد، فيتعين على الأطراف الوفاء بالالتزامات الواردة فيه، ولا يمكن لأي منهما الرجوع عما التزم به.

2- بما أنه عقد رسمي فإنه يعتبر سنداً تنفيذياً يمكن بموجبه اقتضاء الاداءات بطرق التنفيذ الجبري.

3- وبما أنه لا يعتبر حكماً أو عملاً قضائياً، فإنه لا يجوز حجية الشيء المقضي به، ولا يجوز الطعن فيه بطرق الطعن المقررة للأحكام⁽³⁾.

المطلب الثاني : أركان الصلح

للصلح أركان ثلاثة كسائر العقود هي : الرضا، المحل، السبب، وهذا ما سأتناوله فيما يلي :

الفرع الأول : الرضا في عقد الصلح

نتناول بداية شروط الانعقاد في الرضا، ثم شروط صحة الرضا.

أولاً : شروط الانعقاد :

بما أن عقد الصلح من عقود التراضي، فيكفي لانعقاده توافق الإيجاب والقبول بين المتعاقدين(4)، ويسري على انعقاد الصلح بتوافق الإيجاب والقبول القواعد العامة في نظرية العقد.

ولابد من وكالة خاصة في الصلح، فلا يجوز للمحامي أن يصالح على حقوق موكله ما لم يكن الصلح منصوصاً عليه في عقد التوكيل طبقاً لنص المادة 574 من القانون المدني(5).

إثبات عقد الصلح

تنص المادة 992 من قانون الإجراءات المدنية على ما يلي : "يثبت الصلح في محضر، يوقع عليه الخصوم، والقاضي، وأمين الضبط، ويودع بأمانة ضبط الجهة القضائية".

ويستفاد من هذه المادة أن الصلح يثبت بموجب المحضر الذي تدون فيه المحكمة الاتفاق الواقع بين الخصوم، وعليه يعتبر هذا المحضر الرسمي حجة بما جاء فيه.

ثانياً : شروط الصحة

يشترط لصحة الصلح أن تتوافر في المتصلحين أهلية إبرام العقد، كما يشترط أن تكون إرادة كل منهما خالية من العيوب.

تنص المادة 460 من القانون المدني على ما يلي : "يشترط فيمن يصالح أن يكون أهلا للتصرف بعوض في الحقوق التي يشملها عقد الصلح".

بناء على هذه المادة يشترط فيمن يبرم صلحا أن يكون أهلا للتصرف بعوض في الحقوق محل الصلح، لأن مضمون الصلح هو نزول كل من المتصالحين عن جزء من حقه، والنزول بمقابل عن حق مدعى به هو تصرف بعوض⁽⁶⁾.

إذن، إذا كان المتصالح قد بلغ سن الرشد فانه يكون أهلا لإبرام الصلح. أما إذا لم يكن قد بلغ سن الرشد ولكنه بلغ فقط سن التمييز فلا تكون له أهلية إبرام الصلح، لأن الصبي المميز لا يتمتع بأهلية التصرف في حقوقه، فإذا أبرم بنفسه صلحا مع آخر كان الصلح قابلا للإبطال لمصلحة القاصر. ويجب لصحة الصلح أن يمثله الولي أو الوصي أو المقدم في إبرامه.

أما الصبي غير المميز فلا يملك إبرام الصلح كما لا يملك التعاقد أصلا لانعدام إرادته، فان أبرم صلحا كان عقده باطلا بطلانا مطلقا.

حلو الإرادة من العيوب

في الصلح كسائر العقود يجب أن يكون رضا كل من المتصلحين خاليا من العيوب، فإذا شاب إرادة أحدهما غلط أو تدليس أو اكراه أو استغلال كان عقد الصلح قابلا للإبطال.

أ- إبطال الصلح للغلط : يجب أن نفرق بين الغلط في القانون والغلط في الواقع.

الغلط في القانون

نص المشرع الجزائري في المادة 465 من القانون المدني على ما يلي : " لا يجوز الطعن في الصلح بسبب غلط في القانون". وهذا النص استثناء من القواعد العامة، التي تعتبر الغلط في القانون عيبا يؤدي إلى إبطال العقد، مثله في ذلك مثل الغلط في الواقع، متى توافرت شروطه طبقا لنص المادة 83 من القانون المذكور والتي تنص على ما يلي : "يكون العقد قابلا للأبطال لغلط في القانون إذا توافرت فيه شروط الغلط في الواقع طبقا للمادتين 81 و82 ما لم يقض القانون بغير ذلك".

ومن ثم، لا يجوز للمتصالح الطعن في الصلح على أساس أنه وقع في غلط في مدة التقادم، وأنه يجهل أن هناك قاعدة في القانون تقرر اكتساب الملكية بالتقادم⁽⁷⁾.

يخضع الغلط في الواقع في عقد الصلح للقواعد العامة، ويكون سببا لإبطال الصلح إذا كان جوهريا أي بلغ حدا من الجسامة لو علم به المتعاقد لما أقدم على التصالح، فإذا تصالح المضرور مع المسؤول على مبلغ نقدي معين مقابل ما أصابه من ضرر، ثم تبين له بعد ذلك أن الإصابة كانت من الجسامة بحيث تركت عنده عاهة مستديمة جاز له أن يتمسك بإبطال الصلح لهذا الغلط.

ب - إبطال الصلح للتدليس

يجوز للمتصالح أن يطلب إبطال الصلح للتدليس، وذلك إذا اثبت أن هنالك تحايلا غير مشروع أدى إلى إيقاعه في غلط مفسد لارادته ، فاذا زور شخص مستندات في نزاع قائم بينه وبين آخر، فاعتقد هذا الأخير صحة هذه المستندات وصالحه على هذا الأساس، جاز له أن يطلب إبطال هذا الصلح للتدليس.

ج - إبطال الصلح للاكراه

إذا شاب الرضا اكراه، جاز إبطال الصلح وفقا للقواعد المقررة في الإكراه، فاذا هدد شخص آخر بإذاعة سر حط من قدره إذا لم يقبل صلحا عرض عليه، فقبل الآخر الصلح تحت ضغط هذا التهديد، جاز له أن يطلب إبطال الصلح للاكراه⁽⁸⁾.

د - إبطال الصلح للاستغلال

يجوز إبطال الصلح للاستغلال، فإذا استغل أحد المتصلحين في المتصلح الآخر طيشاً بيناً، أو هوى جاحماً دفعه إلى قبول الصلح بغبن فادح، فانه يجوز لمن كان ضحية الاستغلال أن يطلب إبطال الصلح.

عدم تجزئة الصلح عند بطلانه

تنص المادة 466 من القانون المدني على ما يلي: "الصلح لا يتجزأ، فبطلان جزء منه، يقضي بطلان العقد كله.

على أن هذا الحكم لا يسري إذا تبين من عبارات العقد أو من قرائن الأحوال أن المتعاقدين قد اتفقا على أن أجزاء العقد مستقلة بعضها عن بعض".

طبقاً لهذه المادة، فان بطلان شق في عقد الصلح يؤدي إلى بطلان الصلح كله أياً كان سبب البطلان، سواء لنقص أهلية أحد المتعاقدين، أو لعيب في إرادته، أو لسبب عدم مشروعية المحل أو السبب.

ولكن هذه القاعدة ليست من النظام العام، فيجوز أن تتجه نية المتعاقدين صراحة أو ضمناً إلى اعتبار أجزاء الصلح مستقلة بعضها عن بعض، فإذا بطل جزء منه بقيت الأجزاء الأخرى قائمة لأنها مستقلة عن الجزء الباطل، وبذلك يتجزأ الصلح طبقاً لإرادة المتعاقدين.

الفرع الثاني : المحل في عقد الصلح

محل الصلح هو الحق المتنازع فيه، ونزول كل من الطرفين عن جزء من حقه، و يجب أن تتوافر فيه الشروط الواجب توافرها في المحل بوجه عام. فيجب أن يكون موجودا، ممكنا، معيناً، أو قابلاً للتعيين. ويجب بوجه خاص أن يكون مشروعاً و غير مخالف للنظام العام، إذ تنص المادة 461 من القانون المدني على أنه : "لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام و لكن يجوز الصلح في المصالح المالية الناجمة عن الحالة الشخصية".

فالحالة الشخصية للإنسان من النظام العام، فليس لأحد باتفاق خاص أن يعدل من أحكامها وكذلك الأهلية، فليس لأحد النزول عن أهليته ولا تعدي أحكامها، ومثال ذلك المسائل المتعلقة بصحة الزواج أو بطلانه أو المتعلقة بالنسب⁽⁹⁾.

ولكن يجوز الصلح على الحقوق المالية التي تترتب عليها الحالة الشخصية، كالتصالح بين الزوج وزوجته حول حقوقها المالية من صداق ونفقة.

الفرع الثالث : السبب في عقد الصلح

السبب في عقد الصلح هو الباعث الذي يدفع المتصلحين إلى إبرام الصلح، وهو يختلف من شخص لآخر، فقد يكون السبب في إبرام

مجلة المحكمة العليا - عدد خاص - الطرق البديلة لحل النزاعات: الصلح والوساطة والتحكيم - 15 و 16 جوان 2008

الصلح هو خشيعة المتصالح من خسارة دعواه، أو تخنبا لطول الإجراءات القضائية وكثرة المصاريف، أو ابقاء لصللة الرحم أو المودة بينه وبين المتصالح الآخر.

ويجب أن يكون سبب عقد الصلح مشروعاً ، لأنه متى كان غير مشروع كان عقد الصلح باطلاً، فاذا تصالح المستأجر مع المؤجر حتى يبقى العين المؤجرة لإدارتها للدعارة أو المقامرة كان الصلح باطلاً.

المبحث الثاني : إجراءات الصلح وآثاره

المطلب الأول : إجراءات الصلح

يمكننا-واعتمادا-على المادة 4 والمواد 990 إلى 993 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية أن نستخلص إجراءات الصلح التالية :

الفرع الأول : حضور الطرفين أمام المحكمة و إقرارهما بالصلح

حتى يكون الصلح قضائيا لا يكفي أن يكون هناك عقد صلح صحيح وقائم بين الطرفين ولو كان هذا الصلح مثبتا في ورقة عرفية موقعا عليها من الطرفين، بل يلزم بالإضافة إلى ذلك أن يحضر الطرفان بنفسيهما أو بوكيل بوكالة خاصة بالصلح أمام المحكمة، وأن يقر كل منهما انه موافق على الصلح، لذا يجب على المحكمة أن تتأكد بنفسها أن الطرفين قد أقرّا هذا الصلح، ولن يتأتى لها ذلك إلا إذا حضر الطرفان وقاما بالتوقيع عليه وفقا لنص المادة 992 من قانون الإجراءات

المدنية والإدارية والتي نصت على أنه : "يثبت الصلح في محضر، يوقع عليه الخصوم، والقاضي، وأمين الضبط، ويودع بأمانة ضبط الجهة القضائية". إذن، إذا لم يحضر أحد الطرفين أو حضر ورفض الإقرار بالصلح، فلا يجوز للمحكمة التصديق على هذا الصلح.

وإذا تدخل الغير في الدعوى، فلا يجوز للمحكمة التصديق على الصلح إلا بعد الفصل في مدى صحة التدخل، وإذا نازع أحد المتصلحين أو شخص من الغير في الدعوى في صحة الصلح المبرم بين الطرفين، فانه يكون من المتعين على القاضي أن يبحث مدى صحة هذا الصلح، بحيث لا يجوز له التصديق عليه و إنهاء الدعوى صلحا إلا بعد الفصل في صحة ادعاء التدخل. غير أنه لا يمكن بعد انقضاء الدعوى بالصلح أن يتدخل خصم ثالث اضر الصلح بحقوقه، وليس له إلا أن يرفع دعوى مستقلة بذلك.

الفرع الثاني : التوفيق بين الأطراف أثناء سير الخصومة

سبق أن بينا أن المبدأ السائد في قانون الإجراءات المدنية والإدارية انه يجوز القيام بعملية التوفيق أثناء سير الخصومة وفي جميع مراحلها سواء كانت المحاولة بمبادرة من الخصوم أنفسهم أو بسعي من القاضي نفسه. (المادتان 4 و 990 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية).

والغالب أن محاولة التوفيق تتم بتدخل من القاضي المختص بنظر الدعوى، وهذا وتنص المادة 991 من نفس القانون المذكور أعلاه

على : "تتم محاولة الصلح في المكان والوقت الذي يراهما القاضي مناسبين ما لم توجد نصوص خاصة في القانون تقرر خلاف ذلك".
بقراءة هذه المادة، نجد أن المشرع الجزائري حول القاضي سلطة إجراء محاولة الصلح في اللحظة والمكان اللذين يراهما مناسبين، وعليه فإن القاضي هو الذي يرجع إليه تقدير مدى ملائمة قيامه بمثل هذه المحاولة.

والسبب في ترك السلطة التقديرية للقاضي لاختيار الوقت المناسب لإجراء عملية الصلح، هو أن هذه اللحظة المناسبة تختلف من خصومة إلى خصومة أخرى حسب وقائع وظروف كل قضية أو دعوى، فقد تكون بعض لحظات الخصومة أكثر ملائمة من اللحظات الأخرى للقيام بعملية التوفيق، لذلك أراد مشرعنا ترك الحرية للقاضي في اختيار اللحظة الملائمة.

وعليه، يمكن للقاضي إجراء محاولة التوفيق في أول جلسة، أو عند اتخاذ إجراءات التحقيق، أو في لحظة الحضور الشخصي للأشخاص حيث يمكن للقاضي استدراج الخصوم لغرض التسوية بينهم، بل يجوز للقاضي عرض الصلح على الخصوم بعد قفل باب المرافعة وذلك إذا طلب أحد الخصوم فتح باب المرافعة من جديد حيث يمكن للقاضي أن ينتهز هذه الفرصة ويقوم بعرض الصلح على الخصوم.

ويجوز للقاضي عرض الصلح على الخصوم حتى في جلسة النطق بالحكم إذا كان كلاهما حاضرا، إلا أنه إذا نطق القاضي بالحكم فلا يجوز له بعد ذلك عرض الصلح على الخصوم، وذلك لأنه قد استنفد ولايته بالحكم في الدعوى.

أما عن مكان الصلح، فقد يقوم القاضي بمحاولة التوفيق بين الخصوم في مكتبه، أو في قاعة الجلسة، على أن تتم هذه المحاولة في حضورهم الشخصي، أو بحضور وكلاء عنهم بوكالة خاصة، ويتم سماعهم من القاضي نفسه.

هذا وإن المشرع أعطى القاضي سلطة تقديرية للقيام بالصلح في المكان والوقت الذي يراها مناسبين أثناء سير الخصومة ما لم توجد نصوص خاصة في القانون تقرر خلاف ذلك. كما هو الشأن بالنسبة للصلح في الطلاق إذ أوجب المشرع إجراءه في مهلة لا تتجاوز ثلاثة أشهر من تاريخ رفع دعوى الطلاق وفقا لمقتضيات المادة 2/442 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وتجدر الإشارة إلى أنه لا يجوز للقاضي تفويض غيره للقيام بمحاولة الصلح بين الأطراف، وذلك لأن هذه المهمة من المهام الأساسية له مثلها في ذلك مثل مهمة الفصل في النزاع التي لا يجوز له أن يفوض غيره في القيام بها.

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في عدة قرارات لها⁽¹⁰⁾.

الفرع الثالث : تصديق القاضي على الصلح

إذا قدم الأطراف للقاضي عقد صلح، يحسم النزاع القائم بينهم، فعلى القاضي التصديق عليه. وتصديق القاضي على الصلح يكون بإثباته لهذا الاتفاق في محضر يوقع عليه طبقا لنص المادة 992 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

وينعقد الاختصاص بالتصديق على الصلح للقاضي المختص بنظر الدعوى الأصلية التي ابرم الصلح بشأنها، فإذا كان غير مختص بنظر الدعوى، فلا يجوز له أن يثبت الصلح الذي ابرمه الأطراف.

أما إذا كانت الجهة القضائية التي قدم الصلح أمامها مكونة من عدة قضاة، كما لو كانت جهة استئناف فأرى أنه يجب أن يوقعوا جميعا على محضر الصلح، ولا يكفي توقيع الرئيس على المحضر⁽¹⁾.

الفرع الرابع : شكل التصديق على الصلح

سواء كان الأطراف قد توصلوا إلى ابرام صلح فيما بينهم بمجهوداتهم الخاصة ودون تدخل المحكمة، أو كان هذا الصلح قد ابرم نتيجة مساعدة المحكمة لهم، وحثهم على الوصول إلى صلح يحسم النزاع⁽²⁾، فإنه يجب أن يفرغ الصلح القضائي في محضر وفقا لمقتضيات المادة 992 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية المذكورة آنفا.

ففي الحالة التي يحضر فيها الطرفان أمام المحكمة ويقرران أنهما اتفقا على الصلح، يقوم القاضي بإثبات ما اتفق عليه الطرفان في محضر الجلسة في حضورهما، ثم يقوم بتوقيعه، كما يوقع الطرفان على المحضر، وأمين الضبط.

ويكتسب محضر الجلسة في هذه الحالة صفة الصلح القضائي، ويعتبر سنداً تنفيذياً بمجرد ايداعه بأمانة الضبط طبقاً لنص المادة 993 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية المذكورة أعلاه.

ويثار التساؤل حول اللحظة التي يعتبر فيها عقد الصلح قائماً وموجوداً. هل يعتبر موجوداً منذ اللحظة التي اتفق فيها الأطراف شفاهة على إنهاء النزاع بينهما صلحاً؟ أم أنه لا يوجد إلا منذ تحريره في محضر الجلسة؟

ذهب الفقه إلى أن عقد الصلح يعتبر موجوداً منذ اتفاق الأطراف شفاهة عليه، وليس منذ إثباته في محضر الجلسة لأن عقد الصلح عقد رضائي، ولا يحتاج إلى أي شكل خاص لوجوده. أما قيام القاضي بإثبات ما اتفق عليه الأطراف في محضر الجلسة فهو أمر غير لازم لوجود الصلح وإنما أمر لازم ليكتسب الصلح الصفة القضائية وليكون سنداً تنفيذياً⁽¹³⁾.

المطلب الثاني :

آثار الصلح

اثر الصلح هو حسم النزاع الذي وقع عليه، والصلح يكشف عن الحقوق لا ينشئها.

الفرع الأول : إنهاء النزاع

نص المشرع الجزائري في المادة 462 من القانون المدني على ما يلي : "ينهي الصلح النزاعات التي يتناولها ويترتب عليه اسقاط الحقوق والادعاءات التي تنازل عنها احد الطرفين بصفة نهائية"، وفي المادة 220 من قانون الاجراءات المدنية والادارية بأنه : "تنقضي الخصومة تبعا لانقضاء الدعوى بالصلح".

ومفاد هاتين المادتين أنه إذا أبرم صلح بين الطرفين، فان هذا الصلح يحسم النزاع بينهما عن طريق اسقاط الحقوق والادعاءات التي نزل عنها كل من الطرفين بصفة نهائية، ويستطيع كل من الطرفين أن يلزم الآخر بما تم عليه الصلح. فاذا تنازع الطرفان على ملكية منزل وارض، ثم تصالحا على أن يكون المنزل لأحدهما والارض للآخر، فهذا الصلح ملزم للجانبين، يلزم من أخذ المنزل بأن يتزل عن ادعائه في ملكية الأرض، ويلزم من أخذ الأرض بان يتنازل عن ادعائه في

ملكيه المنزل. ولا يجوز لمن أخذ المنزل أن ينزع الطرف الآخر في ملكية الأرض، لأنه متى فعل ذلك فللطرف الآخر أن يدفع بالصلح. والدفع بالصلح مفاده أنه إذا انحسم النزاع بالصلح، لا يجوز لأي من الخصمين أن يجدد هذا النزاع لا باقاة دعوى به، ولا بالمضي فيها إذا كانت مرفوعة، ولا بتجديدها، إذ يستطيع المتصالح الآخر أن يدفع بالصلح في الدعوى المقامة أو المطلوب المضي فيها أو المجدة. والدفع بالصلح لا يعتبر من النظام العام، ولا يجوز التمسك به لأول مرة أمام المحكمة العليا. فإذا انقضت الدعوى بالصلح، لم يبق أمام الخصم، إلا أن يرفع دعوى مستقلة أمام المحكمة المختصة يطلب إبطاله لغلط في الواقع، أو تدليس، أو إكراه، أو إبطاله لعدم مشروعية المحل أو السبب.

وقد نص المشرع الجزائري في المادة 464 من القانون المدني على ما يلي: "يجب أن تفسر عبارات التنازل التي يتضمنها الصلح تفسيراً ضيقاً أيضاً كانت تلك العبارات فإن التنازل لا يشمل إلا الحقوق التي كانت بصفة جلية محلاً للنزاع الذي حسمه الصلح". إذن فقاضي الموضوع هو الذي يفسر الصلح تفسيراً ضيقاً⁽¹⁴⁾، ومن ثم يقتصر أثر الصلح على النزاع الذي تناوله دون أن يتناول شيئاً آخر.

الفرع الثاني : القوة التنفيذية للصلح

رأينا انه متى استوفى عقد الصلح شروط صحته، وتم إثباته في محضر موقع عليه من طرف الخصوم، والقاضي، وأمين الضبط، فان هذا المحضر يعد سنداً تنفيذياً بمجرد ايداعه بأمانة الضبط وفقاً لأحكام المادة 993 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية، ويمكن تنفيذه واقتضاء الاداءات المتفق عليها بطرق التنفيذ الجبري.

الفرع الثالث : الأثر الكاشف للصلح

للصلح اثر كاشف بالنسبة لما تناوله من حقوق، ويقتصر هذا الأثر على الحقوق المتنازع فيها دون غيرها وفقاً لمقتضيات المادة 463 من القانون المدني⁽¹⁵⁾.

ومعنى ذلك أن الحق الذي يخلص للمتصالح بالصلح يستند إلى مصدره الأول لا إلى الصلح، فاذا اشترى شخصان داراً في الشيوع، ثم تنازعا على نصيب كل منهما في الدار، ثم تصالحا على أن يكون لكل منهما حصة معينة، اعتبر كل منهما مالكا لهذه الحصة لا بعقد الصلح بل بعقد البيع الذي اشترى به المتزل في الشيوع⁽¹⁶⁾.

وللصلح اثر نسبي، فهو مقصور على المحل الذي وقع عليه، أي على النزاع الذي تناوله فحسب، كما أن له أثراً نسبياً على أطرافه، فلا يترتب على الصلح نفع أو ضرر لغير عاقيه، حتى لو وقع على كل لا يقبل التجزئة.

رأينا في بحثنا هذا أن للصلح أهمية بالغة في إنهاء الخصومات، فهو يعد - بحق - من أساليب الحلول البديلة لفض النزاعات المدنية، وإن المشرع الجزائري إذ استدرك الفراغ الذي كان موجودا ونظم أحكام الصلح في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، حيث حدد إجراءاته وبيّن آثاره. فانه يكون قد مكن القاضي من القيام بمهمة الصلح على الوجه المطلوب منه، وساهم في تقليص حجم القضايا الذي هو في تزايد مستمر، نتيجة انقضاء الدعوى صلحا واختصار الوقت والجهد والنفقات.

الهوامش

- (1) والفرق بين النزاع القائم و النزاع المحتمل أن الأول يتضمن أمرين : تعارض المصالح و المطالبة القضائية. أما النزاع المحتمل فيتضمن تعارض المصالح و مجرد إمكان المطالبة القضائية التي توافرت شروطها ولكنها لم تقع فعلا. فإذا لم يوجد نزاع قائم أو محتمل، لم يكن العقد صلحا.
- (2) د.عبد الرزاق احمد السنهاوري/ الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الخامس، المجلد الثاني، دار إحياء التراث العربي، بيروت-لبنان، ص 511.
- (3) قرار المحكمة العليا، ملف رقم 2105602، مؤرخ في 1998/11/17، منشور بالم.ق لسنة 2000، ع 2، ص 180 والذي قضى بتنقض القرار المطعون فيه على أساس أن الحكم الذي قضى بالمصادقة على الصلح غير قابل للاستئناف.
- (4) وإذا عرض شخص الصلح على المضرور فلم يقبله هذا، لم يكن هذا الشخص مقيدا بعرضه، وجاز له أن يناقش مبدأ المسؤولية ذاته، وإذا رفض شخص الصلح المعروف عليه من آخر، سقط الإيجاب، ولم يجز التمسك به بعد ذلك، وسكوت أحد الطرفين في مجلس الصلح لا يعتبر قبولا، لأن الحقوق لا تسقط بالاستنتاج والاحتمال.

- (5) تنص المادة 574 ق.م على ما يلي : "للمد من وكالة خاصة في كل حصل ليس من أعمال الإدارة لاسيما في البيع والرهن والتبرع والصلح والاقرار والتحكيم وتوجيه اليمين والمرافعة أمام القضاء. الوكالة الخاصة في نوع معين من أنواع الاعمال القانونية تصح ولو لم يعين محل هذا العمل على وجه التخصيص، الا اذا كان العمل من التبرعات.
- الوكالة الخاصة لا تخول للوكيل الا القدرة على مباشرة الامور المحدد فيها وما تقتضيه هذه الامور من نوايع ضرورية وفقا لطبيعة كل أمر وللعرف الجاري.
- (6) د. عبد الرزاق احمد السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني ، المرجع السابق، بند 358 ، ص 532.
- (7) د. الأنصاري حسن النيداني/ الصلح القضائي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2001، بند 58، ص 91.
- (8) د. عبد الرزاق احمد السنهوري / المرجع السابق ، بند 362، ص 537 .
- (9) قرار المحكمة العليا رقم 71801 المؤرخ في 1991/05/21، منشور بالجملة القضائية لسنة 1996، العدد 1، والذي قضى أنه : " من المقرر قانونا أن المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية و النظام العام لا يجوز الصلح بشأنها إلا بنص خاص. ومن ثم فان قضاة الموضوع باعتمادهم على وثيقة الصلح في اسناد كفالة البنت دون سماع رأيها و تغييرها بين البقاء عند مربيتها أو الذهاب لوالدها رغم أنها تجاوزت سن التمييز فلهم بذلك خرقوا القانون "
- (10) قرار المحكمة العليا رقم 102924 المؤرخ في 1993/09/22، غير منشور، والذي نقض القرار المطعون فيه على أساس أن الصلح يتم أمام القاضي وليس أمام الخبير.
- (11) د. الأنصاري حسن النيداني/ الصلح القضائي، المرجع السابق، بند 65، ص 101.
- (12) تنص المادة 990 من ق.م.أ على ما يلي : " يجوز للخصوم التصالح تلقائيا، أو بسعي من القاضي، في جميع مراحل الخصومة "
- (13) د. الأنصاري حسن النيداني/ المرجع السابق، بند 82، ص 120 و 121.
- (14) قرار المحكمة العليا، ملف رقم 56186 مؤرخ في : 1989/12/13 ، منشور في م.ق لسنة 1994، ع 1، ص 11 والذي قضى بأنه : " من المقرر قانونا أن عبارات التنازل التي يتضمنها الصلح يجب أن تفسر تفسيرا ضيقا أي كانت تلك العبارات ولا يشمل إلا الحقوق التي كانت بصفة جلية محلا للتنازل الذي حسمه الصلح ، ومن ثم فان القضاء بما خالف هذا المبدأ يعد مخالفة للقانون "

- (15) تنص المادة 463 ق.م على ما لي : " للصلح أثر كاشف بالنسبة لما اشتمل عليه من الحقوق ويقتصر هذا الأثر على الحقوق المتنازع فيها دون غيرها ."
- (16) د. عبد الرزاق احمد السنهوري / المرجع السابق ، بند 391، ص 582 و 583.

قائمة المراجع

- الدكتور عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الخامس، المجلد الثاني، دار احياء التراث العربي ، بيروت، لبنان.
- الدكتور الأنصاري حسن النيداني، الصلح القضائي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، سنة 2001.
- الدكتور عبد الحميد الشواربي، التحكيم والتصلح في التشريعات المختلفة في ضوء الفقه والقضاء، دار الكتاب الحديث، القاهرة.
- الدكتور عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، الطبعة الثالثة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر 1996.
- الأستاذ عبد الوهاب بوضرسة، الشروط العامة والخاصة لقبول الدعوى بين النظري والتطبيقي، الطبعة الثانية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 2006.
- الأستاذ عمر بن سعيد، الاجتهاد القضائي وفقا لأحكام القانون المدني، الطبعة الأولى، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر 2001.

صلاحيات القاضي في الصلح التلقائي للخصوص

السيدة كراطار بن حواء مختارية
مستشارة لدى المحكمة العليا
الغرفة المدنية

مقدمة :

يشكل قانون الإجراءات المدنية مجموعة من قواعد أساسية أمرة
تنظم العمل القضائي لجعل القضاء في متناول الأشخاص وعلى قدم
المساواة لحماية حقوقهم المختلفة والمتنوعة: المالية - ملكيتهم - شرفهم -
سمعتهم - أسمائهم - حقوق الأسرة.

تعميد القواعد الإجرائية ووجوبية احترام الأشكال والميعاد يعرقل أكثر مما يفيد حل خلافات بسيطة عاجلة تكاثرت نتيجة تطوّر المجتمع والذي لا يتطلّب فصلها دراسة وبحثا عميقا.

- تراكم القضايا والتقاضى الكيدي سبب البطء في الفصل.
بغرض التقليل من حجم الدعاوي المعروضة على المحاكم والمجالس وقصد تشجيع الحوار بين الخصوم أدخل المشرّع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية الجديد رقم 09-08 لتاريخ 25 فبراير 2008، وسائل بديلة لحلّ الخلافات كالصلح-الوساطة وعزّز التحكيم بنصوص جديدة.

إذا كانت مهمة القاضي تقتصر أصلا على معاينة التعدي على الحق واستخلاص النتائج على ضوء الوسائل المدلى بها والمستندات المقدمة، ثمّ الفصل بمقتضى حكم، سيصبح القاضي ابتداء من تطبيق نصوص القانون الإجرائي الجديد وعملا بالمادة 990 من قانون الإجراءات المدنية مكلفا بمهمة إضافية وهي السعي لإصلاح المتنازعين أثناء الخصومة وفي أي مرحلة من مراحلها.

وحسب المادة 991 من ق. إ. م يقيم القاضي المصالحة في الوقت والمكان الذي يراهما مناسبين.

وإن كان بإمكان القاضي إصلاح الخصوم قبل النّظر في الدّعى، فيجوز كذلك للمتنازعين أن يتصالحوا في كل مراحل الخصومة.

التساؤل الذي تثيره المادة 991 من ق.إ.م. هو إذا تصالح الخصوم،
ما هي السلطة أو الصلاحيات التي يمارسها القاضي؟
وتوضيحا لهذه المسألة نعرف بصفة وجيزة وعملية منظور العمل
القضائي :

في القسم الأول إلى الرقابة القضائية.
والقسم الثاني إلى آثار الصلح.

I- القسم الأول : الرقابة القضائية

إذا منح المشرع الجزائري حرية للخصوم لتسوية الخلافات القائمة
بينهم ودّيا عن طريق الصلح فهذا لا يعني أنه فتح لهم المجال للتصرف
كما يشاؤون.

يقتضي القاضي مختص لحسم الإجراءات والنزاع إلى حين التأشير
على الصلح التلقائي من طرفه. يتمتع القاضي أثناء سريان الخصومة
بحق رقابة سلامة الإجراءات التي يقوم بها المتنازعون ويمارس رقابة
على شرعية الصلح وله سلطة لتقدير الوقائع وللتكييف القانوني
الصحيح.

أ/ حق الرقابة على سلامة الإجراءات :

إن إبرام صلح تلقائي لا يعفي الخصوم من احترام القواعد الإجرائية
الجوهرية المتعلقة برفع الدعاوي والإستدعاءات والاختصاص النوعي.

القاضي ملزم التأكد من سلامة الإجراءات، وبضمان الخصوم الحقوق الأساسية كحق الدفاع واحترام مبدأ المواجهة.

ب/ رقابة شرعية الصلح :

تعرف المادة 459 من ق.م : "الصلح كعقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقعان نزاعا متحتملا، وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه".

إن الصلح هو عقد من العقود المسماة ينظمه القانون المدني. رقابة القاضي تنصب على مدى توفر الصلح للعناصر المكونة له وشروط صحته.

أ/ العناصر المكونة للصلح :

الأهلية : يجب أن تمتع الأطراف المتنازعة بكامل الأهلية لمباشرة حقوقها المدنية.

يشترط في الصلح أن تكون للأطراف المتخاصمة حق التصرف بعوض في الحقوق المتنازع حولها (460 ق.م).

الرضى : يتم الصلح بتبادل الرضى صراحة، أن لا يكون معيب بالإكراه-العنف-التدليس.

الصلح يتطلب حضور الطرفين وإقرارهما بالتصالح ثم توقيعهما على المحضر.

تسري على عقد الصلح القواعد العامة المقررة للتراضي في العقود، ذلك أنه يجوز لأحد الأطراف الذي تعذر عليه الحضور لإبرام الصلح مع خصمه أن يوكل غيره ولكن يشترط أن تكون الوكالة خاصة بالصلح ويرم الوكيل الصلح باسم موكله.

المحل : يجب أن يتوفر في محل الصلح كافة الشروط الواجب توافرها في محل الالتزام بصفة عامة.

أن يكون موجوداً وممكناً- أن يكون معيناً أو قابلاً للتعين- مشروعا وغير مخالف للنظام العام.

يستثنى من الصلح المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية (مادة 461 ق.م) مثلا المسائل المتعلقة بصحة أو بطلان زواج- بالنسب أو البنوة أو الحضانة أو ثبوت الوراثة.

لكن يجوز الصلح على المصالح المالية الناجمة عن الحالة الشخصية (461 ق.م).

إذا جرى الصلح بشأن المسائل المذكورة أعلاه كان باطلا.
كما لا يمكن لأحد أن يتنازل عن أهليته أو يغير أحكامها (مادة 45 ق.م) وكذا لا يمكن لأحد أن يتنازل عن حرّيته الشخصية (المادة 46 ق.م).

- لا تتم كذلك المصالحة في حالة الإفلاس أو التسوية القضائية ما بين المدين ودائنه لوقف مصار الإجراءات النظامية.
- لا يجوز الصلح في مسائل تتعلق بالنظام العام:
- لا يجوز مثلا الصلح على الضرائب والرسوم المستحقة إذا كان الحق في تحصيلها مقررا بصفة نهائية.
- السبب : في عقد الصلح السبب هو الباعث الذي دفع كل متصالح إلى إبرام الصلح مع الطرف الآخر.
- يتعين على القاضي التأكد من سبب الحق أو مصدر الالتزام (عقدا أو عملا مستحقا لتعويض).

ب/ شروط صحة الصلح :

لكي ينعقد الصلح، يجب أن يستوفي الشروط : وهي وجود نزاع قائم-نية في جسم النزاع، ثم تنازل كل من المتخاصمين عن جزء من إدعاءاته على وجه التقابل.

وجود نزاع قائم أو محتمل :

يجب أن يكون النزاع معروضا على المحكمة، أي أن الخصومة قد نشأت ولم تنقضى ولم يصدر بشأنها حكم نهائي.

إذ صدر حكم في النزاع وكان قابلا للطعن فيه عن طريق المعارضة أو الاستئناف أو بالطرق الغير العادية كالتماس إعادة النظر

الصلح

والتقضى، فيجوز للمحكوم عليه أن يتصلح مع المحكوم يتنازل المحكوم عليه عن الطعن في الحكم بمقابل أو بدون مقابل هذا موقف القضاء المصري.

نبة حسم النزاع :

القصد من الصلح هو حسم النزاع، أن يكون للأطراف رغبة حقيقية للوصول إلى حل النزاع بإنهائه إذا كان قائما أو بتوقعه إذا كان محتملا، وهذا بعد بذل قصارى جهدهم.

التنازل عن الحقوق والادعاءات :

ولو اشترطت المادة 459 ق.م على وجوب تضحية من الخصوم، إلا أن هذا ليس ضروريا لتحقيق الصلح هذا ما استقر عليه الفقه في مصر وفرنسا.

يمكن لكل واحد من الخصوم أن يتنازل عن جزء من إدعاءاته، كما يمكن لأحدهما فقط أن يتنازل عن إدعاءاته دون أي مقابل يقدمه الطرف الآخر.

ج/ سلطة لتقدير الوقائع والكييف القانوني الصحيح:

يتمتع القاضي بسلطة لتقدير الوقائع وإعطائها التكييف القانوني الصحيح، فهو ملزم من التأكد من تطابق التكييف الذي منحه الخصوم لإتفاقهم مع القانسون.

وحيث كذلك، يستوجب عليه التأكد أن الإتفاق يمثل صلحا حقيقيا وليس تسترا لعقد آخر.

وإذا كان النزاع يتعلق بتفسير مادة قانونية أو مادة من العقد، فلا يمكن التصالح في هذا الصدد. لا يعتبر تعهد أحد الأطراف للآخر بقيام شيء بشروط معينة صلحا لكونه، لم يتناول هذا الاتفاق مناقشة والفصل في النزاع المطروح بين الخصوم. يتناول الصلح الطلبات الأصلية.

ليس من الضروري أن يحسم الصلح جميع المسائل المتنازع فيها، يمكن أن يحسم بعض المسائل، ويبقى الباقي للبت من طرف المحكمة. يستثنى من الصلح القضايا المستعجلة وأوامر الأداء. ويرتب عن مخالفة القواعد الإجرائية الجوهرية مخالفة القانون إبعاد الصلح التلقائي من طرف القاضي والفصل في النزاع. ستطرق إلى الآثار التي تترتب عن الصلح في القسم الثاني.

II- القسم الثاني : آثار الصلح

يثبت الصلح في محضر بمضيه الخصوم والقاضي وكاتب الضبط ويودع لدى كتابة ضبط الجهة القضائية (مادة 992 ق.إ.م). إن الصلح سند تنفيذي للاقتضاء الجبري للالتزامات الواردة فيه.

يجب أن يلتزم الأطراف بالوفاء بالإلتزامات الواردة في المحضر، فلا يمكن لأحد منهم الرجوع عما إلتزم به.

يعتبر الصلح حجة محتوية الاتفاق المبرم بين الأطراف وحول الحقوق التي تناولها عملاً بالمادة 324 ق.م. 324 مكرر 6 ق.م.

ينهي الصلح النزاع وتنقضي الخصومة والحق (462 ق.م).

ثم للصلح آثار كاشف بالنسبة لما اشتمل عليه من حقوق (463 ق.م).

يمكن الطعن في الصلح إلا بالبطلان ولكن ليس بسبب غلط في القانون (465 ق.م).

الخاتمة :

المبتغى من استعمال الوسائل البديلة لحل النزاعات بصفة ودية هو تشجيع الحوار بين الخصوم وحثهم للتفاوض والتشاور وبذل مجهودات لحل الصعوبات التي تواجههم.

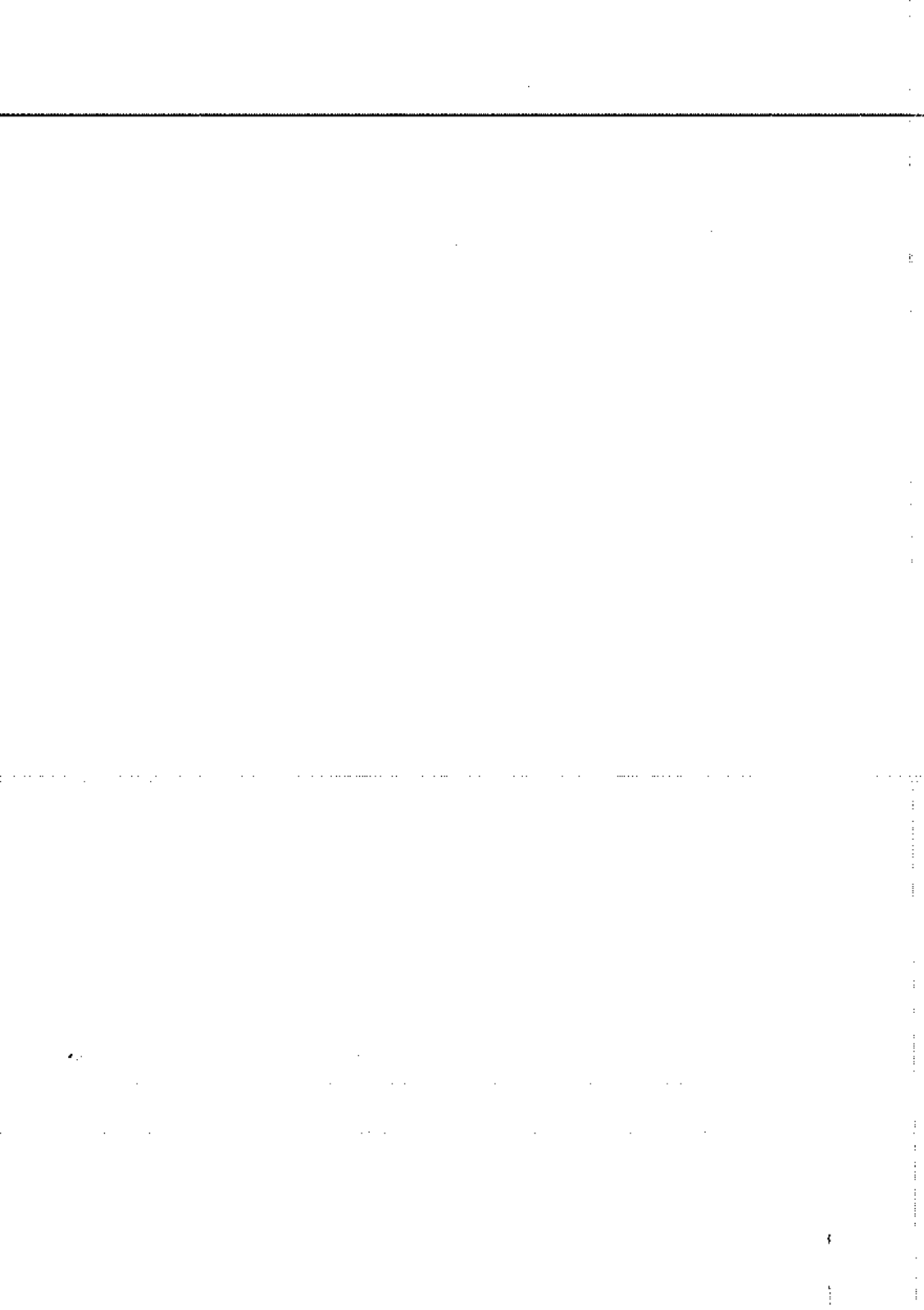
نجاح هذا الإجراء يؤدي إلى المحافظة على العلاقات المستقبلية للأطراف و يترتب عنه استقرار في الأوضاع القانونية وكذا سرعة في إنهاء النزاع أي اقتصاد في الوقت نظراً للمدة التي يستغرقها الفصل القضائي واقتصاد في التكاليف.

ولكن، يتطلب هذا الإجراء إرادة قوية وحكمة لدى الأطراف للوصول إلى حل ودي.

ما يمكن ملاحظته هو أن المادة 992 ق.إ.ج لا تعطي تفاصيل كما يجب أن يحتوي عليه محضر الصلح ولكي لا تقع في فخ إشكالات التنفيذ يستحسن أن يشير المحضر لمستندات الخصوم وادعاءاتهم وكذلك التزاماتهم بالتدقيق : ما يجب أن يقوموا به وما يجب أن يمتنعوا عن قيام به بصراحة ووضوح.

المراجع

- 1) دكتور مصطفى المتولي قنديل، دور الأطراف في تسوية المنازعات العقدية : دار الجامعة الجديدة للنشر. الإسكندرية. 2005.
- 2) علاء آباريان، الوسائل البديلة لحل النزاعات التجارية. دراسة مقارنة- لبنان.
- 3) دكتور الأنصاري حسن النيداني، الصلح القضائي: دراسة تفصيلية وتحليلية، طبعة دار الجامعة الجديدة. الإسكندرية، 2001.
- 4) السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، طبعة 1976.
- 5) قانون الإجراءات المدنية الجزائري.
- 6) قانون الإجراءات المدنية الجديد.
- 7) القانون المدني الجزائري
- 8) بوبشير محمد أمقران، قانون الإجراءات المدنية : نظرية الدعوى-الخصومة - الإجراءات الاستئنافية، ديوان المطبوعات الجامعية - الجزائر، 2001.
- 9) الأستاذ سليمان بارس، شرح قانون الإجراءات المدنية الجزائري- الجزء الأول. الخصومة القضائية أمام المحكمة، دار الهدى - عين مليلة، 2006.
- 10) Jean LARGUIER : Procédure civile (Droit judiciaire privé). 2^{ème} Edition. Dalloz. Paris 1970.
- 11) Vincent J. Serge Guinchard : Procédure civile. Dalloz. 23^{ème} Edition. 1994
- 12) Vincent J. Serge Guinchard : Procédure civile. Dalloz. 26^{ème} Edition. 2001.



الكلمة الختامية للسيد قدور براجع

الرئيس الأول للمحكمة العليا

بسم الله القائل "والصلح خير"
والصلاة والسلام على رسوله القائل مخاطباً القضاة :
((ردوا الخصوم حتى يصطلحوا...))

أشقاءنا وأصدقاءنا من الدول العربية والأوروبية،
السيدات الفضليات والسادة الأفاضل،
زميلاتي وزملائي القضاة،
ضيوفنا الكرام،

بعد يومين من العمل الدؤوب والمجهود الفكري المركز، وبعد أن
شهدت هذه القاعة ذلك الحوار القانوني الرفيع المستوى حول الطرق
البديلة لحل النزاعات على ضوء التجارب الدولية على المستويين
العربي والعالمي، وما أفرزته التجربة الميدانية في الدول الشقيقة والصديقة
بفضل مداخلات الأساتذة الكرام من :

لبنان ومصر والسودان وتونس والمغرب وفرنسا وإسبانيا
وبلجيكا، والسادة رؤساء غرف المحكمة العليا ومجلس الدولة
وأساتذة الجامعة والخبراء الوطنيين؛

كل ذلك مقارنة مع الوضع القانوني في الجزائر على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، الذي هو لبنة جديدة على درب إصلاح العدالة التي يوليها المجتمع وتوليها الدولة أهمية كبيرة، وستكون هذه الأشغال، بإذن الله، دفعا ثميناً في مجال توضيح الرؤى لدى المختصين لمعالجة المنازعات على مستوى مختلف المؤسسات، خصوصاً في باب المعاملات التجارية وازدياد حجم الاستثمار الوطني والأجنبي، وما يتولد عن ذلك من منازعات معقدة تكون معالجتها وحلها بالطرق البديلة، من صلح ووساطة وتحكيم أنجع من معالجتها عبر طريق المحاكم فقط. وإن لتجربة الدول الشقيقة والصديقة التي نقلها إلينا الأستاذ المتدخلون خلال هذين اليومين الدراسي، فائدة كبرى قد استفدنا منها جميعاً علماً أن المشرع الجزائري سيصدر مراسيم تنفيذية مكملّة لهذا القانون.

إن عملكم خلال هذين اليومين سيشكل لا محالة خطوة جبارة تتلوها خطوات أخرى، إن شاء الله، كما يشكلّ بادرة خير وتعاون لتبادل الاجتهاد القضائي بين دولنا.

نسأل الله العليّ القدير أن يوفقنا لما فيه خير البلاد والعباد، كما نتمنى عودة ميمونة لضيوف الجزائر إلى أوطانهم وأهاليهم.

ومرة أخرى أشكركم على حسن المشاركة، وإلى لقاء قادم بحول الله في أيام دراسية ولقاءات علمية أخرى. والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته.

طبع : المؤسسة الوطنية للإتصال، النشر والإشهار
الروية 2009

Médiation

~~En cas d'accord des parties, le médiateur rédige un~~
procès verbal dans lequel est consignée l'accord.

A la reprise de l'instance le juge consacre l'accord par ordonnance non susceptible d'appel.

Le médiateur est tenu au secret à l'égard des tiers.

Enfin, ce posera le problème de règlement des médiateurs.

Médiation

~~Ce texte législatif a prévu des conditions bien précises~~
quant aux personnes physiques.

Celles-ci doivent être connues pour leur probité et leur droiture et satisfaire aux conditions suivantes :

- Ne pas avoir fait l'objet d'une condamnation pour infraction infamante et ne pas être déchue de ses droits civiques ;

- Jouir de la qualification requise pour l'examen du litige qui est lui soumis ;

- Etre impartial et indépendant

Ces dispositions feront l'objet d'un texte réglementaire.

Le déroulement de la médiation :

Le greffe de la juridiction notifie aux parties et au médiateur la décision prise par le juge qui mentionne l'accord des parties et la date de l'audience de reprise de l'instance.

Le médiateur fait connaître sans délai son acceptation au juge et invite les parties à une première rencontre.

Il peut, en accord, avec les parties entendre toute personne qui y consent et informe le juge de toutes les difficultés qu'il rencontre dans l'accomplissement de sa mission.

Cette disposition me semble contestable car cela nuira au principe d'autonomie et à l'indépendance fonctionnelle du médiateur d'autant plus que le juge peut mettre fin, à tout moment à la médiation à la demande du médiateur ou des parties.

Le juge peut également y mettre fin d'office lorsque son bon déroulement devient impossible.

A l'expiration de sa mission, le médiateur informe par écrit le juge de ce que les parties sont ou non parvenues à trouver une solution.

Médiation

Par contre le Livre V intitulé « Des Modes Alternatifs de Règlement des Litiges » fait référence en son Titre I à la Conciliation et à la Médiation.

La médiation est prévue et organisée par les articles 994 à 1005.

Il est prévu que le juge se doit en toute matière proposer aux parties la médiation.

Si les parties acceptent ce mode de règlement, le juge désigne un médiateur pour entendre leur point de vue et essayer de les rapprocher en vue de leur permettre de trouver une solution au litige.

Sont cependant exclues de la médiation les affaires familiales, prud'homales et celles touchant à l'ordre public.

La médiation peut porter sur l'ensemble du litige ou une partie.

Elle ne dessaisit pas le juge qui peut prendre à tout moment les autres mesures qui lui paraissent nécessaires.

Ce pouvoir accordé au juge peut vider de sa substance ce mode de règlement des litiges.

Cependant seule la pratique et l'application de ses nouvelles dispositions nous renseigneront sur son efficacité et son efficience.

A mon humble avis cette disposition aurait mérité une plus grande rigueur dans sa rédaction.

La durée de la médiation a été fixée à 3 mois, renouvelable pour la même durée, à la demande du médiateur et après accord des parties, ce qui me semble très raisonnable comme délai surtout en matière économique.

Il est prévu que la médiation soit confiée à une personne physique ou à une association.

Cette disposition ne peut que réjouir notre Centre de Conciliation de Médiation et d'Arbitrage qui s'est déjà préparé à une telle éventualité.

Médiation

La question s'est posée de savoir si la médiation avait été réellement prévue dans le cadre du Décret Présidentiel du 24 07 2002, portant réglementation des Marchés Publics, modifié et complété.

D'aucuns ont affirmé que la médiation est existante dans ce texte se basant sur les dispositions des articles 101 et 102.

Ce texte dans une rédaction générale fait référence aux droits de recours prévus par la législation et la réglementation en vigueur.

L'alinéa 2 renvoie à la recherche d'une solution amiable pour les litiges nés de l'exécution des marchés chaque fois que cette solution permet de retrouver un équilibre des charges, d'aboutir à une réalisation plus rapide de l'objet du marché ou d'obtenir un règlement définitif plus rapide et moins onéreux.

Aucune référence expresse à la médiation ne s'y retrouve.

Cependant, il semblerait que cela est du plutôt à une confusion entre les notions de médiation et de conciliation.

En fait c'est la conciliation qui a été privilégiée dans ce texte.

Cela est conforté par les dispositions de l'ancien Code de Procédure Civile qui a prévu la conciliation judiciaire obligatoire et préalable.

3 – Les nouvelles dispositions introduites par le nouveau Code de Procédure Civile.

En matière administrative la question est définitivement réglée. En effet les articles 970 à 976 ont prévu uniquement la conciliation et l'arbitrage.

désigner un médiateur qualifié en vue de soumettre aux parties en conflit des propositions de règlement de leur différend.

Les parties ayant désigné le médiateur peuvent lui fixer un délai pour présenter ses propositions.

Il est à noter que l'article 48, permet en cas d'échec de la médiation d'aller à l'arbitrage.

Enfin, pour être complet, il y a lieu de signaler, qui si les parties à la médiation donnent de fausses informations ou des documents falsifiés ou si elles font pression sur le médiateur, elles sont passibles de poursuites pénales.

1-2 – Le Médiateur de la République

Par décret présidentiel n° 96 – 113 du 23 mars 1993 a été institué un Médiateur de la République placé auprès du Président de la République.

Le texte l'a défini comme instance non juridictionnelle qui contribue à la protection des droits et des libertés des citoyens et à la régularité du fonctionnement des institutions et administrations publiques.

Il apprécie la qualité des rapports de l'administration avec les citoyens.

Cette institution a été abrogée en 1999 par le Décret présidentiel n° 99 – 170 du 2 08 1999.

2 – La Médiation citoyenne ou sociale exercée par les associations ou certains segments de la population;

Il n'existe pas malheureusement à ma connaissance des exemples connus ou d'écrits sur ce type de médiation.

La presse en fait parfois état mais sans de plus informations.

3 – La Médiation en matière Administrative (pour mémoire)

Médiation

une personne tierce appelée médiateur, qu'elles désignent d'un commun, la mission de leur proposer un règlement amiable de leur différend».

L'article 11 précise que «Le médiateur reçoit des parties toutes informations utiles à l'accomplissement de sa mission.

Il est tenu, à l'égard des tiers, au secret professionnel sur toute information dont il a pu prendre connaissance à l'occasion de sa mission.

Le médiateur est assisté, en matière de législation du travail, à sa demande par l'inspection du travail territorialement compétente».

L'article 12 énonce enfin, que «Le médiateur soumet aux parties dans un délai qu'elles déterminent et sous forme de recommandation motivée, les propositions de règlement du différend soumis à son examen.

Copie de la dite recommandation est transmise par le médiateur à l'inspection du travail territorialement compétente».

Il est à noter que les grands principes de la médiation se retrouvent dans ces dispositions légales.

Cependant, je considère qu'il s'agit d'une définition hybride, particulière ou à nuancer du fait que la solution provient du médiateur qui doit s'impliquer beaucoup plus que dans une médiation classique.

Cela est corroboré par l'article 46 du Titre IV, de la même loi, intitulé «De la résolution de la grève».

Ce texte donne la possibilité au ministre chargé du secteur considéré, au wali ou au président de l'Assemblée - Populaire Communale, lorsque les positions des parties font présumer de difficultés de négociations directes, de

Médiation

favorables à la pacification qu'au combat contentieux (cela entre également dans la doctrine confucéenne).

Cela est également favorisé par les lourdeurs des procédures judiciaires étatiques ou arbitrales et leurs coûts exorbitants notamment dans le droit anglo saxon.

Certes, les américains et les anglais ont tenté de contenir cela par l'instauration d'autres voies alternatives de règlement par l'instauration du « Mini Trial » ou procès simulé.

Ce mode est en train de se développer avec un certain succès notamment dans les litiges d'affaires.

Qu'en est il en Algérie ?

Pour mieux appréhender le problème il y a lieu de faire un distinguo entre la situation existante avant et après la promulgation de la loi 08 – 09 du 25 Février 2008 portant Code de Procédure Civile et Administrative.

IV – La Médiation en Algérie telle que prévue par certains textes législatifs et règlementaires :

La médiation en Algérie n'est pas une culture et en tant que technique ou moyen de règlement des conflits elle n'est pas répandue tant au plan théorique que pratique.

Les différents types de médiations connues en Algérie :

1 – La médiation institutionnelle :

1-1 - la médiation prévue dans le droit social.

L'article 10 de la loi 90 – 02 du 06 février 1990, modifiée et complétée, relative à la prévention et au règlement des conflits de travail et à l'exercice du droit de grève fait référence à la médiation et on donne une définition précise :

«La médiation est la procédure par laquelle les parties à un différend collectif de travail s'accordent pour confier à

Médiation

La médiation est une entremise destinée à amener un accord.

C'est également un mode de règlement pacifique d'un conflit international, consistant à y faire intervenir des tiers (Etat, organisation internationale ou personne privée) qui ont pour tâche de soumettre aux antagonistes des propositions de solution au conflit.

Exemple le cas de l'Algérie dans le cadre du règlement du conflit entre les différentes factions Touaregs des pays du Sahel.

II - Caractéristique essentielle de la médiation :

La médiation n'a pas de caractère juridictionnel à l'instar de la conciliation et de la transaction.

Elle se distingue de l'Arbitrage qui lui a un caractère juridictionnel.

En effet, le médiateur comme le conciliateur ont pour mission de rapprocher les parties au litige, sans pouvoir, à la différence de l'arbitre, leur imposer son règlement.

La médiation ne résulte que d'un accord éventuel des parties, constitutif, en général, d'une transaction.

La médiation est donc une négociation directe ou indirecte (par le biais du médiateur) en vue de régler des conflits.

Cela constitue une voie de règlement très utilisée dans la pratique du commerce international.

III - Evolution récente de la notion de médiation :

Il existe actuellement un véritable engouement pour cette voie de règlement.

Cela est dû au rôle grandissant, dans les échanges économiques internationaux, de l'implication des opérateurs des pays d'Extrême Orient, traditionnellement plus

LA MEDIATION EN ALGERIE :

Passé, Présent et Avenir

Me Farid BEN BELKACEM

Membre du Centre de Conciliation
de Médiation et d'Arbitrage d'Alger
de la Chambre Algérienne
de Commerce et d'Industrie

I - Rappel historique :

Il existe plusieurs sens à ce mot ou adjectif :

1 – Vient du mot latin *mediatus* de *mediare* c'est-à-dire s'interposer.

Se disait dans l'Empire Germanique, d'un prince qui ne tenait pas son fief directement de l'Empereur.

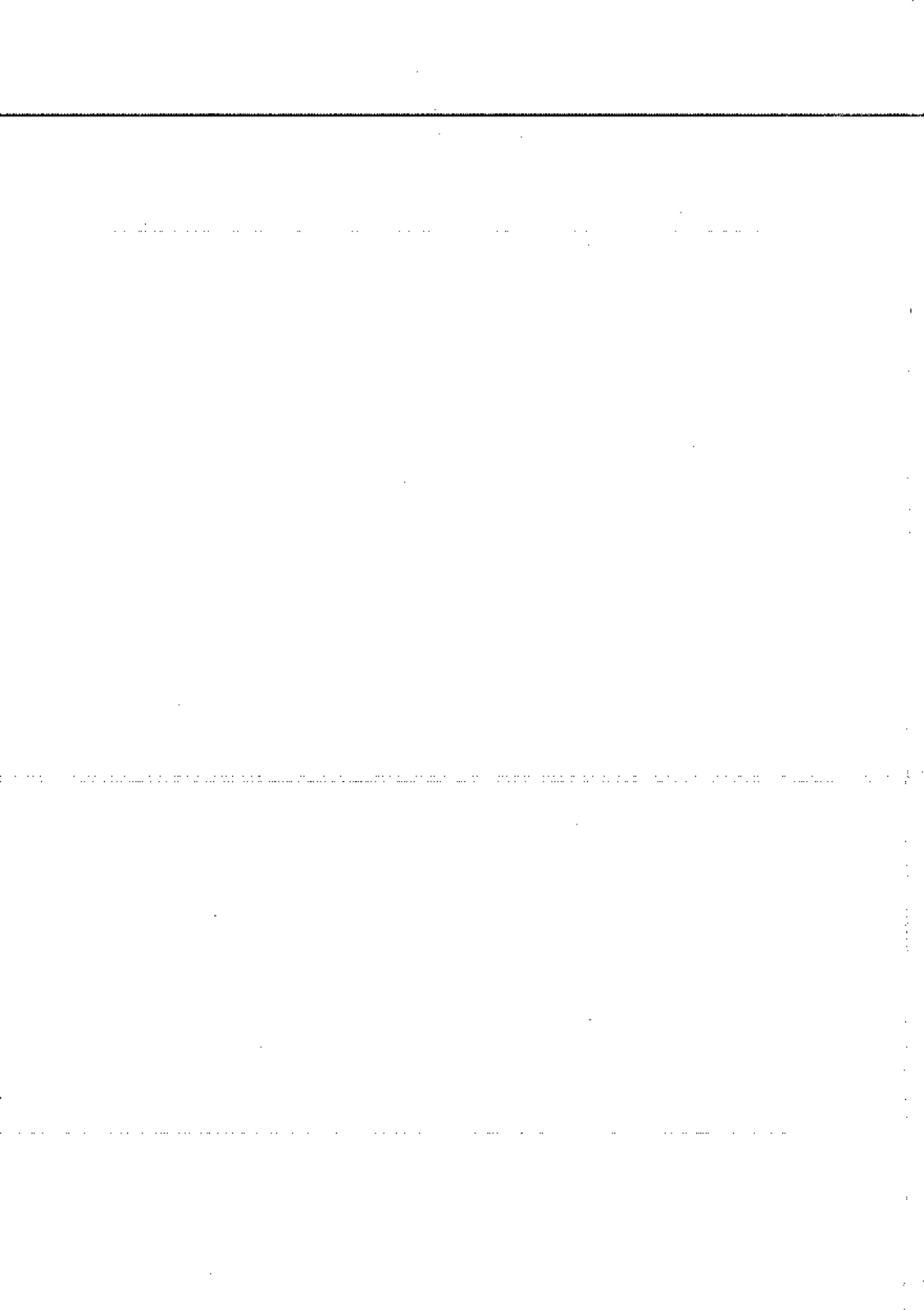
2 – Qui n'a rapport, qui ne touche à une chose ou à une personne qu'indirectement, par un intermédiaire.

3 – Médiateur vient du latin *mediator*. Personne qui s'entremet ou qu'on choisit pour amener un accord.

Ce terme a été utilisé comme Titre donné à toutes personnes qui servent d'intermédiaires entre Dieu et les hommes.

Le médiateur est également une fonction donnée par une autorité politique ou administrative (Président de la République ou ministre) en vue de régler des conflits ou prendre en charge les doléances des personnes.

Cela peut être également un fonctionnaire jouant le rôle d'intermédiaire entre le pouvoir public et les particuliers.



Médiation

Les représentants des Administrations Publiques auront besoin d'une autorisation opportune pour mener à bien la transaction, selon les normes qui règlent la disposition de l'action.

L'Administration de l'État ou l'un de ses organismes autonomes a besoin d'une autorisation au moyen du Décret convenu au Conseil des Ministres, avec le dictamen préalable du Conseil d'Etat.

Dans les Communautés autonomes l'autorisation est la responsabilité de son organe de Gouvernement.

En ce qui concerne les administrations locales la compétence appartient à la réunion plénière des corporations.

Les Dictamens du Conseil d'Etat soulignent la nécessité de contrôler les conditions requises : Que l'accord n'était pas manifestement contraire à l'ordonnance juridique, que l'accord n'était pas nuisible à l'intérêt public, qu'il n'était pas nuisible à un tiers.

La transaction conclue, la voie normale pour mettre une fin au procès est le désistement du demandeur.

Une étude récente d'un Magistrat de la Cour Suprême sur la médiation souligne que la Section de la Statistique du Conseil Général du Pouvoir Judiciaire manifeste qu'elle n'a pas les moyens pour donner une information fiable sur les résultats de la médiation dans des procès contentieux administratifs.

Il n'existe pas d'arrêts de la chambre du Contentieux Administrative de la Cour Suprême sur la médiation dans le milieu administratif.

économiques administratives en matière fiscale. Ses membres sont experts en la matière et c'est une procédure gratuite. Après sa résolution, on peut recourir par voie judiciaire contentieux administratif. L'obligation pour certaines réclamations d'épuiser toutes les instances dans une voie administrative provoque un retard de la décision judiciaire finale.

Une expérience intéressante sur la médiation est celle réalisée au sein du Jury d'Expropriation Forcée de Catalogne. Une médiation volontaire préalable à la décision de l'organe administratif a été mise en place en présence de deux parties, une administration expropriante et l'exproprié.

Une autre expérience intéressante est celle du Conseil Fiscal du Conseil municipal de Barcelone, organe indépendant, dont les dictamens qui n'ont pas l'obligation d'être suivis mais qui sont pratiquement acceptés dans leur totalité. Le Conseil résout les conflits fiscaux locaux de quantité peu importante.

VI. La juridiction contentieux - administratif.

La Loi régulatrice de la procédure du contentieux administratif prévoit, art. 77, dans les procédés dans la première instance en unique instance, que le Juge ou le Tribunal, à son initiative ou à la demande d'une partie, une fois formulées la demande et la réponse, pourra soumettre à la considération des parties la reconnaissance de faits ou des documents, ainsi que la possibilité de trouver un accord qui met fin à la controverse, quand le jugement se prononcera sur des matières susceptibles de transaction et, en particulier, quand une estimation de quantité sera l'enjeu.

L'accord conclu lors d'une conciliation administrative a ~~une force exécutive entre les parties en présence, sans~~ nécessité de ratification devant un juge ou un tribunal.

La loi établit que l'organe judiciaire du travail, constitué en audience publique, tentera la conciliation. S'il n'y a pas d'accord, le jugement aura lieu.

Mais on dépend beaucoup de la capacité des juges pour la réussite de la médiation. Or, la formation de ces derniers est facultative.

Certains d'entre eux obtiennent jusqu' à 20 % de succès lors de la médiation, d'autres n'atteignent que des résultats très limités.

Un accord est possible à n'importe quel moment avant l'énoncé de la sentence.

V. La médiation administrative.

La législation en vigueur sur la procédure administrative, la Loi 30/1992, règle la conclusion conventionnelle de procédures. Art. 88

Les Administrations Publiques pourront établir des accords, des pactes, des conventions ou des contrats avec des personnes tant de droit public comme privé, chaque fois qu'ils ne seront pas contraires à l'ordonnance juridique ni qui traiteront de matières non susceptibles de transaction et auront pour objet de satisfaire l'intérêt public, avec la portée, les effets et le régime juridique spécifique que dans chaque cas prévoit la disposition qui le règle.

Pour conclusion conventionnelle de procédures en matière de contrats des administrations publiques, on doit respecter la loi qui règle ces contrats.

Ce n'est pas exactement une activité médiatrice mais, en Espagne, depuis plus de 100 ans, les Tribunaux Économiques Administratifs existent et résolvent des réclamations

Dans certaines Cours qui règlent les litiges familiaux, certains juges ont développé une intéressante médiation intra judiciaire.

En Catalogne, un projet de loi se trouve en discussion pour soumettre à une médiation les conflits surgis dans le cadre des associations, des conflits entre des voisins de la même copropriété, de graves différences dans le cadre de la vide cohabitation citadine, des conflits dérivés d'une interprétation divergente de la réalité dû à la coexistence de diverses cultures présentes dans cette région.

IV La juridiction du travail.

La médiation judiciaire se déroule bien dans la juridiction du travail où elle est gérée totalement par le juge.

Dans la juridiction du travail, le juge a une fonction de médiateur qui doit précéder le procès.

Il y a aussi un organe administratif -un service de Médiation, d'Arbitrage et de Conciliation- pour tenter la conciliation avant de formuler la demande judiciaire, c'est une conciliation « pré procédure ».

Une procédure de conciliation est indispensable avant de recourir au Tribunal. C'est un système qui ne fonctionne pas mal.

Pour éviter le procès, la Loi de Procédure du Travail établit comme condition requise préalable la tentative de conciliation devant le service administratif correspondant.

La présence lors de l'acte de conciliation est obligatoire pour les plaideurs sauf dans certains cas : liberté syndicale, élections syndicales, sécurité sociale, procès portants sur les congés, etc.

souvent le cas des graffiteurs. Il y a une intervention du ministère public pour contrôler la médiation. Le recours devant la Cour d' appel est rare mais possible et donne des résultats assez satisfaisants.

III. La juridiction civile.

La Loi de Procédure de jugement civile, Loi 1/2000, art. 414, règle la convocation des parties assistées d'avocat à une audience préalable au jugement pour obtenir un accord ou la transaction qui met une fin au procès. S'il y a un accord, art. 415, la transaction est homologuée par le Tribunal ou le juge. Quelques juges ont beaucoup de succès (50%). La confiance est un facteur important.

La loi 15/2005, du 8 juillet essaie de faciliter la médiation familiale. Sa disposition finale troisième prévoit l'approbation d'une loi de médiation basée sur les principes de volontariat, d'impartialité, de neutralité et de confidentialité.

La loi sur les mesures de protection intégrale contre la violence de genre défend expressément la médiation quand une violence de genre sera avérée.

L'expérience des communautés autonomes en matière de médiation familiale n'a pas eu un franc succès. Elle n'est pas gratuite parce que l'on doit payer des honoraires aux médiateurs sociaux.

Comme il s'agit d'un service administratif, leurs décisions peuvent être contestées par voie administrative et après devant la juridiction du contentieux administratif. Leur objectif, peu réaliste, est d'éviter le recours judiciaire dans certains conflits pour réduire la charge des tribunaux.

Médiation

suppose la médiation envisagée comme recours volontaire pour la solution de litiges familiaux.

Je vais faire une description de la situation de la médiation en Espagne en faisant en premier lieu une petite référence en rapport avec la juridiction du travail, la juridiction criminelle et la juridiction civile.

On peut ajouter également que l'on parle beaucoup de la médiation comme solution alternative à certains problèmes sociaux, surtout pour garantir une cohabitation sans problèmes dans certaines collectivités, par exemple :

- les relations de voisinage, comme la présence de personnes de nationalités et cultures différentes dans un immeuble.
- Les conflits dans le domaine scolaire.

II. La juridiction criminelle.

Il y a une Décision Marco du Conseil de l'Union Européenne du 15 mars 2001, sur le statut de la victime dans le procès pénal qui demande la promotion urgente de la médiation.

C'est pour cette raison qu'un certain nombre de juges en Espagne croient que la médiation est la forme la plus innovatrice d'aborder les problèmes liés à un certain type de criminalité, surtout les petites infractions ou délits.

Il existe quelques expériences isolées de juges qui pratiquent la médiation dans les organes pénaux (des dommages et des lésions au sein de la famille), après une expérience pilote dans quelques organes judiciaires.

La loi de responsabilité des mineurs -jusqu'à 18 ans- règle la médiation pour les cas sans grande gravité. La condition sine qua non est l'absence de violence ou d'intimidation dans les faits reprochés. Le médiateur est un travailleur social. On cherche la réparation matérielle. C'est

مجلة المحكمة العليا - عدد خاص - الطرق البديلة لحل النزاعات : الصلح والوساطة والتحكيم - 15 و 16 جوان 2008

LA SITUATION DE LA MEDIATION EN ESPAGNE

Celsa Pico Lorenzo
Magistrat Cour Suprême.

I. Introduction.

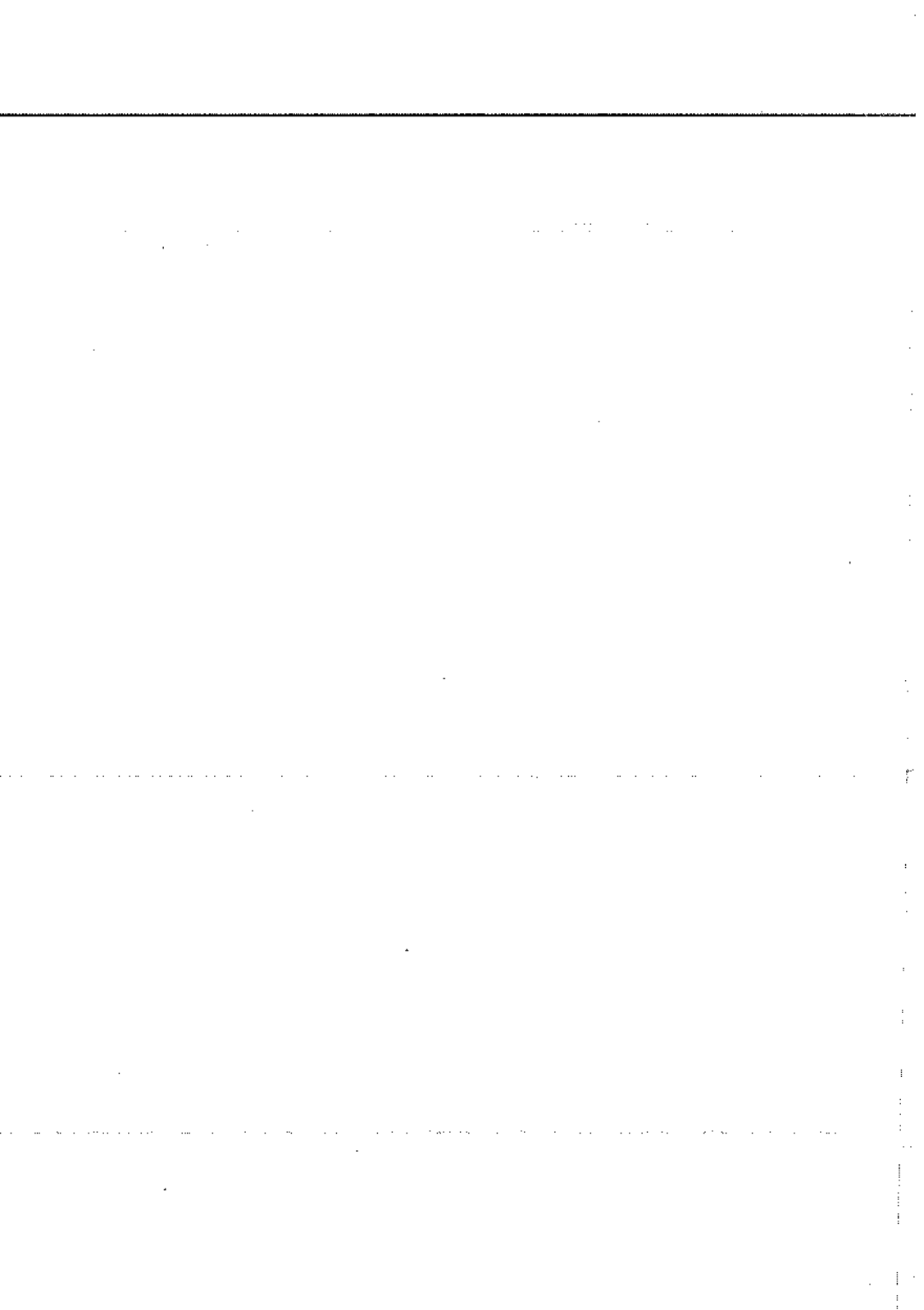
Nous partons du fait qu'en Espagne il n'existe pas une culture de la conciliation sauf dans la juridiction du travail. Les conflits sont normalement résolus par voie judiciaire. Dans les Mémoires annuelles présentées par les Tribunaux Supérieurs de Justice, certains d'entre eux dénoncent l'augmentation des affaires à cause d'un excès de recours judiciaires lors de certains conflits sociaux.

Il y a quelques jours, une association professionnelle de juges a émis le souhait de faire progresser la culture de la médiation dans le domaine des affaires d'importance mineure.

Il y a plus de 10 ans déjà, une autre association de juges avait demandé le développement de la médiation dans toutes les juridictions.

Sur cette question, l'association des greffiers s'est récemment soulevée en demandant qu'une réforme préalable légale, la conciliation, soit attribuée aux greffiers puis qu'elle serait la garantie non seulement de l'impartialité de l'organe conciliant mais aussi de la gratuité. Ils ont critiqué la médiation extrajudiciaire parce qu'elle n'est pas gratuite.

Les greffiers considèrent qu'avec une telle mesure, le citoyen aurait un système alternatif garanti sans le coût que



b. Le médiateur d'entreprise :

22. En droit de l'insolvabilité la technique du médiateur d'entreprise prend de l'extension. Il s'agit de prévenir plutôt que de guérir. Un médiateur impartial apporte ainsi son savoir faire à des PME essentiellement pour l'aider à négocier avec les donneurs de crédit, les créanciers et les autorités publiques.

La confidentialité et la flexibilité permettent d'obtenir à cet égard des résultats appréciables. Certes il s'agit d'une médiation atypique en ce sens que le médiateur d'entreprise ne reste pas neutre. Mais étant donné qu'il reçoit une mission du débiteur avec la caution du tribunal, il agira avec impartialité et utilisera la technique de médiation en ce sens qu'il incitera surtout le débiteur à trouver lui-même la solution, faute de quoi le débiteur risque de retomber dans les mêmes errements après une première crise surmontée.

accord. Le juge veillera simplement à ce que l'accord ne tende pas à frauder les droits d'un tiers.

§5 Quelques questions particulières

a. Le juge et la sélection des médiateurs

21. Un des problèmes récurrents auxquels est confronté le juge est la sélection des médiateurs. Le nombre de médiateurs en Europe est en fait extraordinairement élevé, même en ne comptant que ceux qui ont bénéficié d'une formation adéquate. Ce grand nombre explique d'ailleurs aussi le grand nombre de réunions et colloques réunissant des médiateurs. Beaucoup d'entre eux travaillent peu ou pas comme médiateurs.

Le juge qui incite les parties qui comparaissent devant lui à la médiation ne bénéficie ainsi pas d'une sélection de médiateurs de confiance dans les secteurs dans lesquels il opère, sauf à constituer de façon subjective une liste de personnes en qui il a confiance et qu'il peut de façon oblique recommander aux parties.

Ce sera un des efforts à faire dans les mois à venir. L'association Gemme (groupe européen des magistrats pour la médiation) proposera sur le site de Gemme des équipes pluri-disciplinaires en matière de responsabilité parentale qui pourront proposer des médiateurs notamment pour les problèmes transnationaux de responsabilité parentale. L'idée est d'avoir des points de contact dans tous les pays afin d'avoir des médiations plurielles.

Le problème est plus délicat lorsqu'il s'agit d'autres matières. Partant du concept qu'une connaissance de la matière est nécessaire pour le médiateur efficace, il est très malaisé à l'heure actuelle de sélectionner les médiateurs adéquats. Les certifications en cours dans plusieurs Etats ne donnent pas les garanties suffisantes au juge pour qu'il puisse se contenter des listes qui sont faites un peu partout.

l'objet de dispositions expresses qui restent autorisées par la directive européenne.

Ainsi la loi belge permet au juge de refuser l'homologation d'un accord pris à la suite d'une médiation volontaire ou judiciaire si l'accord ne respecte pas l'ordre public ou s'il a été obtenu à l'issue d'une médiation familiale et est contraire aux droits de l'enfant.

On voit tout de suite la fragilité potentielle de cet aspect de la médiation. Le juge peut en matière de droits de l'enfant statuer selon son appréciation. Il ne pourra décider, même s'il a été saisi d'une requête en homologation unilatérale, sans avoir convoqué les deux parties en chambre du conseil pour les entendre, mais fondamentalement il dispose d'un pouvoir d'appréciation et pourra relancer les procédures et dissensions. Mais la Convention internationale sur les droits de l'enfant rend ce risque inévitable : le juge doit en toute circonstance pouvoir statuer dans l'intérêt de l'enfant.

L'ordre public est une exception à mon avis peu dangereuse. La notion d'ordre public est une notion qui, dans les pays de l'Union européenne, a tendance à se rétrécir pour ne plus concerner que les normes essentielles de l'Etat. Les excès de générations de législateurs qui avaient la volonté de considérer que la moindre loi qu'ils faisaient touchait l'ordre public a fini par avoir raison de cette notion large et actuellement la plupart des Cours suprêmes ont une lecture limitative de la notion.

Par ailleurs le fait (usuel) que ce soient les deux parties en présence qui demandent l'homologation a aussi comme heureux effet que le juge considérera que l'ordre public est en général bien sauvegardé lorsque des parties à intérêt opposé demandent conjointement l'homologation de leur

La directive incite fort peu à vrai dire à l'homologation des accords. Le droit national prévaut de façon quasi absolue et si le droit national de l'Etat dans lequel la demande est formulée ne prévoit pas la possibilité de rendre l'accord exécutoire, ce caractère exécutoire ne pourra être reconnu. La directive envisageait surtout d'éviter que les parties dans un litige en matière de responsabilité parentale ne contournent la règle du règlement 2201/2003 qui prévoit que pour être exécutoire dans un autre Etat membre tout accord entre les parties doit être exécutoire dans l'Etat dans lequel il a été conclu.

Les droits nationaux ne sont pas forcément plus larges. S'agissant de médiation volontaire l'homologation sera forcément plus restrictive que s'il s'agit d'une médiation entamée déjà sous la houlette d'un juge.

Ainsi en droit belge, l'homologation sera possible si l'accord a été conclu à l'issue d'une médiation faite par un médiateur agréé officiellement (article 1733 du Code judiciaire: le médiateur agréé sera plus sensible aux considérations d'ordre public qu'un médiateur quelconque n'offrant pas les mêmes garanties). Par contre s'il s'agit d'une homologation d'une médiation judiciaire, l'homologation ne fera pas l'objet de difficultés de type procédural.

20. Le juge doit-il avoir égard à l'ordre public lorsqu'il homologue l'accord? La réponse quasi unanime est positive, que ce soit sur la base de textes nationaux explicites ou de principes généraux. La directive formule également cette exception.

Ainsi il est fréquemment allégué que le juge ne pourrait homologuer un accord qui comporte une solution fondée sur une fraude fiscale. Ce point de vue est souvent appuyé sur les règles existant en matière d'arbitrage ou encore fait

Médiation

Comme l'exprime la directive (article 6) :

1. Les États membres veillent à ce que les parties, ou l'une d'entre elles avec le consentement exprès des autres, puissent demander que le contenu d'un accord écrit issu d'une médiation soit rendu exécutoire. Le contenu d'un tel accord est rendu exécutoire, sauf si, en l'espèce, soit ce contenu est contraire au droit de l'État membre dans lequel la demande est formulée, soit le droit de cet État membre ne prévoit pas la possibilité de le rendre exécutoire.

2. Le contenu de l'accord peut être rendu exécutoire par une juridiction ou une autre autorité compétente au moyen d'un jugement ou d'une décision ou dans un acte authentique, conformément au droit de l'État membre dans lequel la demande est formulée.

3. Les États membres communiquent à la Commission le nom des juridictions ou autres autorités compétentes pour recevoir une demande conformément aux paragraphes 1 et 2.

4. Aucune disposition du présent article n'affecte les règles applicables à la reconnaissance et à l'exécution dans un autre État membre d'un accord qui a été rendu exécutoire conformément au paragraphe 1.

En fait lorsque les parties à une médiation arrivent à un accord, elles signeront (avec l'assistance de leur avocat le cas échéant) un écrit qui sera contresigné par le médiateur. Cet accord devra contenir les engagements de parties. A cet égard aucune différence n'existe entre l'accord volontaire et judiciaire. Il s'agit d'une convention qui lie les parties.

Les parties peuvent souhaiter que leur accord ait force exécutoire sans pour autant entrer dans une logique de conflit.

Médiation

L'exécution concrète de cette disposition est donc laissée à l'appréciation des Etats, ce qui ne manquera pas de créer quelque complication. Le préambule de la directive indique expressément que l'idée n'était pas d'harmoniser les législations.

A titre exemplatif la législation belge est encore imparfaite à cet égard alors pourtant qu'elle se voulait également favorable à la médiation.

En matière de médiation extra-judiciaire (volontaire) la proposition de médiation envoyée par pli recommandé et contenant la réclamation d'un droit suspend la prescription de l'action attachée à ce droit pendant un mois, et la signature du protocole de médiation suspend le cours de la prescription. La suspension prend en principe fin un mois après la notification faite par l'une des parties ou par le médiateur qu'il est mis fin à la médiation. La même chose vaut pour la médiation judiciaire, mutatis mutandis.

Une question a été soulevée à juste titre concernant les délais préfixes : quel est l'effet de la procédure de médiation ? (notamment en matière de responsabilité décennale de l'entrepreneur). Les délais préfixes ne sont en règle pas susceptibles d'être prorogés. Il semble dès lors que dans le silence de la loi, et faute d'un accord de suspension exprès, la médiation n'ait pas l'effet favorable sur la suspension qui existe en ce qui concerne les délais de prescription usuels. La solution n'est pas certaine et l'article 8 de la directive permet peut-être d'envisager la suspension même pour les délais préfixes.

d. La réussite et l'homologation ; le problème de l'ordre public

19. Si les parties concluent un accord, que ce soit dans le cadre d'une médiation volontaire ou judiciaire, le juge aura la possibilité de rendre l'accord exécutoire.

procédure judiciaire civile ou commerciale ou lors d'un arbitrage, des preuves concernant les informations résultant d'un processus de médiation ou en relation avec celui-ci, excepté:

a) lorsque cela est nécessaire pour des raisons impérieuses d'ordre public dans l'État membre concerné, notamment pour assurer la protection des intérêts primordiaux des enfants ou empêcher toute atteinte à l'intégrité physique ou psychologique d'une personne ;

b) lorsque la divulgation du contenu de l'accord issu de la médiation est nécessaire pour mettre en œuvre ou pour exécuter ledit accord.

Les Etats peuvent selon les termes de la directive être encore plus stricts pour préserver la confidentialité.

Le juge qui hérite de la procédure après l'échec de la médiation devra écarter des débats les pièces qui sont produites en violation de la règle de la confidentialité. Sa rigueur sera un signe clair que la médiation est une procédure crédible.

Le juge qui aurait par inadvertance omis d'écarter de telles pièces des débats, se verra sanctionner par une réformation ou une cassation de sa décision.

c. L'échec et la prescription

18. Un autre adjuvant à la médiation est la disposition qui se retrouve également dans beaucoup d'Etats membres de l'Union européenne- que les parties qui choisissent la médiation pour tenter de résoudre un litige ne soient pas empêchées par la suite d'entamer une procédure judiciaire ou une procédure d'arbitrage concernant ce litige du fait de l'expiration des délais de prescription pendant le processus de médiation (article 8).

conflit initial semblait le suggérer : les entreprises en conflit conviennent de nouveaux plans de collaboration, la responsabilité parentale s'exerce différemment, etc.

Mais l'objectif est bien d'atteindre un accord. Tous s'accordent à dire que le médiateur ne remplit pas tout à fait son rôle s'il n'accompagne pas les « médiés » jusqu'à la concrétisation de l'accord. Ceci imposera au médiateur une tâche qui peut le dépasser : la rédaction de l'accord. A cet égard comme à beaucoup d'autres, l'apport des avocats des parties en conflit sera très important. Faute d'un accord suffisamment concret, la relation de confiance qui a pu être restaurée sera bien vite rompue. Sans doute cet accord reprendra des couleurs juridiques, ce qui peut inquiéter... le médiateur mais c'est indispensable dans une société d'hommes et de femmes et d'institutions en évolution permanente.

b. L'échec et la confidentialité

17. Une des tâches essentielles du juge se profile vers la fin de la médiation. Un accord se profile à l'horizon ou un désaccord persistant se manifeste. Dans les deux cas le rôle du juge sera important.

Si désaccord il y a, la cause pourra être appelée devant le tribunal. La médiation qui a échoué ne devrait pas porter préjudice aux droits des parties étant donné certains effets que la directive européenne et les législations des Etats qui ont déjà légiféré reconnaissent à la médiation.

Comme l'exprime la directive :

1. Étant donné que la médiation doit être menée de manière

à préserver la confidentialité, les États membres veillent à ce que, sauf accord contraire des parties, ni le médiateur ni les personnes participant à l'administration du processus de médiation ne soient tenus de produire, dans une

ordonner à ce tiers de produire certains documents ou d'accomplir certains actes. Le talent du juge sera de marier une médiation en cours avec une procédure judiciaire.

Une clause de médiation ne pourrait, selon certains droits (dont le Belge) pas exclure le recours à des mesures provisoires. Le juge des référés en Belgique et aux Pays Bas notamment doit toujours pouvoir intervenir dans tout type de litige, même si une clause d'arbitrage ou de médiation exclut cette intervention. Il s'agit de dispositions d'ordre public. L'exécution de ces mesures provisoires n'exclut pas qu'une médiation soit initiée ou se poursuive. De façon même plus générale, la directive énonce que l'accès à la justice ne peut être entravé par le biais de la médiation.

15. L'intervention du juge à ce stade comportera quelques aspects délicats. Si les parties sont en cours de médiation et qu'elles demandent une mesure provisoire, il est fort probable qu'elles ne donneront au juge des référés que peu d'éléments d'appréciation pour la mesure, étant donné qu'elles seront impliquées dans une négociation plus globale comportant des aspects confidentiels. Il appartiendra au juge saisi dans ce contexte de faire preuve d'une grande flexibilité et... de peu de curiosité en faisant confiance à ce qui lui est proposé. Le fait que les mesures de référé soient provisoires facilite sur le plan juridique une telle approche.

§4. Le juge à la fin de la médiation : les problèmes de confidentialité et d'ordre public ; exécuter les accords conclus

a. L'objectif de l'accord

16. L'objectif de la médiation est toujours d'arriver à un accord, même si cet accord est parfois plus large que le

§3. Rôle du juge judiciaire au cours d'une médiation menée par un tiers (ordonnances de référé, experts, etc.)

14. Au cours de la médiation –qu'elle soit d'ailleurs volontaire ou menée dans le cadre d'un litige introduit- le juge pourra être appelé à intervenir dans son processus.

Il semble acquis que la médiation ne devrait pas faire obstacle aux demandes de mesures provisoires ou conservatoires. C'est prévu expressément par la loi belge (article 1725, §3, et 1735, §3, du Code judiciaire) mais est également prévu dans nombre de législations. La médiation ne devrait pas non plus faire obstacle à ce que le juge des saisies ordonne quelque saisie conservatoire ou statue quant à un cantonnement. Ceci vaut tant en ce qui concerne la médiation extrajudiciaire que la médiation judiciaire (la loi belge est encore plus large en ce qui concerne l'intervention du juge en cas de médiation judiciaire : «toute mesure» est possible).

Ces mesures peuvent perturber un lien de confiance qui aurait été créé⁶ mais en règle générale seront plus une aide à la solution qu'un obstacle. La façon dont les avocats des parties et le médiateur lui-même considèrent cette aide et leur attitude à l'égard du juge, seront déterminantes pour l'acceptation de la mesure.

La possibilité de désigner un expert en cours de médiation doit notamment être préservée dans l'intérêt de tous.

Le juge pourra aussi être impliquer un tiers qui n'est donc pas partie à la médiation, si les parties ou l'une d'entre elles le demande. Si ce tiers détient des éléments déterminants pour l'issue des discussions, le juge pourra

⁶ Patrick Van Leynseele, «La structure de la loi du 21 février 2005 sur la médiation», Bruylant 2005.

Médiation

l'interdire non plus et il serait utile de permettre à certains juges, particulièrement bien formés à la technique de la médiation, de faire une pause dans leur carrière de juge et de faire, quelques années, de la médiation (ou de faire de la médiation à l'issue de leur carrière, particulièrement dans des cas où une médiation non rémunérée s'impose).

Le cumul au même moment, même s'il y a des séparations strictes des rôles, de la qualité de juge et de médiateur pourrait distraire le juge de son « core business ».

Ceci ne fait pas l'unanimité des juges, tant s'en faut. C'est que les juges ont eux aussi des atouts que n'ont pas toujours les médiateurs non magistrats.

Un de ces atouts nés de l'expérience est la conscience que toute industrie humaine contient en elle-même les germes de nombreux conflits ⁵ et que le conflit n'est pas réellement de nature accidentelle. Des médiateurs du type assistant social ou psychologue en sont parfois moins conscients et pourront être induits en erreur par une perception sociologique inadéquate.

Un autre atout non négligeable est une connaissance technique approfondie des solutions possibles du litige. Le médiateur s'il doit faire le vide en lui-même pour laisser la place aux parties, doit néanmoins avoir des capacités techniques solides pour recadrer sans le diriger le débat. Un juge expérimenté devrait avoir ces qualités, mais le tout sera aussi question d'espèce. La médiation ne peut pas devenir un jeu pour magistrats lassés de la routine des procès. Le juge médiateur devrait donc rester l'exception.

⁵. Cruyplants, Gonda et Wagemans, cit. p.27.

مجلة المحكمة العليا - عدد خاص - الطرق البديلة لحل النزاعات : الصلح والوساطة والتحكيم - 15 و 16 جوان 2008

Médiation

Enfin, et principalement, le grief que l'on peut faire à ce type de médiation est que le juge-médiateur détient une parcelle de l'autorité publique en ce qui concerne les relations entre individus, qu'elles soient économiques, affectives ou autres. Le médié aura quelque peine à voir dans le médiateur juge l'être impartial et neutre qu'il lui faut avoir pour réaliser un progrès dans la communication et le dialogue.

13. Ces arguments sont importants. Ils n'ont pas convaincu les magistrats ni d'ailleurs les autorités européennes qui, dans la directive du 24 mai 2008, envisagent que le juge puisse être médiateur. La directive européenne pouvait difficilement faire autre chose alors que les Etats membres de l'Union et de l'EEE adoptent des points de vue très divergents sur la question. La Belgique n'admet pas les magistrats actifs comme médiateurs, la Suisse et la Hollande par contre les admettent.

Il est tentant pour les magistrats de faire de la médiation parce que cela peut les sortir de leur routine, et leur faire faire un apprentissage de la perception des relations entre hommes, entre entreprises. Cela leur donne un apprentissage du décryptage des problèmes apparemment simples mais effectivement complexes et qui ont suscité le litige. Cela leur donne aussi une perception plus exacte de ce qu'est le principe dispositif. Ils seront moins vite esclaves d'une formulation trop étriquée des actes d'introduction qui ont souvent une formule réductrice qui rend une conciliation plus globale ou une médiation flexible plus difficile.

J'aurais tendance à dire qu'en effet il vaut mieux que le juge ne soit pas médiateur, à cause du rôle éminent qu'il peut jouer dans la société ou de son statut qui lui donne une parcelle d'autorité. Néanmoins il serait opportun de ne pas

§2. Le juge comme médiateur

12. Beaucoup de systèmes européens, dont celui de la directive européenne, disposent que le juge qui a fait de la médiation ne peut lui-même ultérieurement statuer quant au litige au fond (préambule 12). Ce constat implique que la directive n'exclut pas que les juges puissent aussi exercer des fonctions de médiateurs. Ce point est très controversé et en réalité, quelques pays dont la Belgique interdisent plus ou moins explicitement aux juges de faire eux-mêmes de la médiation.

Les arguments en défaveur du « juge médiateur » ou plutôt médiateur-juge, méritent certainement d'être pris en considération.

Vu sous l'angle de l'efficacité à court terme, la médiation n'est pas une bonne chose. L'écrasante majorité des litiges ne fait pas l'objet d'une opposition ou d'un autre recours et trancher dans le vif sans plus d'atermoiements est certainement mieux pour ce type de litiges et coûte moins que rétablir le dialogue entre parties. Même la médiation pénale, qui est pourtant vue avec méfiance par la doctrine en médiation parce qu'elle est gérée d'autorité, prend beaucoup plus de temps qu'une simple affaire correctionnelle et les parquets n'encouragent pas toujours cette pratique qui prend beaucoup de temps.

Par ailleurs la qualité de magistrat ne prédispose pas vraiment à la médiation. Les magistrats ont certes une capacité d'écoute et de compréhension, voire d'empathie, envers les justiciables mais il n'appartient pas à leur nature de faire le vide pour le laisser remplir par les parties. La passion de réaliser directement le bien commun sans attendre que les parties trouvent elles-mêmes la solution à leur mal vivre fait mauvais ménage avec les exigences de la médiation.

Médiation

en délibéré. Le terme «ordonner» peut paraître paradoxal, s'agissant d'une procédure volontaire, mais sert à préciser qu'il s'agissait d'une ordonnance –terme technique pour la mesure de ce genre et pas d'un jugement imposant une médiation.

Le recours à la médiation judiciaire, celle qui se déroule au cours d'un procès ou à son origine, sera fortement influencé par l'attitude du juge. Cela sera certainement le cas dans un système où pratiquement tout juge siégeant en toute matière peut inciter à la médiation, tandis que la médiation n'est pas encore implantée dans l'esprit des citoyens.

Mais il faudra plus de la part du juge qu'une recommandation plus ou moins explicite. L'expérience a révélé que ce genre d'initiative du juge ne réussit vraiment que dans la mesure où le juge et les parties disposent de la possibilité de concrètement démarrer ou de faire démarrer dans la médiation, sans pour cela devoir fournir des efforts particuliers. Idéalement une première conférence devrait pouvoir se tenir dans des locaux voisins du tribunal le jour même où la décision de tenter la médiation a été prise. Cela suppose une organisation importante et coûteuse.

De toute façon, même quand il n'existe pas de cadre matériel de ce genre, le juge doit avoir connaissance d'une liste de médiateurs possibles répondant aux besoins tels qu'ils lui apparaissent. Les parties litigantes ne disposeront fréquemment pas de cette information. Le juge doit également avoir une bonne connaissance de la pratique de la médiation. Il reste en effet saisi du litige et fixe le cadre temporel du déroulement de la médiation et il importe qu'il prenne la mesure la plus favorable à cet égard.

10. Une contrainte qui par contre fonctionne bien et ce sans que le juge ne doive intervenir a priori est celle qui résulte du fait que les parties peuvent avoir convenu entre elles, dans des conditions générales ou spéciales d'un contrat, qu'en cas de litige elles tenteront d'abord une médiation. Si malgré le contrat cet effort n'est pas fait et que l'une des parties assigne en justice directement, le juge pourra effectivement sanctionner ce comportement (p.e. en condamnant même la partie gagnante aux dépens du procès ou encore en reconnaissant l'effet d'une exception dilatoire fondée sur cette clause). Le droit belge prévoit explicitement que le juge ou l'arbitre saisi d'un différend faisant l'objet d'une clause de médiation suspend l'examen de la cause à la demande d'une partie, à moins qu'en ce qui concerne ce différend la clause ne soit pas valable ou ait pris fin. L'exception dilatoire doit être proposée avant tout moyen de défense et exception.

La partie contrainte par le contrat de passer par la médiation et qui la ferait avorter rapidement, commettrait un abus de droit qui pourra être sanctionné par des dommages intérêts pour la perte d'une chance, mais ceci est vraiment assez théorique, à supposer même que la perte d'une chance puisse être indemnisée en droit des obligations.

c. L'initiative ou le parrainage du juge

11. Le juge peut donner le coup d'envoi de la médiation. A titre exemplatif, l'article 1734 du Code judiciaire belge précise que sauf devant la Cour de cassation et le tribunal d'arrondissement, quel que soit l'état d'avancement de la procédure, et même en référé, le juge déjà saisi d'un litige peut, mais seulement à la demande conjointe des parties ou de sa propre initiative mais avec l'accord des parties, ordonner une médiation, tant que la cause n'a pas été prise

~~d'un bon sens élémentaire. Au Royaume Uni, en particulier, les juges se sont efforcés de promouvoir cette voie avec vigueur.~~

b. Les médiations imposées : la loi ou le contrat

9. Au-delà du poids moral que peut avoir le pouvoir judiciaire (ou selon le cas : l'autorité judiciaire, dans les pays où la magistrature n'est plus un des pouvoirs), des facteurs objectifs peuvent avoir un impact considérable sur le développement de la médiation.

La médiation peut faire partie d'un passage obligatoire, en ce sens que les parties peuvent être amenées en vertu d'un texte légal à devoir, avant qu'elles ne fassent une citation devant le tribunal, de tenter une médiation. Ce n'est que dans la mesure où elles font la preuve de l'échec de la médiation ou du refus opposé à la médiation par la partie adverse que la citation serait autorisée.

Une telle pratique heurte partiellement le concept de médiation qui est une démarche de type volontariste. Mais elle a pour effet de faire accroître spectaculairement le nombre de médiations (réussies). Le médiateur doit évidemment avoir le talent de rapidement dissiper l'impression de contrainte imposée par le fait de la loi. Une telle obligation légale reste malgré tout atypique, mais elle est permise par la directive européenne (article 5.1).

Les tentatives légales et anciennes d'imposer non pas la médiation mais une tentative de conciliation dans tous litiges ou dans certains d'entre eux sont souvent à la longue des échecs. En droit belge, la tentative de conciliation est obligatoire dans un certain nombre de litiges à connotation humaine (comme les baux). C'est un échec cuisant depuis des années : ce qui est imposé ne fonctionne pas, et la conciliation devient une simple formalité qui a pour seul effet d'alourdir les frais d'avocat.

conflits⁴ et reconnaissent volontiers que la médiation n'est pas une forme civilisée l'affrontement procédural. Mais la médiation se situe nécessairement dans le cadre de tensions humaines ou psychologiques et n'est pas un exercice totalement détaché de l'utilité à court terme de voir se régler les litiges. Et créer un cadre favorable pour la solution des litiges est une des tâches des pouvoirs publics.

C'est la raison pour laquelle même les tenants les plus stricts de la médiation orthodoxe admettent que au moins dans l'urgence le déroulement de la médiation puisse devenir plus directif.

C. L'apport du juge judiciaire

§1. La mise en mouvement de la médiation

a. Le poids moral du juge

8.. Le juge joue un rôle significatif dans l'évolution de la médiation et dans sa diffusion. Le pouvoir judiciaire doit se faire le porte parole de l'idée que la procédure judiciaire n'est pas le système nécessairement le plus approprié pour trouver une solution au conflit. Dans beaucoup de pays les magistrats se sont engagés dans des groupes favorisant la médiation, qu'elle soit purement volontaire (càd se déroulant en dehors de toute initiative du juge) ou judiciaire (càd se déroulant avec un accompagnement du juge que nous qualifierons plus loin). Ce message venant de ceux qui dirigent la procédure judiciaire est singulièrement crédible.

Cet appel lancé par les magistrats a été le plus pressant dans les pays où les procédures judiciaires étaient d'un coût prohibitif (surtout les tarifs d'avocat) et donc où le recours à des solutions alternatives de résolution des litiges relevait

⁴ Jean Cruyplants, Michel Gonda et Marc Wagemans, Droit et pratique de la médiation, p.35 (Bruylant 2008).

Il peut convertir la conférence de règlement à l'amiable en conférence préparatoire, si les parties y consentent.

2002, c. 7, a. 19.

6. Le droit des Pays-Bas s'apparente à cette solution : plus que la médiation au sens rigoureux indiqué ci-dessus et qui n'a qu'un succès relativement limité, ce sont les conciliations judiciaires qui donnent des résultats assez spectaculaires. Néanmoins les Pays-Bas connaissent également le système de médiation classique telle qu'elle est définie en début de ce texte.

Le système mixte qui connaît à la fois la médiation dans sa forme pure et la conciliation qui emprunte parfois des éléments à la médiation a tendance à se développer en Europe continentale.

C'est notamment le cas de la Belgique qui a repris la médiation dans son Code judiciaire dans ses articles 1724 à 1736. La médiation est applicable en toutes matières et on y trouve les garanties procédurales de toutes les législations modernes. Le code judiciaire n'a pas pour autant éliminé la conciliation classique (mais en a conservé une forme dénuée).

7. Le choix du modèle est influencé par des considérations judiciaires, institutionnelles ou sociologiques. Ceux qui conçoivent les modèles prennent souvent plus à cœur le bonheur du citoyen comme eux le perçoivent plutôt que le bonheur que réclame le citoyen.

Un point est quand même général lorsque le législateur envisage la promotion de solutions alternatives des litiges, c'est une forme de pragmatisme qui souhaite que les litiges puissent se régler rapidement. Les politiques ne contestent pas que l'objectif de la médiation ne se laisse pas contenir dans le carcan d'une définition qui ne tiendrait compte que de la recherche et de la mise en place d'une solution aux

Médiation

Elle a lieu à huis clos, sans frais, ni formalités.

2002, c. 7, a. 19.

151.17. La conférence est tenue en présence des parties et, si ces dernières le souhaitent, de leurs procureurs. Le juge qui la préside peut rencontrer les parties séparément, si elles y consentent. Peuvent aussi y participer les personnes dont la présence est considérée, par le juge et les parties, utile au règlement du litige.

2002, c. 7, a. 19.

151.18. Le juge définit, de concert avec les parties, les règles applicables à la conférence et les mesures propres à en faciliter le déroulement et il établit avec elles le calendrier des rencontres.

2002, c. 7, a. 19.

151.19. La conférence ne suspend pas le déroulement de l'instance, mais le juge qui la préside peut, s'il le juge nécessaire, modifier le calendrier des échéances.

2002, c. 7, a. 19.

151.20. Les parties sont tenues de s'assurer que les personnes autorisées à conclure une entente sont présentes à la conférence ou qu'elles peuvent être consultées en temps utile pour donner leur accord.

2002, c. 7, a. 19.

151.21. Tout ce qui est dit ou écrit au cours de la conférence est confidentiel.

2002, c. 7, a. 19.

151.22. Si un règlement intervient, le juge, sur demande, homologue la transaction.

2002, c. 7, a. 19.

151.23. Si aucun règlement n'intervient, le juge ne peut par la suite entendre aucune demande relative au litige.

5. Dans un contexte fort différent –celui d'un régime judiciaire de type anglo-américain- le droit quebécois a fait preuve d'un grand pragmatisme et a organisé des procédures qui en fait sont de la conciliation mais qui utilise des touches et techniques venant de la médiation. Comme l'indiquent les textes qui suivent, la conciliation canadienne est orientée vers le résultat mais librement consenti par les parties. Le tiers –le juge- reste investi de sa parcelle d'autorité permettant de faciliter la négociation. Le juge « médiateur » reste juge ; son rôle n'a rien d'ambigu.

Citons quelques extraits :

Loi canadienne (Quebec)

SECTION IV

DE LA CONFÉRENCE DE RÈGLEMENT À L'AMIALE

151.14. Un juge peut présider une conférence de règlement à l'amiable. Il bénéficie alors de l'immunité judiciaire.

2002, c. 7, a. 19.

151.15. À toute étape de l'instance, le juge en chef peut, à la demande des parties, désigner un juge pour présider une conférence de règlement à l'amiable. Dans leur demande, elles lui exposent sommairement les questions en litige.

Le juge en chef peut également, de sa propre initiative, recommander aux parties la tenue d'une telle conférence. Si elles y consentent, il désigne alors un juge pour la présider.

2002, c. 7, a. 19.

151.16. La conférence a pour but d'aider les parties à communiquer, à négocier, à identifier leurs intérêts, à évaluer leurs positions et à explorer des solutions mutuellement satisfaisantes.

2. Aucune disposition du paragraphe 1 n'empêche les États membres d'appliquer des mesures plus strictes en vue de préserver la confidentialité de la médiation.

Article 8

Effets de la médiation sur les délais de prescription

1. Les États membres veillent à ce que les parties qui choisissent la médiation pour tenter de résoudre un litige ne soient pas empêchées par la suite d'entamer une procédure judiciaire ou une procédure d'arbitrage concernant ce litige du fait de l'expiration des délais de prescription pendant le processus de médiation.

2. Le paragraphe 1 s'entend sans préjudice des dispositions sur les délais de prescription figurant dans les accords internationaux auxquels les États membres sont parties.

Article 9

Information du public

Les États membres encouragent, par tout moyen qu'ils jugent approprié, la mise à la disposition du public, notamment sur internet, d'informations sur la manière de contacter les médiateurs et les organismes fournissant des services de médiation.

Article 10

Informations sur les autorités et les juridictions compétentes.

La Commission met à la disposition du public, par tout moyen approprié, les informations sur les autorités ou les juridictions compétentes qui sont communiquées par les États membres conformément à l'article 6, paragraphe 3.

Article 11

Révision

Au plus tard le ..., la Commission présente au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen un rapport relatif à l'application de la présente directive. Ce rapport examine l'évolution de la médiation dans l'ensemble de l'Union européenne et l'incidence de la présente directive dans les États membres. Il est accompagné, si nécessaire, de propositions visant à adapter la présente directive.

2. La présente directive s'applique sans préjudice de toute législation nationale rendant le recours à la médiation obligatoire ou le soumettant à des incitations ou des sanctions, que ce soit avant ou après le début de la procédure judiciaire, pour autant qu'une telle législation n'empêche pas les parties d'exercer leur droit d'accès au système judiciaire.

Article 6

Caractère exécutoire des accords issus de la médiation

1. Les États membres veillent à ce que les parties, ou l'une d'entre elles avec le consentement exprès des autres, puissent demander que le contenu d'un accord écrit issu d'une médiation soit rendu exécutoire. Le contenu d'un tel accord est rendu exécutoire, sauf si, en l'espèce, soit ce contenu est contraire au droit de l'État membre dans lequel la demande est formulée, soit le droit de cet État membre ne prévoit pas la possibilité de le rendre exécutoire.

2. Le contenu de l'accord peut être rendu exécutoire par une juridiction ou une autre autorité compétente au moyen d'un jugement ou d'une décision ou dans un acte authentique, conformément au droit de l'État membre dans lequel la demande est formulée.

3. Les États membres communiquent à la Commission le nom des juridictions ou autres autorités compétentes pour recevoir une demande conformément aux paragraphes 1 et 2.

4. Aucune disposition du présent article n'affecte les règles applicables à la reconnaissance et à l'exécution dans un autre État membre d'un accord qui a été rendu exécutoire conformément au paragraphe 1.

Article 7

Confidentialité de la médiation

1. Étant donné que la médiation doit être menée de manière à préserver la confidentialité, les États membres veillent à ce que, sauf accord contraire des parties, ni le médiateur ni les personnes participant à l'administration du processus de médiation ne soient tenus de produire, dans une procédure judiciaire civile ou commerciale ou lors d'un arbitrage, des preuves concernant les informations résultant d'un processus de médiation ou en relation avec celui-ci, excepté :

a) lorsque cela est nécessaire pour des raisons impérieuses d'ordre public dans l'État membre concerné, notamment pour assurer la protection des intérêts primordiaux des enfants ou empêcher toute atteinte à l'intégrité physique ou psychologique d'une personne, ou

b) lorsque la divulgation du contenu de l'accord issu de la médiation est nécessaire pour mettre en œuvre ou pour exécuter ledit accord.

Médiation

l'organiser comme elles l'entendent et y mettre un terme à tout moment. Néanmoins, en vertu du droit national, les juridictions devraient avoir la possibilité de limiter le processus de médiation dans le temps. En outre, les juridictions devraient pouvoir attirer l'attention des parties sur la possibilité d'une médiation chaque fois qu'elle est appropriée.

La difficulté d'harmoniser le droit de 27 Etats aux vues très différenciées sur la médiation y est évidemment pour quelque chose dans ces prudentes généralités conceptuelles.

Médiation

3. Plusieurs formes de négociation entre parties ont fait appel à des techniques de la médiation ou à des éléments. En soi, rien ne s'y oppose mais la formule en s'écartant de la médiation perd également aussi une partie de l'effet profond que peut engendrer une médiation.

C'est clair en matière de médiation pénale, laquelle est pourtant une remarquable initiative. Mais dans les pays notamment où la médiation pénale est gérée par le parquet, le magistrat du parquet investi de l'autorité ne sera pas vraiment considéré comme neutre.

B. Quelques typologies de règlementation

4. En Europe, du moins en matière civile et commerciale, une directive récente du 24 mai 2008 de la Commission européenne a permis de préciser les idées quant à ce qu'est la médiation.

Selon le préambule :

La médiation peut apporter une solution extrajudiciaire économique et rapide aux litiges en matière civile et commerciale au moyen de processus adaptés aux besoins des parties. Les accords issus de la médiation sont susceptibles d'être respectés volontairement et de préserver une relation amiable et durable entre les parties. Ces avantages sont plus marqués encore dans des situations comportant des éléments transfrontaliers.

On voit ainsi que selon la Commission la médiation est à proprement parler une technique pour arriver à une solution rapide des litiges. Toujours dans le préambule la Commission tente de définir de façon plus précise la médiation, sans toutefois vraiment y parvenir :

La médiation prévue par la présente directive devrait être un processus volontaire en ce sens que les parties elles-mêmes sont responsables du processus et peuvent

internationale qui impose que des solutions contractées soient trouvées et trouvées rapidement³. Le système de coparentalité a évidemment pour effet induit que les conflits sont encore plus aisément générés que sous le système de la responsabilité unique avec droit limité aux relations personnelles pour l'autre parent.

Ceci n'empêche que la médiation, si elle veut être une vraie réussite, se dégagera dans la mesure du raisonnable, de la logique d'un litige entre parties et tentera de trouver avec l'assistance du médiateur impartial, neutre et indépendant, un nouvel éclairage de la relation entre les protagonistes.

Le médiateur doit donc faire preuve d'un sens de la distanciation. L'écoute des parties fait partie de son devoir premier parce que cette écoute conditionnera la qualité de l'analyse que doit faire le médiateur à la fois des parties et de leurs motivations et des situations objectives dans lesquelles ces parties se trouvent. Le fait d'éprouver de la sympathie pour les parties et a fortiori pour l'une d'entre elles ne favorise pas cette analyse. Le médiateur compétent aura aussi un certain degré d'humour : l'humour est le symptôme de la distanciation à l'égard de soi et cette distanciation est aussi nécessaire pour ne pas brouiller l'analyse.

Cette impartialité et neutralité seront fort desservies par le fait que le médiateur dispose d'un pouvoir institutionnel. Nous reviendrons là-dessus quand nous parlerons du juge médiateur.

3. Danièle Ganancia, *La médiation familiale internationale*, Ed.Erès, 2007, p.155.

Médiation

personne, Dunod 1966) implique que le médiateur laissera un vide que les parties seront appelées à combler. Les théoriciens de la médiation voient dans la neutralité même le principe premier de la médiation. Comme l'exprime Stimec « Le médiateur ne doit pas être confondu avec le conciliateur qui a un rôle beaucoup plus actif sur le fond : conseils, avertissements, appels au bon sens. Le médiateur reprend donc à son compte le rôle d'un animateur de réunion : définition de l'ordre du jour, prise de note sur un tableau, régulation de la parole... Mais le médiateur va au-delà en étant un véritable catalyseur de changement. En conservant tout au long non seulement son impartialité initiale mais aussi la plus grande neutralité possible, il incarne l'altérité qui permet de voir la situation de différentes manières. Outre cette posture symbolique, il pourra agir activement par la reformulation reflet, le recadrage, le questionnement, l'accompagnement créatif(...) »²

La pratique contredit partiellement cette vision peut-être trop rigoureuse : le médiateur tentera même inconsciemment de pousser les parties vers une solution juste que le médiateur estimera sans doute dans le fonds de lui-même comme la seule solution durable. Et la médiation sera dans l'esprit des médians ou médiés, selon les expressions de madame Guillaume Hoffnung, en un premier temps une tentative de solution d'un litige qui les oppose. Les parties auront une vue utilitaire immédiate de la médiation qui influencera inévitablement le médiateur. L'urgence du problème donne une coloration particulière à la médiation. D.Ganancia a, à cet égard, fort bien décrit l'importance du facteur temps dans la médiation familiale

². A.Stimec, La négociation, Dunod 2005, p.107.

Médiation

L'importance cruciale du tiers est soulignée dans cette définition : la médiation est ternaire dans sa conception , le tiers est toujours indispensable alors qu'il ne l'est pas dans la négociation. En fait la médiation qui tente de rétablir le dialogue et la communication le fait paradoxalement en évitant l'affrontement direct ou le face à face qui a prouvé ses limites.

Ce tiers doit être totalement **indépendant** et être perçu comme tel. Son indépendance doit être réelle et perceptible. Il ne peut bien sûr pas être soumis à une hiérarchie formelle dans l'exercice de ses fonctions, mais cette indépendance organique ou fonctionnelle ne suffit pas. Il faut en outre que son travail ne soit pas perçu comme une phase d'un processus stéréotypé relevant d'une réglementation imposée., il ne faut pas non plus qu'il soit perçu comme devant produire un résultat programmé après une procédure stéréotypée et imposée. Les médiateurs suivent bien souvent des recettes soigneusement éprouvées et qui se retrouvent dans tous les manuels du bon médiateur : ce n'est évidemment pas de cela qu'il s'agit.

Il doit être **impartial** ce qui signifie qu'il ne peut en aucune façon prendre partie pour une des parties ni même en donner l'apparence. Il est par exemple assez malencontreux que certains pouvoirs publics créent des services d'« aide aux victimes et de médiation », insinuant par le fait même que le médiateur aura pour tâche de rétablir les droits de la victime. C'est aussi une forme de partialité.

Il doit en principe être **neutre**, c'est-à-dire qu'il ne peut infléchir l'évolution de la communication vers un résultat ancillaire (p.e. une solution équitable ou qui paraît juste ou bénéfique). La non-directivité, inspirée des théories de Rogers (voir p.e. C.R. Rogers, Le développement de la

A. Introduction :

La médiation civile: la médiation et les modes de règlement non juridictionnels des litiges (définition)

1. Plusieurs malentendus peuvent subsister quant à la définition de la médiation. Celle-ci se distingue habituellement des techniques classiques de règlement non juridictionnelles que sont la conciliation, la transaction, l'arbitrage sous toutes ses formes, le minitrial.

C'est principalement la conciliation qui se rapproche le plus de la médiation. La conciliation a d'ailleurs de grands mérites et est pratiquée en Europe et ailleurs à grande échelle. La France connaît des «conciliateurs de justice», dans beaucoup de pays une conciliation obligatoire existe dans certains types de litige (notamment en droit du travail, pour les baux) ou encore facultative (conciliateur d'entreprises). Au Québec les juges pratiquent en fait la conciliation qu'ils qualifient parfois de médiation (voir ci-après).

2. La médiation se définit, selon les termes du professeur Guillaume-Hofnung, «comme un processus de communication éthique reposant sur la responsabilité et l'autonomie des participants, dans lequel un tiers-impartial, indépendant, neutre, sans pouvoir décisionnel ou consultatif, avec la seule autorité que lui reconnaissent les médieurs favorise par des entretiens confidentiels l'établissement, le rétablissement du lien social, la prévention ou le règlement de la situation en cause »¹.

Plusieurs éléments sont contenus dans cette définition à l'égard de laquelle je tenterai d'apporter une nuance.

¹ M. Guillaume-Hofnung, La médiation, PUF 2007, p.71.

LE JUGE ET LA MÉDIATION

Par I. Verougstraete

Président de la Cour de cassation de Belgique

Contents

A. Introduction :

La médiation civile : la médiation et les modes de règlement non juridictionnels des litiges

(définition)

B. Quelques typologies de règlementation

C. L'apport du juge judiciaire

§1. La mise en mouvement de la médiation

§2. Le juge comme médiateur

§3. Rôle du juge judiciaire au cours d'une médiation menée par un tiers (ordonnances de référé, experts)

§4. Le juge à la fin de la médiation : les problèmes de confidentialité et d'ordre public ; exécuter les

§5 Quelques cas particuliers

Médiation

partie qui consacre leur entente. Cette situation, malgré des similitudes apparentes, ne doit pas être confondue avec la conciliation qui représente une phase **précontentieuse** et s'achève, comme nous l'indiquions déjà, par un procès verbal et non par une sentence arbitrale qui est un acte juridictionnel.

BIBLIOGRAPHIE :

Akroune (Y) : le règlement d'arbitrage du sport : revue algérienne des sciences juridiques et administratives 2001, n°4 p.19.

Alaphilippe (F) Le préliminaire de conciliation : relance d'une justice sportive ou renaissance d'une utopie, droit du sport n° 92-652 13-7-1992 Dalloz 1994 p.27 .

Buy (F) la justice sportive : cahier du droit du sport 2005 n°2 p.13.

Lacabarats (A) : le juge, arbitre du conflit sportif D. 2001, Hors série
Rigozzi : l'arbitrage international en matière de sport, Bruylant LGDJ 2005.

Revue juridique et économie du sport : la justice sportive, numéro spéciale 1994 n°31.

Simon (G.) : l'arbitrage des conflits sportifs : R.A 1995 p.195.

- les litiges de nature contractuelle :

Comme évoqué plus haut, cette compétence est très large et peut s'étendre aux contrats de sponsoring, contrats de transmission télévisuelle, de transfert de joueurs, de recrutement de joueurs ou d'entraîneurs.

La première décision du tribunal a été rendue par cette chambre, dans l'affaire très médiatisée, Madjer /FAF, qui a opposé un entraîneur de l'équipe nationale de football à la fédération algérienne de football et qui a fait l'objet d'un appel auprès du TAS de Lausanne.

2-2-2-la conciliation, deuxième domaine de compétence du tribunal.

Désireux de contribuer au développement et à la préservation de l'éthique et de l'esprit sportifs mais, également, soucieux de désamorcer les conflits qui opposent les intervenants sur la scène sportive, le tribunal marque sa préférence et privilégie le recours à la procédure de la conciliation; c'est, ainsi, qu'il propose, toujours, aux protagonistes, avant même de transmettre le dossier à la chambre compétente, de régler, à l'amiable, leurs divergences; il les invite, en assurant le rôle de facilitateur de la communication, à ne pas camper sur des positions stériles, à s'écouter et dialoguer en toute sérénité. C'est souvent suivi de succès.

Les audiences de conciliation se déroulent, généralement, en formation plénière sous la direction du président du tribunal. Un procès verbal de conciliation ou de non conciliation, signé par les parties et les membres du tribunal, clôture la procédure.

Il peut arriver, qu'après l'ouverture de la procédure contentieuse, les parties décident de mettre fin à leur désaccord; le tribunal rédige, alors, une **sentence** accord

Arbitrage

organismes sportifs. Elle en connaît en appel, après épuisement des procédures internes prévues par ces instances sportives et leurs règlements généraux. Mais la qualification de cette procédure est inappropriée car il ne s'agit pas d'un véritable appel, au sens du droit judiciaire, qui en fait un deuxième degré de juridiction.

Cette chambre est, également, composée d'un Président et d'un assesseur.

L'essentiel de la jurisprudence du tribunal est rattaché à cette chambre.

2-2-Compétences du tribunal arbitral :

Le tribunal assume plusieurs missions :

- Une mission juridictionnelle qui représente sa fonction principale.

- Une mission de conciliation : Il propose, toujours, préalablement à l'entame de la procédure contentieuse, la conciliation aux parties. Le tribunal a mis fin à plusieurs conflits selon cette procédure.

- Une mission de préservation de l'éthique sportive ; il élabore à cet effet, un code de l'éthique sportive.

- Une mission consultative en donnant un avis sur toute question juridique relative au sport.

2-2-1-nature des litiges ressortissant de la compétence juridictionnelle du tribunal d'arbitrage du sport :

Le tribunal connaît de deux catégories de litiges :

- Les litiges de **nature disciplinaire** y compris ceux relatifs au dopage.

Il statue, en appel, sur les recours contre les décisions des organes disciplinaires des instances et organismes encadrant la pratique sportive.

Certains y ont vu une remise en cause du droit à un juge garanti par la constitution, ignorant que l'arbitre est un juge assumant une mission juridictionnelle.

Par contre, les tribunaux étatiques jouent le jeu et se déclarent incompétents lorsqu'ils sont saisis par des sportifs et renvoient les requérants devant le tribunal arbitral.

II- Organisation et compétence du tribunal d'arbitrage du sport :

Ces deux questions ont été traitées par les statuts du tribunal et le règlement d'arbitrage.

2-1- L'organisation du tribunal :

2-1-1-Composition :

Le tribunal d'arbitrage du sport est composé de sept membres : un Président, un vice Président, un secrétaire général, un Président de la chambre ordinaire, un président de la chambre d'appel et deux assesseurs. Il dispose d'un greffe qui tient le rôle du tribunal.

Leur mandat est de quatre ans renouvelable.

2-1-2-Organisation :

Le tribunal d'arbitrage du sport est organisé en deux chambres :

- Une chambre ordinaire qui connaît des litiges contractuels et commerciaux quelque en soit la nature sous réserve, toutefois, qu'ils aient un lien avec le sport. Ils portent, essentiellement, sur l'exécution des contrats d'engagement, de transfert ou de prêt de joueurs, de transmission de compétitions, de contrats de sponsoring etc.

- Elle est composée d'un président et d'un assesseur.

Elle a, à son actif, plusieurs sentences arbitrales.

- Une chambre d'appel dont la compétence concerne les décisions des fédérations, des ligues, des clubs ou autres

Arbitrage

Sur la base de la liste tenue par le tribunal, les parties font leur choix d'arbitre conformément aux stipulations du règlement d'arbitrage.

Ce n'est qu'en cas de difficultés dans la désignation que le président de la chambre dont relève le litige, intervient pour se substituer aux parties.

Nous sommes en présence d'une procédure tout à fait classique qui n'appelle, à ce propos, aucun commentaire.

1-2-La compétence exceptionnelle et transitoire du tribunal d'arbitrage du sport :

L'instrument de base de la constitution des formations arbitrales, nous l'avons déjà évoqué, est représenté par la liste des arbitres. En attendant sa finalisation, le tribunal s'est vu confié par l'article 31 du règlement d'arbitrage une compétence exceptionnelle et transitoire pour trancher les litiges aux lieu et place des formations arbitrales.

Le tribunal statue, dans ce cadre, en formation plénière ou en formation restreinte, selon la nature du litige.

C'est dans ce cadre que le tribunal a fonctionné depuis sa création ; l'essentiel de ses décisions a été prononcé en formation restreinte ; le tribunal a rendu près d'une centaine de décisions.

2- Un arbitrage obligatoire :

La loi 04 10 du 14 août 2004¹⁵, relative à l'éducation physique et aux sports, a donné un caractère exclusif à la compétence de ce tribunal en imposant aux fédérations sportives d'introduire, dans leur statut, une clause compromissoire attributive de juridiction exclusive au bénéfice de celui-ci.

¹⁵ JORADP n°52du 10 août 2004 p.4.

مجلة المحكمة العليا - عدد خاص - الطرق البديلة لحل النزاعات : الصلح والوساطة والتحكيم - 15 و 16 جوان 2008

Arbitrage

le réservoir dans lequel les parties vont puiser les arbitres qui composeront les formations arbitrales.

La liste est en voie d'établissement.

Les membres du Tribunal ne peuvent pas figurer sur la liste des arbitres.

Les formations arbitrales sont à composition unitaire ou collégiale, selon la convention des parties et la complexité du litige¹³.

A défaut de manifestation, par les parties, de leur volonté, le Président de la chambre concernée par le litige déferé devant le tribunal, les supplée en procédant aux désignations. Mais le principe de l'autonomie de la volonté qui délègue aux litigants le pouvoir de choisir les arbitres demeure la règle.

Toutefois, le règlement d'arbitrage impose au tribunal, par le biais des Présidents de chambre, l'obligation de confirmer les arbitres désignés par les parties afin de s'assurer que ces derniers remplissent les conditions de qualification, d'indépendance et disponibilité requises¹⁴.

Cette procédure de confirmation des arbitres n'est pas spécifique au code d'arbitrage du sport de l'Algérie puisqu'on la retrouve dans le règlement d'autres institutions, à l'exemple de celui de la CCI.

1-1-2-le processus de désignation des arbitres composant la formation arbitrale.

Ce processus est dominé, comme nous l'indiquions plus haut, par le principe de l'autonomie de la volonté des parties au litige, même si nous sommes en présence d'un arbitrage institutionnel.

¹³ Article 8-1-3 du règlement d'arbitrage.

¹⁴ Articles 9 et 10 du règlement d'arbitrage.

مجلة المحكمة العليا - عدد خاص - الطرق البديلة لحل النزاعات: الصلح والوساطة والتحكيم - 15 و 16 جوان 2008

Cette disposition soulève deux questions :

- Qui tranche, donc, les litiges, à défaut du tribunal lui-même?

- Quels sont les cas exceptionnels prévus par le règlement qui attribuent compétence au tribunal lui-même ?

1-1- les formations arbitrales, instances de jugement des litiges déferés devant le tribunal.

En posant le principe de l'incompétence du tribunal pour juger les litiges, objet de sa saisine, les statuts précisent, immédiatement, que se sont les formations arbitrales, à la mise en place desquelles celui-ci procède, qui assurent cette mission¹⁰.

1-1-1-la mise en place des formations arbitrales :

Celles-ci sont composées d'arbitres désignés sur la liste que le tribunal est chargé de mettre en place¹¹.

Le choix des arbitres devant figurer sur cette liste est soumis à des conditions rigoureuses de compétence et de moralité.

Ils doivent jouir de compétences notoires dans le domaine du droit en général et du droit du sport en particulier et manifester un intérêt « soutenu et permanent pour le sport »¹².

Le tribunal a fait un appel public à candidature, par voie de presse, pour recueillir des dossiers et former ainsi un répertoire des compétences dans le domaine, qui constitueront

¹⁰ L'article 2§3 des statuts dispose : « Il procède à la mise en place des formations arbitrales chargées de trancher les litiges, conformément au règlement d'arbitrage ».

¹¹ L'article 2§6 des statuts dispose : « Il désigne les personnalités devant constituer la liste des arbitres ».

¹² L'article 2§6 des statuts dispose : Ces derniers sont choisis pour leurs compétences en matière de droit, leur intérêt soutenu et permanent pour le sport et leurs connaissances des mécanismes et procédures des mouvements sportifs national et international ».

Arbitrage

✓ D'un règlement d'arbitrage, adopté en janvier 2002, qui définit la procédure de l'introduction de la demande, du déroulement et de la clôture de l'instance arbitrale.

Il a, lui aussi, fait l'objet d'une modification, en 2007, après avoir subi l'épreuve du terrain qui a révélé la nécessité de son adaptation.

Mon propos sera consacré essentiellement à la présentation du tribunal et accessoirement à la lecture de ce règlement⁹ ainsi qu'à la jurisprudence du tribunal, jurisprudence dont je ne divulguerais pas, cependant, le contenu, étant donné le caractère confidentiel des sentences arbitrales.

I- Nature de l'arbitrage du Tribunal Algérien de Règlement des Différends Sportifs :

L'arbitrage institué par le COA, en 1999, est un arbitrage institutionnel (1) et obligatoire (2)

1- Un arbitrage institutionnel :

L'arbitrage institutionnel, à l'opposé de l'arbitrage ad hoc, totalement organisé par les litigants, se déroule sous les auspices d'une institution permanente qui administre le procès mais sans ingérence dans l'instance arbitrale, proprement dite. Car il s'agit d'une simple administration qui apporte son appui, sa logistique aux formations arbitrales ; elle ne constitue pas l'instance juridictionnelle chargée de trancher les litiges sportifs.

Ainsi dispose, en effet, l'article 2§2 des ses statuts au terme duquel le tribunal des sports «ne tranche pas directement les litiges sauf dans les cas exceptionnels prévus par le règlement d'arbitrage».

⁹ Pour une étude détaillée de ce règlement voir notre commentaire dans la revue algérienne des sciences juridiques et administratives 2001, n°4 p.19.

Arbitrage

tant que juridiction exclusive. Il fêtera, l'année prochaine, ses 10 ans.

La France, pays auquel nous empruntons, souvent, la dynamique juridique et institutionnelle, est, à ce propos, en retard puisque ce n'est que depuis le 18 avril 2007 que le Conseil d'Administration du Comité National Olympique et Sportif Français (le CNOSF) a créé la chambre d'arbitrage du sport (la CAS) et a adopté son règlement procédural.

Mais cette création récente ne doit pas être perçue comme la levée d'une quelconque prohibition du recours à l'arbitrage pour trancher les litiges sportifs ;

En effet, si le sport relève essentiellement de la justice publique, celle des fédérations⁷ d'abord et celle des tribunaux étatiques ensuite, le recours à l'arbitrage ne fait l'objet d'aucune prohibition expresse. Il y demeure ouvert à l'instar de toutes les disciplines régies par le droit privé.

Le tribunal algérien dont la dénomination a été changée, deux fois,⁸ s'est doté des instruments nécessaires à son fonctionnement : Il dispose, ainsi,

✓ De statuts qui en fixent la composition, les missions et le fonctionnement.

⁷ Les fédérations sportives organisent, en leur sein, des mécanismes de règlement des litiges plus ou moins sophistiqués, qui veillent, au respect de la réglementation qu'elles édictent.

⁸ Sa première dénomination TASA (Tribunal arbitral du sport algérien) a dû être abandonnée sur demande du TAS de Lausanne qui en revendique l'antériorité. Il est désigné actuellement, conformément à la décision n°572 COA/Pdt/07 du 14 juin 2007, modificative de la décision de création (décision n°752/COA/Pdt/99) par «Tribunal Algérien de Règlement des Différends Sportifs».

Arbitrage

Le monde du sport, lui aussi, c'est l'objet de mon intervention, n'a pas résisté au chant des sirènes de l'arbitrage puisque le Comité International Olympique (CIO), la plus haute instance du mouvement sportif international, a initié, dès les années 80, le projet de la création d'une juridiction sportive, spécifique aux litiges sportifs.

La communauté sportive avait, en effet, pris conscience que le développement du sport professionnel, accompagné d'un mouvement de capitaux impressionnant, allait imposer la nécessité d'une justice adaptée à ses spécificités, notamment au temps du sport et du sportif. La vie professionnelle d'un sportif est, en effet, assez courte.

C'est dans ce sillage, qu'en mars 1983, il a procédé à la ratification officielle des statuts du Tribunal Arbitral du Sport (TAS), lors de sa 86ème session, à New Delhi.

Depuis sa création, le tribunal connaît approximativement de 200 procédures par an; ce chiffre, relativement important, donne la mesure du succès de l'institution.

Il compte près de 300 arbitres provenant de 80 pays.

Il faut noter que l'Algérie ne figure pas dans la liste des arbitres, contrairement à l'Egypte (deux arbitres) et à la Tunisie (un arbitre).

Mais l'Algérie fait partie du peloton de tête des pays⁶, qui ont institué un tribunal arbitral totalement dédié aux litiges sportifs. Elle est la première en Afrique et dans le monde arabe.

En effet, le Comité Olympique Algérien a, par sa décision n°752/COA/Pdt/1999, du 12 juillet 1999, créé Le Tribunal de Règlement des Litiges Sportifs (le TRLS) en

⁶ On peut citer la Belgique, le Luxembourg et d'autres.

مجلة المحكمة العليا - عدد نصاب - الطرق البديلة لحل النزاعات : الصلح والوساطة والتحكيم - 15 و 16 جوان 2008

Même le droit public, hier îlot impénétrable jouissant d'une immunité arbitrale totale, s'ouvre, progressivement, à cette mouvance à travers l'arbitrage en matière administrative³ et celui des personnes morales de droit public auxquelles on veut élargir les horizons de la justice arbitrale⁴.

J'ai même entendu parlé de l'arbitrage en matière pénale!!! Rien que cela! Pourtant la matière pénale constituée de droits indisponibles, rétive à toute procédure alternative, ne saurait relever de la justice privée dans laquelle le parquet représentant la société et l'intérêt général n'a pas sa place.⁵

Ainsi, le nouveau code de procédure civile et administrative algérien qui entrera en vigueur l'année prochaine, en avril 2009, consacre le chapitre 2 de son titre 5 du livre IV relatif à la procédure devant les juridictions administratives, à l'arbitrage ; il faut préciser qu'il s'agit d'un arbitrage auquel sont parties l'Etat, la Wilaya la commune et les établissements publics à caractère administratif c'est-à-dire les personnes morales de droit public.

³ Voir sur cette question épineuse :

- Devolvé (J.L.) : une véritable révolution...inaboutie : remarques sur le projet de réforme de l'arbitrage en matière administrative; Revue de l'arbitrage 2007 n°3 p.373.
- Lemaire (S) : la libéralisation de l'arbitrage international en droit administratif : approche critique du projet de réforme du 13-3-2007 ; Revue de l'arbitrage 2007 n° 3 p. 407

⁴ Le recours de l'Etat à l'arbitrage était, il y a peu, impensable ; qu'on en juge par la force de l'indignation d'un auteur qui écrivait, au début du 20^e siècle : « Comment admettre que l'Etat puisse accepter les arbitres dans les affaires où il ne lui est même pas permis d'accepter des juges civils ? Plus encore que la justice judiciaire, la justice administrative est d'ordre public »

⁵ En effet, la raison d'être du droit pénal et de la procédure qui l'accompagne est de substituer à la vengeance privée, à la justice privée, l'action publique cadrée par le droit.

Arbitrage

~~ce sont les fameux ADR (alternative dispute resolution)~~
«inventés» par les pays anglo-saxons mais qui ont fini par imposer leur hégémonie à travers le monde.

Le thème de mon intervention s'inscrit dans ce contexte et se veut, à la fois une réflexion autour du phénomène de l'arbitrage et une présentation d'une de ses récentes conquêtes, l'arbitrage des litiges sportifs.

On observe, en effet, une certaine exaltation, voire une véritable euphorie de cette institution. Il n'est guère plus de secteur qui ne soit investi, envahi par la déferlante de l'arbitrage

J'oserai même dire qu'on assiste, aujourd'hui, pour reprendre un terme d'actualité, à un tsunami.

En Algérie, c'est une réalité tangible puisqu'on assiste, tous les jours, à son extension¹.

Le nouveau code de procédure civile et administrative lui a fait faire, on le verra plus loin, une nouvelle conquête, en introduisant l'arbitrage administratif.

D'ailleurs, à terme la question de l'arbitrabilité du litige, condition de validité de la convention d'arbitrage, qui connote l'idée qu'il y a des domaines qui échappe à l'arbitrage, risque de tomber en désuétude tant la rigueur des restrictions à l'éligibilité s'estompe progressivement, les exceptions tombant une à une, bon gré mal gré.

Ainsi la résistance des droits de la propriété intellectuelle², longtemps considérés indisponibles donc insusceptibles d'être soumis à l'arbitrage, a été vaincue et l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) a cédé et a mis en place, en 1994, un centre d'arbitrage et de médiation ;

¹. Pour une étude cette évolution, voir : AKROUNE (Y) : l'extension du champ d'intervention de l'arbitrage : la loi sur l'électricité et le gaz in la lettre juridique 2002 n°3 p.20.

². La commission de l'arbitrage international de la CCI : «Rapport final sur les litiges en matière de propriété intellectuelle et l'arbitrage» Bulletin CCI mai 1998.

L'arbitrage dans le domaine du sport : l'expérience algérienne

AKROUNE (Y)

Professeur - Faculté de droit - Ben Aknoun
Université Ben Youcef Ben Khedda - ALGER

L'arbitrage, justice alternative, justice privée, présenté comme remède ou complément à la justice publique est une question dont l'actualité est sans cesse renouvelée. Il nourrit des débats sans fin, alimente les controverses mais fait tranquillement et inexorablement des conquêtes, parfois inattendues. Il vient, ainsi, à la rescousse de la justice conventionnelle.

Car, comme chacun le sait, c'est désormais une chose entendue, les Etats sont malades de leurs institutions judiciaires.

La justice étatique connaît, en effet, partout, depuis quelques années, une offensive sans précédent.

De nombreuses imperfections lui sont reprochées.

Face à ce phénomène fortement préjudiciable à l'épanouissement des affaires, les opérateurs économiques n'ont pas attendu que les pouvoirs publics réagissent pour proposer une thérapie ; ils ont tout simplement adopté une démarche de contournement, d'évitement d'une justice qui a perdu leur confiance et qui ne répond pas à leurs exigences, en proposant une justice alternative et diversifiée :



Arbitrage

- Elle consacre une **solution inopportune au regard de l'équilibre nécessaire** entre les intérêts de l'arbitrage et ceux attachés au respect de l'ordre public (Seraglini). La reconnaissance de l'arbitrabilité de certaines questions d'ordre public doit logiquement s'accompagner d'un contrôle plus étendu de la sentence rendue au fond (Barbier de la Serre).

- l'exigence d'une violation flagrante, réelle et concrète n'exclut pas en elle-même la possibilité d'un contrôle approfondi de l'ordre public par un **examen approfondi de l'ensemble des faits pertinents** : l'arbitre a le droit de se tromper dès lors que son erreur ne met pas concrètement et de façon sérieuse à mal les objectifs poursuivis par la loi de police.

- un contrôle effectif ne serait pas gravement préjudiciable au développement de l'arbitrage et ne favoriserait pas le développement de moyens dilatoires (Seraglini).

La cour de cassation, a dû choisir entre les deux formes de contrôles.

Il est à signaler, bien que cela n'ait pas d'incidence sur la solution du litige (Civ. 1^{ère}, 29 juin 2007, Bull. I 250), que les deux sentences des 5 novembre 2002 et 28 juillet 2004 ont été annulées dans leur pays d'origine, par un jugement du tribunal de première instance de Bruxelles du 8 mars 2007 (Rev. arb. 2007 p. 303 note critique Mourre et Radicati di Brozolo) qui a opté clairement et délibérément pour le contrôle maximal.

Analyse de l'arrêt du 4 juin 2008 :

Par cet arrêt, la première chambre civile de la cour de cassation a adopté la solution d'un contrôle minimaliste de l'ordre public international c à d, celle d'un contrôle du caractère flagrant, effectif et concret de la violation.

(A lire l'arrêt du 4 juin 2008)

Arbitrage

la non application des lois de police - le résultat concret de la sentence est manifestement contraire aux valeurs fondamentales (Radicati di Brozolo).

En revanche, les **partisans du contrôle maximaliste** critiquent cette décision.

- la jurisprudence française passe à une **confiance aveugle et sans garde-fou en l'arbitre** (Seraglini). En refusant d'exercer son contrôle, la cour d'appel risque de donner effet à un contrat contraire à des dispositions d'ordre public concurrentiel (Barbier de la Serre). La mauvaise foi dans l'exercice des recours peut être combattue autrement que par une évaporation du contrôle.

- l'obstacle opposé au contrôle par la cour d'appel de Paris est l'interdiction de la révision au fond des sentences arbitrales (Seraglini) qui fait en réalité **échec à tout contrôle réel de l'ordre public**, alors que le contrôle de l'ordre public n'est pas de la même nature que la révision au fond (Delanoy) et ravale le juge de l'annulation au rang de "juge des évidences en matière d'ordre public" (Bolée). Le contrôle est cantonné à une **apparence de conformité** de la sentence à l'ordre public (Delanoy) alors qu'il convient d'effectuer un contrôle réel et efficace de la conformité des sentences à l'ordre public comme dans les arrêts Westman (Paris, 30 septembre 1993, Rev. arb 1994 p.359 note Bureau) et Thomson (Paris 10 septembre 1998 rev. arb 2001 p 583 note Racine).

- la conformité de cette jurisprudence à la jurisprudence Eco Swiss est douteuse :

l'absence de révision au fond devrait trouver sa limite dans le respect de l'ordre public communautaire selon le principe défini dans l'affaire du Plateau des pyramides (civ 1^{ère}, 6 janvier 1987, rev. arb. 1987, p.469 note Le boulanger).

Arbitrage

que de la question de l'application ou non des règles d'ordre public (commentateur du Dalloz).

- l'acceptation de l'arbitrabilité élargie en présence de lois de police se traduit inévitablement par la reconnaissance d'une équivalence de fond entre les fonctions des juridictions étatiques et de l'arbitrage (Radicati di Brozolo).

- le contrôle approfondi des sentences est en contradiction avec l'acceptation de l'arbitrabilité et est inconciliable avec l'interdiction de la révision au fond (Radicati di Brozolo),

- la solution n'est pas contraire au droit communautaire, la CJCE ayant, dans l'affaire Renault c/ Maxicar du 11 mai 2000, dit, en matière de reconnaissance de décisions étrangères, qu'afin de respecter la prohibition de la révision au fond de la décision étrangère, l'atteinte devrait constituer une violation manifeste d'une règle de droit considérée comme essentielle dans l'ordre juridique de l'Etat requis ou d'un droit considéré comme fondamental dans cet ordre juridique.

Ce qui n'est pas contradictoire avec l'arrêt Eco Swiss (CJCE 1^{er} juin 1999) dans la mesure où "dès lors qu'une éventuelle contrariété d'une sentence à l'ordre public communautaire n'empêche pas la Commission ainsi que les autorités et juridictions nationales d'intervenir d'office ou à la requête de tiers, il n'existe pas de raison d'imposer aux Etats de bouleverser les principes de leur droit de l'arbitrage pour assurer un contrôle de fond des sentences" (Mourre, Radicati di Brozolo),

- Compte tenu de la nature de l'ordre public, la non application d'office des lois de police ne saurait à elle seule entraîner l'annulation, l'annulation pour violation de l'ordre public ne pouvant être encourue que si -abstraction faite de

Arbitrage

~~La CJCE reconnaît elle-même (arrêt Eco-Swiss) le~~ caractère limité du contrôle des sentences, le droit communautaire devant seulement bénéficier, aux termes d'une analyse qui met en balance la nécessité de son application avec les principes de la sécurité juridique et le respect des règles fondamentales de l'arbitrage, de la même attention et protection que les règles impératives de droit d'origine nationale.

Les tenants du contrôle minimaliste ont salué cette décision dans la mesure où :

- la cour d'appel s'est appuyée sur l'interdiction d'une révision au fond des sentences arbitrales par le juge étatique, pour refuser toute annulation (Chabot, commentateur du Dalloz, Mourre, Radicati di Brozolo).

- l'analyse économique du droit de la concurrence ne peut être effectuée par une juridiction n'exerçant qu'un contrôle sommaire de la validité du titre (Mourre).

- la cour d'appel saisie d'un recours en annulation **ne juge pas l'affaire mais la sentence attaquée** (commentateur du Dalloz, Mourre, Derains)

le contrôle est limité à la solution adoptée par les arbitres (Mourre) et la violation de l'ordre public doit résulter de la décision même prise par les arbitres dans leur sentence. Il s'en déduit que **le juge ne peut**, en conséquence, **contrôler la qualification donnée par l'arbitre au contrat** (Mourre, Derains, Radicati di Brozolo).

- la violation de l'ordre public doit être flagrante, effective et concrète (Mourre, Derains, Radicati di Brozolo), l'illicéité doit "crever les yeux".

- l'arrêt relève plus de l'exigence de loyauté procédurale et des questions propres aux pouvoirs des uns et des autres

~~méconnaissance de l'interdiction édictée à l'article 81 CE~~
pour le fonctionnement du marché intérieur car il est indéniable que l'ordre public international des États membres a également une source communautaire.

La violation de l'ordre public international au sens de l'article 1502-5° du Nouveau Code de Procédure Civile doit être flagrante, effective et concrète; si le juge de l'annulation peut certes, porter une appréciation en droit et en fait sur les éléments qui sont dans la sentence déférée à son contrôle, il ne peut pas statuer au fond sur un litige complexe qui n'a jamais encore été ni plaidé, ni jugé devant un arbitre concernant la simple éventualité de l'illicéité de certaines stipulations contractuelles.

Il n'y a donc aucune raison de permettre à la demanderesse de bénéficier des lacunes, volontaires ou non, dans la défense de ses intérêts devant les arbitres, soit qu'elle ait estimé à l'époque vraisemblable ou acquise la compatibilité des clauses contractuelles litigieuses avec les règles du droit communautaire de la concurrence, ou, tout au contraire, voulu échapper aux sanctions de la Commission, dans tous les cas afin de réserver ses arguments au stade du procès en annulation de la sentence qui la condamne,

En définitive, le juge de l'annulation ne saurait, sous peine de remettre en cause le caractère final de la détermination des arbitres sur le fond du procès, la violation alléguée d'une loi de police n'autorisant aucune atteinte à la règle procédurale de l'interdiction d'une révision au fond, effectuer en l'absence de fraude ou, comme il a été dit, de violation manifeste, un examen de l'application des règles de la concurrence au contrat litigieux, aucune annulation n'étant d'ailleurs encourue simplement parce que les arbitres n'ont pas soulevé d'office les questions du droit communautaire de la concurrence.

Arbitrage

les éléments de fait ou de droit qu'ils ont retenus, les juridictions françaises s'abstiennent délibérément de vérifier qu'une règle d'ordre public éventuellement applicable a été correctement appliquée aux faits de l'espèce.

La première chambre civile, décide que, pour être sanctionnée, la violation de l'ordre public doit être **flagrante, effective et concrète**.

Lorsque le moyen n'avait pas été soulevé devant les arbitres, le juge de l'annulation est contraint de faire un examen des éléments de fait et de droit beaucoup plus approfondi mais il s'abstient toujours d'entrer dans un processus de révision (Paris 14 juin 2001, rev. arb. 2001 p. 773 note Seraglini).

La plupart des éléments dont il est fait état ci-dessus sont repris dans l'arrêt Thales de la cour d'appel de Paris du 18 novembre 2004 qui a été très abondamment commenté (Gaz. Pal 22 octobre 2005, n° 295 p. 5 note Seraglini; Rev crit DIP 2006 p. 104 note Bollée; Rev. Lamy de la concurrence 2005 note barbier de la Serre; JCPG 2005, il 10038 note Chabot.; Dalloz 2005 p. 3058 ; JDI 2005, p. 357, note Mourre; l'illicéité "qui crève les yeux" : critère de contrôle des sentences au regard de l'ordre public international (à propos de l'arrêt Thales de la cour d'appel de Paris) Radicati di Brozolo Revue de l'arbitrage 2005 p. 527) qui dit en substance que :

Le recours à la clause d'éviction d'ordre public international de l'article 1502-5° du Nouveau Code de Procédure Civile n'est concevable que dans l'hypothèse où l'exécution de la sentence heurterait de manière inacceptable l'ordre juridique, l'atteinte devant constituer une violation manifeste d'une règle de droit considérée comme essentielle, ou d'un principe fondamental, ce qui est le cas de la

Arbitrage

La Jurisprudence est donc à la recherche d'un équilibre qu'exprime sa volonté de restreindre son contrôle à la solution du litige en limitant l'annulation aux cas où cette solution heurte l'ordre public. Les commentateurs ont pu faire le départage entre tendances minimalistes (Fouchard, Derains, Mourre, Radicati di Brozolo) et maximalistes (Loquin, Seraglini, Bollée, Barbier de la Serre, Delanoy).

M. Derains voit dans la jurisprudence une grande cohérence dans la limitation du contrôle à "l'apparence de la conformité de la sentence à l'ordre public"

Après avoir affirmé que l'arbitre porterait atteinte à l'ordre public international en méconnaissant une règle de droit communautaire impérative et effectivement applicable en la cause, la cour s'en remet à l'interprétation du contrat telle qu'elle a été effectuée par l'arbitre et à l'appréciation qu'il a donnée des faits.

Ce qui importe c'est que l'arbitre ait procédé à des constatations suffisantes au regard du droit de la concurrence applicable. Le bien fondé de ces constatations n'est pas soumis au contrôle de la cour d'appel, l'exclusion de toute révision au fond s'y opposant (Civ. 1^{ère} 5 janvier 1999, rev. arb. 2001 p. 805 note Derains précitée) En résumé, la matière étant arbitrale, l'arbitre est tenu d'appliquer le droit communautaire de la concurrence. A partir du moment où il l'a fait, le bien fondé de sa décision échappe au contrôle de l'autorité judiciaire.

La jurisprudence considère que la cour d'appel n'a pas à contrôler la qualification donnée par l'arbitre au contrat lorsque celle-ci commande l'applicabilité d'une règle d'ordre public (Paris 1^{ère} C 14 décembre 2000, Rev. arb. 2001 p. 805 précité). En se refusant à contrôler l'interprétation par les arbitres des conventions des parties, en tenant pour acquis

L'ordre public international :

Selon l'article 1502-5° du nouveau code de procédure civile ;

"L'appel de la décision qui accorde la reconnaissance ou l'exécution n'est ouvert que dans les cas suivants :

- Si la reconnaissance ou l'exécution sont contraires à l'ordre public international".

La jurisprudence a en pratique gommé toute distinction entre arbitrage interne et international en ce qui concerne l'objet et l'étendue du contrôle du respect de l'ordre public (Revue de l'arbitrage 2001, p. 805, note Derains). Il n'y a aucune différence entre les arbitrages qui se sont déroulés en Algérie ou dans un autre pays.

Le contrôle de la cour d'appel ne porte, en matière d'arbitrage interne, que sur la solution donnée au litige" (civ. 2^{ème} 3 mai 2001, note Derains précitée). Il en est de même en matière internationale (Paris, 1^{ère} ch. C, 14 juin 2001, revue de l'arbitrage 2001 p. 805 note Derains).

En matière interne, l'ordre public comprend l'ensemble des règles auxquelles les parties ne peuvent déroger, c'est à dire toutes les règles impératives. En matière internationale, il s'entend de "la conception française de l'ordre public international" et comprend "l'ensemble des règles et valeurs dont l'ordre juridique français ne peut souffrir la méconnaissance, même dans des situations à caractère international" (Paris 27 octobre 1994, rev. arb. 1994 p 709, Paris 14 juin 2001, précité).

En réalité l'exercice du contrôle du respect de l'ordre public par les arbitres se heurte à un principe fondamental du droit français de l'arbitrage : la juridiction étatique doit s'abstenir de toute révision au fond de la décision de l'arbitre (civ. 1^{ère}, 23 février 1994, rev. arb. 1994.683).

Arbitrage

articles 81 et 82 du Traité CE, sans contrôler si la réception de la sentence ne conduisait pas à consacrer une pratique anticoncurrentielle contraire à l'ordre public international concrètement entendu, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1502-5 du code de procédure civile ;

3° qu'en jugeant que l'exposante ne faisait pas la démonstration d'une violation flagrante, effective et concrète de l'ordre public international lorsqu'il résulte des conclusions d'appel de cette dernière que le tribunal arbitral a relevé tous les éléments de l'abus de position dominante mais a refusé d'en tirer les conséquences ; que cette violation est immédiatement constatable à la lecture des sentences litigieuses et emporte un effet direct et immédiat, la cour d'appel n'a pas répondu aux conclusions, opérantes, qui lui étaient soumises, en violation des articles 455 et 1502-5 du code de procédure civile ;

Mais attendu que, s'agissant de la violation de l'ordre public international, seule la reconnaissance ou l'exécution de la sentence est examinée par le juge de l'annulation au regard de la compatibilité de sa solution avec cet ordre public, dont le contrôle se limite au caractère flagrant, effectif et concret de la violation alléguée ; que l'arrêt retient, d'abord, qu'en annulant le contrat de fourniture de 1993, contraire à l'article 81 du Traité CE, et en décidant qu'en l'absence de position dominante, la société Cytec n'avait pas pu se rendre coupable d'un abus au sens de l'article 82 du Traité, le tribunal arbitral a fait application du droit communautaire de la concurrence ; ensuite, que la société SNF ne démontre aucune violation flagrante, effective et concrète de l'ordre public international ; enfin, que la société SNF ayant pu demander réparation selon ce que commande le principe d'effectivité du droit communautaire et ces réparations n'entrant pas dans le cadre du contrôle exercé au titre de l'article 1502-5° du code de procédure civile pour la protection des principes fondamentaux, les conclusions du tribunal arbitral dans la sentence du 28 juillet 2004 n'avaient pas à être rediscutées devant la cour d'appel ; que celle-ci, qui a procédé -dans les limites de ses pouvoirs, c'est-à-dire sans révision au fond de la sentence arbitrale- au contrôle des sentences au regard de l'application des règles communautaires de la concurrence, a exactement dit que leur reconnaissance et leur exécution n'étaient pas contraires à l'ordre public international ; que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Condamne la société SNF aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, condamne la société SNF à payer à la société Cytec industries BV la somme de 5 000 euros et rejette la demande de la société SNF ;

Arbitrage

Attendu que la société SNF fait grief à l'arrêt attaqué (Paris, 23 mars 2006) d'avoir rejeté la demande de sursis à statuer en l'état d'une plainte avec constitution de partie civile déposée auprès du doyen des juges d'instruction de Saint-Etienne ;

Attendu que l'arrêt relève, d'abord, que la règle de l'article 4 du code de procédure pénale est envisagée dans un contexte d'identité de faute civile et pénale ; ensuite, que la société SNF, après avoir saisi les arbitres d'une demande de nullité du contrat pour contrariété aux articles 81 et 82 du Traité CE s'efforce de persuader le juge pénal que l'arbitrabilité au regard de ces articles 81 et 82 était sujette à caution et que l'arbitrage était utilisé de manière frauduleuse pour empêcher la saisine des juridictions judiciaires ; enfin, que l'appréciation des faits et de leurs conséquences par les arbitres ne sera pas remise en cause, l'article 1502 du code de procédure civile ne le prévoyant pas, et le contrôle de la sentence ne portant jamais sur le mal jugé par l'arbitre ou son interprétation éventuellement erronée du droit ; que, dès lors que la demande de sursis à statuer sur le fondement de l'article 4 du code de procédure pénale dans sa rédaction antérieure à la loi du 5 mars 2007 ne peut être accueillie que si les faits dénoncés comme constituant l'infraction ont une incidence directe sur la cause d'annulation de la sentence et si la décision pénale à intervenir est susceptible d'influer sur la décision civile, la cour d'appel a légalement justifié sa décision ;

Sur le second moyen, pris en ses trois branches :

Attendu que la société SNF fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir confirmé l'exequatur des sentences des 5 novembre 2002 et 28 juillet 2004, alors, selon le moyen :

1°/ que la cour saisie de l'appel d'une ordonnance d'exequatur d'une sentence arbitrale doit vérifier la bonne application par l'arbitre des règles communautaires de droit de la concurrence ; qu'ainsi, en se bornant à relever que le tribunal arbitral avait fait application du droit communautaire de la concurrence, que son aptitude à comprendre les questions de droit de la concurrence n'était pas discutée et que l'arbitre s'était expliqué sur la conformité du contrat de 1993 aux prescriptions des articles 81 et 82 du Traité CE, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1502-5 du code de procédure civile, ensemble les articles 81 et 82 du Traité CE ;

2°/ que subsidiairement, le contrôle de la conformité à l'ordre public de la réception d'une sentence arbitrale dans l'ordre juridique doit, en toute hypothèse, porter, en vertu du principe de l'appréciation concrète de l'ordre public international, sur le résultat concret de la réception de la sentence, laquelle ne doit pas valider ou refuser de sanctionner une pratique contraire à l'ordre public international ; qu'ainsi, en se bornant à relever que le tribunal arbitral avait fait application du droit communautaire de la concurrence et s'était expliqué sur la conformité du contrat de 1993 aux prescriptions des

Le contrôle par le juge étatique français des sentences arbitrales : l'ordre public international

Par M^r GERARD PLYETTE,
Doyen de la première chambre civile
de la cour de cassation française

Arrêt 4 Juin 2008

Ordre public international

Cour de cassation - chambre civile 1 - N° de pourvoi: 06-15320

**M. Bargue, président - Mme Pascal, conseiller apporteur - M. Domingo,
avocat général**

**REPUBLIQUE FRANCAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS**

**LA COUR DE CASSATION, PREMIERE CHAMBRE CIVILE, a rendu
l'arrêt suivant :**

Attendu que la société française SNF SAS (société SNF) a conclu en 1991 avec la société néerlandaise Cytec industries BV (société Cytec) un contrat d'approvisionnement en acrylamide monomère ; qu'un nouvel accord était passé en 1993, comportant une clause compromissoire ; que la société SNF ayant dénoncé le contrat, la société Cytec a mis en oeuvre la procédure d'arbitrage à Bruxelles ; que dans une première sentence du 5 novembre 2002, le tribunal arbitral a dit que le contrat de 1993 était nul dès son origine en application de l'article 81 du Traité CE et que les parties en étaient coresponsables ; que par une seconde sentence du 28 juillet 2004, le tribunal a condamné la société SNF à indemniser la société Cytec, rejetant les demandes de celle-là ; que l'exequatur des sentences a été accordé par ordonnances du 15 septembre 2004 dont la société SNF a relevé appel ;

Sur le premier moyen, pris en ses deux branches, ci-après annexé :

2004, pourvoi n° 0211866, Rev. arb 2005 p. 673 note Racine).

- Le litige, étranger à la sphère contractuelle, portant sur une demande en concurrence déloyale (Civ. 1^{ère}, 8 novembre 2005, Bull I n° 402).

- Clause compromissoire, contenue dans un contrat de transport, invoquée lors d'une action en indemnisation intentée contre le transporteur et le capitaine du navire à la suite d'avaries de marchandises à destinations internationales (Civ. 1^{ère}, 22 novembre 2005, Bull I n° 420).

- Inopposabilité invoquée de la clause au destinataire d'une marchandise transportée par voie maritime (Com, 21 février 2006, pourvoi n° 0411030),

- Demandes d'indemnisation présentées sur un fondement délictuel, du chef de rupture brutale de pourparlers, la clause étant contenue dans un contrat de distribution (Civ. 1^{ère} 25 avril 2006, pourvoi n° 0515528).

- Demandeurs connaissant l'existence de la convention d'arbitrage et non invocation de l'absence de lien de la clause avec le lien avec le litige (Civ. 1^{ère} 23 mai 2006, pourvoi n° 0413800).

Arbitrage

On voit bien que l'inapplicabilité de la clause n'est retenue que dans quelques cas très particuliers.

Replacés dans l'ensemble de la jurisprudence de la Cour sur le principe compétence-compétence, ces quelques arrêts sont bien exceptionnels. Dans la très grande majorité des cas, la cour consacre la priorité de la compétence de l'arbitre, **la nullité ou l'inapplicabilité manifeste n'étant pas démontrée.**

L'inapplicabilité manifeste n'est pas démontrée dans les cas suivants :

- Invocation d'une règle de compétence d'ordre public en matière de faillite (Corn. 4 mars 2003, pourvoi n° 9917316).

- La contradiction entre une clause compromissoire et une clause attributive de compétence contenues dans un même contrat (Civ. 2, 18 décembre 2003, Bull. II n° 393; JCP G 2004, II 10075 note Noblot; Defrénois article 37983-54 obs. Libchaber).

- La clause compromissoire, transmise par l'effet de la subrogation au pool d'assureurs, applicable entre la compagnie d'assurances, cessionnaire des droits du destinataire, et le capitaine du navire (Civ. 1^{ère}, 16 mars 2004, Bull. I n° 82, le droit maritime français 2004 p. 423 et s. note Remond Gouilloud).

- Nullité de la clause non soulevée et clause pas manifestement inapplicable (Civ. 1^{ère}, 30 mars 2004, Bull. I n° 96).

- Convention devenue caduque (Civ. 2^{ème}, 8 avril 2004, Bull. II n° 162).

- Contestation portant sur les conditions de délivrance de certificats de certification et non sur l'accord multilatéral, contenant la clause compromissoire (Civ. 1^{ère} 16 novembre

Arbitrage

conditions générales en vigueur à la date de l'acte litigieux qui devaient s'appliquer et, en suite, qu'il était établi qu'à cette date ces conditions générales comportaient une **clause attributive de juridiction**, et non une clause compromissoire, une telle clause n'y ayant été introduite qu'ultérieurement. (naufrage d'un navire entre l'Estonie et la Suède).

- Dans un arrêt du 13 juin 2006 (pourvoi n° 0316695) la chambre commerciale a dit qu'après avoir énoncé que la clause compromissoire ne concernait que les litiges entre les parties qui l'avaient stipulée et n'était opposable au **commissaire à l'exécution du plan** que dans la mesure où celui-ci exerçait **les droits et actions du débiteur lui-même** suivant les modalités de la liquidation judiciaire, par application de l'article L 621 -83 du code de commerce dans sa rédaction antérieure à la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises. Or ce n'était pas le cas.

- Dans un arrêt du 4 juillet 2006, (pourvoi n° 0511591) la première chambre a eu à connaître d'un litige opposant deux parties qui avaient conclu des contrats intitulés "dépôts de garantie, constitution de nantissement" comportant une clause attributive de juridiction. La cour a dit que la **volonté des parties** était de distinguer les contrats et de leur appliquer des clauses différentes.

- Dans un arrêt du 11 juillet 2006 (pourvoi n° 0319838) la Cour a approuvé une cour d'appel qui avait retenu d'abord que les **réservations de fret comportaient une convention d'arbitrage** et une clause selon laquelle ces documents seraient annulés et remplacés par les stipulations du connaissement et ensuite que les connaissements contenaient une clause attributive de compétence et en avait déduit que les connaissements étant applicables la clause d'arbitrage contenue dans les réservations ne l'était plus.

l'arbitre international de statuer, par priorité, sur sa propre compétence, la juridiction étatique est sans pouvoir pour statuer sur cette question, **sauf nullité manifeste de la convention d'arbitrage**. La doctrine, selon laquelle la nullité manifeste ne pouvait être qu'une nullité évidente, appréciée "prima facie" (en particulier M. Fouchard), a souhaité que la jurisprudence fasse une application particulièrement restrictive de cette notion.

Un arrêt du 16 octobre 2001 (Civ. 1, 16 octobre 2001, *Quarto Children's books*, Bull I n° 254 Rev. arb. 2002 p. 918, note Cohen, JCP E 2002, p. 274 obs. Cuniberti et Kaplan) a affiné et complété la définition du principe, disant qu'en vertu du principe de "compétence-compétence", la juridiction étatique est sans pouvoir pour se prononcer sur la compétence et se saisir du litige soumis à l'arbitrage, sauf nullité ou **inapplicabilité** évidente de la convention d'arbitrage..

L'introduction purement prétorienne de la notion **d'inapplicabilité manifeste** a été critiquée par certains auteurs (notamment M. Cohen) plus encore que celle de nullité manifeste.. On a pu écrire qu'il n'existait pas de cas d'inapplicabilité manifeste d'une convention d'arbitrage, l'appréciation de l'applicabilité ou de l'opposabilité de la clause relevant de l'arbitre.

Convaincue qu'une clause ne devait être déclarée inapplicable que dans des conditions exceptionnelles, la cour de cassation a cependant utilisé cette notion à quelques reprises à ce jour :

Dans un arrêt du 27 avril 2004 (Bull. I n° 112. RTDC 2004 p. 770 et s. obs. They), la première chambre a dit qu'une cour d'appel caractérisait **l'inapplicabilité manifeste** au litige de la clause invoquée, et partant, la compétence de la juridiction étatique en retenant d'abord que c'étaient les

rappelé que la juridiction étatique est incompétente pour statuer, à titre principal, sur la validité de la convention d'arbitrage.

Le principe compétence-compétence, a deux effets, l'un positif et l'autre négatif :

- l'effet positif permet aux arbitres de se prononcer sur leur propre compétence quand celle-ci est contestée.

- l'effet négatif, qui est une règle de priorité, interdit aux juridictions étatiques de connaître des contestations relatives à la compétence du tribunal arbitral tant que les arbitres ne se sont pas prononcés eux mêmes sur cette question. Les arbitres se prononcent sous le contrôle a posteriori du juge de l'annulation (la cour d'appel).

Les conséquences de ce principe sont les suivantes :

- le juge étatique ne peut jamais se prononcer sur une demande principale en nullité de la convention d'arbitrage, l'arbitre disposant à cet égard d'une compétence prioritaire,

Arrêt Jules Vernes 7 juin 2006 1^{ère} chambre civile de la cour de cassation. Revue de l'arbitrage 2006 P 945. Note Emmanuel Gaillard.

- Le juge étatique ne peut être saisi sur le fond d'un litige visé par une clause compromissoire que si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi et si la clause est manifestement nulle.

Outre l'arrêt du 5 janvier 1999, la première chambre a caractérisé l'effet négatif du principe compétence-compétence dans deux arrêts.

Le 26 juin 2001 (Civ. 1, 26 juin 2001, Américan Bureau of Shipping, ABS, Bull. n° 183 Rev. arb. 2001 p. 529 note Gaillard), elle a précisé qu'en vertu du principe de "compétence-compétence", selon lequel il appartient à

Arbitrage

AQ..., l'analyse complexe en fait et en droit du litige ne pouvait conduire à écarter la clause d'arbitrage, la cour d'appel, qui n'avait pas à se référer à une loi de procédure, en a justement déduit que la clause d'arbitrage n'étant pas manifestement inapplicable, le juge français avait empiété sur la compétence arbitrale ;

D'où il suit que le moyen, inopérant en ses deux premières branches, est mal fondé en sa troisième ;

PAR CES MOTIFS : REJETTE le pourvoi ;

Condamne les demandeurs aux dépens ;

Vu l'article 700 du nouveau code de procédure civile, rejette la demande de la copropriété maritime Jules AQ... et des autres demandeurs et les condamne in solidum à payer à la société American bureau of shipping (ABS) la somme de 4 000 euros ;

L'arbitre, selon l'article 1466 du code de procédure civile, a le pouvoir de statuer sur sa propre compétence. Selon l'article 1458 du même code, applicable directement à l'arbitrage international (Cass. Com, 20 mai 1997 et Cass.Civ. 1, 28 juin 1989, Eurodif. Rev. arb. 1989, 653, note Fouchard) :

"Lorsqu'un litige dont un tribunal arbitral est saisi en vertu d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'Etat, celle-ci doit se déclarer incompétente.

Si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi, la juridiction doit également se déclarer incompétente à moins que la convention d'arbitrage ne soit manifestement nulle.

Dans les deux cas, la juridiction ne peut relever d'office son incompétence."

Dans l'arrêt Zanzi du 5 janvier 1999 (Civ. 1, 5 janvier 1999, Zanzi : Rev. arb. 1999, 260, note Fouchard. Rev. crit DIP 1999, 546, obs. Bureau) la 1ère chambre, au visa du principe de la validité de la clause d'arbitrage internationale, sans condition de commercialité, et de celui selon lequel il appartient à l'arbitre de statuer sur sa propre compétence, a

Arbitrage

d'avoir déclaré les juridictions étatiques françaises incompétentes, alors, selon le moyen :

1 / que l'article 7.1 de la Convention de New-York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères ne réserve le droit national que lorsque celui-ci autorise une partie à se prévaloir d'une sentence arbitrale dans un cas où la convention ne l'aurait pas permis ; qu'en revanche, ce texte ne fait pas prévaloir le droit national s'agissant des conditions dans lesquelles un tribunal étatique doit refuser de statuer en présence d'une convention d'arbitrage de sorte qu'en jugeant le contraire, la cour d'appel a violé les articles 2 et 7.1 de la Convention de New-York, ensemble l'article 55 de la constitution ;

2 / que les règles relatives à l'arbitrage stipulées à la clause d'arbitrage ne reconnaissant pas à l'arbitre le pouvoir de statuer sur sa propre compétence, en s'abstenant de rechercher si la loi choisie par les parties donnait à l'arbitre ce pouvoir de statuer sur sa propre compétence, la cour d'appel a privé de base légale sa décision au regard de l'article 1458 du nouveau code de procédure civile ;

3 / qu'en jugeant que la clause compromissoire figurant au contrat de classification n'était pas manifestement inapplicable à la copropriété Jules AR... et à ses membres, pourtant non signataires alors que ce contrat excluait clairement que des personnes autres que ses signataires puissent devenir parties au contrat, la cour d'appel a violé l'article 1458 du nouveau code de procédure civile ;

Mais attendu que l'arrêt retient, d'abord, à bon droit, que la Convention de New-York, ratifiée par les Etats-Unis et la France, réserve l'application d'un droit interne plus favorable pour la reconnaissance de la validité de la convention d'arbitrage ; qu'il énonce ensuite, exactement, que le principe de validité de la convention d'arbitrage international et celui selon lequel il appartient à l'arbitre de statuer sur sa propre compétence sont des règles matérielles du droit français de l'arbitrage international, qui consacrent, d'une part, la licéité de la clause d'arbitrage indépendamment de toute référence à une loi étatique et, d'autre part, l'efficacité de l'arbitrage en permettant à l'arbitre, saisi d'une contestation de son pouvoir juridictionnel, de la trancher par priorité ; que la combinaison des principes de validité et de compétence-compétence interdit, par voie de conséquence, au juge étatique français de procéder à un examen substantiel et approfondi de la convention d'arbitrage, et ce, quel que soit le lieu où siège le tribunal arbitral, la seule limite dans laquelle le juge peut examiner la clause d'arbitrage avant qu'il ne soit amené à en contrôler l'existence ou la validité dans le cadre d'un recours contre la sentence, étant celle de sa nullité ou de son inapplicabilité manifeste ;

Et attendu qu'ayant relevé qu'en l'état de la décision américaine ayant jugé que la clause compromissoire était opposable à la copropriété Jules

le principe «compétence – compétence» et ses applications dans la jurisprudence française

Par M^r GERARD PLYETTE,
Doyen de la première chambre civile
de la cour de cassation Française

Arrêt Jules Vernes, 7 Juin 2006

Cour de cassation - chambre civile 1 - N° de pourvoi: 03-12034

Président : M. Ancel., - Rapporteur : M. Pluyette., conseiller apporteur

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

LA COUR DE CASSATION, PREMIERE CHAMBRE CIVILE, a rendu
l'arrêt suivant :

Sur le moyen unique, pris en ses trois branches, qui est recevable :

Attendu que la copropriété maritime Jules AQ... et divers autres demandeurs, (ci-après la copropriété Jules AQ...) propriétaires du navire "Tag Heuer" ont fait assigner devant le tribunal de commerce de Paris, pour obtenir l'indemnisation des conséquences d'une avarie, la société américaine de classification "American Bureau of Shipping" (ABS), qui a opposé, sur le fondement de la clause compromissoire insérée dans le contrat de classification, la compétence de la juridiction arbitrale désignée -arbitrage à New-York, selon les règles de la "society of maritime arbitrators inc"-, et, a saisi la juridiction américaine, qui, par arrêt du 27 mars 1999 de la cour d'appel de la "District Court" de New-york, a déclaré la clause d'arbitrage opposable à la copropriété Jules AQ... ;

Attendu que la copropriété Jules AQ... fait grief à l'arrêt attaqué, (Paris, 4 décembre 2002), rendu après cassation (1re civ, 26 juin 2001, B n° 183)

Arbitrage

Qui est compétent pour vérifier l'opposabilité de la clause compromissoire? Le juge Etatique? où l'arbitre conformément au principe de compétence-compétence?

En Algérie, l'article 1044 du nouveau code des procédures civiles et administratives précise que «le tribunal arbitral statue sur sa propre compétence.....».

Pour la Cour de Cassation française «Les exceptions qui peuvent faire obstacle au principe selon lequel il appartient à l'arbitre de statuer par priorité sur sa propre compétence sont la nullité et l'inapplicabilité manifestes de la clause compromissoire».

Mais la question qui se pose est de savoir si l'opposabilité ou non de la clause compromissoire constitue un cas d'inapplicabilité de la convention d'arbitrage? La réponse paraît négative.

Il ressort de ce qui précède, que la question de l'opposabilité de la clause compromissoire met en évidence la particularité du droit maritime. En effet, elle ne répond pas à la même logique qui gouverne le droit commun des contrats, comme le souligne à juste titre, Monsieur Alexandre Malan, «Ceci tient manifestement à la place particulière qu'occupe le destinataire des marchandises dans le contrat de transport ni vraiment tiers partie à ce contrat et à la superposition du connaissement dans le contrat de charte-partie, combinaison de contrats propre au droit maritime »⁴.

⁴ Alexandre Malan, «de rayonnement de la clause compromissoire et de la clause attributive de juridiction dans les opérations de transport maritime», Droit maritime français (DMF) N° 660, Janvier 2006, P.15.

Arbitrage

relativiser l'importance du rôle du connaissance en tant que preuve du contrat de transport maritime des marchandises.

Quant à la chambre civile de la Cour de Cassation française, elle reconnaît l'opposabilité de la clause compromissoire au destinataire, car ce dernier est en mesure de la connaître dès le l'opération de déchargement.

Ainsi, il suffit que le destinataire ou son subrogé ait pu avoir connaissance de la clause et que, compte tenu de l'usage, un consentement exprès n'est pas nécessaire.

Elle reconnaît donc la validité de l'acceptation tacite de la clause sachant que cette acceptation peut résulter de l'existence d'un usage. Et le fait d'insérer par exemple une clause compromissoire dans la charte-partie est un usage très fréquent ; qu'il y a lieu de respecter, particulièrement quant on connaît l'importance de la Lex Mercatoria dans le domaine maritime.

Dès lors, l'exigence d'une acceptation expresse de la clause compromissoire par le destinataire peut s'avérer contraire à ces usages maritimes.

Cette position de la chambre civile de la Cour de Cassation semble remettre en cause le principe du droit commun relatif à la relativité des conventions?

Ainsi, la question reste posée sur l'opposabilité de clause compromissoire au destinataire, doit il manifester son acceptation d'une manière expresse au nom d'un formalisme excessif mais en dehors du connaissance? Ou bien, doit il la manifester d'une manière tacite même à l'encontre du principe de la relativité des contrats?

Concernant, les assureurs, en France, la Cour de Cassation a affirmé dans un arrêt du 20/05/2003, que «La clause compromissoire d'une charte-partie n'est pas opposable aux assureurs cessionnaires des droits du destinataire de la marchandise, tiers par rapport à l'affrètement et porteur du connaissance».

En outre, l'opposabilité de la clause compromissoire soulève également une autre question.

Arbitrage

Cependant, l'exigence en même temps d'une acceptation par le destinataire de la clause compromissoire, pour quelle puisse lui être opposable, signifie-elle que cette acceptation doit revêtir la forme expresse ?

En France, cette question a suscité un débat entre la chambre civile et la chambre commerciale de la Cour de Cassation française.

Pour la chambre commerciale, « Pour être opposable au destinataire, une clause compromissoire insérée dans un connaissance doit avoir été portée à sa connaissance et avoir été acceptée par lui, au plus tard au moment de la livraison où, recevant livraison de la marchandise, il avait adhéré au contrat de transport ».

Il ressort de cet arrêt, que pour la chambre commerciale de la Cour de Cassation française, l'adhésion du destinataire au contrat de transport maritime des marchandises se fait lors de la réception de la marchandise et non pas par l'acceptation du connaissance.

Selon cet arrêt, à travers la réception de la marchandise, le destinataire manifeste sa volonté d'adhérer au contrat de transport maritime des marchandises.

Quant à la clause compromissoire, pour quelle puisse lui être opposable, elle doit avoir été acceptée par lui.

La question est de savoir pourquoi l'exigence de l'acceptation expresse ne concerne que la clause compromissoire? S'agit-il d'une volonté de protéger le destinataire? N'est-elle pas liée à la nature d'ordre public du contrat de transport maritime des marchandises.

Peut-on considérer la clause compromissoire comme une clause n'entrant pas dans le cadre de l'économie générale du contrat de transport maritime des marchandises? C'est-à-dire celle qui ne requiert pas son acceptation expresse.

Il n'en demeure pas moins, que par cette position, la chambre commerciale de la Cour de Cassation française semble

Arbitrage

En Algérie, la Cour Suprême a affirmé dans un arrêt récent en date du 09/04/2008 que «Le destinataire n'est pas tenu par la clause compromissoire dont fait référence le connaissance, en revanche, ceci ne peut l'empêcher de s'en prévaloir»².

En France, cette question a fait l'objet d'un important contentieux.

Si le principe de l'opposabilité de la clause compromissoire au destinataire est admis, compte tenu de la spécificité du contrat de transport maritime des marchandises, et bien que contraire à un des grands principes du droit civil celui de l'effet relatif des contrats.

Se pose alors la question de savoir si l'acceptation de la clause doit être expresse ou peut simplement être tacite.

En Algérie, la Cour Suprême dans l'arrêt suscitée, a précisé que «La référence à la charte- partie par le connaissance fait du destinataire une partie dans ce contrat et lui donne ainsi le droit d'utiliser la clause compromissoire insérée dans la charte partie s'il manifeste sa volonté de s'en prévaloir...»³.

Il ressort de ce qui précède, que la Cour Suprême n'a pas précisé la forme de l'acceptation de la clause compromissoire par le destinataire, même si la référence au connaissance, semble privilégier la forme tacite, puisqu'il suffit que le destinataire ait connaissance de l'existence de cette clause pour qu'il soit liée, mettant ainsi en évidence l'importance du connaissance dans l'opposabilité de la clause compromissoire au destinataire.

² "يجب القول لمن كان المرسل إليه غير ملزم ببند التحكيم الذي تشير إليه وثيقة الشحن، فبالقابل هذا لا يمنعه من التمسك به وحيث يبين من وثيقة الشحن أنها تشير إلى عقد إيجار السفينة". قرار رقم 439517 لـ 2008/04/09 .

³ "حيث أن الإشارة لعقد إيجار السفينة في وثيقة شحن تجعل المرسل إليه المطعون ضدها في قضية الحال طرفاً في هذا العقد ولها الحق في استعمال بند التحكيم أن أرادت التمسك به ...". قرار رقم 439517 لـ 2008/04/09.

مجلة المحكمة العليا - عدد خاص - الطرق البديلة لحل النزاعات: الصلح والوساطة والتحكيم - 15 و 16 جوان 2008

Arbitrage

Pour d'autres, le destinataire n'est pas un personnage qui s'associe plus tard à l'opération. Il y est partie dès le début.

«Le contrat de transport implique, par sa nature, le droit pour le destinataire de se prévaloir de la convention intervenue entre le transporteur et le chargeur aux fins de déplacement de la marchandise».

Cependant, pour admettre au destinataire, la qualité de partie au contrat de transport maritime, la doctrine s'est appuyée sur un nombre de théories, notamment, la stipulation pour autrui, la théorie cambiaire et la promesse de porte- fort ou comme c'est le cas en Égypte, la théorie de la possession symbolique de la marchandise.

Mais c'est la thèse du contrat tripartie qui semble la mieux acceptée.

Elle confère au destinataire le statut de partie au contrat de transport maritime.

Pour la chambre commerciale et maritime de la Cour Suprême, « C'est les mentions du connaissement qui prouvent la qualité de destinataire de la marchandise ouvrant ainsi le droit à agir contre le transporteur maritime pour dommages à la marchandise ».¹

La jurisprudence égyptienne semble quant à elle, hésiter entre octroyer la qualité de partie au contrat de transport maritime au destinataire ou le considérer comme un tiers ou qualifier sa possession du connaissement comme une possession symbolique de la marchandise.

De ce qui précède, il y a lieu de s'interroger sur les effets de la clause et, par conséquent, s'applique t-elle au destinataire ?

Les effets de la clause compromissaire sur le destinataire :

¹ Affaire N° 145015 du 17/12/1996.

également en considération le contenu de la clause compromissoire figurant dans la charte-partie.

En outre, certains pays émettent des conditions restrictives quant à son opposabilité contrairement à d'autres pays qui admettent plus facilement l'opposabilité de la clause compromissoire.

La spécificité du droit maritime face aux principes généraux du droit civil

Selon l'article 106 du code civil algérien, « Le contrat fait la loi des parties, les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi ».

L'article 113 du même code dispose que « Le contrat n'oblige point les tiers, il peut naître des droits à leur profit ».

Pour la doctrine classique, la convention à force obligatoire à l'égard de ceux qui l'ont conçue.

Il en résulte que le code civil présente la règle de la relativité des contrats comme si elle reposait sur une distinction bien tranchée entre les parties, qui subissent l'effet du contrat, et les tiers, qui ne le subissent pas.

Mais quel est le cas du destinataire? La détermination de son statut juridique pose des difficultés.

Cette difficulté est liée à la nature juridique du contrat de transport maritime, qui est considéré comme un contrat consensuel, mais surtout tripartite.

Pour une partie de la doctrine, les droits du destinataire trouvent leur origine dans le contrat de transport. Il n'est pas un tiers au contrat conclu entre le chargeur et le transporteur : « il n'y a pas successivement des relations entre le chargeur et le transporteur, puis entre celui-ci et le destinataire, car les premières n'existent que pour amener la cargaison entre les mains du destinataire ».

Arbitrage

Au niveau International, on peut citer,

- La chambre de commerce international,
- London court of international arbitration LCIA, L'american association arbitration AAA,
- L'association française d'arbitrage,
- La chambre de l'arbitrage maritime de Paris.

Ces institutions ont un caractère universel, elles s'intéressent à tous les types de litiges, d'autres ne pratiquent que l'arbitrage de certains types de litiges.

Certaines institutions d'arbitrage sont régionales comme, le centre régional de l'arbitrage commercial international du Caire.

En droit maritime, cette importance de l'arbitrage est illustrée par la convention de Hambourg du 31/03/1978 sur le transport maritime des marchandises qui admet expressément le recours à l'arbitrage comme un moyen de règlement des litiges maritimes internationaux. Ainsi l'article 20-1 énonce « Toute action relative au transport des marchandises par mer en vertu de la présente convention est prescrite si une procédure judiciaire ou arbitrale n'a pas été introduite dans un délai de deux ans ».

Le problème de l'opposabilité de la clause compromissoire est l'objet d'un important contentieux. Dans le domaine maritime, l'étude de la problématique de l'opposabilité de la clause compromissoire est liée à la situation juridique du destinataire. Il est admis que la charte-partie, qui est *res inter alios acta*, soit inopposable au tiers porteur du connaissement, en l'occurrence le destinataire.

D'autant plus, qu'en l'absence de consentement exprès, le tiers à un contrat n'est censé n'accepter que les clauses dites de « l'économie générale du contrat » c'est-à-dire qu'il n'accepterait pas les clauses dérogatoires au droit commun dont la clause compromissoire constitue un exemple.

Ainsi, dans certains pays, c'est la forme et le contenu de la clause de référence qui figure dans le connaissement qui est pris en considération, alors que dans d'autres pays, on prend

La problématique de l'opposabilité de la clause compromissoire dans le contentieux maritime: Le cas du destinataire

Par Mr Haddoum Kamel
Docteur d'Etat en Droit
Maître de Conférences
Université de Boumerdes
Faculté de droit de Boudouaou

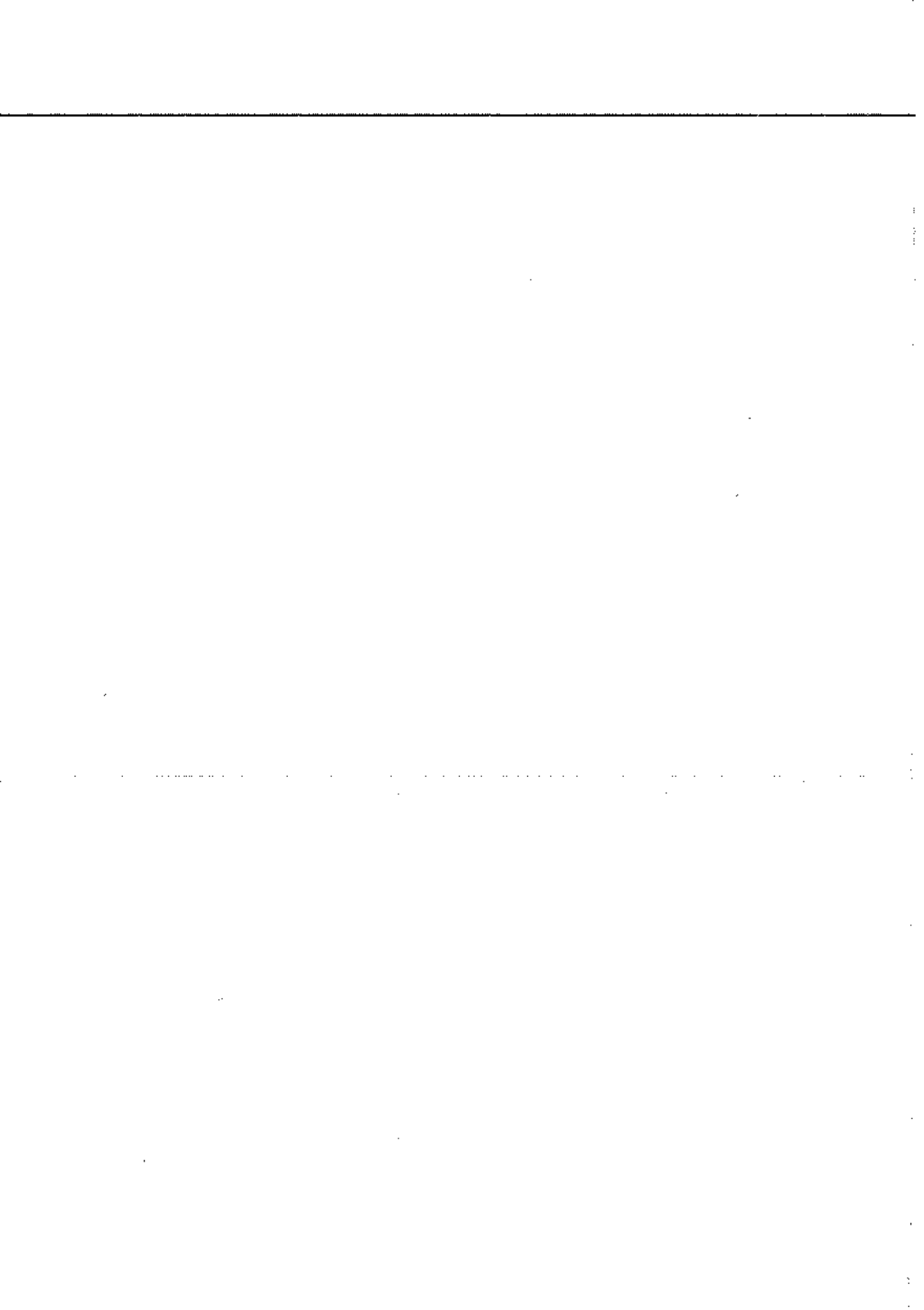
L'élargissement du commerce international et le développement du transport maritime ont fait augmenter de façon considérable le volume et la complexité des litiges internationaux.

Le recours à l'arbitrage maritime en matière maritime est de plus en plus fréquent. Ainsi, la clause compromissoire est souvent insérée dans les chartes-parties et à un degré moindre dans les connaissements.

La raison de cet intérêt pour l'arbitrage, n'est pas spécifique au domaine maritime. Elle s'explique par les nombreux avantages qu'il offre.

Cependant, la principale caractéristique de l'arbitrage maritime demeure sa souplesse et sa faculté à prendre en considération les usages du commerce maritime, distincts des droits nationaux.

Il existe un certain nombre d'institutions d'arbitrage nationales, comme c'est le cas en Algérie de la Chambre Algérienne de Commerce et d'Industrie CACI.



Arbitrage

Médiation

51_____Le juge et la Médiation I.Verougstraete -
Président de la Cour de cassation de Belgique

81_____ La Situation de la Médiation en Espagne
Celsa Pico Lorenzo - Magistrat Cour Suprême

89___La Médiation en Algérie.....Farid BEN BELKACEM-
Membre du Centre de Conciliation de Médiation et d'Arbitrage
d'Alger de la Chambre Algérienne de Commerce et d'Industrie

Sommaire des Communications en Langue Française

Arbitrage

7_____ La problématique de l'opposabilité de la clause compromissoire dans le contentieux maritime : le cas du destinataire..... Mr Haddoum Kamel-Docteur d'Etat en droit-Maitre de conférences-Université de Boumerdes-Faculté de droit de Boudouaou

15_____le principe compétence-compétence» et ses applications dans la jurisprudence française.....M^r GERARD PLYETTE, Doyen de la première chambre civile de la cour de cassation Française

23_____ le contrôle par le juge étatique français des sentences arbitrales : l'ordre public international.....
M^r GERARD PLYETTE, Doyen de la première chambre civile de la cour de cassation

35_____ L'arbitrage dans le domaine du sport : l'expérience algérienne..... AKROUNE (Y) – Professeur - Faculté de droit - Ben Aknoun – Université Ben Youcef Ben Khedda - ALGER

Revue de la Cour Suprême

Numéro Spécial

Consacré aux Journées d'Etudes sur les

Modes Alternatifs de

Règlement Des Litiges :

Médiation, Conciliation & Arbitrage

Cour Suprême, Salle de Conférences, 15 et 16 Juin 2008