COUR SUPREME • المجلس الأعلى •
ROYAUME DU MAROC • المملكة المغربية
مركز النشر و التوثيق القضائي
Centre de Publication
et de Documentation Judiciaire

التحكيم التجاري الداخلي و الدولي

ندوة نظمت من طرف وزارة العدل و الاتحاد العام لمقاولات المغرب
بإشراف و إعداد من المجلس الأعلى . 3 – 4 مارس 2004

دفاتر المجلس الأعلى

العدد 6 – 2005

تقديـــم

إن التحولات الاجتماعية والاقتصادية التي يعرفها عالمنا المعاصر تدعو إلى تعميق الدراسة حول مستقبل العدالة، وإلى توسيع المنظور إليها، لكي تأخذ بعدا جديدا يتجاوب مع الاضطراد المتواتر في ارتفاع عدد القضايا والوسائل المتاحة لديها، والتفكير في إيجاد وسائل بديلة لفض المنازعات، رغم ما يكفله القضاء من سيادة القانون وإشاعة الثقة والأمن، وتحفيز للتنمية والاستثمار.

وفي هذا الصدد، حث جلالة الملك محمد السادس نصره الله من جهة[1] على "مواصلة الجهود لعصرنة القضاء، بعقلنة العمل، وتبسيط المساطر، وتعميم المعلوميات"، ومن جهة أخرى أمر حفظه الله "بتنويع 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 الأجنبي".

واستجابة للتعليمات الملكية السامية، نظمت وزارة العدل، بمشاركة مع الاتحاد العام للمقاولات بالمغرب، وبإشراف وإعداد من المجلس الأعلى، ندوة دولية حول موضوع التحكيم التجاري الداخلي والدولي اتسمت بما يلي:

1 – إنها تعقد في ظرفية متميزة، تتجاوب مع إقدام المغرب على تحيين منظومته القانونية في عدة مجالات، خاصة في المجال التجاري والمالي والجنائي والعقاري والأسري.

2 – إن التزامات المغرب الدولية، لا سيما في إطار التأهيل للشراكة مع أوربا من جهة، واتفاقية التبادل الحر مع الولايات المتحدة، والرهانات المعقودة على إحداث المناطق الحرة، وانفتاح اقتصادنا الوطني نحو الأسواق الجديدة، تقتضي تشريعا يتلاءم مع هذه الخصوصيات.

3 – إن إحداث المحاكم التجارية كقضاء متخصص، يكفل الفعالية في البت في المنازعات، ويستجيب لطموحات المستثمرين والفاعلين الاقتصاديين هو مسعى آخر لترسيخ الثقة وإشاعة الطمأنينة.

---

[1] – ألقي الخطاب الملكي السامي ظهر يوم الأربعاء 29 يناير 2003 بالقصر الملكي بأكادير بمناسبة افتتاح السنة القضائية 2003 م.

4 – إن من بين أهداف هذا اللقاء العلمي هو توسيع مجال التوعية بأهمية التحكيم التجاري، باعتباره وسيلة ناجعة تستجيب لرغبات رجال الأعمال والتجار في حل النزاعات بشكل فعال، لما يمتاز به التحكيم من سرعة في البت، واحترام سلطان الإرادة، والحفاظ على سرية المعلومات، وما يتمتع به المحكم من وقت كاف تمكنه من دراسة القضية المعروضة عليه بتأن وعمق. لذلك فإن مساطر التسوية التوافقية في المجال التجاري تتجاوب مع الأهداف المحققة للعدل في فض النزاعات، وأن مشروع قانون التحكيم التجاري الدولي والوطني الذي أعدته الحكومة يعتبر تتويجا هاما في هذا المجال.

5 – إن مواضيع الندوة الدولية في مجال التحكيم، أغنت المشروع من خلال العروض والمناقشات والملاحظات المكثفة التي ساهم بها مجموعة مرموقة من الخبراء الدوليين والوطنيين من قضاة وأساتذة ومحامين ورجال أعمال، مما ساعد على تعميق الحوار وأجاب عن كافة التساؤلات المطروحة.

6 – إن التحكيم يعالج إشكالية السيادة القضائية عند وجود أطراف أجنبية في النزاع، ويسعى بالتالي إلى الاستجابة للمفاهيم الجديدة كتطبيق قواعد القانون الدولي مع بروز مؤسسات دولية لفض النزاعات مما يحتم تطوير حتى البدائل التقليدية المعروضة في مجال التحكيم التجاري الوطني والدولي.

و الخلاصة، أن هذه الندوة الدولية الناجحة ساهمت في إغناء مشروع مدونة التحكيم وأثرته بثقافة جديدة تتناسب مع الآفاق التي تتطلبها الألفية الثالثة، آملين أن تكون هذه المبادرة الطيبة تعكس مدى انفتاح القضاء على محيطه الاجتماعي والاقتصادي، وانخراط المقاولة المغربية في مخطط التنمية، والدفع ببرنامج الإصلاح نحو النجاح.

و اللـــه المـــوفق.

د. إدريس الضحاك

الرئيس الأول للمجلس الأعلى

ROYAUME DU MAROC • المملكة المغربية
CENTRE DE PUBLICATION ET DE DOCUMENTATION JUDICIAIRE

كلمة الأستاذ محمد بوزبع وزير العـــدل

بســـــم اللّه الرحمـــان الرحيـــم

السادة الوزراء

السيد الوالي

السيد الرئيس الأول للمجلس الأعلى

السيد الوكيل العام للملك لدى المجلس الأعلى

السيد رئيس الإتحاد العام للمقاولات بالمغرب

حضرات الضيوف الكرام للدول الشقيقة والصديقة

حضرات السادة المنتخبين

حضرات السادة والسيدات الأساتذة الأجلاء

سيداتي سادتي

COUR SUPREME • المجلس الأعلى
ROYAUME DU MAROC • المملكة المغربية
مركز النشر والتوثيق القضائي
CENTRE DE PUBLICATION ET DE DOCUMENTATION JUDICIAIRE

لي الشرف في أن أفتتح هذه الندوة العلمية الهامة بإسمي وبإسم السيد الوزير الأول الأستاذ ادريس جطو الذي يبلغكم الاعتذار نظرا لمهام طارئة حالت دون حضوره معنا في هذه الجلسة الافتتاحية للندوة الدولية الهامة حول التحكيم التجاري الداخلي والدولي، والتي تنظمها وزارة العدل بتعاون مع الإتحاد العام للمقاولات بالمغرب تحت الرعاية السامية لصاحب الجلالة محمد السادس نصره اللّه.

حضرات السيدات والسادة

أود في البداية أن أرحب بكم ضيوفنا الأساتذة الأعزاء، وأشكركم على قبولكم المشاركة في هذه الندوة الهامة، التي أبيتم إلا أن تساهموا فيها بأبحاثكم ودراساتكم، وإغناء أشغالها بخبرتكم وتجربتكم الميدانية في ميدان التحكيم التجاري.

وإن غنى هذه الندوة يعكسه هذا الحضور المتميز لصفوة المهتمين بالموضوع على الصعيدين الوطني والدولي، كما يعكسه المستوى الرفيع للمشاركين، المنتمين لبلدان ومؤسسات وأنظمة ذات تجربة واسعة ومتقدمة في ممارسة التحكيم التجاري.

وإني لعلى يقين بأن مساهمتكم الرفيعة في هذه الندوة جاءت في وقتها، لأنها تتزامن مع وضع مشروع مدونة التحكيم التجاري الذي أعدته المملكة المغربية، قصد إيجاد إطار قانوني جديد للتحكيم، يوفر الحلول العملية المناسبة لفض المنازعات التجارية عن طريق التحكيم الوطني والدولي، بشكل فعال وسريع، يضمن حماية الحقوق، ويؤمن الدفاع عن المصالح.

لذلك فإني أهنئ الجميع على حسن اختيار موضوع هذه الندوة الدولية الهامة، المتعلق بالتحكيم التجاري الداخلي والدولي، وهو موضوع أصبح يحتل صدارة الاهتمام في الحقل القانوني، سواء على الصعيد الوطني أو على صعيد التجارة الدولية، حيث تنامى دوره في ظل العولمة، واتسع مجاله ليشمل مختلف الأنشطة.

وإن تنظيم هذه الندوة بتعاون مع الاتحاد العام للمقاولات بالمغرب، يعكس انفتاح القضاء على محيطه الاجتماعي والاقتصادي وعلى فعاليات المهن القانونية.

هذا الانفتاح التي ما فتئت وزارة العدل توليه بالغ الاهتمام، ليعتبر من مقومات نجاح برنامج الإصلاح، المستمد من التوجيهات الملكية النيرة لصاحب الجلالة الملك محمد السادس نصره الله، والهادف إلى الرقي بالقضاء وتمكينه من المساهمة الفعالة في مسار التنمية، وتوفير المناخ الملائم للاستثمار.

حضرات السيدات و السادة

لقد أكد صاحب الجلالة الملك محمد السادس نصره الله في كثير من المناسبات، و خاصة في الرسالة الملكية السامية الموجهة إلى السيد الوزير الأول حول التدبير اللامتمركز، على ضرورة "مراجعة مساطر التسوية التوافقية لما قد ينشأ من منازعات بين التجار، وذلك لتمكينهم من اللجوء أكثر ما يمكن إلى التحكيم".

كما أكد حفظه الله في خطابه السامي الذي ألقاه جلالته بمناسبة افتتاح السنة القضائية بأكادير (29 يناير 2003) على ضرورة وضع مدونة للتحكيم التجاري حيث ورد في الكلمة السامية لجلالته : "وهكذا، وتجسيدا لنهجنا الراسخ للنهوض بالاستثمار، وتفعيلا لما ورد في رسالتنا الموجهة لوزيرنا الأول في هذا الشأن، فإننا ندعو حكومتنا إلى مواصلة الجهود لعصرنة القضاء، بعقلنة العمل، وتبسيط المساطر، وتعميم

المعلوميات. كما يجب 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 الأجنبي" انتهى النطق الملكي الكريم.

وهكذا فإن وزارة العدل، عملت على وضع مشروع لمدونة التحكيم، بعد دراسة مستفيضة لواقع التحكيم في بلادنا، وكذا المعوقات القانونية والعملية التي لا تشجع على الأخذ بالتحكيم.

وقد تضمن هذا المشروع عدة حلول جديدة، تتمثل في توسيع مجال التحكيم، ووضع ضمانات لحقوق الدفاع، وحصر مجالات تدخل القضاء في التحكيم، هذا بالإضافة إلى النص على التحكيم الخاص والتحكيم المؤسساتي، وتنظيم التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي الذي أفرد له المشروع بابا خاصا، وتخويل أطراف التحكيم الدولي حرية كبيرة في مجال اختيار المسطرة وكذا قواعد الموضوع المطبقة على النزاع، هذا علاوة على تنظيم طرق الطعن في الأحكام التحكيمية والطعن بالبطلان، إلى غير ذلك من المقتضيات المستمدة من آخر ما عرفه التشريع في ميدان التحكيم على الصعيد الدولي والمقارن.

حضرات السيدات والسادة

لقد أصبح توفير المناخ الملائم للاستثمار، وترسيخ دعائم الأمن القانوني في ميدان الأعمال، من أبرز الخيارات الاستراتيجية المرتبطة بالتنمية، خاصة مع اتساع العلاقات الدولية، وعولمة الاقتصاد، وسرعة تحرك الأموال.

ولقد عملت المملكة المغربية على توفير المتطلبات المحفزة على الاستثمار والمبادرة الحرة، وتشجيع المقاولة وتأهيلها، حتى تكون قادرة على خوض غمار التنافسية وسباق الجودة، خاصة مع آفاق اتفاق التبادل الحر بين المملكة المغربية والولايات المتحدة الأمريكية، واتفاقية التبادل الحر مع بعض الدول العربية، واستحقاقات سنة 2010، ومقتضيات سياسة الجوار الجديدة التي بدأ ينهجها الاتحاد الأوروبي مع جيرانه.

تطور وتحديث المقاولة المغربية التي أصبحت مقاولة مواطنة تنخرط بقوة وفعالية في مخطط التنمية الشاملة لبلادنا.

ولقد كان من أهم الإجراءات المتخذة في ميدان دعم الاستثمار وتشجيعه، إنشاء محاكم تجارية بالمغرب، بهدف إيجاد هيئات قضائية متخصصة رفيعة المستوى للبت في المنازعات المرتبطة بالأعمال.

ومنذ إنشائها، قامت المحاكم التجارية بدور هام في مجال البت في المنازعات التجارية بكفاءة ملحوظة، سواء من حيث سرعة البت في القضايا أو من حيث مستوى الأحكام الصادرة بشأنها.

ويدل على أهمية هذه المحاكم نشاطها المتزايد وارتفاع عدد القضايا المسجلة والمحكومة من قبلها. فقد سجلت المحاكم التجارية في سنة 2003 ما مجموعه 96716 قضية جديدة وتم الحكم في 98943 قضية من بين القضايا الرائجة أمامها" 117008 قضية."

وقد سجلت المحكمة التجارية بالدار البيضاء لوحدها سنة 2003 ما يمثل نسبة 61,20 % من مجموع القضايا المسجلة على صعيد المحاكم التجارية بالمغرب.

وقد واكبت وزارة العدل نشاط هذه المحاكم، عن طريق دعمها بالأطر القضائية الكفأة والكافية التي سهرت الوزارة على تكوينها تكوينا ملائما، عن طريق الدورات التكوينية بالداخل والخارج، كما نظمت الوزارة ندوات لفائدة القضاة بالاشتراك مع الفاعلين الاقتصاديين كالمجموعة المهنية للأبناك.

ومن جهة أخرى، شكلت المحاكم التجارية أولوية بالنسبة لبرنامج التحديث الذي تنفذه وزارة العدل، فجهزت بالأجهزة المعلوماتية والبرامج من أجل تسيير المساطر والإجراءات القضائية، مما كان له أثره الحميد على أجل البت في القضايا. ويتم دعم مجهودات تحديث المحاكم التجارية بواسطة عدة برامج التعاون الدولي.

حضرات السيدات والسادة

موازاة مع هذه المجهودات المبذولة للرفع من أداء المحاكم التجارية وتسريع وتيرة عملها، فإن الوزارة تعمل على تطوير الإطار القانوني لميدان الأعمال، عن طريق مراجعة قانون السجل التجاري ليتلاءم مع متطلبات المعالجة المعلوماتية للسجل التجاري، وكذا مراجعة قانون المحاكم التجارية لتمكين هذه المحاكم من القيام بدورها على الوجه المطلوب وكذلك بعض فصول القانون التجاري وقانون الشركات.

إن التوجه نحو العدالة التصالحية في عدد من القضايا اختيار استراتيجي نعتمد عليه لوضع حلول ناجعة للكثير من المنازعات، سواء تعلق الأمر بقضاء الأسرة أو القضاء الزجري خاصة في الجرائم التي تقل العقوبة فيها عن سنتين حبسا أو قضايا الأحداث بصفة عامة.

كما قامت وزارة العدل في إطار برامج التعاون الدولي، بدراسة كيفية إدخال نظام الوساطة إلى نظامنا القانوني والقضائي، حيث تم عقد دورات تكوينية بهذا الخصوص، سواء بالمغرب أو خارجه، وقد شارك في هذه الملتقيات قضاة ومحامون وجامعيون ومختصون مغاربة وأجانب. كما أن وزارة العدل فتحت مؤخرا ورشا جديدا بهذا الخصوص، لوضع مقترحات للأخذ بنظام الوسائل البديلة لحل المنازعات.

حضرات السيدات و السادة

إن المجهودات التي يتم بدلها في سبيل توفير إطار قانوني للتحكيم التجاري والوسائل البديلة لحل المنازعات، تواكب في الواقع الاهتمام الكبير الذي يوليه الجميع لهذا الموضوع، والذي يتجلى بصورة فعلية في انتشار مراكز التوفيق والتحكيم في بعض المدن المغربية بمبادرة عدد من الغرف التجارية.

لذلك، فإن التحسيس بأهمية التحكيم وباقي الوسائل البديلة لتسوية المنازعات، سيمكن من تشجيع المقاولات والأفراد على الأخذ بهذه الطرق البديلة لحل منازعاتهم، خاصة وأن هذا المبدأ راسخ في تقاليدنا الاجتماعية الأصيلة، ومتعارف عليه منذ القديم في الميدان الحرفي التقليدي في بلادنا.

ولاشك أن ندوتنا هذه خير مثال على عملية التحسيس بأهمية التحكيم، ومن شأنها أن تغني الموضوع بالملاحظات والمقترحات، لاسيما وأنها ندوة دولية تجمع بين مختلف أصناف رجال القانون من قضاة ومحامين وأساتذة جامعين ومختصين في الميدان وكذا رجال الأعمال وأرباب المقاولات.

و ستكون أشغال هذه التظاهرة الحقوقية الكبرى، رافدا مهما للمجهودات التي تبذل حاليا للنهوض بالتحكيم التجاري في بلادنا وستساعدنا على إغناء المشروع الذي سيعرف قريبا طريقه إلى البرلمان.وأخص بالتهنئة كذلك السيد الرئيس الأول للمجلس الأعلى الأستاذ إدريس الضحاك و السيد رئيس الاتحاد العام للمقاولات بالمغرب الأستاذ حسن الشامي.

أهنئكم مرة أخرى على عقد هذا اللقاء الحقوقي الهام وأتمنى لأشغال هذه الندوة كامل التوفيق والنجاح، راجيا من الله عز وجل أن يوفقنا لما فيه خير هذا البلد الأمين، في ظل القيادة الرشيدة لعاهلنا المفدى الملك محمد السادس نصره الله.

والسلام عليكم و رحمة الله تعالى و بركاته.

كلمة السيد حسن الشامي
رئيس الاتحاد العام لمقاولات المغرب

السادة الوزراء،

السيد الوالي،

السيد الرئيس الأول للمجلس الأعلى،

السيد الوكيل العام للملك لدى المجلس الأعلى،

الضيوف الكرام، من الدول الشقيقة والصديقة،

السادة و السيدات الأساتذة الأجلاء،

حضرات السادة والسيدات،

إنه لمن دواعي السرور أن يشارك الاتحاد العام لمقاولات المغرب في تنظيم هذا الملتقى الدولي لمناقشة التحكيم التجاري، ونود في البداية أن نتقدم بتشكراتنا لوزارة العدل على هذه البادرة الطيبة التي من شأنها أن تساهم في تطوير اللجوء إلى التحكيم التجاري. هذا وإننا نعتبر أن هذه المناظرة تنعقد في ظل مناخ يتسم بتسريع وثيرة الإصلاحات التشريعية والقضائية التي من شأنها أن تمنح للمغرب إطارا عاما مساعدا لجلب الاستثمارات الداخلية منها والخارجية.

إن التحكيم التجاري يكتسي بالنسبة للمقاولات أهمية قصوى، وذلك لحل النزاعات التي قد تنشأ عن تعاملاتها التجارية، وتتجلى هذه الأهمية في سرعة حل هذه النزاعات و ذلك مقارنة مع السير العادي للمساطر القضائية مع ضمان النزاهة الواجبة توفرها في مثل هذه الحالات. لذلك فإن اعتماد المقاولات على حل نزاعاتها التجارية عن طريق التحكيم هو خيار استراتيجي.

ومع ذلك يبقى التحكيم التجاري غير معروف لدى عدد كبير من المقاولات، خصوصا المتوسطة والصغرى، وإذا عرفنا أن هاته المقاولات تمثل أكثر من 90 ٪ من النسيج المقاولاتي المغربي فلنا أن نستنتج أن هذه الآلية لحل النزاعات التجارية لا تستعملها إلا نخبة من المقاولات، ولنا أن نتساءل لماذا؟ وسنجد عدة أجوبة منها:

الكلفة المرتفعة للتحكيم والتي غالبا ما تشكل عقبة لدى عدد المقاولات للجوء إليه.

عقلية بعض أرباب المقاولات التي ترفض أن يتولى شخص خارج المحاكم مهمة حل نزاعاتها التجارية و كذلك اعتمادها كليا على الحل القضائي.

عدم توفر المغرب على مدونة للتحكيم واضحة ومتكاملة تغطي كافة الجوانب المتعلقة بالتحكيم التجاري.

غير أن أهم هذه الأسباب يكمن في غياب شبه كلي لحملات تحسيسية للمقاولات باللجوء إلى التحكيم.

وفي هذا الإطار، فإن الاتحاد العام لمقاولات المغرب، وعيا منه بضرورة توعية المقاولات من أجل اللجوء إلى الطرق غير القضائية لحل النزاعات التجارية، قد قام منذ سنة 1997 بخلق مجلس للوساطة، هدفه المساهمة في حل النزاعات التي قد تنشأ عن التعاملات التجارية والاجتماعية، وقد ساهم هذا المجلس في حل العديد من المشاكل عن طريق الوساطة، وقام أيضا بنشر ثقافة اللجوء إلى العدالة الخاصة، بدل اللجوء إلى المحاكم، وقد تم تحويل هذا المجلس من مجلس للوساطة إلى مؤسسة وسيط الاتحاد العام لمقاولات المغرب لإعطائه وزنا أكبر ولجعله قادرا على التدخل الفعال في حل النزاعات التجارية.

السيد الوزير الأول،

السيد وزير العدل،

السيد الرئيس الأول للمجلس الأعلى،

السادة الضيوف الكرام،

أيها الحضور الكريم،

إن من شأن وضع مدونة للتحكيم واضحة ومتكاملة تحظى باتفاق كافة الأطراف المعنية بها، أن تساعد المقاولات على اللجوء لهذا الخيار، وفي هذا الصدد تم إنشاء مجموعة عمل بلجنة قانون المقاولة داخل الاتحاد ستنكب على دراسة مشروع مدونة التحكيم وتقديم وجهة نظر الاتحاد العام لمقاولات المغرب في هذا المجال.

و في هذا الصدد أيضا، لا بد وأن نشير إلى ضرورة إدخال الشروط التحكيمية إلى جميع العقود التجارية التي تبرمها المقاولات بمناسبة تعاملاتها التجارية حيث من شأن هاته الشروط أن تضمن حلولا سريعة وفعالة في حالة وقوع نزاعات تتعلق بهذه العقود.

و في الأخير، يجب التنويه بهذه الندوة التي تشكل خطوة هامة في دعم المجهود الذي تقوم به وزارة العدل بمشاركة باقي الفاعلين والهادفة إلى توسيع اللجوء إلى التحكيم التجاري وتخفيف العبء على المحاكم.

كما لا يمكننا إلا أن نشكر هذه الوزارة على كل المجهودات التي تقوم بها من أجل إصلاح القضاء وذلك من أجل تنمية مستديمة في إطار سياسة تنموية شاملة بهدف الرفع من مستوى الاستثمار سواء الداخلي أو الخارجي.

ROYAUME DU MAROC • المملكة المغربية
مركز النشر والتوثيق القضائي
CENTRE DE PUBLICATION
ET DE DOCUMENTATION JUDICIAIRE

عرض تقديمي لندوة
التحكيم التجاري الداخلي و الدولي

د. إدريس الضحاك
الرئيس الأول للمجلس الأعلى

سيادة وزير العدل الأستاذ محمد بوزبع،

سيادة رئيس محكمة النقض المصرية رئيس مجلس القضاء الأعلى الأستاذ فتحي عبد القادر خليفة،

سيادة الوكيل العام للملك لدى المجلس الأعلى الأستاذ عبد المنعم المجبود،

سيادة الوالي،

سيادة رئيس الاتحاد العام للمقاولات بالمغرب الأستاذ حسن الشامي،

أصحاب السيادة الوزراء،

أصحاب السيادة السفراء،

أصحاب السيادة سيداتي سادتي أيها الحضور الكريم،

تنعقد هذه الندوة في إطار التوجيهات الملكية السامية الواردة في خطاب صاحب الجلالة الملك محمد السادس نصره الله عند افتتاحه السنة القضائية يوم 29 يناير 2003؛ حيث دعا صاحب الجلالة 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 الأجنبي» ولذلك حظيت هذه الندوة بشرف الرعاية الملكية لأشغالها.

ولقد هيئ مشروع مدونة التحكيم التجاري ودعيت لعقد هذه الندوة مجموعة مرموقة من الخبراء الدوليين والوطنيين من قضاة وأساتذة ومحامين ورجال أعمال لمناقشة هذا المشروع قبل أن يأخذ طريقه نحو البرلمان وإغنائه بملاحظاتهم وآرائهم؛ فكان هذا أول هدف لهذا اللقاء العلمي الرفيع، أما الهدف الثاني فهو المساهمة في توسيع مجال التوعية بأهمية التحكيم التجاري باعتباره وسيلة ناجعة تستجيب لرغبات التجار ورجال الأعمال في حل النزاعات بالشكل العملي والناجع؛ لما يمتاز به التحكيم من سرعة في البت (أحيانا شهر واحد) والتقليص في النفقات بالقياس مع العدالة الرسمية، وسرية في حفظ المعلومات لعدم وجود جلسات عمومية يلجها كل الراغبين في الحضور، كما يحترم سلطان الإرادة في اختيار الأطراف لمحكميهم من بين التقنيين العارفين المطلعين على أحوال النزاع وجزئياته التخصصية ناهيك عما يتمتع به المحكم من أريحية في الوقت تمكنه من التعمق في الدراسة دون ضغط من الزمن، إذ لا تكون مكدسة على كاهله مجموعات كبيرة من القضايا المتنوعة كما هو الحال في المحاكم بمختلف درجاتها؛ وأخيرا يعالج التحكيم إشكالية السيادة القضائية للنزاع عندما تكون هناك أطراف أجنبية، وكل منها تطالب بخضوع النزاع لمحاكمها الوطنية ولقوانينها المحلية؛ فيأتي التحكيم ليمنح الأطراف الحل الأمثل الحيادي باختيار كل الجنسيات في المحكمة التحكيمية أو اللجوء إلى محكم ذي جنسية محايدة أجنبية عن الأطراف، بالإضافة إلى أن الأطراف أحرار في اختيار مكان التحكيم ولغته وقواعد الإجراءات وقواعد القانون المطبق والتمثيل القضائي، وتعزيزا لكل ذلك هناك اعتراف دولي بالمقررات التحكيمية، فهي خاضعة للتنفيذ في العديد من الدول (أكثر من 130 دولة صادقت أو انضمت لاتفاقية نيويورك لسنة 1958 حول تنفيذ المقررات التحكيمية) في حين يلقى تنفيذ الأحكام عراقيل في بعض الدول، وأخيرا تنعقد هذه الندوة بمبادرة من المجلس الأعلى في قمة الجهاز القضائي المغربي لتبلغ رسالته من القضاء إلى عالم الاقتصاد والمقاولات فحواها تدعيم هذه الطريقة لفض النزاعات، لما يرى فيها من عمل متكامل وليس متعارضا مع العدالة الرسمية من جهة، وما لها من انعكاسات إيجابية على حسن الإدارة القضائية من جهة أخرى، إذ من شأنها أن تخفف العبء الثقيل على المحاكم، وتقلص من عدد القضايا الذي يعتبر الوسيلة الأمثل للرفع من مستوى الأحكام ومعالجة البطء في إصدارها، وهي الظاهرة التي أصبحت عالمية لدى كل الدول المتقدمة أو السائرة في طريق النمو على حد سواء، وليس هناك من تحفظ غير الاحتفاظ للدولة بحق ممارسة السيادة القضائية.

ذلك أنه وفي اجتماع غير رسمي لرؤساء المحاكم العليا يمثلون القارات الخمس عقد بالرباط منذ حوالي خمس سنوات لتدارس مستقبل العدالة في إطار الألفية الثالثة

وعولمة الاقتصاد وحقوق الإنسان، اتفق المجتمعون على أن العالم يشهد اضطرادا متواترا في ارتفاع عدد القضايا في المحاكم لا تقابله نفس الزيادة في الموارد البشرية والتجهيزات؛ وأنه ليس في إمكان الحكومات مسايرة هذه المتطلبات بالشكل الأمثل؛ ولذلك وطالما لا تتوفر الإمكانيات لذلك وجب التفكير في إيقاف هذه الزيادة في عدد القضايا المعروضة على المحاكم أو تخفيف وتيرتها، ولن يتأتى ذلك إلا بإيجاد وسائل بديلة لفض المنازعات، وعلى رأسها التحكيم مدنيا كان أو تجاريا أو حتى جنائيا أحيانا، ويظهر هذا الأمر جليا عندما يقع استنطاق الإحصائيات بالمملكة المغربية منذ استقلالها؛ فلقد كان عدد القضايا الرائجة لدى المجلس الأعلى في السنة القضائية 1958-1959يبلغ 1309 قضية والمحكوم 1490 قضية في حين بلغ في السنة القضائية 2003 ما يتجاوز 40 ألف قضية أي حوالي أربعين مرة أي بزيادة أكثر من 3000 % وبلغ المحكوم أكثر من 43 ألف قضية أي بنفس النسبة تقريبا، ولم يتجاوز عدد القضايا المطلوب النقض فيها من مختلف المحاكم الإقليمية سنة 1957 غير 243 قضية في حين لم تتعد الزيادة للعاملين بالمجلس غير ثمانية أضعاف.

أما مجموع ما سجل في مختلف المحاكم الإقليمية ودوائرها في هذه السنة 1957 فقد بلغ 307.627 والمحكوم 344.841 في حين تجاوز كل من المسجل والمحكوم في السنة الفارطة بالمحاكم الابتدائية والاستئنافية وباقي المحاكم ثلاثة ملايين أي بزيادة 3000%.

وهو أمر يتجاوز بكثير الزيادة السكانية التي انتقلت سنة 1960 (أي سنة الإحصاء العام للسكان – السكان القانونيين) من 11.6 مليون إلى حوالي 30 مليون حاليا أي 300% تقريبا، وهي نسبة ضئيلة بالقياس مع النسب السابقة المتعلقة بالزيادة في عدد القضايا المعروضة على المحاكم1.

ولم يقابل كل ما سلف بنفس الزيادة من الموارد البشرية التي يجب على الأقل أن يجرى تضعيفها مرة واحدة لما هي عليه الآن.

ومع ما ينتظره المغرب من ضرورة الاندماج في النسيج الاقتصادي العالمي الذي يشهد تحولات اقتصادية واجتماعية متنوعة وغلبة اقتصاديات السوق بحيث لم تعد هناك دولة في منأى عن تحكم السوق العالمي في اقتصادها الوطني، وبما بدأ يشهده المغرب من انفتاح على الأسواق الخارجية خاصة بإحداث المناطق الحرة في طريقه

---

[1] - كانت القضايا المعالجة من طرف محاكم المملكة تصل سنة 1970) أي بعد قانون المغربة والتوحيد والتعريب لسنة 5 196. 519.145 (قضية وكان عدد القضاة الممارسين 1114 قاضيا وعندما تضاعف عدد القضايا اليوم 6 مرات لم يساير عدد القضاة ذلك بحيث تضاعف أقل من ثلاث مرات) (حاليا حوالي 3000 قاضي).

نحو الاندماج في الكونية برفع الحدود الجمركية وإتمام خوصصة المؤسسات وخفض الضرائب لاستجلاب رؤوس الأموال الأجنبية والمحافظة على العملة الوطنية وبداية عدم التمكن من التحكم في الكتلة النقدية وانخفاض دور بنك المغرب في المراقبة عليها، وسيطرة الشركات الاحتكارية الكبرى على الأسواق الاقتصادية خاصة منها المتعددة الجنسيات التي انتقلت سنة 1960 من 7000 شركة إلى أكثر من 40 ألف شركة حاليا، تسيطر على حوالي نصف حجم حركة التجارة العالمية، مع ما يعرفه الطريق السيار المعلومياتي من سرعة في التطور غير ملاحق تشريعيا وقضائيا، وظهور نماذج جديدة في التعامل الرقمي وازدياد جرائم مرتبطة بالوسائل الرقمية وأخرى بالتطورات البحثية في ميدان الجينات واستعمالاتها واستغلالاتها المستقبلية، وهي حالات جديدة لم يعرفها القضاء والقانون من قبل؛ بالإضافة إلى ما شهده العالم في نهاية القرن الماضي من تطور سريع وملموس قي تنمية وتيرة السير الديموقراطي واهتمام بضمانات حقوق الإنسان، وبروز مؤسسات جديدة على الساحتين الوطنية والدولية مع تحول كبير في فعالية قواعد القانون الدولي خاصة منها القواعد القانونية الجنائية، حيث برزت على حساب سيادة الدول مفاهيم جديدة ومؤسسات دولية لها قوة الردع منها على الخصوص إنشاء المحكمة الجنائية الدولية، ومؤسسات الإنسان للحقوق، ومؤسسة الوسيط وغيرها، كل ذلك أدى إلى أن القضاء الرسمي أصبح وسيصبح مطالبا في البت في نزاعات جديدة لم يعرفها من قبل أو عرفها لكن بحجم ضئيل عما هي عليه الآن، ومنها ما يتطلب معلومات خاصة تحتم إيجاد القاضي الموسوعي معرفة وهذا غير متيسر حتى في الدول المتقدمة بالعدد الكافي.

ومن ثم فإنه أصبح من الضروري بل ومن الأكيد إيجاد وسائل بديلة للقضاء الرسمي تتجاوب مع متطلبات العصر بعد أن أصبح ضروريا التقليل من عدد القضايا المرتفعة لدى المحاكم، بل صار من اللازم تطوير حتى البدائل التقليدية المعروفة كالتحكيم التجاري الدولي والوطني، إذ ليس مستغربا أن نكون شهودا في يوم ما على انطلاق مواقع رقمية للتحكيم أو ما يمكن تسميته بالتحكيم الرقمي أو cyber arbitrage حيث يقع اللجوء إلى المراكز الأكثر مصداقية منها للحصول على المقرر التحكيمي بعد إدخال كافة البيانات لهذه المراكز خصوصا بالنسبة للنزاعات الصغيرة والمتوسطة.

ولم يكن المغرب بعيدا عما أصبح اليوم يعرف بالبدائل الجديدة لفض النزاعات وهو الدولة التي عرفت أنواعا متعددة من المعاملات الإنسانية لحل نزاعات المؤسسات والأشخاص بالشكل المنصف والعادل سواء داخل القبائل المغربية أو المهن والحرف عن طريق الأمناء أو غيرها من مؤسسات المصالحة والتوفيق والوساطة

والتحكيم المتجذرة في المجتمع المغربي والنابعة من تقاليد إسلامية واجتماعية أعطت في الماضي أحسن النتائج وساهمت في استمرارية وحدة القبيلة ووحدة المدينة ومنهما الدولة؛ فإننا الآن أمام نماذج جديدة لكن بلباس حديث ويستمر التحكيم التجاري يلعب فيها دورا مهما ولو خضع بدوره للتطور.

ذلك أنه إذا نسب إلى العدالة الرسمية بأن معالجتها للقضايا معالجة بطيئة ومكلفة؛ فإن هناك من يرى خصوصا من دول الشرق الأدنى ذات التقاليد العتيقة في اللجوء إلى التسوية بالتصالح عوض التصارع لكل النزاعات التجارية والاجتماعية، وفي الولايات المتحدة الأمريكية ومعها دول أنكلوساكسونية أخرى أن هناك تسويات للنزاعات أكثر ليونة وسرعة ونجاعة من التحكيم وهي تلك المتعلقة بالوساطة والتوفيق والتصالح، حيث أحدثت عدة مؤسسات تعمل على تنمية صيغ جديدة للتسوية أي الطرق البديلة لتسوية المنازعات التي يرمز إليها بحروف Alternative ADR (Dispute Résolution) ومن هذه المؤسسات مركز للموارد العمومية Center for Public Ressources بالولايات المتحدة الأمريكية ومركز فض النزاعات Center for Dispute Resolution.

ومن بين الطرق المقترحة ما يعبر عنه ب Mini trial أي المحاكمة الفرضية المنتشرة في الولايات المتحدة الأمريكية، وهي إجراءات ومساطر للتوفيق أو الوساطة يلعب فيها الوسيط أو الموفق دور المستشار المحايد، وهي لا تنهي النزاع إلا إذا وصل الأطراف بعد مناقشات ومعارضات إلى اتفاق تصالحي Accord Transactionnel وإذا لم يكن هناك عمليا فرق أساسي بين الوسيط والموفق؛ فالأول يساوي الثاني في حالة نشاط وحركة خاصة، فإن دورهما يختلف عن المحكم، ذلك أنهما لا يقومان بأكثر من محاولة تقريب وجهات النظر بين الأطراف في النزاع دون سلطة اتخاذ القرار التي هي السمة المميزة للمحكم.

وإذا أدت المناقشات والمفارضات التي تجرى بواسطة الموفق مثلا إلى اتفاق للأطراف كما هو الشأن في إجراء المحاكمة الفرضية Mini Trial أو بسبب قيام المحكم في إطار بحثه عن التوافق بدور المسهل بل والمثير لهذا الاتفاق التصالحي أو ما يعبر عنه «بالمقرر اتفاق الأطراف» Sentence Accord-partie التي تعمل به غرفة التجارة الدولية بباريس فإن المقرر يأخذ طريقه للتنفيذ كأنه مقرر تحكيم آخر، ومع ذلك يبقى الاختلاف واضحا بين كل من الوسيط والموفق من جهة والمحكم من جهة أخرى حيث يملك الأخير عموما سلطة التقرير، كما أن المسطرة وإن كانت متشابهة بينهم فإن مبدأ الحضورية لا يعمل به إلا في التحكيم، وأنه من حيث المبدأ لا يعين الوسيط أو الموفق

محكما في نفس القضية التي فشل في الوصول إلى اتفاق تصالحي بشأنها، غير أنه يمكن للوسيط في المسطرة التي تسمى Med-arb أي التوفيق – التحكيم أو في التقنية المسماة "التوفيق – وآخر عرض التحكيم" وهو ما يعبر عنه ب Medaloa أي Last offer Mediation and arbitration أن يعين محكما في الأولى وأن يختار كمحكم في آخر الاقتراحات التصالحية للأطراف وهو التوافق الذي يصبح مقررا.

كما أن من بين ما يتميز به التوفيق هو سرية الإجراءات، ومن ثم لا يجوز للأطراف إثارة الاقتراحات والحجج التي قدمت أثناء مرحلة التوفيق في مسطرة أخرى لاحقة.

وعلى كل حال وكيفما كانت الأسماء المتعلقة بالطرق البديلة لحل النزاعات والتي تنمو وتتطور فإنها كلها تتكامل مع بعضها ولا تتناقض خاصة مع التحكيم.

و لذلك لم تجد الأمم المتحدة ولا الدول أو المراكز والمؤسسات سبيلا بالنظر لهذا التكامل إلا أن توصي أو تقرر اعتماد التوفيق وسيلة مهمة أيضا لفض المنازعات2.

و أرى أنه من الضروري ألا ننظر إلى الاسم المعطى لطريقة فض المنازعات أكان تصالحا أو توفيقا أو وساطة أو غيره المهم هو المهمة المسندة للمكلفين بذلك فهؤلاء يعرضون مقترح الحل عرضا ولا يفرضونه فرضا، فقط المحكم هو الذي يقوم بذلك ولو اختلفت الأسماء.

والاتجاه يسير بسبب هذه التحولات التي يشهدها العالم نحو شيوع ثقافة هذه الحلول، ولسوف تسيطر أكثر في الألفية الثالثة، ففلسفة العالم الحالي تتجه نحو المصالحة عوض المصارعة وهناك تحول جذري نحو استعمال هذه الوسائل، فضعف وسائل الدولة تدريجيا لانخراطها في المنظومة الكونية، وفقدها العديد من المداخيل التي كانت تواجه بها مصاريف ومتطلبات العدالة الرسمية خصوصا في ميدان النزاعات المدنية والتجارية، والتطور الحديث في الميدان الرقمي والميدان الجيني

---

[2] - راجع في هذا الشأن توصية الجمعية العامة للأمم المتحدة بمقتضى قرار 4 ديسمبر 1980 ونظام مؤتمر الأمم المتحدة لتنمية التجارة الدولية CNUDCI ونظام المركز الدولي لمعالجة النزاعات المتعلقة بالاستثمارات =CIRDI= المنظم باتفاقية واشنطن 18 مارس 1965= ونظام إجراءات التوفيق لسنتي 1967 و 1984 – ونظام 1994 لمركز التوفيق والتحكيم والخبرة لغرفة التجارة الأوروبية العربية – أو الغرفة التجارية الدولية لسنة 1988، ونظام مركز التحكيم للمنظمة العالمية للملكية الفكرية OMPI لسنة 1994 حول الوساطة، وكذا قوانين بعض الدول حول الوساطة أو التوفيق أو المصالحة القضائية في المواد التجارية والمدنية والأحوال الشخصية بل وحتى الجنائية، ورسالة الوزير الأول الفرنسي المؤرخة في 26 فبراير 1995 حول تشجيع تنمية اللجوء إلى المصالحة من أجل فض النزاعات بطريقة حبية وإحداث نظام الوسيط القضائي، وقانون 8 فبراير 1995 القاضي بتعيين وسيط في جميع مراحل الدعوى المدنية ودراسة مجلس الدولة الفرنسي المسماة .

"régler autrement les conflis conciliation, transaction, arbitrages en matière civile, in Doc.Française1993 "

سيقلل من أهمية الجزاء كعنصر في السياسة الجنائية لصالح الإجـــراءات العلاجية والتوافقية والتصالحية بتفضيل مصلحة الضحية على الحق العام في العديد من الحالات، أي أن العالم خاصة في الميدان التجاري يتجه نحو استكمال عولمة القضاء والقانون التجاريين وليس هناك من إيقاف لهذا الزحف ما دام العالم سيصبح قرية واحدة.

والمغرب الذي كانت كل هذه الطرق من مميزات تقاليده الألفية لا يجد أية صعوبة في التمسك بها وتطويرها، وتكفي الإشارة إلى أنه بالرغم من عدم وجود نص تشريعي يتعلق بالتحكيم التجاري الدولي فإن القضاء المغربي سار على تطبيق مقتضياته الواردة خاصة في اتفاقية نيويورك لسنة 1958 ولم ينتظر المشرع ليقول كلمته، ويأمل المغرب بالنظر لوجوده جغرافيا ملتحقا بأوروبا لقربه منها بأقل من 14 كلم ومتجذرا في إفريقيا ومتوسطا العالم الجديد والقديم في أقصى غرب الدول العربية، وعلى منفذ بحري استراتيجي كمضيق جبل طارق المتحكم في أكثر من ثلث التجارة العالمية؛ بثقافاته المزدوجة ومظاهره التسامحية التي تعتبر قطب الرحى في نظام الوساطة والتوفيق والتحكيم، يأمل أن يقوم بدوره في تنمية الطرق البديلة، لفض المنازعات خاصة التحكيم التجاري منها وما هذه الندوة التي ليست اليتيمة من نوعها فقد عقدت ندوات ومؤتمرات عديدة من قبل خاصة الندوة الدولية حول التحكيم في دول العالم النامي لسنة 1981 والمؤتمر السابع للمحكمين البحريين لسنة 1985 المنظمتين بالدار البيضاء من طرف غرفة التحكيم البحري بها لخير مثال يذكر على الاهتمام البالغ الذي يوليه المغرب لهذا الموضوع.

وإنه لمن اليقين التأكيد على أن هذه الندوة التي يشارك فيها نخبة من كبار الخبراء الدوليين والوطنيين الذين نغتنم الفرصة للترحيب بهم بين أهليهم وذويهم بقدر ما نرحب بكل السيدات والسادة الحاضرين، ستحقق أهدافها التي عقدت من أجلها ألا وهي إشاعة ثقافة اللجوء إلى التحكيم كمظهر حضاري وسلمي لفض النزاعات، وإغناء وإثراء مشروع مدونة التحكيم بالملاحظات والاقتراحات القيمة من أجل عالم يسوده السلم الاقتصادي والأمن الاجتماعي والثقة التجارية والأمن القانوني إذ بدون ذلك لا يمكن تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية التي هي السبيل الأمثل نحو تدعيم الديمقراطية وترسيخ دولة الحق والقانون التي يحيطها جلالة الملك محمد السادس نصره الله بكل جهده واهتمامه.

و الله الموفق

الجلسة الأولى

تلخيص و ترجمة

ذ. عبد العزيز يعكوبي

مستشار بالمجلس الأعلى

COUR SUPREME المجلس الأعلى
ROYAUME DU MAROC المملكة المغربية
CENTRE DE PUBLICATION ET DE DOCUMENTATION JUDICIAIRE مركز النشر والتوثيق القضائي

ملخص المداخلة الأولى

التحكيم التجاري : من التشكك إلى المصداقية

السيد عبد الصادق ربيع
الأمين العام للحكومة

عنوان هذه المداخلة يحدد موضوعها وحدودها : فالأمر يتعلق بالبحث، في سياق مراجعة المقتضيات التشريعية الحالية، عن الأسباب في الاهتمام المحدود الذي يوليه الفاعلون لهذه الوسيلة. وسيتم انطلاقا من هذا التحليل، اقتراح بعض السبل التي من شأنها أن تجعل من التحكيم وسيلة أكثر تداولا، مع توضيح الأهمية التي تكتسيها باقي الوسائل البديلة الأخرى في فض النزاعات ومن جملتها الوساطة.

المبحث I : ملاحظات

يتعين بداية إبداء ملاحظة أولية تتمثل في كون التحكيم الداخلي يمارس بشكل محدود من طرف الفاعلين المغاربة، رغم كون قانون المسطرة المدنية ينظمه، ورغم كون القانون المحدث للمحاكم التجارية أشار إلى بعض مجالات تطبيقه. وفي نفس الوقت يلاحظ بأن التحكيم الدولي، رغم عدم تنظيمه بواسطة القانون الداخلي، يشكل الوسيلة المتداولة في فض النزاعات، خاصة عن طريق اللجوء إلى هيئات دولية مثل الغرفة التجارية الدولية و CRDI، في حدود اختصاص هاتين المؤسستين.

وإذا كان اللجوء إلى مسطرة التحكيم يعتبر أمرا متداولا بالخارج، فإن هذه المسطرة لا تحظى في المغرب بنفس الاهتمام وهناك أسباب كثيرة تفسر عدم لجوء الفاعلين المغاربة لهذه المسطرة إلا إذا اقتضى ذلك اتفاق دولي.

واعتبارا لذلك يتعين فحص هذه الأسباب لتحديد عوامل التشكك في التحكيم. وقبل تحليل هذه النقاط، يتعين بداية تحديد المفاهيم التالية: الحل البديل للنزاع، مفهوم التحكيم، ومفاهيم الوساطة والصلح.

I - مفهوم الحل البديل :

الحل البديل يعني مجموع التقنيات القانونية الاتفاقية المستعملة من قبل الأطراف لتفادي أو لحل نزاع خارج المسطرة القضائية.

II – مفهوم التحكيم :

في غياب تعريف قانوني للتحكيم، يمكن اعتماد تعريف اتفاقية التحكيم والذي يستفاد منه أن التحكيم هو الاتفاق المبرم بين الأطراف لعرض النزاع القائم أو الذي سينشأ، على الغير مع الاعتراف بالطابع القضائي للقرار الذي سيصدر عنه.

III – مفهوم الوساطة والصلح :

إن الوساطة والصلح قريبان من التحكيم ولكنهما تختلفان عنه. وتعرفان بأنهما: "الاتفاقات التي يلتزم بمقتضاها الأطراف، في حالة وقوع نزاع بينهم، على التفاوض من اجل إيجاد حل ودي للمشكل قبل اللجوء إلى القضاء. وهذا التفاوض يمكن أن يتم بواسطة تدخل الغير: الوسيط أو القائم بالصلح. والتنصيص على هذا الشرط يوجب على المتنازعين احترام مسطرة التفاوض.ولكن هذا الوجوب يقف عند هذا الحد. فهم غير ملزمين إطلاقا بعقد أي اتفاق، وبالتالي إذا فشلت مسطرة الوساطة أو الصلح يمكن للأطراف اللجوء إلى القاضي أو المحكم لحل النزاع".

و القائم بالصلح تنحصر مهمته في حث الأطراف على التوافق والتقريب في مواقفهم. أما الوسيط فهو يلعب دورا أكثر باقتراحه على الأطراف حلا معينا، مع احتفاظهم بكامل الحرية لقبوله أو رفضه.

وبعد توضيح هذه المفاهيم يتعين مناقشة حالة التشكك التي يثيرها التحكيم على الرغم من المزايا العديدة التي يمنحها. وحالة التشكك هذه تجد مصدرها في عامل ايديولوجي، يستند هو الآخر إلى مشاكل واقعية.

1 – العامل الايديولوجي :

إن فكرة كون تعريف العدالة هو من اختصاص الدولة ومؤسساتها تعتبر مسألة متجذرة بعمق في قناعتنا الجماعية وهي تستند إلى إيديولوجية تعطي الأسبقية للدولة ولكل ما هو سياسي، وهذا يولد الاحتراز والحذر من العدالة الخاصة.

2 – حذر المتنازعين :

إن التحكيم على الرغم من بعض السلبيات التي قد يثيرها فإن مزاياه تبقى عديدة..

أ – الإيجابيات المتوخاة من التحكيم :

هذه الايجابيات عديدة ويمكن حصرها فيما يلي :

السرعة في فض النزاع.

الطابع السري لمسطرة المنازعة.

مرونة مسطرة المنازعة.

الاختصاص التقني والمهني للمحكم.

ضمان الحياد بالنسبة للأجنبي الذي يعتبر طرفا في النزاع.

التخفيف من عبء القضايا التي تثقل كاهل المحاكم.

ب – مساوئ أو نقائص التحكيم :

إن إيجابيات التحكيم، وخاصة التحكيم الدولي، لا ينبغي أن تخفي المساوئ التي تعتري هذه الوسيلة خاصة على المستويات التالية:

المصاريف الباهضة التي تتطلبها مسطرة التحكيم مقارنة مع مصاريف التقاضي أمام القضاء الرسمي.

عدم توافر الأطراف على الضمانات الكافية بخصوص شخص المحكم وحياده ومهنيته.

المبحث الثاني: الاقتراحات من أجل إعادة المصداقية :

مصداقية المؤسسة، تقوم أساسا على استجابتها بفعالية للأهداف التي أنشئت من أجلها، وهذا يقتضي جعل مؤسسة التحكيم تسير وفق الشكل الذي يضمن الإيجابيات دون السلبيات، عن طريق إصلاح تشريعي يتجاوز النقائص التي سبق

الحديث عنها، وهذا الإصلاح يستوجب إعادة المصداقية للتحكيم على المستويات التالية: مجاله، مسطرته أوصاف المحكمين، وكذا على مستوى تنفيذ القرار التحكيمي .

I – إضفاء المصداقية على مجال سريان التحكيم :

يجب بداية تحرير التحكيم من مفهوم النظام العام وبالتبعية حصر مجال التحكيم في النزاعات التجارية كما يتعين تمكين أشخاص القانون العام من اللجوء إلى التحكيم مع مراعاة المقتضيات التي تضمن تنفيذ القرار التحكيمي.

1– النظام العام :

مفهوم النظام العام :

قواعد النظام العام، بشكل عام، هي تلك القواعد التي يعتبر قيامها ضروريا لحماية التنظيم السياسي والاجتماعي والاقتصادي للدولة.

و قد حاول الفقه والقضاء تحديد مفهوم النظام العام من أجل احتواء معناه. ويميز بعض الفقه، بهذا الخصوص، بين النظام العام التقليدي والنظام العام الاقتصادي. ويلاحظ البعض الآخر أن المشرع المغربي من خلال هذا الاصطلاح يعني المفاهيم الكلاسيكية للشرطة الإدارية.

ROYAUME DU MAROC • المملكة المغربية
CENTRE DE PUBLICATION ET DE DOCUMENTATION JUDICIAIRES

آثار مفهوم النظام العام على التحكيم :

النظام العام يمكن أن يكون له أثران على التحكيم فيمكن بداية أن يكون مانعا من سريان التحكيم، ويمكن ثانيا أن يفرض على المحكم.

★ النظام العام يمنع التحكيم :

ينص الفصل 62 من قانون الالتزام والعقود على أن الالتزام الذي لا سبب له أو القائم على سبب غير مشروع يعتبر كأن لم يكن. ويعتبر السبب غير مشروع إذا كان مخالفا للآداب العامة أو النظام العام، أو القانون.

والمنع من إبرام اتفاق يكون سببه مخالفا للنظام العام لا ينبغي أن يكون له طابع خاص بالنظر لباقي أسباب البطلان الأخرى التي تطال الاتفاق غير المشروع، الواردة بمقتضى المفهوم العام للفصل المذكور أعلاه..

و عدم قابلية المسائل التي لها اتصال بالنظام العام للتحكيم لا تعتبر محل خلاف، لكن التنصيصي على ذلك قانونا يدخل نوعا من الشك في مصداقية التحكيم. والمقتضيات الحالية تحمل على الاعتقاد بأن التحكيم هو الذي يعتبر ممنوعا باسم النظام العام، والحال أن الاتفاق الذي ينص على التحكيم بخصوص مسألة لها ارتباط بالنظام العام، هو الذي يعتبر غير مشروع. ومن ثم فان التنصيص على كون المسائل التي لها اتصال بالنظام العام لا يمكن أن تخضع للتحكيم يعتبر من باب الحشو والإطناب والذي من شانه إدخال نوع من التشكك في آلية التحكيم.

و التساؤل المطروح بهذا الخصوص يتعلق بتحديد القاضي الذي ينعقد له اختصاص التقرير في مسالة مخالفة النظام العام: هل يجب أن يكون القاضي الرسمي أو يمكن أن يكون المحكم نفسه.؟ وبتعبير آخر، هل القاضي الرسمي هو وحده المختص في التقرير في مسألة إبطال الاتفاق المخالف للنظام العام. وأن المحكم، سواء تعلق الأمر باتفاق تحكيمي أو باتفاق أصلي، يتعين عليه التصريح بعدم اختصاصه لتقدير مسألة بطلان الاتفاق؟.

الجواب على هذا السؤال يتوقف على الثقة التي يمكن وضعها في المحكم من جهة، كما يتوقف من جهة أخرى على المقتضيات التشريعية التي يجب من خلالها تذكيره بوجوب التحقق من اختصاصه ومن قانونية الاتفاق المؤسس لهذا بين الأطراف وهذا دور المحكم، وثانيا بالنسبة للجميع وهذا هو دور القاضي.

وسواء كان هذا القانون ذا طابع آمر أولا، وسواء تم اعتباره قانونا ضبطيا أو قانونا عاديا المهم هو أن يقوم الغير المعروض عليه النزاع بتطبيقه بشكل صحيح، أو التصريح بعدم اختصاصه لتطبيقه. والإشكال يصبح إذن مطروحا في صورة اختصاص المحكم، وليس في صورة تحكيمية الاتفاق.

2 – الأشخاص المعنوية العامة :

إن النص الحالي يمنع بصورة شبه مطلقة على الأشخاص المعنوية العامة اللجوء إلى التحكيم الداخلي إلا إذا نص القانون صراحة على خلاف ذلك.

وهذا المنع يعتبر مبالغا فيه، خصوصا إذا اعتبرنا أنه مؤسس على افتراض ايديولوجي مؤداه عدم إمكانية تخلي الدولة عن امتياز مقاضاتها أمام محاكمها.

والتساؤل المطروح هو : هل يمكن للأشخاص المعنوية العامة، أي الدولة، الجماعات المحلية والمؤسسات العمومية، اللجوء إلى التحكيم وبأية شروط ؟.

أ – المقاربة الفرنسية :

إن هذه المسألة كانت في فرنسا، موضوع تقرير لمجلس الدولة تحت عنوان:"حل النزاعات بشكل آخر: الصلح، الوساطة والتحكيم في المجال الإداري" والذي تناول إشكال اعتماد هذه الوسائل لحل النزاعات ذات الطابع الإداري، والذي يمكن أن يفيد في إطار المقاربة التمهيدية لهذا التساؤل قبل تحليل أهمية الترخيص للأشخاص المعنوية باللجوء لهذه الوسائل بالمغرب.

والنقاط التي أوضحها هذا التقرير يمكن إيجازها باختصار فيما يلي :

حل النزاعات الإدارية يتم وفق الوسائل الكلاسيكية المتمثلة في المسطرة القضائية.

إمكانية اعتماد وسائل أخرى لحل هذه النزاعات في حالات معينة استجابة لبعض المتطلبات.

إيضاح الأسباب المستوجبة لاعتماد هذه الوسائل والمتمثلة في هاجس الوقاية من المنازعة للتخفيف من كم الملفات المعروضة على المحاكم إضافة إلى مزاياها الأخرى المتجسدة في سرعة البت، السرية، والمرونة.

– التجارب الأجنبية توضح بأنه إذا كانت غالبية الدول تبحث عن وسائل بديلة لحل النزاعات في المجال الإداري، فإن قانونها الوضعي لا يكرس هذه الوسائل بشكل أكبر وان كان الفقه والواقع يوليان اهتماما كبيرا لهذه الوسائل.

والأسباب التي تم اعتمادها في فرنسا لتبرير تخصيص حيز أكبر للوسائل البديلة في حل النزاعات ذات الطابع الإداري تعتبر قائمة بالنسبة لحالتنا الوطنية.

ب – تقييم :

التحكيم والدولة: يمكـــن للدولة اللـــجوء إلى التحكيم شريطة أن تكون المسألة النزاعية غير متعلقة بدعوى المشروعية، وأن يتم التصديق على القرار من طرف القاضي المختص، ليس من أجل رقابة قيمة القرار، ولكن بهدف إجبار الإدارات المعنية بالتنفيذ على الخضوع للقرار المكتسي لقوة الشيء المقضي به. وتدخل المشرع لإقرار هذه الإمكانية يجب أن تستجيب للشروط التالية:

• **إمكانية خاضعة للرقابة : يجب التأكيد على كون اللجوء إلى التحكيم لا يمكن الترخيص به إلا إذا كانت آليات الرقابة الموضوعة رهينة بضمان ما يلي:**

أن تكون هذه الوسيلة في مصلحة الدولة، وتحقيق المصلحة العامة لا يتنافى واللجوء إلى محكمة تحكيمية.

المسألة التي سيقع البت فيها يجب ألا ترتبط بمصالح لا تسمح طبيعتها باستبعاد فحصها من قبل النيابة العامة، بالنظر للآثار التي يمكن أن تترتب عنها خارج الأثر النسبي للقرار.

• **إمكانية اتفاق الأطراف :**

اتفاقية التحكيم تخضع لإرادة الأطراف وهي اختيارية ولا يمكن فرضها من قبل الإدارة.

• **إمكانية محدودة :**

إن إمكانية اعتماد التحكيم يجب حصره في مجالات معينة.وهذه الإمكانية يمكن اعتمادها بخصوص النزاعات المتعلقة بالعقود التي تبرمها الدولة سواء كانت ذات طابع خاص أو إداري.

• **وجوب ملاءمة هذه المسطرة لخصوصيات الأشخاص المعنية :**

هناك مبدآن يقودان هذه الخصوصية: ضرورة تعليل القرار التحكيمي، ووجوب اعتماد القانون الواجب التطبيق والقواعد المسطرة القانونية. ولا يتمتع الأطراف بأي خيار بهذا الخصوص.

ومن المفيد التنصيص على أن هيئات التحكيم والوساطة المقبولة من طرف الدولة هي وحدها التي يمكن اختيارها فيما يتعلق بالاتفاقات التحكيمية التي تخص الدولة.

- فيما يتعلق بالمقاولات العمومية :

بالنظر لتطور القطاع العمومي، وسياسة تحويل المؤسسات العمومية العاملة في القطاع الصناعي والتجاري إلى شركات مجهولة الإسم، لاشيء يمنع المؤسسات

العمومية التي تحكمها قواعد القانون الخاص، من التفاوض بحرية، وهي تلجا إلى الاتفاق التحكيمي أو إلى الوساطة بحسبما تقتضيه المصلحة.

والاتفاقات التحكيمية التي تبرمها هذه المؤسسات تخضع لمسطرة تصديق خاصة، ويجب إحالتها تلقائيا على المجلس الجهوي للحسابات التي توجد هذه المؤسسات داخل نفوذه.

- فيما يتعلق بالمؤسسات العمومية :

انسجاما مع المعيار المستخلص أعلاه، يمكن القول بأنه ليس هناك مجال لوضع منع عام بخصوص التحكيم، وأنه يتعين إعطاء الأجهزة المسؤولة عن تسيير المؤسسات العمومية إمكانية اللجوء إلى التحكيم إذا كانت مصلحة المؤسسة تستدعي ذلك، وإذا كانت الوزارة الوصية لا تعتبر الاتفاق التحكيمي منافيا للمصلحة العامة ولحسن تدبير الأموال العمومية.

- فيما يتعلق بالجماعات المحلية :

بالرجوع إلى مقتضيات المادة 101 من الدستور، فإن الجماعات المحلية تنتخب هيئات لتسيير شؤونها بطريقة ديموقراطية، وفقا للشروط المحددة قانونا. والاستقلال المعترف به لهذه الهيئات، حتى وإن كانت خاضعة لوصايات معينة، يمكنها من اختيار الوسائل البديلة لفض نزاعاتها.

و الميثاق الجماعي، من جهته، يعطي الجماعات دورا أساسيا في التنمية الاقتصادية والاجتماعية داخل نفوذها الترابي، وذلك بتخصيص المادة 42 لعمليات الشراكة التي يجب على المجلس الجماعي القيام بها مع القطاع الخاص الوطني أو الدولي. والاتفاقات التي تجسد هذه الشراكة يجب أن تتضمن الشروط التي يمكن للقطاع الخاص اللجوء إليها ومن جملتها الصلح.

و نظرا لتعدد نسيج الجماعات المحلية القائمة، فإنه مع الاعتراف لهذه الجماعات بإمكانية اللجوء إلى التحكيم، يجب على القانون منح الحكومة الإمكانيات اللازمة حتى يكون إعمال هذه التقنيات منسجما مع الوسائل التي تتوافر عليها الجماعة. ويجب أن ينص التشريع على إدماج المجالس الجهوية للحسابات في فحص الاتفاقيات التي تتضمن هذه الشروط.

- ج – التحكيم المحصور فيما هو تجاري :

إن تطور مسطرة التحكيم رهين بحصرها في المجال التجاري فقط، مع التحفظ بشأن ما يمكن أن تنص عليه تشريعات خاصة من اشتراط وجوب سلوك الأطراف لمسطرة خاصة في حل النزاع سابقة أو بديلة للمسطرة القضائية.و الرغبة في حماية الأطراف التي لم تتعود على الاتفاق التحكيمي، تقود المشرع لزوما إلى مضاعفة الإجراءات الوقائية، ومن جملتها تلك المتعلقة بعدم قانونية بعض مجالات التحكيم.

واعتبارا لذلك، فإن غير التجار ليسوا بحاجة، كما هو الشأن بالنسبة للتجار إلى التقنيات التحكيمية، كما أن التجار إذا كانوا بحاجة إلى الحفاظ على العلاقات الطيبة بخصوص النشاطات التي تربطهم بالغير عن طريق سلوك المسطرة التحكيمية كلما لم تتعارض مع النظام العام، فان الأمر ليس كذلك بالنسبة لغير التجار. وبالمقابل، فإن النزاعات غير التجارية يمكن أن تخضع لمساطر الوساطة الاتفاقية أو الصلح القانوني.

و فتح باب التحكيم أمام مختلف أصناف المنازعات يمكن أن يؤدي إلى تعقيد هذا النظام، الذي ما يزال غير ناضج، مما ينعكس سلبا على حل المشاكل الواقعية بشكل ملموس. وليس هناك ما يمنع من توسيع دائرة الإصلاح المقترح، لتشمل نزاعات أخرى، إذا أثبتت التجربة، حسب الوضع المقترح، أهمية تطبيقها في حالات أخرى.

و يقترح بهذا الخصوص، التنصيص على التطبيق الكامل للمقتضيات الواردة في القانون المحدث للمحاكم التجارية التي تنص على أن الأطراف يمكنهم الاتفاق على إخضاع النزاعات المحددة أعلاه، على مسطرة التحكيم طبقا لمقتضيات المواد من 306 إلى 307 من قانون المسطرة المدنية.

و حصر التحكيم في المجال التجاري يمكن جزئيا من حل تعقيد الشرط التحكيمي والبيانات التي يجب أن يتضمنها ليكون صحيحا.

- II – الشرط التحكيمي والاتفاق التحكيمي :

يتعين بداية التذكير بأن الشرط التحكيمي يجب أن يكون موضوع مقتضيات خاصة تحدد بشكل واضح نظامه القانوني. ويتعين خصوصا تمييزه عن الاتفاق التحكيمي.

و يشترط لصحة الشرط التحكيمي تحديد المحكم في الشرط، كما يقترح تفاديا لكل صعوبة، تنصيص الشرط على احترام المحكمين للقانون الواجب التطبيق على

النزاع، إلا إذا اتفق الأطراف على تطبيق مقتضيات معينة وقت نشوء النزاع. وتمييزا للشرط التحكيمي عن العقد المرتبط به يتعين الإشارة إليه بوضوح في تسمية العقد الأصلي، مثلا: عقد بيع مع شرط تحكيمي".

- III – إضفاء المصداقية على المحكمين :

اختيار المحكمين

نجاح الإصلاح رهين بمهنية المحكمين، وعلى الأقل يجب أن تكون لهؤلاء مصداقية تجاه الأطراف وهذه المصداقية تقتضي: أن يكونوا أكفاء، نزهاء، نشطاء، منظمين، وأن تكون أتعابهم في الحدود المعقولة.

و لهذا الاعتبار من المفيد التذكير بما يلي :

يجب أن يكون المحكمون أشخاصا مستقيمين، وفي جميع الأحوال يجب ألا يكونوا قد تعرضوا لإدانة جنائية بخصوص ارتكاب جرائم تحمل على التشكيك في أخلاقهم واستقامتهم. ويقصد بذلك الجرائم العمدية المنصوص عليها في قانون الشركات التجارية أو الواردة في القانون التجاري، أو في القانون حول حرية الأسعار والمنافسة، وكذا المقتضيات الواردة في القانون الجنائي المتعلقة بالمساس بأموال وملكية الغير.

أن يكونوا قادرين على ممارسة نشاطهم بشكل مهني، كما هو الشان بالنسبة لكل مهنة حرة.

أن يتم الاعتراف بهم من قبل السلطة القضائية وأن يكونوا مسجلين في لوائح مهنية.

أن يتعرضوا إلى عقوبات قاسية في حالة خيانة ثقة الأطراف.

و فيما يتعلق بإمكانية مزاولة القضاة الممارسين لمهمة التحكيم، تجب الإشارة أن القضاة بالخارج مدعوون لإصدار قرارات تحكيمية. والدولة باعترافها للقضاة الممارسين بإمكانية اختيارهم كمحكمين أو وسطاء تعبر بوضوح عن إرادتها في تحقيق تحكيم في المستوى. ورغبة في ضمان المستوى العالي للوظيفة التحكيمية، يستحسن حصر هذه الإمكانية بالنسبة لقضاة المجلس الأعلى، حسب مسطرة يشترك فيها كل من المجلس الأعلى للقضاء ورئاسة المجلس الأعلى. ويتعين بهذا الخصوص تفادي التجاوزات التي أدت في فرنسا إلى إلغاء هذه الإمكانية.

CENTRE DE PUBLICATION ET DE DOCUMENTATION JUDICIAIRE

تشجيع التحكيم المؤسساتي :

يتعين اتخاذ تدابير خاصة من أجل تشجيع التحكيم المؤسساتي عن طريق إعطاء الدولة مساعدة للهيئات المختصة للقيام به.

ويمكن التفكير على وجه الخصوص، في إعطاء الغرف المهنية الوسائل الضرورية كي تخلق وتقوي بداخلها أجهزة تحكيم ووساطة على شاكلة ما هو موجود في بعض الغرف المهنية الأجنبية الوطنية والدولة. كما يؤمل دون أن يكون ذلك مفروضا قانونا، أن تقوم الهيئات النقابية المهنية بخلق لجان تحكيم يعهد إليها بحل الخلافات بين أعضائها.

IV – إضفاء المصداقية على المسطرة :

إضفاء المصداقية على المسطرة المتبعة في التحكيم تعتبر نقطة أساسية ويجب الحرص على سن آليات قانونية واضحة ودقيقة حتى لا يتحول التحكيم إلى منحة لذوي النيات السيئة المتخصصين في التسويف والمماطلة.

و يمكن للأطراف استبعاد كل القواعد المسطرية التي يتنافى تطبيقها مع مسطرة التحكيم. غير أنه، ورغبة في منع تطبيق قواعد مسطرية قد يكون فيها نوع من المخاطرة بحقوق الأطراف، يتعين التنصيص على أن المحكم ملزم بتطبيق القواعد المسطرية الواردة في القانون العام، باستثناء تلك المستبعدة صراحة، سواء من قبل الأطراف بمقتضى اتفاق مشترك أو من قبل النظام التحكيمي للمؤسسة التي لجؤوا إليها.

المبحث الثالث : التحكيم الدولي :

إن أهداف المقتضيات ذات الطابع الداخلي المتعلقة بالتحكيم الدولي تختلف عن الأهداف المتبعة في إنعاش التحكيم الداخلي. ويرجع ذلك أولا إلى كون التحكيم الدولي ليس في حاجة إلى إنعاش.

فالتحكيم في المجال الدولي، يعتبر أكثر استعمالا في المغرب على الرغم من عدم وجود قانون داخلي ينظمه. وسبب ذلك انضمام المغرب إلى الاتفاقيات الدولية في مجال التحكيم الدولي، وكذا إلى الاتفاقية الثنائية لحماية الاستثمار التي تضمن شرط إسناد الاختصاص للسيردي CRDI في حالة نشوء نزاع بين المستثمر الأجنبي، الذي يعتبر أحد رعايا الدولة المشتركة في التوقيع على هذه الاتفاقية و بين الدولة المغربية.

و غياب تشريع داخلي ينظم التحكيم الدولي يطرح إشكالا بخصوص المرجعية التي سيعتمدها القاضي عندما يعرض عليه طلب الاعتراف أو تنفيذ القرار التحكيمي. والأمر في هذه الحالة يقتضي البحث في النقاط التالية :

هل الاتفاقية الدولية،التي يطلب على أساسها تنفيذ القرار التحكيمي، لها قوة احتجاجية في مواجهة المغرب؟

هل اتفاقية التحكيم توجد في وضعية قانونية بالنظر لهذه الاتفاقية الدولية، وفي غياب ذلك بالنظر لقانون معين، لكي يحتج بها أمام القاضي؟

ما هي الشروط التي يخضع لها قبول هذا القرار؟

ما هي النقاط القانونية التي يجب مراقبتها من قبل القاضي قبل إعطاء الصيغة التنفيذية؟

و الجذير بالملاحظة أن التحكيم الدولي يهم فقط التجارة الدولية، الاستثمارات وعالم الأعمال بصفة عامة، دون المسائل التي تدخل في اختصاص القاضي المدني.

و التشريع الداخلي يجب أن يأخذ بعين الاعتبار الاتفاقات الدولية التي يعتبر المغرب طرفا فيها.

المبحث الرابع : إضفاء المصداقية على المساطر البديلة للتحكيم نفسه: تطوير الوساطة:

اعتماد الوساطة في التشريع الوطني يستهدف الاستجابة لحاجة الفاعلين في اللجوء إلى وسيلة بديلة تعطي للأطراف إمكانية واسعة للتفاوض والاتفاق.

1. الأهمية الخاصة لهذه الوسائل :

إن أهمية هذه الوسائل لا جدال فيها.فهي تؤدي إلى تخفيف الضغط على المحاكم، وتتميز بمرونة كبيرة وبالسرية إضافة إلى الاستجابة بشكل امثل لحل النزاع. وتعتبر الوساطة الطريقة الملائمة لحل النزاعات بين أشخاص القانون العام أكثر من التحكيم.

ROYAUME DU MAROC • المملكة المغربية
CENTRE DE PUBLICATION ET DE DOCUMENTATION JUDICIAIRE

2. شروط نجاح هذه الوسائل :

إن إيجابيات هذه الوسائل يمكن أن تنقلب إلى سلبيات إذا لم يتم تحديد كيفيات تطبيقها بالدقة اللازمة، ويتعين بهذا الخصوص:

- التمييز بين مختلف أصناف المسارات المعنية، خاصة بين مساطر التحكيم ومساطر الوساطة والصلح، والتمييز داخل هذه الأصناف بين المساطر الاختيارية وبين تلك التي يفرضها القانون.

إعطاء الصلح،باعتباره نتيجة طبيعية للوساطة الناجحة، آثاره القانونية اللازمة.

1 – التمييزات التي يجب مراعاتها :

يجب بداية عدم الخلط بين المحكم والوسيط والموفق. فالمحكم إذا تم تعيينه كوسيط ودي، يتعين عليه احترام القواعد العادية احترام الحضورية، البت في حدود الطلبات وجوب تحرير القرار وتعليله. وإغفال إحدى هذه القواعد يعرض قراره للطعن بالإلغاء .وعلى خلاف ذلك فإن الوسيط أو الموفق إذا كان بإمكانهما بناء على طلب الأطراف تحرير مشروع صلح، فإن الأطراف يملكون الحرية في قبوله أو رفضه.

كما يجب التمييز بين الموفق أو الوسيط الاتفاقي وبين الموفق أو الوسيط القضائي.

و قد أشار القانون التجاري في الكتاب V المتعلق بصعوبات المقاولة إلى الموفق (le conciliateur)، و أعطى لرئيس المحكمة التجارية بناء على المقترحات المقدمة إليه من طرف رئيس المقاولة، وجدية هذه الاقتراحات، اختيار موفق من اجل العمل على استمرار سير المقاولة والتوصل إلى إبرام اتفاق مع الدائنين، داخل اجل أربعة اشهر.

كما أن مدونة الشغل في الكتاب VI وضعت مسطرة إلزامية بخصوص التوفيق والتحكيم.

2 – الصلح نتيجة طبيعية للتوفيق أو الوساطة الناجحة :

حسب الفصل 1098 من ق ل ع "الصلح، عقد بمقتضاه يحسم الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان قيامه، وذلك بتنازل كل منهما للآخر عن جزء مما يدعيه لنفسه، أو بإعطائه مالا معينا أو حقا".

و هذا الاتفاق يجب أن يحترم مقتضيات المواد 1099 و1100 من نفس القانون، والتي تستوجب لإجراء الصلح التمتع بأهلية التفويت بعوض في الأشياء التي يرد الصلح عليها. كما تنص على عدم جواز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام أو بالحقوق الشخصية الأخرى الخارجة عن دائرة التعامل، ولكنه يسوغ الصلح على المنافع المالية التي تترتب على مسألة تتعلق بالحالة الشخصية أو على التعويضات الناشئة عن الجريمة.

و آثار الصلح منظمة وفقا لمقتضيات قانون الالتزامات والعقود. ويلاحظ أن الأثر الأساسي المطلوب، والمتمثل في إعطاء الصلح مواصفات الحكم النهائي لم يقع التعبير عنه بشكل صريح.

و اعتبارا لذلك يتعين مراجعة قانون الالتزامات والعقود على مستوى القوة القانونية للصلح وآثره بين الأطراف.

و بتكملة قانون المسطرة المدنية بمقتضيات حول الوساطة، يصبح الإصلاح المقترح كاملا و منسجما مع هاجس منح الأطراف خيارات متعددة لحل نزاعاتهم.

ROYAUME DU MAROC • المملكة المغربية
مركز النشر والتوثيق القضائي
CENTRE DE PUBLICATION
ET DE DOCUMENTATION JUDICIAIRE

ملخص المداخلة الثانية

التحكيم التجاري والواقع المغربي

د. عز الدين كتاني
أستاذ بكلية الحقوق بالدارالبيضاء

التحكيم كوسيلة بديلة لحل النزاعات، ليس آلية حديثة . فأصوله تمتد إلى العصور الغابرة، وكان اللجوء إلى هذه الوسيلة في روما وأثينا يتم بصورة تلقائية وطبيعية.

وظهور الإسلام عزز من اعتماد الصلح والوساطة والتحكيم. والتاريخ الإسلامي غني بالوقائع التي تم فيها اللجوء إلى هذه الوسائل، ومن أمثلة ذلك واقعة التحكيم التي تمت بين علي بن أبي طالب ومعاوية بن أبي سفيان.

وفي المغرب فإن فض النزاعات كان يتم بواسطة حكماء القبائل، وكان ينظر نظرة اقصائية لمن يتخطى القبيلة ويلجأ إلى المحاكم ويتهم بوضع أسرار القبيلة أمام الملأ، والحال أنه يجب معالجتها داخليا حفاظا على وحدة الجماعة.

وهذا المعطى الأولي الذي يطبع الواقع المغربي، ذي الطبيعة السوسيولوجية لا ينبغي تجاهله، ولملامسة وضعية التحكيم بالمغرب في جوانبها المختلفة لابد من استعراض معطياته القانونية (المبحث الأول) ثم قياس درجة قبوله، وهو ما سيسمح بعرض جوانبه الأخرى (المبحث الثاني).

I – المعطيات القانونية والمؤسساتية للتحكيم بالمغرب :

1) المعطيات القانونية :

تجدر الإشارة بداية أن القانون القضائي الخاص المغربي يعطي منذ القدم، موقعا لا يستهان به، للتحكيم وبدا ذلك منذ ظهير 12 غشت 1913 المتعلق بقانون المسطرة المدنية، وكذلك الأمر بالنسبة لقانون المسطرة المدنية الصادر بتاريخ 28 شتنبر 1974.

ويعتبر التحكيم حاليا منظما بمقتضى الفصول 306 وما يليه من قانون 1974 ويمكن بهذا الخصوص إبداء الملاحظات التالية :

1 – الملاحظة الأولى تكمن في التساؤل حول حدود تطبيق هذه المقتضيات: هل تطبق على التحكيم الداخلي أم تشمل أيضا التحكيم الدولي؟.

و قانون المسطرة المدنية المغربي، خلافا لقانون المسطرة المدنية الفرنسي الجديد، وقوانين العديد من الدول العربية، لا يميز بين المقتضيات الخاصة بالتحكيم الداخلي وتلك المتعلقة بالتحكيم الدولي. وهذه الثغرة تم تداركها من خلال مشروع القانون المغربي للتحكيم. ويجب التذكير بهذا الخصوص أن المغرب منضم لاتفاقية نيويورك المؤرخة في 1958/6/10 المتعلقة بالاعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية الأجنبية.

2 – الفصل 306 من قانون المسطرة المدنية، يقصي من التحكيم الأموال الخاضعة لنظام القانون العام. ويبدو أن هذه القاعدة لا تنسحب إلا على القانون الداخلي دون النزاعات القائمة بين مؤسسات القانون العام والمتعاقدين معها في إطار التجارة الدولية،حسبما يستفاد من الاجتهاد القضائي المغربي.

3 – نفس الفصل يمنع التحكيم أيضا بخصوص النزاعات المتعلقة بالقانون الضريبي، نظرا للطابع العام لهذا القانون.

4 – وبالنسبة لاستبعاد النزاعات المتعلقة ببطلان وحل الشركات، فإن ذلك لا يحول دون قبول التحكيم بالنسبة للنزاعات المتعلقة بدعاوي المسؤولية التي يقيمها الشركاء في مواجهة المدراء والمسيرين، أو بدعاوي إبطال مداولات جمعية عمومية، وبشكل عام، الدعاوى بين الشركاء.

5 – فيما يتعلق بالتحكيم في المجال المدني، فإن قانون المسطرة المدنية المغربي لا يتضمن قواعد عامة بهذا الخصوص، ولكنه يقضي بعدم جواز التحكيم في المسائل التي لها علاقة ب:

- ⋆ الهبات والوصايا المتعلقة بالأطعمة والملابس والمساكن
- ⋆ حالة الأشخاص وأهليتهم

⋆ النظام العام وخاصة النزاعات المتعلقة بعقود أو أموال خاضعة لنظام يحكمه القانون العام.

⋆ النزاعات المتصلة بتطبيق قانون جنائي

⋆ النزاعات المتصلة بقوانين تتعلق بتحديد الأثمان والتداول الجبري والصرف والتجارة الخارجية

⋆ النزاعات المتعلقة ببطلان وحل الشركات.

و الجدير بالملاحظة أن المشرع منذ 19 يناير 1946، أخضع نزاعات الشغل الجماعية لمسطرة الصلح والتحكيم، وأن الفصول من 557 إلى 558 من قانون الشغل الجديد الصادر بتاريخ 2003/9/11 ، استعادت مقتضيات قانون 1946 إما تعديلا أو تكملة .

و التنصيص على التحكيم ورد أيضا في القانون رقم 95.53 الصادر بتاريخ 1997/2/12 المتعلق بأحداث المحاكم التجارية.

2) المعطيات المؤسساتية :

عضوية المغرب في " السيردي – CIRDI" (الاتفاق المتعلق بحل النزاعات الخاصة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى المؤرخ في 18 مارس 1965)، يعبر عن تفتحه على العـــالم وانخراطه في استعمال الأدوات الدولية في التحكيم ولم يتخلف عن اختيار محكميه والاستجابة لمتطلبات التجارة الدولية. وأول نزاع كان المغرب طرفا فيه وتم عرضه على CIRDI هو الذي قام بينه وبين شـــــــركات (Occidental petroleum et holiday).

كما أن المنازعات التي كانت بعض المؤسسات العمومية طرفا فيها (المكتب الشريف للفوسفاط – المكتب الوطني للكهرباء وغيرهما) تم حلها بواسطة مؤسسات دولية للتحكيم .

و على المستوى الوطني يجب الإشادة بوجود محكمة التحكيم للغرفة التجارية بالدارالبيضاء – المغرب، التي يوجد مقرها بالدارالبيضاء.

و يوجد داخل الاتحاد العام لمقاولات المغرب هيئة للتوفيق والوساطة . كما تم حديثا خلق هيئات تحكيمية داخل الغرف التجارية والصناعية والخدمات.

و بعد هذه الإطلالة القصيرة، يتعين تقييم الإقبال على هذه المؤسسات وقياس درجة اعتماد التحكيم بالمغرب.

II- الإقبال على التحكيم :

إن التحكيم يعتبر متجذرا في المغرب وليس وليد الحماية الفرنسية. واعتبارا لذلك لا يمكن إلا انتظار نجاح هذه الوسيلة.

1) رصد الواقع :

على مستوى التجارة الدولية فإنها قليلة هي العقود التي لا تتضمن شرطا تحكيميا والفاعلون الاقتصاديون المغاربة، بما في ذلك الفاعلون في مجال القانون العام غير مستثنون من ذلك في حالة إبرامهم عقودا من هذا النوع.وعلى مستوى الوطني فإن الإقبال على التحكيم يتم بشكل محتشم ويرجع ذلك إلى عدة أسباب .

من جملة هذه الأسباب ارتفاع تكاليف التحكيم، إضافة إلى التشكيك في القوة الإلزامية للقرار التحكيمي. ذلك أن الفاعلين الاقتصاديين يعانون من مشاكل واقعية في مواجهة الإدارة الضريبية، التي تنكر للقرار التحكيمي قيمة الحكم القضائي. وتتعلق هذه الحالة بالقرارات التحكيمية الصادرة في مجال الطرد التعسفي. ذلك أن الفصل 66 من قانون الضريبة العامة على الدخل يعفي التعويضات عن الأضرار المحكوم بها بمقتضى حكم قضائي من الخضوع لهذه الضريبة.

غير أن إدارة الضرائب تعتبر التعويضات المحكوم بها في اطار مسطرة تحكيمية غير مستفيدة من الإعفاء المقرر بمقتضى المادة 66 المذكورة. والحال ان القرارات التحكيمية تصبح ذات قوة تنفيذية، بمقتضى الأمر الصادر عن رئيس المحكمة الابتدائية طبقا للمادة 320 من القانون المدني.

2) ما هي الحلول :

الحل هو تحسيس جميع الأطراف المعنية بفعالية التحكيم. ولكن هذا لوحده غير كاف، بل لا بد من التأكيد على أن القرار التحكيمي الصادر بشكل سليم يوازي قيمة الحكم القضائي، وإقناع المعارضين بالقوة التي يكتسبها. وبهذا يمكن أن نأمل في تطور اللجوء إلى التحكيم، الذي يعتبر الآن معرقلا من طرف إدارة الضرائب بسبب عدم إعطائها للقرارات الصادرة في إطاره ما تستحقه من آثار.

و الحال أن القرار التحكيمي يتمتع بنفس مزايا الحكم، وأنه بمجرد تذييله بالصيغة التنفيذية يمكن أن يكون موضوع تنفيذ جبري. كما ننسى بأنه بمجرد صدوره يكتسي قوة الشيء المقضي به بخصوص المسألة التي بت فيها.

و المشرع الفرنسي وضع هذا المبدأ بمقتضى المادة 1476 من قانون المسطرة المدنية الجديد (المادة 5 من المرسوم رقم 81-500 بتاريخ 12 ماي 1981).

و الجذير بالملاحظة أن القرار التحكيمي، كما هو الشأن بالنسبة للحكم القضائي، لا يكتسي أية قوة احتجاجية تجاه الغير (المادة 325 من قانون المسطرة المدنية)، ولكنه، كما هو الحال بالنسبة للحكم القضـــــائي يمكن أن يكون موضوع تعرض الغير الخارج عن الخصومة (المادة 325 المذكورة).

كما انه يشترط في المحكم، كما هو الأمر بالنسبة للقاضي الرسمي، أن يكون مستقلا ومحايدا. وتجريحه منظم طبقا لنفس الأسباب التي تسمح بتجريح القاضي. إضافة إلى ذلك، فان القواعد التي تلزم هذا الأخير من: احترام مبدأ الحضورية، واحترام الشروط الشكلية الضرورية لصحة القرار، وغيرها، تلزم المحكمة أيضا. فكيف إذن لا يمكن القول بالتماثل بين الحكم القضائي والقرار التحكيمي ؟.

و أخذا بعين الاعتبار لحقيقة هذا التماثل لا يمكن إلا اختيار اللجوء إلى التحكيم.

و ان جلالة الملك محمد السادس، في الرسالة الموجهة إلى الوزير الأول، المؤرخة في 9 يناير 2002، أكد على ضرورة استمرار المجهودات لعصرنة القضاء، كما شجع على اللجوء إلى التحكيم كوسيلة بديلة لحل النزاع.

ملخص المداخلة الثالثة

أهم الاتجاهات الواردة في مشروع مدونة التحكيم

د. محمد المرنيسي،
أستاذ بكلية الحقوق بالدار البيضاء ،
رئيس المحكمة التحكيمية للغرفة التجارية الدولية- المغرب،

منذ أواخر الثمانينات قام المغرب ببرنامج إصلاحي عريض من أجل تسوية تشريعه في مجال قانون الأعمال ومست هذه الإصلاحات، الضرائب، قانون المحاسبة، قانون البورصة، القانون التجاري، قانون الشركات، قانون المنافسة، الملكية الأدبية، قانون التأمين، وقانون الشغل.

و هذه التسوية خلقت محيطا قانونيا ملائما للاستثمار بشكل عام، وجاذبا للمستثمرين الأجانب في وقت شولمة الصفقات، عولمة الاقتصاد، والتنافس بين الانظمة القانونية الوطنية.

إن المستثمرين هم في حاجة إلى جو من الامن القانوني، يعطي لهم رؤية واضحة بخصوص التشريع الواجب التطبيق والذي يطمئنهم بخصوص حل نزاعاتهم.

و لهذا الغرض تم إحداث المحاكم التجارية سنة 1997، وهذا التجديد المهم يجب أن تصاحبه عملية إصلاح على مستوى قانون التحكيم.

و ضرورة وعمق هذا الإصلاح يجب مقاربتها بالنظر للوضعية الحالية لقانون التحكيم في بلادنا.

I – التحكيم له جذور عميقة وتقليد طويل في المحيط العربي الإسلامي.

هناك وقائع تحكيمية شهيرة طبعت تاريخ الأمة العربية، ونجد التحكيم موجودا تقريبا في جميع المجالات، بما في ذلك قانون الأحوال الشخصية. وقد بقي المغرب وفيا لهذا التقليد.

و على مستوى القانون الداخلي فان التحكيم منظم بمقتضى الفصول 306 إلى 327 من قانون المسطرة المدنية. وهذه المقتضيات تعكس النظرية التقليدية للتحكيم والتي بقيت وفية للمصدر الفرنسي التي اقتبست منه، وهو قانون المسطرة المدنية الفرنسي لسنة 1806، قبل الإصلاح الذي عرفه سنتي 1950 و1981.

و على المستوى الدولي، فان المغرب كان ثاني دولة انضمت إلى اتفاقية نيويورك المؤرخة في 1958/6/10 المتعلقة بالاعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية. وكان أيضا من بين أوائل الدول التي انضمت إلى اتفاقية واشنطن المؤرخة في 18 مارس 1965 لحل الخلافات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى. وأول قضية عرضت على CIRDI سنة 1972 كانت بين المغرب و شركات أمريكية. وهناك تحكيمان جاريان حاليا بين مؤسسة وطنية ومقاولات أجنبية أمام CIRDI.

و قد وقع المغرب مع دول كثيرة :

- اتفاقات التعاون القضائي تنص على الاعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية بين الدول الموقعة.

- اتفاقات حول الاستثمار تعطي للمتعاقد الأجنبي الخيار بين اللجوء إلى المحاكم الوطنية أو اللجوء

إلى التحكيم عن طريق CIRDI أو التحكيم بواسطة نظام CNUDCI.

ROYAUME DU MAROC • المملكة المغربية
CENTRE DE PUBLICATION ET DE DOCUMENTATION JUDICIAIRE

و تجدر الإشارة بهذا الصدد إلى خلق هيئات مكلفة بتدعيم التحكيم المؤسساتي. و منذ 1980 تم خلق غرفة التحكيم البحرية المتخصصة في النزاعات الناتجة عن التجارة البحرية. فمنذ سنة 1997 أنشأت الغرفة التجارية الدولية المغرب محكمة تحكيمية ذات اتجاه عام على نمط شقيقتها الباريزية. وأحدثت مجموعة من الغرف التجارية تحت إشرافها هيئات ومراكز للتحكيم. كما أن المغرب يحتضن المركز العربي للتحكيم التجاري الذي تم إحداثه بمقتضى اتفاقية عمان المؤرخة في 14 أبريل 1987.

و هذه الدينامية التي تطبع التحكيم بالمغرب وانفتاحه على التحكيم الدولي، تتعارض والطابع القديم للتشريع المعتمد بهذا الخصوص، على الرغم من المجهودات المتميزة للاجتهاد القضائي بهدف مواكبة تطور قانون التحكيم.

ذلك أن تقييم النظام المغربي للتحكيم يكشف عن بعض الثغرات تجعله في وضع متأخر بالنظر للضوابط الدولية في مجال التحكيم. وهذه بعض المظاهر المعبرة عن هذا التأخر :

1 – التشريع لا يتضمن سوى 22 فصلا فقط. وهذا غير كاف لاستيفاء تنظيم التحكيم في جميع جوانبه.

2 – القانون المغربي لا يميز بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي. والمشرع اهتم فقط بالتحكيم الداخلي، ونفس مقتضيات هذا الاخير هي المطبقة في المجال الدولي.

3 – أهلية أشخاص القانون العام للاتفاق بهذا الخصوص تبقى غير محددة، رغم كون الاجتهاد القضائي اعترف لهم بهذه الاهلية في مجال المعاملات الدولية.

4 – مجال التحكيم يعرف تقييدا واضحا يحد من حرية اللجوء إليه. وفي عهد العولمة وحرية التبادل، لا يمكن أن نقصي من التحكيم، النزاعات المتعلقة بالتجارة الخارجية. ولنفس الاعتبار لا يفهم لماذا تستبعد النزاعات المتعلقة بحل الشركات من التحكيم.

5 – اللجوء إلى التحكيم أصبح أكثر تعقيدا، على اعتبار أنه في المادة التجارية، يمكن اختيار المحكم أو المحكمين مسبقا. وهذا الاختيار يعتبر باطلا إذا كان الشرط التحكيمي غير مكتوب بخط اليد وخاصة إذا لم يكن مصادقا عليه من قبل الأطراف.

6 – في حالة انتهاء أجل التحكيم، سواء كان اتفاقيا أو قانونيا، لا يمكن تمديده إلا بمقتضى اتفاق الأطراف. ولا يتوفر القاضي على أية سلطة لتقرير التمديد بناء على طلب أحد الأطراف، أو طلب المحكمة التحكيمية.

7 – حسب توجه قانون المسطرة المدنية، إذا لم يعين الأطراف محكما وحيدا، يتعين تدخل محكمين اثنين يعينهما الأطراف. وإذا لم يتفق المحكمان على الحل الذي يجب اتخاذه، فيجب الاحتكام إلى محكم ثالث يعين من قبل القضاء. وهذا الأخير لا يملك إلا خيارا واحدا وهو الانضمام إلى أحد المحكمين المعتمدين من قبل الأطراف.

وهذا يعني أن إصلاح التشريع المتعلق بالتحكيم أصبح ضرورة ملحة، خاصة إذا علمنا أن المغرب أصبح البلد الوحيد في منطقة "مينا" "MENA" الذي لا يتوافر على تشريع حديث في مجال التحكيم.

II – استعراض أهم توجهات مشروع قانون التحكيم :

1 – على مستوى تقنية التشريع طرح الخيار بين سن قانون خاص بالتحكيم، وبين دمج هذه المقتضيات الجديدة في قانون المسطرة المدنية. ووقع الاختيار على التقنية الأولى لما لها من وقع بسيكولوجي على المعنيين بالأمر، واثارة انتباههم إلى هذه الطريقة العادية في حل النزاع.

2 – بخصوص الموضوع طرحت مسألتان عارضتان :

أ – الأولى تتعلق باستغلال هذه المناسبة لسن تشريع عام بخصوص الوسائل البديلة لحل النزاع يتضمن التحكيم إلى جانب الوساطة والصلح. غير أن هذه الخطوة لم تتحقق على اعتبار أن الوساطة والتحكيم متجذرتان في الأعراف والتقاليد المغربية ويتطوران وينموان في إطار غير منظم. ومن شأن تنظيمهما في إطار قالب شكلي معين أن ينزع عنها طابع التلقائية والود. ولهذا اقتصر الإصلاح على التحكيم فقط.

ب – والإشكال الثاني يتعلق بالموقف الذي ينبغي اتخاذه تجاه القانون النموذجي ل : CNUDCI. والتشريعات الوطنية بهذا الخصوص تبنت مواقف متعارضة إلى حد ما مع القانون النموذجي:

- فبعض الدول نقلت القانون النموذجي إلى قانونها الوطني لتنظيم التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي ومثال ذلك مصر.
- و بعض الدول تبنت القانون النموذجي، ولكن فقط على مستوى التحكيم الدولي. ويتعلق الأمر بكل من تونس، السنغال وموريطانيا.

وهناك دول أبانت عن مسلك خاص. وهكذا فإن القانون الارلندي حول التحكيم الدولي لسنة 1998 ينقسم إلى ثلاثة أقسام :

القسم الأول يتكون من المستثنيات المقررة بخصوص القانون النموذجي، والثاني أورد القانون النموذجي بكامله in extenso، والثالث يتكون من نقاط تفسيرية للقانون النموذجي.

ولا شك أن القانون النموذجي يشكل إطارا متميزا للتنسيق من أجل تنظيم التحكيم التجاري الدولي، وهو يمثل خلاصة للضوابط الدولية بهذا الخصوص. غير أن

عيبه الأساسي يكمن في توجهه إلى كل الدول كيفما كان نظامها القانوني أو السياسي والحال أن هذا النص يعتبر معقدا وليس سهل القراءة ويعتبر غير كامل.

و بعض مسائل التحكيم لم يتناولها القانون النموذجي كما هو الشأن بالنسبة لمجال التحكيم، أهلية الأطراف للتحكيم، تطبيق التدابير التحفظية المأمور بها من طرف المحكمين، طرق تنفيذ القرار التحكيمي، حجية الشيء المقضي به. والفصول الستة والثلاثين التي يتناولها تتعلق أساسا بالمسطرة.

و مشروع القانون المغربي للتحكيم تبنى نظاما ثنائيا يميز بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي، على غرار الأنظمة التالية : فرنسا، سويسرا، الجزائر، تونس، السنغال، موريطانيا، ولبنان، مع قسم تمهيدي حول المقتضيات المشتركة وهو مقتبس عن القانون النموذجي ولكن مع اعتماد مقاربة منهجية مخالفة.

و مهما كانت الطريقة المعتمدة، فالأهم هو التوفر على تشريع حديث يستجيب لمتطلبات المرونة والسلامة التي تشكل المزايا التقليدية للتحكيم، والتي تجعل منه ضالة الأطراف في البحث عن حل نزاعاتهم.وللاستجابة بأكبر فاعلية ممكنة لمتطلبات أوساط المال والأعمال يتعين أن يكون التشريع المتعلق بالتحكيم غير متسم لا بالتفصيل ولا بالتعقيد. ويجب أن يترك للأطراف وللمحكمين هامش الحرية اللازم.

و مشروع القانون المغربي للتحكيم يتضمن المحاور التالية :

المحور الأول : الطبيعة الثنائية للتحكيم :

يكرس المشروع الطبيعة المزدوجة للتحكيم، فهو في نفس الوقت وسيلة اتفاقية وقضائية لحل النزاعات. وتعيين المحكم بمقتضى الاتفاق المبرم بين الأطراف يعطي له سلطة قضائية. وهذه الثنائية تم إعلانها من خلال التعريف المحدد للتحكيم بمقتضى المادة الرابعة من المشروع.

و الطابع الاتفاقي للتحكيم يستفاد من خلال استقلال ارادة الاطراف في تشكيل المحكمة التحكيمية، اختيار القواعد المسطرية، والقانون المنطبق بخصوص التحكيم الدولي. أما الطابع القضائي فيلاحظ من خلال قوة المصطلحات المستعملة وتمتع المحكمين بنفس الصلاحيات الممنوحة للقاضي.

و رغم التماثل القائم بين العدالة الرسمية والعدالة التحكيمية الا انه ينبغي تسجيل ثلاثة نقاط اختلاف :

- الأوامر الصادرة عن المحكمة التحكيمية تجاه الأطراف لا يمكن أن تكون مصحوبة بغرامة تهديدية.

- لا يمكن إصدار أوامر اتجاه الغير بالنسبة للمحكمة التحكيمية.

- الاستماع إلى الشهود يتم بدون يمين

المحور الثاني : التحكيم عدالة مستقلة

- إن المحكمين هم الذين يفصلون في مسالة اختصاصهم إذا كانت محل منازعة. كرس مشروع القانون المغربي للتحكيم هذه القاعدة، أي قاعدة اختصاص - اختصاص، في المادة 22.

- إن المحكمين هم الذين يبتون في صحة الاتفاق التحكيمي إذا كان محل طعن (المادة 22) والمشروع يعترف بالاستقلالية التامة للاتفاق التحكيمي.

- يطبق بالنسبة للمحكمين مبدأ قاضي الدعوى هو قاضي الدفع، ويعترف لهم صراحة بسلطة البت في مسالة تحقيق الخطوط والزور الفرعي في إطار نفس الشروط المقررة بالنسبة للقاضي الرسمي (المادة 23).

- كل طلب مقدم أمام المحكمة الرسمية يجب التصريح بعدم قبوله في حالة وجود اتفاق تحكيمي، إذا تمت إثارة هذا الدفع من قبل أحد الأطراف. وهذا المقتضى يؤكد الطابع الإلزامي للتحكيم (المادة 21).

- يكتسب القرار التحكيمي بمجرد صدوره، وحتى قبل تذييله بالصيغة التنفيذية، قوة الشيء المقضى به بالنسبة للمنازعة التي تم الفصل فيها (المادة 36).

المحور الثالث : توسيع مجال التحكيم

إن المادة 306 من قانون المسطرة المدنية تمت إعادة صياغتها باتجاه التوسيع وتوضيح افضل لمجال التحكيم (المادة 2) :

- إذا كان المشروع يؤكد بان المحكم لا يمكن أن يتدخل إلا في المسائل المالية، فانه يسمح باللجوء إلى التحكيم في مجال الأحوال الشخصية بالنسبة للنزاعات ذات الطابع المالي المتولدة عنها.

– إن أهلية المؤسسات العمومية ذات الطابع الاقتصادي والاجتماعي لاختيار التحكيم معترف بها سواء تعلق الأمر بالتحكيم الداخلي او التحكيم الدولي.

– إن الدولة والجماعات المحلية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري اصبح معترفا بأهليتها للتحكيم بخصوص النزاعات الناتجة عن العلاقات الدولية ذات الطابع الاقتصادي والتجاري والمالي.

– إن مجال التحكيم محدد في غير المسائل التي لها اتصال بالنظام العام أو المواد التي لا يمكن اللجوء إلى التحكيم بشأنها.

المحور الرابع : حدود استقلال الإدارة

مهما كان اختيار الأطراف بخصوص القواعد المسطرية أو طريقة التحكيم، فان قواعد التحكيم يجب احترامها (المادة 12) تحت طائلة بطلان القرار .

كما أن المشروع اعتمد مبدأ "الوترية" imparité (المادة 13) الذي يضع حدا لاختيار محكم ثالث. ومن ثم فان المحكم يجب عدم اعتباره ممثلا للطرف الذي اختاره، وإنما طرفا في التشكلة المطلوب منها البت في النزاع بشكل جماعي.

المحور الخامس : سد الفراغ التعاقدي

ROYAUME DU MAROC • المملكة المغربية
CENTRE DE PUBLICATION ET DE DOCUMENTATION JUDICIAIRE

إن المشروع يتضمن مقتضيات تكميلية لسد الفراغات التعاقدية والمتمثلة فيما يلي :

– إذا لم يحدد الإطراف القواعد المسطرية، فان المحكمة التحكيمية تقرر في مسألة المسطرة دون أن تكون ملزمة بسلوك المسطرة المتبعة أمام المحاكم (المادة 24)، وهذا عكس القاعدة الحالية التي تستوجب على المحكمين سلوك المسطرة المعتمدة أمام المحاكم الابتدائية (المادة 311 من قانون المسطرة المدنية).

– إذا لم يحدد الاتفاق التحكيمي أجلا للنطق بالقرار، فان مهمة المحكمين يجب القيام بها داخل اجل ستة اشهر.

وبخصوص اجل التحكيم هناك ثلاث خاصيات جديدة في المشروع:

★ الأجل القانوني انتقل من 3 اشهر إلى 6 اشهر (المادة 29 الفقرة 1).

★ الأجل يبدأ سريانه من تاريخ قبول آخر محكم معين لمهمته (المادة 29 الفقرة1).

★ الأجل سواء كان قانونيا أو اتفاقيا يمكن تمديده من قبل رئيس المحكمة بناء على طلب أحد الأطراف أو طلب المحكمة التحكيمية (المادة 29 الفقرة 2).

المحور السادس : اعادة تحديد دور القاضي الرسمي

إن تدخل القاضي يكون في حالة قيام صعوبة في تشكيل المحكمة التحكيمية – المادة 14 – أو تمديد اجل التحكيم (المادة 29 الفقرة 2) أو الصعوبات المتعلقة بتجريح أو عزل المحكم (المادة 18 الفقرة 2)

المحور السابع : الاعتراف بالتحكيم المؤسساتي

إن المشروع يميز بين التحكيم الخاص والتحكيم المؤسساتي (المادة 12 الفقرة 1) والسلطة المعطاة للأشخاص المعنوية، في حالة خلو الاتفاق ألتحكيمي منها، تتحدد في القيام بالتحكيم وفقا لنظامهم (الفصلان 10 من الفقرة 2 و12 الفقرة 3). والتحكيم المؤسساتي معترف به كالتحكيم الخاص.

المحور الثامن : تحديد معايير " الدولية" internationalité

متى يكون التحكيم دوليا ؟

هناك نظريتان في تحديد الطابع الدولي للتحكيم: النظرية الشكلية والقانونية التي تعتمد عناصر الاجنبية للنزاع، والنظرية الجوهرية والاقتصادية التي تعتمد معيار اتصال النزاع بمصالح التجارة الدولية.

و لتجاوز نقائص كلا النظريتين يتعين الجمع بين المعيارين معا (المادة 48 من المشروع). والمعيار الاول مقتبس من القانون الفرنسي (المادة 1492 من قانون المسطرة المدنية الجديد)، والمعيار الثاني مستمد من القانون السويسري (المادة 176 من القانون الفدرالي السويسري حول القانون الدولي الخاص).

المحور التاسع : النظام العام الدولي

أدخلت المادة 57 من المشروع، مفهوم النظام العام الدولي الذي يترجم انفصال التحكيم الدولي عن النظم القانونية الوطنية. وبهذا فان النظام العام الدولي له مجال تطبيق اكثر تقييدا من النظام العام الداخلي.

وبالنظر للتشريع الحالي، يعتبر غير مخالف للنظام العام الدولي:

- غياب التنصيص بخط اليد على اختيار المحكمين في الشرط التحكيمي.

- عدم تعليل القرار، إذا كان القانون الواجب التطبيق لا يشترط التعليل.

- أهلية أشخاص القانون العام المعنوية على اختيار التحكيم في المحال الدولي.

المحور العاشر : إعادة تنظيم طرق الطعن

تمت إعادة تنظيم طرق الطعن على نحو يميز بين تلك التي تنسحب على القرار نفسه وتلك التي تتجه ضد الأمر الذي يرفض منح الصيغة التنفيذية.

بالنسبة للحالة الأولى فان المشروع أورد ما يلي :

- نص على طعن بالإلغاء مؤسس على وسائل محددة على وجه الحصر (المادة 43). وطريقة الطعن هاته تعتبر من النظام العام ولا يمكن للأطراف التنازل عنها مسبقا.

- اعتمد تعرض الغير الخارج على الخصومة، الذي يجب ان يمارس في إطار الشروط المنصوص عليها في الفصول 303 و 305 من قانون المسطرة المدنية (المادة 42).

- حذف ضمنيا الطعن بإعادة النظر (المادة 41).

- حذف الطعن بالاستئناف ضد الأمر المانح للصيغة التنفيذية (المادة 39 الفقرة 2).

- نص على ضرورة رفع رئيس المحكمة يده على القضية بصورة فورية، في حالة ممارسة الطعن بالإلغاء، إذا كان لم يصدر بعد أمره بمنح الصيغة التنفيذية (المادة 39 الفقرة 3)..

- اقر إمكانية الطعن في الأمر الرافض لمنح الصيغة التنفيذية.

الجلسة الثانية

تلخيص و ترجمة

ذة. رشيدة الفلاح

مستشارة بالمجلس الأعلى

ملخص المداخلة الأولى

مشروع القانون المغربي للتحكيم على ضوء المعايير الموضوعة من طرف لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي

السيد رونو صوريول
متصرف رئيس سكرتارية لجنة الأمم المتحدة
للقانون التجاري الدولي

مقدمة

تقديم لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي :

منظمة عالمية من حيث التكوين

أنماط متنوعة وغير ملزمة للدول (اتفاقيات...)

أنماط مقترحة بغاية تحديث وتطابق القوانين الدولية للأعمال.

منظمة مهتمة بالمساعدة التقنية

منظمة معروفة على الخصوص بإنجازاتها في ميدان التحكيم وحل النزاعات

مشروع القانون المغربي للتحكيم :

في المجموع يجب التنويه بجودة العمل من أجل تحضير المشروع والرغبة التي يجسدها من أجل إحداث ممارسة تحكيمية بالمغرب من أجل نمو التجارة الدولية.

المشروع يظهر مؤسسا على نماذج : قانون نموذج للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، القانون المدني وقانون المسطرة المدنية الفرنسي – التجربة التحكيمية لغرفة التجارة الدولية.

يبحث من أجل وضع رؤيا واسعة تقديرية

يوفق بين التحكيم الداخلي والدولي

يشيع المبادئ الأساسية المعترف بها في قانون التحكيم

يعبر عن الإنشغال بتوضيح وضبط الروابط بين الحكم وقاضي الموضوع.

يحلل قانون التحكيم المؤسساتي وقاضي الحكم.

يجسد مفهوم محدد للنظام العام الدولي.

يعبر عن انشغاله من أجل الحد وعقلنة طرق الطعن ضد المؤسسة التحكيمية.

II – في نطاق تحليل المعطيات يتضح تباين المصادر)واللجوء الغير الكافي للقانون النموذج الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (وهذا يعرقل قراءة النص ويجعل النص قابلا لطرح عدة إشكاليات.

سكرتارية لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي ستتقدم بدراسة مفصلة للنص ومصادره.

وضوح وقراءة القانون المغربي القادم وتنبؤاته، ضروريات من أجل تسهيل العمليات التجارية الدولية.....

اللجوء إلى القانون الفرنسي يتعين اعتباره بجدية لأنه أثري باجتهادات قضائية.

ROYAUME DU MAROC • المملكة المغربية
CENTRE DE PUBLICATION ET DE DOCUMENTATION JUDICIAIRE

بعض الأمثلة من التساؤلات

ألا يحد اللجوء إلى مفهوم النظام العام، كثيرا من ميدان تطبيق النص؟

العوائق الغير منتظرة

حصر حالات التجريح

ثغرات واضحة مقابل القانون النموذج – (مع إعطاء أمثلة على ذلك)

قاموس أكثر إستقلالية عن ثقافة قانونية وفي بعض الأحيان أقل استعابا بالنسبة لمذاهب فكرية أخرى.

مثال :

اللجوء إلى حقوق الدفاع – مبدأ الاختصاص

تساؤلات حول مطابقة المشروع للالتزامات الدولية الناجمة عن اتفاقات نيويورك.

مثال القواعد المتعلقة بالاعتراف وتنفيذ القرارات الأجنبية.

الخاتمة

إمكانية التحيين

حاليا هناك مراجع إضافية للقانون النموذج الصادر عن عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي حول المصالحة

مراجعة الفصلين 7 و 17 من القانون النموذج.

قانون التحكيم التجاري الدولي، الذي تم صياغته من طرف لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي هو قانون في تطور مستمر، والمغرب باعتباره عضوا من الأفضل أن يشارك أكثر.

ROYAUME DU MAROC • المملكة المغربية
مركز النشر والتوثيق القضائي
CENTRE DE PUBLICATION
ET DE DOCUMENTATION JUDICIAIRE

ملخص المداخلة الثانية

قراءة أولية لنص مشروع قانون

متعلق بالقانون المغربي للتحكيم الداخلي والدولي

السيد برناردو كريمباديس

رئيس مركز التحكيم التجاري

مقدمة :

المغرب سياسة الانفتاح على الاقتصاد العالمي والاستثمار الأجنبي المباشر.

لا يسع إلا التنويه بالترحاب الذي لقيه قانون التحكيم في بلد بحكم طبيعته خصص وعلى الدوام مكانة متميزة للجوء إلى المصالحة ومنذ بداية التسعينات انطلق المغرب وانخرط في أو راش إصلاح اقتصادية وقانونية حيث انخرط في اتفاقية "الكاط" سنة 1987 وقبل بنظام تحويل عملته الوطنية سنة 1993، ومنذ 1995 باشر مفاوضات مع الاتحاد الأوروبي بهدف الاتفاق على التبادل الحر الذي دخل حيز التطبيق سنة 2000، في ماي 2001 نظم المغرب مناظرة اكادير من أجل خلق منطقة للتبادل الحر بدول جنوب البحر الأبيض المتوسط، وهو عضو منخرط في عدة اتفاقيات أخرى دولية وثنائية من اجل حماية الاستثمارات ونموها.

وهذا الانفتاح على الاقتصاد الدولي رافقته عدة تحولات هيكلية وقانونية من اجل فرض اقتصاد ومالية مستقرة ومن اجل ضمان الأمان القضائي كما أن قانون الأعمال عرف عدة إصلاحات طيلة النصف الأول من التسعينات.

المغرب كعدد من الدول أدرك ضرورة تنظيم مؤسسة التحكيم باعتباره الجهاز الوحيد لحل المنازعات التي تفرضها التجارة الدولية.

الاعتراف بالتحكيم الدولي وتعريفه.

قانون التحكيم بالمغرب وفي قسمه الثالث يعرف ويضع القواعد الخاصة للتحكيم الدولي الفصل 47 يتبنى محتوى الفصل 1-1 من القانون النموذج الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي.

المعايير الحالية المنظمة للتحكيم بالمغرب مضمنة أساسا في الفصول 306 إلى 327 من قانون المسطرة المدنية، ويجب الإشارة إلى أن مقتضيات هذه المواد لا تشير إلى التحكيم الدولي.

إن الاعتراف باستقلالية تحكيم دولي أساسي و بغض النظر عن التباينات المذهبية الرامية إلى ربط قواعد التحكيم الداخلي والدولي مع احتفاظ كل منهما باستقلاليته، فانه لا مفر من ضرورة التعاون بين المؤسسات القضائية الباتة في الموضوع ويحفظ للمؤسسة التحكيمية استقلاليتها.

تحليل مشروع القانون

- ترسيخ استقلالية التحكيم الداخلي و الدولي

إن مشروع القانون المغربي يمثل إصلاحا عاما للقانون الجاري به العمل حاليا ومن حيث المجموع فان إيجابيات كثيرة ضمنها الإصلاح، حيث يلاحظ أولا استقلالية التحكيم الداخلي وكذلك الدولي من خلال القواعد المرتبطة بالشرط التحكيمي وتلك الخاصة بالصلاحيات المخولة للحكام.

الشرط التحكيمي :

حول المواد القابلة للتحكيم :

يجب التنويه بالقبول الواسع المنصوص عليه في الفصل 1 من مشروع القانون للمواد القابلة للتحكيم ومن اجل تفادي الشكوك وصعوبة التأويل المرتبط بمدى إمكانية تطابق الحقوق واللجوء إلى التحكيم فان هناك لائحة معروفة في القانون الفرنسي تتضمن المواد التي لا يمكن التحكيم بشأنهما مثل نظام الأحوال الشخصية...ومواد لا يمكن التصالح بشأنها كالنزاعات الخاصة بالدولة مع مرافقها وبصفة عامة كل المواد التي ترتبط بالنظام العام.

والقضاء المغربي سبق له أن عبر عن تأويل متميز لهذه الوضعية في قراره الصادر عن محكمة الاستئناف في القضية التي عرضت عليه والتي كان فيها المكتب الوطني للشاي والسكر طرفا فيها، إذ قررت محكمة الاستئناف أن أنشطة المكتب الوطني للشاي والسكر (إيراد – تصدير – وتجارة) هي أنشطة تجارية ومن تم فان المكتب المذكور يجب أن يخضع للقانون الخاص وليس للقانون العام.

ب – خضوع الدولة للتحكيم :

في نطاق تطبيق مبدأ المساواة بين الأطراف فان قانون التحكيم يأخذ بالقاعدة المنصوص عليها في قانون التحكيم الدولي الخاصة بقبول الدولة للتحكيم عندما يكون دوليا وبان أحد الأطراف هو الدولة أو مؤسسة عمومية أو شركة مراقبة من طرف الدولة، حيث لا يكمن لها أن تتحلل من الالتزامات الناجمة عن الشرط التحكيمي.

ج – الشرط التحكيمي كمرجع :

هناك تطور مقارنة مع القانون الحالي للتحكيم وخاصة الفصل 307 من قانون المسطرة المدنية ويتعلق الأمر بالاعتراف بتصديق اتفاقية التحكيم كمرجع، علما بان الشرط التحكيمي غير مضمن في العقد الأصلي وانما في عقد ملحق يكون صحيحا.

ROYAUME DU MAROC • المملكة المغربية
CENTRE DE PUBLICATION ET DE DOCUMENTATION JUDICIAIRES
مركز النشر والتوثيق القضائي

II – الصلاحيات المخولة للحكام :

أ) " الاختصاص – الاختصاص".

تأكيد مبدأ " الاختصاص – الاختصاص " يريد بان يكون للحكام القدرة والصلاحية من أجل البث في الاختصاصات الخاصة بهم، ويشكل ذلك معطى إيجابي لهذا المشروع قانون للتحكيم كما أن هذا المبدأ يعتبر ضمانة إضافية لاستقلالية التحكيم وذلك بإعطاء هذه المؤسسة خاصية حقيقية حسب ما ينص عليه الفصل 22 من مشروع القانون المغربي، كما أن الفصل 21 من نفس المشروع يمنح احتكار الاختصاص للحكام حول إشكاليات الجوهر بتضمينه في الفقرة الأولى انه عندما يكون النزاع معروضا أمام محكمة تحكيمية طبقا لاتفاقية تحكيم ومعروضا في نفس الوقت أمام محكمة أخرى فانه يتعين التصريح بعدم قبول الطلب.

وطبقا للفقرة الأولى من الفصل 21 من مشروع القانون المشار إليه أعلاه فانه يجب على القاضي أن يصرح بعدم اختصاصه في الحالة التي يكون النزاع قد عرض على محكمة التحكيم ولو قبل صدور القرار البات في الاختصاص من طرف الحكم.

ب) إجراءات التحقيق في النزاع :

الفصل 23 من مشروع القانون منح صلاحيات واسعة للحكام للتخفيف في النزاع المعروض عليهم كاتخاذ عليهم الإجراءات التحفظية وهو ما سكت عنه القانون الحالي.

كما أن الفصل 24 من نفس المشروع ينص على أن محكمة التحكيم تجري المسطرة التحكيمية دون أن تكون ملزمة باتباع القواعد المتخذة من طرف المحاكم ما عدا إذا اتفق الأطراف على خلاف ذلك في اتفاقية التحكيم.

وفيما يخص نمط آخر من الصلاحيات المخولة للحكام بموجب هذا المشروع فان الفقرة الثانية من الفصل 25 تحيل على وسائل الإثبات حيث أشارت الفقرة انه للمحكمة التحكيمية الحق في مطالبة الطرف الذي يتوفر على حجة أن توافيها بها.

ج) الاعتراف بالقرار التحكيمي :

طبقا للفقرة الثالثة من الفصل 32 من مشروع القانون فان القرار التحكيمي تطبق عليه قواعد التنفيذ المؤقت للأحكام.

الفصل 41 من مشروع القانون يضع المبدأ القاضي بقبول الطعن بالبطلان في مواجهة القرار التحكيمي الصادر من طرف محكمة تحكيمية داخلية أو دولية.

و الفصل 43 ينظم حالات اللجوء إلى هذا الطعن، وعلى العموم نجد أن هذه الحالات مقبولة من طرف قوانين التحكيم الوطنية وكذا من طرف القانون النموذج الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي.

خاتمة

هذا المشروع لمدونة التحكيم يأخذ في شموليته المبادئ الأساسية للتحكيم المعتمدة على تطور التجربة الوطنية و العالمية.

ملخص المداخلة الثالثة

التحكيم الداخلي والخارجي :

قراءة مشروع قانون متعلقة بمدونة التحكيم المغربية

على ضوء التجربة الكندية

السيد نبيل أنطاكي
أستاذ جامعي محام بمونريال
و مؤسس المعهد الكندي للتحكم التجاري

تاريخ التحكيم مرتبط أساسا بتاريخ المؤسسات السياسية للبلد وبصفة عامة فإن مؤسسة التحكيم تمت عبر أربع أو خمس مراحل متتالية :

في البداية كانت معتبرة استثناء من النظام القضائي وتطورت مع الوقت لتفرض الاعتراف بها كمسلسل مهم لحل النزاعات.

وفي كندا بإقليم كبيك خصوصا اتخذ مسلسل التحكيم نفس المنحى وقد صدر عن المجلس الأعلى أخيرا قرارا بإزالة آخر مقاومة لمسلسل التحكيم وكل ذلك بعد مسار يجب التوقف عند بعض آليات.

قبل 1965 قانون المسطرة المدنية بكبيك لم يكن يسمح إلا بالتصالح الذي يحترم القواعد الملزمة على شرط بأن لا يكون القضاء قد بث نهائيا ولا يمكن الإتفاق على ما يخالف النظام العام.

في 1965 ظهر قانون جديد للمسطرة شرع بنذ الإتفاق المطلق.

وفي 1987 خمس سنوات بعد قرار المجلس الأعلى هبت رياح جديدة في كندا:

تم تكوين مركزين للتحكيم في كولومبيا البريطانية وفي كبيك.

في نظام القانون المدني فإن اتفاق الأطراف يضع القانون. فلهم الحق في اختيار الوسائل لحل المنازعات التي تقع بينهم (خبرة تقييم...) يبقون أحرارا في اللجوء إلى القضاء لحله نهائيا

والحكم يصدر قرارا ت تصبح منفذة عن طريق التصديق والإقرار، وهنا يمكننا أن نرى بأن الدور الحقيقي للحكم مشابه لما يمكن أن يتخذه قاض مختص.

والمحاكم الدنيا استنتجت بأن كل ما يتعلق من قريب أو بعيد بالنظام العام وجميع القوانين الآمرة لا يمكن أن تكون مواضيع قابلة للتحكيم.

وفي 2003 طرحت إشكالية النظام العام من خلال منازعة بين شخصين حول حقوق ملكية تأليف حيث كان النزاع حول هذه الحقوق محور نقاش إذ اعتبر الحكم نفسه مختصا في حل النزاع وهو ما أبدته المحكمة الإبتدائية، غير أن محكمة الإستيناف صرحت بأن إشكالية ملكية حقوق المؤلف تخرج عن نطاق اختصاص الحكم لأنها مرتبطة بالنظام العام الذي يرتكز على الحقوق الشخصية.

وفي الأخير تم الحسم بموجب قرار صدر عن المجلس الأعلى حيث وبعد أن ذكر بالسياسة التشريعية الموافقة للتحكيم صرح بأن النزاع الذي يكون موضوعه حق ملكية ثقافية قابل للتحكيم.

ورغم عدم الإطمئنان في المسطرة المتبعة من أجل تعريف مهمة الحكم فإنه يجب التأكيد على عدم تأويل مهمته تلك بكيفية ضيقة، وحدود دور الحكم يجب أن تكون مضبوطة، فالحكام ملزمون بفحص الإشكاليات والضوابط التشريعية المرتبطة بالنظام العام كل النزاع الذي تم اختياره من أجله، وهذا الفحص لا يجعل الحكم قابلا للإبطال.

إن قانون المسطرة المدنية يهتم بمطابقة منطوق القرار والحيثيات المعتمد عليها. وهذا يتماشى مع ما ينص عليه القانون في عدد من الدول. فالإجتهاد القضائي لهذه الدول يحدد مسألة النظام العام الأساسي بنتيجة الحكم بالنسبة للنظام العام.

وأخيرا من خلال فحص صحة الحكم ترسخ قاعدة احترام وضوح نص المادة 2.946 الذي يمنع فحص جوهر النزاع.

التحكيم في كندا مر بمراحل صعبة كان فيها من المحاكم والمحامون وأيضا المتخاصمون يعادونه، اليوم كل النزاعات مهما كانت طبيعتها (مدنية أو تجارية وحتى تلك الموجهة ضد الدولة ومؤسساتها) قابلة للتحكيم وبصورة فعلية.

ومن الأفضل أن نتساءل عن ضرورة انتظار 38 سنة بكندا بداية من الوقت الذي تمت المصادقة على الشرط التحكيمي والقرار النهائي حتى يجد التحكيم جدورا له؟.

لماذا 38 سنة ؟

يجب التمييز بين مرحلتين :

من 1965 إلى 1987 لم يكن القانون الداخلي للتحكيم معترفا به بعد، والقانون الكندي للتحكيم الدولي كان أقل شأنا، ولكن في الحقيقة فإن قانون المسطرة المدنية تضمن عدة تحفظات. وعندما تم التعبير عن الرغبة السياسية في استقطاب المتخاصمين سنة 1987 كانت القوانين واضحة ومطابقة لدولة الحق في التحكيم. فقد وجد المتقاضون أنفسهم في وضعية الإختيار بين منهجين مختلفين لكن حظوظهما متساوية، وفي هذا الوقت وضع المجلس السكة وتبعته في ذلك باقي المحاكم.

ومن دون أدنى شك فإن نجاح التحكيم في كندا وخاصة في كيبيك متميز بتحرير عقلاني مادام موازيا للعمل القضائي.

- اتفاقية الأمم المتحدة للتجارة الدولية قامت بمجهود لاقتراح نمط قانوني مقبول، حيث لم يعد هناك أية ذريعة لفض التحكيمات الداخلية والخارجية بكيفية مختلفة.

كيبيك اختارت قبول جميع مبادئ القانون النموذج الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي واتفاقية نيويورك.

وأخيرا فإن تطور قانون التحكيم في كيبيك لم يكن ليحدث لولا الرغبة المتميزة في محاكمة عادلة، وكثيرون يؤكدون بأن مركز التحكيم بكيبيك لعب دورا مهما حيث كان واجبه الأساسي إعلام و تكوين الحكام والمستشارون القضائيون.

الجلسة الثالثة

قابلية المنازعات للتحكيم

المستشار الدكتور محمد أبو العينين(*)
مدير مركز القاهرة الإقليمي
للتحكيم التجاري الدولي

قابلية المنازعات للتحكيم Arbitrabilite / Arbitrability **هو اصطلاح يستعمل للدلالة على بيان أي طوائف من المنازعات يمكن أن تحسم بواسطة التحكيم لتمييزها عن تلك المنازعات التي يكون الإختصاص بحسمها لمحاكم الدولة وحدها.(1)**

وتتضمن اتفاقية نيويورك لعام 1958 التي تتعلق بالإعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها في مادتيها الثانية والخامسة، كما يتضمن القانون النموذجي الذي اعتمدته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لعام 1985 في المادتين (34) و(36) منه الإشارة إلى تطبيق أحكامهما بشأن المنازعات التي يمكن حسمها بواسطة التحكيم.

ويتحدد في كل دولة عادة نطاق المنازعات التي يجوز حسمها بواسطة التحكيم وذلك في ضوء الإعتبارات السياسية والإقتصادية والإجتماعية العليا للدولة، ويقع على المشرعين والقضاة في مختلف الدول مسئولية تحديد التوازن بين المصالح القومية المحلية والتي تقتضي إبقاء منازعات معينة في نطاق اختصاص محاكم الدولة وحدها وبين المصالح التي تتطلب العمل على رواج التجارة المحلية والدولية بتيسير حسم منازعاتها بسرعة وبطرق ميسرة عن طريق التحكيم، ولا شك أنه في مجال التجارة الدولية فقد كانت المزايا الإقتصادية الكبيرة التي تتحقق نتيجة لتيسير حسم منازعاتها

(*) أمين عام الاتحاد العربي للتحكيم الدولي ورئيس قسم مؤسسات التحكيم الدولية التابعة لمنظمة الاتحاد الدولي للمؤسسات التحكيمية **IFCAI**

(1) من الجدير بالذكر الإشارة إلى أن القضاة ورجال القانون في الولايات المتحدة الأمريكية حين يستعملون اصطلاح Arbitrable يقصدون أحياناً ما إذا كانت المنازعة محل الدراسة تدخل في نطاق اتفاق التحكيم أم لا. انظر في هذا المعنى Zekos "Courts Intervention in Commercial and Maritime Arbitration" 14 Journal of International Arbitration (1997) p. 99 .

عن طريق التحكيم هي الدافع الأساسي الذي دفع المحاكم القضائية إلى التوسع في نطاق حسم المنازعات التي يجوز حسمها عن طريق التحكيم.

ويتطلب بحث قابلية منازعة بعينها للتحكيم بحث القوانين التي تحكم أطراف المنازعة وما إذا كان الإتفاق مبرماً مع الدولة أو أحد الأشخاص التابعة لها وكذلك بحث نطاق النظام العام فيها بالإضافة إلى القانون الذي يسري على اتفاق التحكيم وقانون مكان التحكيم فضلاً عن القانون الذي يسري على تنفيذ حكم التحكيم.

ويكون الهدف من استعراض هذه القوانين التحقق مما إذا كانت هذه المنازعة تدخل بين طوائف المنازعات التي تخرج من مجال التحكيم وهي متعددة وتختلف من بلد إلى آخر، وهناك طوائف من هذه المنازعات تتفق العديد من الدول على عدم جواز التحكيم فيها، كما أن هناك بعض المنازعات ترى بعض الدول إخراجها من نطاق التحكيم لظروف خاصة بها ومن ذلك مثلاً قوانين بعض الدول العربية التي تحظر التحكيم في منازعات عقود الوكالات التجارية بين الشركات والمؤسسات التجارية الأجنبية وبين الوكلاء المحليين من الوطنيين في تلك الدول ومن ذلك القانون رقم (18) لسنة 1981 لدولة الإمارات العربية بشأن الوكالات التجارية المعدل بالقانون رقم (14) لسنة 1988 وهو حكم يتردد في قوانين كثير من دول الخليج العربية.

ويضفي القانون البلجيكي حماية مماثلة على الإنهاء بإرادة منفردة لبعض عقود واتفاقيات التوزيع بموجب القانون الصادر في 27 يوليو 1961.(1)

ويتسم تحديد نطاق المسائل التي لا يجوز فيها التحكيم في كثير من الأنظمة القانونية في العالم بالغموض وعدم تحديد حدود ما يجوز التحكيم فيه وما لا يجوز بدقة.

وإذا كان الإتجاه العام لتشريعات دول العالم أن مسائل النظام العام تخرج عن دائرة التحكيم فإن تحديد النظام العام أمر يتسم في بعض الأحيان بصعوبة بالغة خاصة مع اختلاف نطاق النظام العام في كل دولة عن الأخرى وكذلك مع التغيير المستمر في مفهوم النظام العام في كل دولة وفقاً لسرعة تغير المعايير التي تحدده وسرعة التطور فيها.

(1) انظر أيضاً قرار المحكمة البلجيكية العليا في قضية Audi – NSA v. Petit عام 1980.

كما أنه من البديهي ملاحظة الفرق في هذا الخصوص بين النظام العام المحلي والنظام العام الدولي واختلاف نطاق كل منهما عن الآخر إذ يضيق مجال النظام العام الدولي عادةً عن مجال ونطاق النظام العام المحلي.

وتختلف الدول كذلك في أسلوب وطريقة تحديدها لطوائف المنازعات الأخرى التي لا تعد من مسائل النظام العام ولكنها تعتبر مع ذلك من المنازعات التي لا يجوز التحكيم فيها فعلى حين تتجه بلاد القانون المكتوب إلى وضع بيان بطوائف من المنازعات التي لا يجوز التحكيم فيها في نصوص قانونية، تترك بلاد القانون غير المكتوب تحديد هذه الطوائف لأحكام القضاء.

هذا ومن الجدير بالذكر أنه حتى في بلاد القانون المكتوب فإن قوانينها لا تضع تعداداً حصرياً للمنازعات التي لا يجوز التحكيم فيها وقد يتضمن أحد التشريعات عدة طوائف من الأعمال التي لا يجوز التحكيم فيها، وتتناول تشريعات أخرى متناثرة أو متفرقة منازعات أخرى تبقى الدولة الفصل فيها لقضائها وحده، هذا إلى جانب مسائل النظام العام التي تكون أحكام القضاء هي الفيصل النهائي في شأنها وفي متابعة تطور المفاهيم الأساسية الإقتصادية والإجتماعية والسياسية التي تنعكس على حدود ما يعتبر في الدولة من النظام العام في كل مرحلة من مراحل تطورها ووفقاً لظروفها الخاصة.

وقد تضمنت بعض التشريعات تحديداً لقابلية المنازعات للتحكيم على أساس الصياغة التي يصب فيها اتفاق التحكيم فعلى حين تكون المشارطة التي تبرم بعد وقوع النزاع صحيحة سواء أكان النزاع مدنياً أو تجارياً، فإن شرط التحكيم الذي يحيل المنازعات التي تطرأ في المستقبل إلى التحكيم لا يصح ولا ينتج أثره إلا بالنسبة للمنازعات التجارية وحدها وهذا هو النهج الذي استنه المشرع الفرنسي طبقاً لحكم المادة (2060) من التقنين المدني والمادة (631) من التقنين التجاري، وهو الإتجاه الذي اتبعته العديد من الدول التي تأثرت بالقانون الفرنسي وخاصة من البلاد العربية وبلاد أمريكا اللاتينية.

فعلى الرغم من المعارضة الشديدة التي يبديها الفقه في فرنسا فإن القانون الفرنسي يفرق بين مشارطـــة التحكيم Compromis (المادة 1447) وبين شرط التحكيم Clause compromissoire (المادة 1442) التي تقضي بأن شرط التحكيم يقع باطلاً ولا ينتج عنه أي أثر ما لم ينص القانون على غير ذلك (المادة 2061 من القانون المدني)، وقد أجاز المشرع الفرنسي منذ سنة 1925 شرط التحكيم في العقود التجارية أما إذا

كان العقد غير تجاري كأن كانت المعاملة مدنية أو مختلطة بين تاجر وغير تاجر فإن شرط التحكيم يقع باطلاً معدوم الأثر.

إلا أن المشرع الفرنسي اضطر تحت ضغط الحاجة إلى التوسع في إجازة التحكيم في المنازعات الداخلية إلي إصدار القانون رقم 420 لسنة 2001 الصادر في 15 مايو سنة 2001 بتعديل المادة (2061) من القانون المدني لتتضمن إجازة التحكيم في عقود المهنيين بمقتضى وضع شروط في العقود الخاصة بهم ومن ثم يمتد أثر هذا التعديل بحيث يشمل الحرفيين وأعضاء المهن الحرة وكذلك القائمين بالنشاط الزراعي.

وقد انحصر جانب هام من المنازعات التي لا يجوز التحكيم فيها في تشريعات بعض الدول في أنواع من المنازعات المحلية التي لا يعتبر التحكيم في شأنها دوليا، بينما تجيز تشريعات هذه الدول التحكيم في هذه الأنواع من المنازعات إذا نشأت عن عقود دولية.

وهذا هو ما يجري عليه التطبيق في فرنسا ففي الحالات التي لا يجيز فيها القانون الإتفاق على إحالة المنازعات التي تحدث في المستقبل إلى التحكيم بمقتضى شرط تحكيم يقتصر حظر التحكيم فيه على المنازعات المحلية فقط، أما إذا كانت شروط التحكيم واردة في عقود دولية فقد أجازت المحاكم التحكيم في منازعاتها وأخرجها القضاء من دائرة الحظر وعلى ذلك فإن تكييف التحكيم بأنه تحكيم دولي أو محلي يترتب عليه تحديد نطاق ما يجوز فيه التحكيم من منازعات وما يقتصر حسم منازعاته على اختصاص محاكم الدولة وحدها.

ويتجه القضاء الأمريكي كذلك إلى تحديد نطاق المنازعات التي يجوز التحكيم فيها في بعض الحالات على أساس دولية أو محلية التحكيم، فإذا نشأت المنازعة التي يحظر التحكيم فيها في العقود المحلية، عن عقد دولي فإن القضاء الأمريكي قد حكم بالنسبة لبعض هذه المنازعات بجواز التحكيم فيها.

فقد تضمن القانون الإتحادي الصادر عام 1934 بشأن الأوراق المالية وسوق المال حظر التحكيم في المنازعات التي تنشأ عن معاملاتها وإبقاء اختصاص الفصل فيها للقضاء وحده وهو ما أكده حكم المحكمة الإتحادية العليا عام 1953 في قضية Wilco v. Swan(1)، ومع ذلك فإن المحكمة المذكورة في الوقت الذي استقرت فيه على الحكم السابق في شأن المنازعات غير الدولية التي تنشأ عن تلك التعاملات إلا أنها في قضية

(1)- 346 U.S. 427 (1953)

Scherk v. Alberto Culver(2) أجازت التحكيم في منازعاتها إذا كان العقد دولياً وذلك عام 1974.

كذلك ففي المنازعات الناتجة عن مخالفة قوانين منع الإحتكارات غير المشروعة Antitrust Laws استقرت المحاكم الأمريكية منذ عام 1968 على أن منازعاتها غير قابلة للتحكيم(3) ولكنها أجازت في قضية Mitsubishi عام 1985 التحكيم فيها إذا كانت المنازعات ناشئة عن عقود دولية.(4)

وإلى جانب حظر التحكيم في بعض المنازعات بالنسبة إلى موضوعها وطبيعتها فقد تميز النظام الفرنسي والدول التي أخذت عنه بحظر التحكيم في بعض المنازعات بالنظر إلى أطراف المنازعة.

ففي فرنسا لا يجوز للدولة أو للهيئات العامة إبرام اتفاق تحكيم إلا بناء على مرسوم أو قانون يجيز ذلك (المادة 2060 مدني فرنسي) وقد صدر مرسوم بذلك عام 1982 لصالح الشركة الفرنسية الوطنية للسكك الحديدية S.N.C.F.

أما الشركات المملوكة للدولة sociétés – فإنها على خلاف المؤسسات العامة établissements publics – لا تخضع لحكم المادة (2060) مدني فرنسي.

وقد أجازت المادة التاسعة من قانون 19 أغسطس 1986 (والصادر بمناسبة تنفيذ مشروع يورو ديزني) للدولة وهيئاتها العامة الدخول كأطراف في شرط تحكيم بمناسبة التعاقد مع شركات أجنبية ابتغاء تنفيذ مشروع يحقق مصلحة وطنية وذلك إذا توافرت شروط معينة.

وتتوقف أهلية الشخص الطبيعي أو المعنوي في إبرام اتفاقات التحكيم على حكم القانون الذي يسري عليه، ويلاحظ أنه بالنسبة للعقود الدولية فإنه إذا وجدت ظروف من شأنها أن تؤثر في صحة اتفاق التحكيم نتيجة لنقص أهلية طرف أجنبي فإنه يجوز للمحاكم الفرنسية أن تقرر أن هذا العيب لا ينبغي أن يفضي إلى الإضرار بالطرف الآخر بشرط أن يكون هذا الطرف حريصاً وحسن النية ولديه عذر مقبول حال بينه

---

(2) - 417 U.S. 506 (1974)

(3) - American Safety Equipment Corp. v. P. Maguire and Co. 391 F.d 821 (2nd Cir 1968.

(4) - Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler Plymouth Inc. 473 U.S. 614, 105 S. Ct. 3346 (1985).

وبين معرفة أحكام القانون الأجنبي الذي يقرر انعدام الأهلية أو نقصها وكان الطرف الأجنبي يتمتع بأهلية اللجوء للتحكيم وفقاً للقانون الفرنسي.(1)

وكان لحظر دخول الدولة أو أحد فروعها في اتفاقيات التحكيم أثره على النظم القانونية لبعض الدول العربية التي تأثرت بالقانون الفرنسي إذ يسود فيها الإتجاه إلى حظر التحكيم في منازعات العقود الإدارية.

ومع ذلك وتحت ضغط التطورات الإقتصادية فقد أجاز القانون المصري الصادر بالقانون رقم (9) لسنة 1997 دخول الدولة أو أحد فروعها أو مؤسساتها في اتفاق التحكيم بشرط موافقة الوزير المختص.

ومن أمثلة ذلك أيضاً صدور القانون رقم (440) لسنة 2002 في لبنان بإجازة دخول الدولة أو أحد الأشخاص العامة في اتفاق التحكيم بشرط موافقة مجلس الوزراء.

ولا شك أن شرط موافقة الوزير المختص في مصر وشرط موافقة مجلس الوزراء في لبنان لإبرام الدولة أو أحد الأشخاص العامة اتفاق التحكيم لا يؤثر وليس له أي فعالية بالنسبة للتحكيم الدولي إذ تسود قاعدة القانون الدولي التي لا تجيز للدولة الإحتجاج بقانونها للتخلص من التزاماتها.

ولذلك فإن الصياغة التي اتبعها المشرع التونسي في المادة (7) خامساً من مجلة التحكيم التونسية الصادرة بالقانون رقم 42 لسنة 1993 بإجازة اتفاق التحكيم في هذه الحالة إذا كانت النزاعات ناتجة عن علاقات دولية اقتصادية يمثل حلاً يتفق وأحكام القانون الدولي العام.

وكذلك أحسن المشرع المغربي صنعاً في المادة (2 فقرة 3) من مشروع المدونة إذ نص على أن يستثنى من حظر الإتفاق على التحكيم النزاعات التي تنتج عن العلاقات الدولية ذات الطابع الإقتصادي أو التجاري أو المالي التي تخضع للباب الثالث من المدونة والذي يتعلق بالتحكيم الدولي.

وقد تضمن القانون الموريتاني رقم 6 لعام 2000 الصادر بمدونة التحكيم في المادة (5/8) منه، كما تضمنت المادة (3/422) من الأمر الصادر بالجزائر برقم 54 لسنة 66 في 1966/6/8 والمعدل بالمرسوم التشريعي رقم 9 لسنة 1993 نصوصاً مماثلة.

---

(1) - انظر De Boisseson, le Droit Francais de l'arbitrage Intern et International (GLN July Paris 1990 p. 4980

وسنعرض فيما يلي إلى الصياغات التي اتبعها القانون النموذجي والتشريعات المختلفة وخاصة التشريعات العربية التي حدّثت قوانينها عن التحكيم في الفترة الأخيرة.

فبالنسبة للقانون النموذجي للتحكيم الذي أصدرته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (يونسترال) عام 1985، تنص المادة (34/ب) على أن من بين أسباب الطعن في أحكام التحكيم بالبطلان أن يكون "موضوع النزاع لا يقبل التسوية بالتحكيم وفقاً لقانون الدولة أو أن يكون قرار التحكيم متعارضاً مع السياسة العامة لهذه الدولة (النظام العام).

كما أجاز القانون المذكور لنفس الأسباب رفض الإعتراف بحكم التحكيم الأجنبي أو الأمر بتنفيذه في المادة (36/ب) من القانون المذكور.

وفيما يلي بيان الصياغات التي اتبعتها الدول العربية التي اعتمدت القانون النموذجي.

فبالنسبة للقانون المصري للتحكيم في المواد المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم (27) لسنة 1994 تنص المادة (11) منه على أنه "لا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح".كما تنص المادة (2/53) منه على أن تقضي المحكمة التي تنظر بطلان حكم التحكيم ببطلانه إذا تضمن ما يخالف النظام العام، ونصت المادة (58) منه على عدم قبول طلب تنفيذ حكم التحكيم إذا تضمن ما يخالف النظام العام في مصر.

وتطابق صياغة المواد (11) و(2/53) و(58) من قانون التحكيم في المنازعات المدنية والتجارية العُماني الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (47) لسنة 1997 نظيرتها في القانون المصري.

وبالنسبة للقانون الأردني الصادر بالقانون رقم (31) لسنة 2001 تنص المادة (9) منه على أنه "لا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح"، كما تنص المادة (49/ب) على أن "تقضي المحكمة المختصة التي تنظر دعوى البطلان من تلقاء نفسها ببطلان حكم التحكيم فيما تضمن ما يخالف النظام العام أو إذا وجدت أن موضوع النزاع من المسائل التي لا يجوز التحكيم فيها".

وتتضمن مجلة التحكيم التونسية الصادرة بالقانون رقم (42) لسنة 1993 في الفصل (7) منها تفصيلاً للمسائل التي لا يجوز فيها التحكيم فتنص على أنه لا يجوز التحكيم:

"أولا : في المسائل المتعلقة بالنظام العام.

ثانياً : في المنازعات المتعلقة بالجنسية.

ثالثاً : في النزاعات المتعلقة بالحالة الشخصية باستثناء الخلافات المالية الناشئة عنها.

رابعاً : في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح.

خامساً : في النزاعات المتعلقة بالدولة والمؤسسات العامة 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."

وينص الفصل (42) رابعاً من المجلة سالفة الذكر على جواز طلب إبطال حكم التحكيم "إذا خرق قاعدة من قواعد النظام العام".

كما ينص الفصل (78) ثانياً من الباب الثالث من المجلة والخاص بالتحكيم الدولي على جواز الطعن في حكم التحكيم بالبطلان إذا رأت المحكمة أنه "يخالف النظام العام في مفهوم القانون الدولي الخاص".

وينص الفصل (81) من المجلة المذكورة على أنه يجوز رفض الإعتراف بحكم التحكيم أو تنفيذه إذا رأت المحكمة مخالفته للنظام العام "في مفهوم القانون الدولي الخاص".

وبالنسبة للقوانين التي تأثرت بالقانون الفرنسي فقد نصت المادة (765) من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني الجديد المعدل بالمرسوم الإشتراعي لعام 1983 على أن: "العقد التحكيمي عقد بموجبه يتفق الأطراف فيه على حل نزاع قابل للصلح ناشئ بينهم عن طريق تحكيم شخص أو عدة أشخاص".

كما أجازت المادة(800) من القانون المذكور الطعن في حكم التحكيم بالبطلان إذا خالف قاعدة تتعلق بالنظام العام.

وبالنسبة لموريتانيا عددت المادة (8) من القانون رقم 6 لسنة 2000 الصادر في 2000/1/18 بإصدار مدونة التحكيم في موريتانيا ما لا يجوز فيه التحكيم بأنه:

"1 – في المسائل المتعلقة بالنظام العام؛

2 – في النزاعات المتعلقة بالجنسية؛

3 – في النزاعات المتعلقة بالأحوال الشخصية التي لا تخضع للتحكيم الوارد في هذه المدونة باستثناء الخلافات المالية الناشئة عنها؛

4 – في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح؛

5 – في النزاعات المتعلقة بالدولة والمؤسسات العمومية والجماعات المحلية إلا إذا كانت هذه النزاعات ناتجة عن علاقات دولية ذات طابع اقتصادي أو تجاري أو مالي كتلك المنظمة بالفصل الثالث من هذه المدونة.

غير أن لكل الأشخاص أن يلجئوا إلى التحكيم في كافة الحقوق التي لهم حرية التصرف فيها".

كما أجازت المادة (4/38) منه الطعن على حكم التحكيم بالإلغاء "إذا كان المحكم قد خرق قاعدة من قواعد النظام العام".

وبالنسبة للجزائر، تنص المادة (442) من قانون الإجراءات المدنية الجزائري المعدل بالمرسوم التشريعي رقم (9) لسنة 1993 على ما يأتي:

"يجوز لكل شخص أن يطلب التحكيم في حقوق له مطلق التصرف فيها.

ولا يجوز التحكيم في الالتزام بالنفقة ولا في حقوق الإرث والحقوق المتعلقة بالمسكن والملبس ولا في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص أو أهليتهم.

ولا يجوز للأشخاص المعنويين التابعين للقانون العام أن يطلبوا التحكيم ما عدا في علاقاتهم التجارية الدولية.

وأجازت المادة (458/ح) مكرر 23 استئناف القرار الذي يسمح بالاعتراف أو تنفيذ الحكم التحكيمي "إذا كان الاعتراف أو التنفيذ مخالفاً للنظام العام الدولي" وأجازت المادة (458) مكرر 25 الطعن بالبطلان في القرارات التحكيمية الصادرة في الجزائر في مجال التحكيم الدولي في الحالة السابقة.

وإذا عرضنا للدول التي طبقت أحكام الشريعة الإسلامية نجد أن نظام التحكيم السعودي الصادر بالأمر الملكي رقم 7/12 عام 1403 هـ الموافق 1983/4/25 ينص في المادة (2) منه على أنه: "لا يقبل التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح ولا يصح الإتفاق على التحكيم إلا ممن له أهلية التصرف".

كما تنص المادة (3) منه على أنه : "لا يجوز للجهات الحكومية اللجوء للتحكيم لفض منازعاتها مع الآخرين إلا بعد موافقة رئيس مجلس الوزراء ويجوز بقرار من مجلس الوزراء تعديل هذا الحكم".

كما نصت المادة (1) من اللائحة التنفيذية لنظام التحكيم المذكور الصادرة بالمرسوم رقم 8 لسنة 1405 هـ الموافق 27 مايو 1985 على أنه : "لا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح كالحدود واللعان بين الزوجين وكل ما هو متعلق بالنظام العام".

وبالنسبة لجمهورية اليمن فقد عددت المادة (5) من القرار الجمهوري بالقانون رقم 22 لسنة 1992 بشأن التحكيم ما لا يجوز التحكيم فيه بأنه:

أ – الحدود واللعان وفسخ عقود النكاح.

ب – رد القضاة ومخاصمتهم.

جـ – المنازعات المتعلقة بإجراءات التنفيذ جبرا.

د – سائر المسائل التي لا يجوز فيها الصلح.

هـ – كل ما يتعلق بالنظام العام".

كما أجازت المادة (53/ز) طلب إبطال حكم التحكيم إذا خالف الشريعة الإسلامية أو النظام العام.

وإذا خرجنا من مجال أمثلة الصياغات في التشريعات السابقة فإننا نجد التشريع السويسري يتخذ منهجاً مختلفاً إذ يفتح الباب واسعاً أمام المنازعات التي يجوز التحكيم فيها وفي صياغة شديدة المرونة إذ يتحدث عن النزاعات التي تقبل التحكيم في المادة (177) منه بأنها:

ROYAUME DU MAROC • المملكة المغربية
مركز النشر والتوثيق القضائي
ET DE DOCUMENTATION JUDICIAIRE

1 – كل نزاع له طبيعة مالية يمكن أن يحال إلى التحكيم.

2 – إذا كان أحد الأطراف في التحكيم دولة أو شركة مملوكة من الدولة أو مؤسسة تخضع لرقابة الدولة، فلا يمكن لهذا الطرف أن يدلي بقانونه الخاص ليحتج على إمكانية إحالة النزاع للتحكيم أو عدم أهليته لأن يكون طرفاً في التحكيم".

وعلى خلاف هذا الإتجاه الشديد التجرد والمرونة نجد صياغات أخرى مضيقة في العالم الغربي، فقد نصت المادة (1) من القانون الموحد للمجلس الأوروبي على أن:

"أي منازعة ... في نطاق ما يمكن التصالح فيه يمكن أن يكون محلاً لاتفاق تحكيم"

"Any dispute… in respect of which is permissible to compromise may be subject to an arbitration agreement."

وتتجه بعض الدول إلى حظر التحكيم في منازعات الإستثمار في أقاليمها ويمثل السماح بالتحكيم في هذه المنازعات بالنسبة لهم تدخلاً في سياساتهم الداخلية ونتيجة لهذا الإتجاه رفضت بعض الدول الإنضمام إلى اتفاقية البنك الدولي الخاصة بإنشاء المركز الدولي لحسم منازعات الإستثمار (إيكسيد).

ويعبر عن هذا الإتجاه بمبدأ كالفو Calvo Doctrine والذي يقوم على مبدأين أولهما حق كل دولة في رفض أي تدخل أجنبي في استثمار مصادرها الطبيعية أو الإستثمار على أراضيها، وثانيهما أنه لا ينبغي منح الأجانب أي استثناءات أو امتيازات في هذا الشأن.

وقد تضمنت الإتفاقية التي وُقعت في كاراتاجينا بكولومبيا في ديسمبر 1970 هذين المبدأين، ونصت المادة (24) على أن الدول أعضاء الإتفاقية لن تضمن لأي مستثمر أجنبي أي معاملة مميزة عن المستثمر الوطني، كما نصت المادة (51) من هذه الإتفاقية على أنه لا يجوز أن يتضمن أي تشريع أو قرار بشأن الإستثمار أو نقل التكنولوجيا أي شرط لسحب اختصاص القضاء من نظر المنازعات التي تتعلق بهما أو يخضع الدول الأعضاء لقرارات المستثمرين.

وقد وقعت على هذه الإتفاقية عدد من دول أمريكا اللاتينية، وإن كانت هناك اتجاهات عكسية أخذت طريقها في هذه البلاد نظراً للحاجة الماسّة للإستثمار ونتيجة للأزمات الإقتصادية.

ومن الجدير بالذكر في هذا المجال أيضاً أن مجموعة الدول السبعة والسبعين في نطاق الأمم المتحدة في مواجهة الدول الصناعية الكبرى قد عبّرت عن أملها في حظر اتفاقيات التحكيم في معاملات نقل التكنولوجيا.

وكانت تجتاح الدول الإشتراكية فيما سبق معارضة انتشار التحكيم في الإستثمارات والتجارة الدولية بدعوى أنه فرض عدالة الأغنياء الذي يتمكن فيه الطرف الأقوى اقتصادياً من إبرام الإتفاق الذي يحقق مصالحه في هذا الشأن.

وليس من شك في أن الإتجاهات المعارضة للتحكيم تراجعت بقوة في السنوات الأخيرة تحت وطأة عدة عوامل منها الحاجة الماسّة للإستثمار الأجنبي، فضلاً عن اختيار قواعد التحكيم المتوازنة التي تضمن حقوق الطرف المضيف للإستثمار أو الأضعف اقتصادياً. هذا كله بالإضافة إلى أن طبيعة المنازعات الإقتصادية تتأبى على طول وتعدد وعدم بساطة إجراءات التقاضي وخاصة في ضوء التطورات الجديدة ونتيجة للثورة التكنولوجية الهائلة إذ يتضمن التحكيم مجموعة من الحريات للأطراف لصياغة أسلوب حسم المنازعة بسرعة ومرونة وهو ما توجبه طبيعة هذه المنازعات.

وقد أحسن المشرّع المغربي صنعاً بوضع نص متوازن يكاد أن يتطابق مع نصوص مجلة التحكيم التونسية والمدونة الموريتانية والقانون الجزائري المشار إليهم في هذا الشأن، وإن كان قد فاقهم في منطق الصياغة إذ نصت المادة (2) من مشروع المدونة على أنه:

ROYAUME DU MAROC
CENTRE DE PUBLICATION
ET DE DOCUMENTATION JUDICIAIRE

"لا يمكن الإتفاق على التحكيم في:

1 – النزاعات المتعلقة بالأحوال الشخصية باستثناء النزاعات ذات الطابع المالي الناتجة عنها.

2 – المسائل التي لا يمكن إبرام الصلح بشأنها.

3 – النزاعات التي تهم الدولة والجماعات المحلية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري باستثناء النزاعات التي تنتج عن العلاقات الدولية ذات الطابع الإقتصادي أو التجاري أو المالي التي تخضع لمقتضيات الباب الثالث من هذه المدونة.

4 – وبصفة عامة المسائل التي تتعلق بالنظام العام".

كما نصت المادة (43) من مشروع المدونة على جواز الطعن بالبطلان في حكم التحكيم "إذا خالف الحكم التحكيمي قاعدة من قواعد النظام العام".

كذلك نصت المادة (5/57) من مشروع المدونة على جواز الطعن بالإستئناف في الأمر القاضي بمنع الإعتراف والصيغة التنفيذية "إذا كان الإعتراف أو التنفيذ مخالفاً للنظام العام الدولي". ونصت المادة (59) من المشروع كذلك على قابلية الحكم التحكيمي الصادر في مادة التحكيم الدولي في المملكة للطعن بالبطلان للأسباب المنصوص عليها في المادة (57) المشار إليها.

ولا شك أن كل الصياغات السابقة تترك بفعالية المجال الأكبر للقضاء لتحديد ما يجوز التحكيم فيه، وما لا يجوز وفقاً لكل حالة على حدة وفي ضوء المعايير والحدود التي وضعها المشرع في كل دولة على حدة ليس في قانون التحكيم وحده فقط ولكن في التشريعات الأخرى التي تتناول موضوعات معينة يتم حظر التحكيم في منازعاتها.

ويمكن استخلاص النتائج الآتية باستعراض أحكام القانون المقارن:

1 – لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بتحديد المسئولية الجنائية ومسائل التجريم والعقاب (نقض مدني مصري في 1980/12/2 مجموعة المكتب الفني سنة 31 رقم 269 ص 1989).

2 – لا يجوز الإتفاق على التحكيم في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية للإنسان وقد عرفتها محكمة النقض المصرية بأنها "مجموعة ما يتميز به الإنسان عن غيره من الصفات الطبيعية أو العائلية التي رتب القانون عليها أثراً قانونياً في حياته الإجتماعيةككونه ذكراً أو أنثى وكونه زوجاً أو مطلقاً أو أباً أو ابناً شرعياً أو كونه تام الأهلية أو ناقصها لصغر سنه أو عته أو جنون وكونه مطلق الأهلية أو مقيد بسبب من أسبابها القانونية (نقض مدني في 21 يونيو 1934 مجموعة القواعد القانونية جـ 1 ص 117).

وتشمل هذه المسائل كذلك مسائل الميراث والوصية والحضانة والنفقة.

3 – تتسم حدود وطوائف المنازعات غير القابلة للتحكيم في القانون المقارن أحياناً بعدم اليقين، وتتغاير الدول وتختلف ليس فقط في الحدود التي تسمح فيها لطوائف من المنازعات بحسمها بواسطة التحكيم، ولكن تختلف أيضاً في أسلوب وطريقة تحديد هذه المنازعات ووضع الحدود بين ما يجوز التحكيم فيه من المنازعات، وما يكون الفصل فيه من اختصاص محاكم الدولة وحدها.

وتتجه البلاد التي تقع في مجموعة بلاد القانون المكتوب بوجه عام إلى تحديد طوائف المنازعات التي تستثنى من الفصل فيها بطريق التحكيم في تشريعاتها، وإن اتسم هذا التحديد في كثير من الأحوال في هذه البلاد بعدم القطع إذ كثيراً ما تخرج طوائف أخرى من المنازعات التي لم ينص صراحةً على عدم جواز التحكيم فيها من دائرة ما يجوز التحكيم فيه.

ويظل للقضاء دوره الأساسي والحاسم في وضع الحدود والفواصل في هذه المسائل. أما في بلاد القانون غير المكتوب فإن تحديد طوائف هذه المنازعات يترك لمحاكم الدولة، ويسود في هذه البلاد الشعور في كثير من الأحيان بعدم اليقين بالنسبة للحدود الفاصلة بدقة بين ما يجوز التحكيم فيه، وما لا يجوز.

ويمكن القول بوجه عام بأن طوائف المنازعات التي لا يجوز التحكيم فيها تتشابه حدودها في كثير من الأحيان في معظم بلاد العالم سواء في بلاد القانون المكتوب أو بلاد القانون غير المكتوب، وإن بقيت حدودها غير متسمة باليقين، كما أن بعض الدول تخرج عن الإتجاه العام السائد بالنسبة لما يجوز التحكيم فيه وذلك لظروفها الخاصة، وتخرج من دائرة حسم المنازعات بطريق التحكيم المنازعات التي تتعلق بالنظام العام وهي تختلف في كل دولة عن الأخرى على نحو ما سبقت الإشارة إليه.

كما يختلف مجال ونطاق النظام العام الداخلي عن مجال ونطاق النظام العام الدولي.

4 – تخضع للتحكيم بوجه عام وفي الكثير من الدول الحقوق المالية والإقتصادية وإن نشأت عن حق غير مالي أو اقتصادي مما لا يجوز التحكيم فيه.

5 – تشترط الكثير من التشريعات قابلية الحقوق التي تخضع للتحكيم للتصرف فما لا يجوز التصرف فيه لا يخضع للتحكيم، ومن ذلك بالنسبة لبعض التشريعات حقوق العمال التي لا يجوز للعامل النزول عنها أثناء استمرار علاقة العمل مع رب العمل كما لا يجوز التحكيم في المسائل المتصلة والمتعلقة بسيادة الدولة وممارستها لسلطاتها الأساسية تشريعية وقضائية وتنفيذية – ومن ذلك المسائل المتصلة بجنسية المواطن.

6 – تعتمد الكثير من الدول معيار جواز التحكيم في ما يجوز فيه الصلح.

7– لا يجوز في بعض النظم القانونية التحكيم في منازعات العقود الإدارية administrative contracts وذلك لأن القضاء الإداري في تلك البلاد يعتبر الجهة الوحيدة

المختصة بالفصل في المنازعات التي تثور في مجال تلك العقود وذلك فيما عدا ما أجيز بحكم التشريع.

و تقصر كثير من تلك البلاد الحظر على المنازعات المحلية وحدها بينما تجيز قوانينها التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقود دولية.

8 – المنازعات المتعلقة بالعلامات التجارية وتقليدها trademark تستأثر بالاختصاص بها محاكم الدولة في كثير من البلاد، ومع ذلك يجوز اللجوء إلي التحكيم في شأنها بهدف فسخ العقد أو تقدير الآثار الأخرى التي يرتبها القانون الخاص والناجمة عن تقليد العلامة التجارية أو الاستخدام غير المشروع لها.

9 – فيما يتعلق ببراءات الاختراعات patents لا تجيز تشريعات الكثير من الدول خضوع منح براءة الإختراع أو صحتها للتحكيم، وتجيز بعض التشريعات في حالات محدودة التحكيم بشأن حقوق الملكية المتعلقة بها.

10 – يجوز بوجه عام بالنسبة للكثير من التشريعات الالتجاء إلي التحكيم فيما يتعلق بمنازعات التراخيص Licensing disputes باستثناء التراخيص الإلزامية كتلك المطلوبة للمنتجات الطبية والصيدلية لصالح الصحة العامة والتي تتعلق بالتالي بالنظام العام.

11 – فيما يتعلق بمسائل الإفلاس bankruptcy matters فقد استقر القضاء في معظم البلاد على أنها من النظام العام الدولي.

12 – تحظر بعض الدول إبرام اتفاق التحكيم في المسائل التي تدخل في نطاق قوانين المنافسة ومن ذلك EEC Competition Law الذي يجعل لمحاكم الدول الإختصاص الإستثنائي بالفصل في منازعاتها إذ تنفرد سلطات الإتحاد الأوروبي بسلطة تطبيق القواعد التي تصدرها.

13 – هناك منازعات معينة أخرى ترى معها بعض الدول إخراجها من القابلية للتحكيم لاعتبارات خاصة بنظمها الإقتصادية أو السياسية أو الاجتماعية، وهي منازعات ليست نمطية وتختلف من دولة إلى أخرى.

ROYAUME DU MAROC • المملكة المغربية
CENTRE DE PUBLICATION ET DE DOCUMENTATION JURIDIQUE

حوالة الحقوق في العقود المشتملة
على اتفاق تحكيم و أثرها في تحديد نطاقه

المستشار الدكتور رفعت محمد عبد المجيد
نائب رئيس محكمة النقض المصرية
و رئيس الدائرة التجارية

تمهيد :

التحكيم يعني بإيجاز هو "اتفاق على عرض نزاع على محكمين للفصل فيه دون المحاكم المختصة، أو هو اتفاق خصوم على إحالة نزاع معين بينهم إلى التحكيم يختارون فيه المحكم ويعينون القانون الواجب التطبيق وإجراءات التحكيم".

وجوهر التحكيم في الأصل – على هذا النحو – يكمن في تلك السلطة التي تمنح للمحكم الفصل في النزاع بقرار ملزم للطرفين بحيث يكون التحكيم ضربا من القضاء و المحكم قاضيا خاصا مهمته حسم الخصومة بقرار ملزم .

وينبني على ذلك أنه إذا اقتصرت سلطة الشخص المعين بالاتفاق بين الخصوم على مجرد اقتراح حلول للتوفيق بين وجهتي النظر في الخصومة أو إبداء الرأي في مسألة تتعلق بها دون أن يكون من شأنه إصدار قرار للفصل فيها فالأمر لا يعتبر تحكيما1 . كما يختلف التحكيم وفقا للضابط المتقدم عن (الخبرة) EXPERTS باعتبار أن مهمة الخبير تقتصر على إبداء الرأي في مسألة معينة دون أن يكون رأيه ملزما للخصوم أو للهيئة المختصة بنظر النزاع (محكمة أو هيئة تحكيم) فهو لا يفصل في النزاع وإنما يعين على استجلاء جانب غامض أو فني منه لذا لا يعتبر محكما.

1– المحكمة الاتحادية COUR FEDIRALE لألمانيا الاتحادية 25 مايو سنة 1970 منشور في مجلة القانون الدولي الخاصة سنة 1971 ص 37 .
الطعنان رقما 7430 لسنة 63 ق ، 9678 لسنة 65 ق جلسة 10 يونيه سنة 2003 الصادرين من محكمة النقض المصرية غير منشورين بعد

كذلك يختلف التحكيم عن الوساطة في الصلح CONCILIATION حيث يقدم الوسيط وفقا لها حلولا للتوفيق بين الخصوم لا تعدو أن تكون مجرد مقترحات قد يأخذون بها وقد يعرضون عنها فهو والحال كذلك لا يفصل في النزاع وإنما يعين على تسويته أو على الفصل فيه من قبل الجهة المختصة ومن ثم لا يعد محكما.

ولا يعد تحكيما اتفاق طرفي عقد على تسمية شخص وتفويضه في استكمال شروطه أو إدخال تعديلات عليها أو تفسير مدلولها وهو الاتفاق الذائع في عقود التجارة الدولية.

وخاصة في عقد البيع التجاري الدولي وان أطلق عليه اسم (محكم)، إذ لا تتعلق مهنته بالفصل في خصومة ولا يعدو أن يكون وكيلا عن الطرفين في استكمال شروط العقد أو تعديلها أو تفسيرها ولذا لا يجوز تسميته (محكما) كما يجرى العرف على تسميته كذلك، ولا يعتبر عمله تحكيما ولا يعد ما يتوصل إليه من حل قرارا أو حكما تحكيميا.

وأخيرا يختلف التحكيم عن قضاء الدولة في أن الرجوع إليه يقتضي وجود اتفاق بين الخصوم بينما الالتجاء إلى القضاء حق عام يستعمله الخصم تلقائيا دون الحاجة إلى الحصول على موافقة من خصمه.

و مجمل ما تقدم أن التحكيم يقتضي وجود عناصر ثلاثة:

- خصومة نزاع.
- اتفاق بين الخصوم على التحكيم يشمل مبدأ التحكيم وجميع عملياته.
- محكم يزود بسلطة الفصل في الخصومة بقرار ملزم.

فإذا تخلف أحد هذه العناصر فالأمر لا يكون تحكيما بالمعنى الفني.

طبيعة التحكيم:

وإذا كانت مقومات التحكيم قد اتضحت عناصرها على نحو ما سلف بيانه فان الأمر يدق بالنسبة لتحديد طبيعة التحكيم هل هو اتفاق CONTRAT يخضع فقط لأحكام النظرية العامة للعقود الواردة في القانون المدني أم قضاء JURIDICTION وذلك بالنظر إلى كون التحكيم هو عمل المحكم.

CENTRE DE PUBLICATION ET DE DOCUMENTATION JUDICIAIRE

يستند أنصار الاتجاه الأول إلى أن عمل المحكم لا يخرج عن كونه تنفيذا لعقد التحكيم، الذي يستغرق مرحلة التحكيم كاملة ذلك أن أطرافه هم الذين يحددون بإرادتهم نظام التحكيم ويختارون المحكم ويحددون ماهية اختصاصه وزمان التحكيم ومكانه وإجراءاته ولذا لا يستمد المحكم سلطته من القانون وإنما من اتفاق التحكيم.

وفي المقابل يذهب أنصار الرأي الآخر إلى أن التحكيم في الأصل هو عمل المحكم، الذي يقوم بذات وظيفة قضاء الدولة ألا وهو حسم النزاع الذي ينشأ بسبب تفسير العقد أو تنفيذه، فاتفاق التحكيم لا يعدو أن يكون مجرد آلية يتحرك بها نظام التحكيم ولا تتأثر به وظيفة المحكم الذي ينظر النزاع بذات الإجراءات التي يجريها القاضي وينتهي إلى حكم يشبه تماما أي حكم قضائي يعتمد فيه على قانون الدولة التي سمحت بتنظيم التحكيم وإجازته ومنحته قوة تنفيذية وتأخذ محكمة النقض الفرنسية منذ عام 1812 بالصفة التعاقدية للتحكيم منذ إبرام وثيقته إلى صدور القرار فيه2.

ولعل العيب المشترك في هذين الاتجاهين، هو أن كلا منهما أراد أن يجري على التحكيم في مجموعه وصفا واحدا بينما هو في الحقيقة نظام مختلط MIXTE يبدأ باتفاق ثم يصير إجراء ثم ينتهي بقضاء وهو قرار التحكيم. أي أن التحكيم في حقيقته ليس اتفاقا محضا ولا قضاء محضا وهو الاتجاه الذي بدأت تتأثر به محكمة النقض الفرنسية3. أما محكمة النقض المصرية فقد استقر قضاؤها على اعتبار نظام التحكيم ذا طبيعة مختلطة، وفي ذلك تقول (إن اختصاص جهة التحكيم بنظر النزاع وان كان يركن أساسا على حكم القانون الذي أجاز استثناء سلب اختصاص جهات القضاء إلا أنه ينبني مباشرة وفي كل حالة على حدة على اتفاق الطرفين).

وبذلك لا يمكن – في نظرنا – إنكار الطبيعة التعاقدية للتحكيم ما دام يبدأ باتفاق الأطراف على الالتجاء إليه وتحديد القانون واجب التطبيق على إجراءاته وعلى موضوع النزاع ، ولا يمكن إنكار الطبيعة القضائية لعمل المحكم ما دامت الدولة تمنح حكم التحكيم القوة التنفيذية4.

---

[2] - نقض فرنسي 25 يناير سنة 1926 (دالوز الأسبوعي 1926 ص 69 ، ونقض فرنسي 25 مارس سنة 1952 مجموعة أحكام النقض المدنية العدد 14 ص 110).

3 – راجع التحكيم التجاري الدولي للدكتور محسن شفيق ص 21 والمراجع التي أشار إليها.

4 – راجع على سبيل المثال نقض 5 مارس 1975 السنة 26 ص 535 العدد الأول ، مجموعة أحكام محكمة النقض المصرية ونقض الأول من فبراير سنة 1983، 14 من أبريل سنة 1983 العدد الأول ص 375، ص 980 ذات المجموعة السابقة.

واستنادا إلى الجانب التعاقدي للتحكيم فان اتفاق التحكيم قد يكون سابقا على قيام النزاع سواء قام مستقلا بذاته COMPROMIS، أو ورد في عقد معين بشأن كل أو بعض المنازعات التي قد تنشأ بين الطرفين حول تفسير أو تنفيذ العقد CLAUSE COMPROMISSIONE كما يجوز أن يتم بعد قيام النزاع ، فيعتبر اتفاقا على التحكيم كل إحالة ترد في العقد أو وثيقة يتضمن شرط التحكيم إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءا من العقد على نحو ينبئ باتجاه إرادة أطرافه صراحة على إحداث هذا الأثر، ولذلك قضى أنه متى كان شرط التحكيم الوارد في سند الشحن غير مقروء ومطبوع بخط دقيق بطريقة تعجز الإنسان العادي عن قراءته فانه يتعين عدم الالتزام به.

وأيا كان الأمر بشأن صور الاتفاق على التحكيم فان عملية التحكيم إنما تستند أصلا على عقد تنطبق عليه النظرية العامة للعقود وينبني على ذلك النتائج الآتية:

1 – ضرورة أن تتوافر أهلية التصرف في أطراف التحكيم، وإلا كان الاتفاق باطلا بطلانا مطلقا إذا صدر عن عديم الأهلية، أو بطلانا نسبيا إذا صدر عن ناقص الأهلية لا يملك التمسك به إلا هو[5].

2 – أنه تطبيقا لقاعدة نسبية أثر العقد فان اتفاق التحكيم لا تنصرف آثاره إلى الغير الذي لا تربطه صلة بأي من طرفيه سواء كانت هذه الآثار حقا أم التزاما ولذا فان شرط التحكيم الوارد في عقد بيع بضاعة لا يمتد أثره إلى الشركة الناقلة لها التي لم تكن طرفا فيه[6].

3 – أن اتفاق التحكيم يتعين إثباته بالكتابة وإلا كان باطلا، فقد يرد في محرر موقع من طرفي التحكيم أو يرد في الرسائل المتبادلة بينهم أو البرقيات أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة[7].

4 – أن اتفاق التحكيم باعتباره عقدا لا يجوز أن يمتد إلى غير ما اتجهت إليه إرادة طرفيه من نزاع ولو كان مرتبطا، ومن ثم يتعين تفسير بنوده ومنها المسائل التي

---

[5] – نقض مصري 18 نوفمبر سنة 1948 الطعن 73 لسنة 17 ق.

[6] – نقض مصري 18 نوفمبر سنة 1948 الطعن 73 لسنة 17 ق مجموعة القواعد القانونية لمحكمة النقض في ربع قرن ، ونقض 2 يناير سنة 1971 السنة 22 ص 146 مجموعة القواعد القانونية للمحكمة.

[7] – نقض مصري الثاني من يناير سنة 1971 السنة 21 العدد الأول ص 146 المرجع السابق.

يشملها موضوع التحكيم تفسيرا ضيقا[8] ولا يصح تبعا لذلك إطلاق القول في خصومة التحكيم بأن قاضي الأصل هو قاضي الفرع[9].

5 – إن الاتفاق على التحكيم باعتباره عقدا لا يفترض قيامه وإنما يلزم أن يعبر بوضوح عن انصراف إرادة الخصوم إلى اتباع طريق التحكيم بأن يتضمن على وجه التحديد المنازعة أو المنازعات التي انصرفت إليها[10].

6 – أنه اتساقا مع وصف اتفاق التحكيم بأنه عقد فانه ليس في القانون المصري ما يمنع من أن يكون التحكيم في الخارج، وعلى يد أشخاص غير مصريين متى اتجهت نية طرفيه إلى ذلك[11].

7 – أنه متى عد اتفاق التحكيم عقدا فانه يجب أن يخضع لقواعد انتقال الالتزام في جانبه الإيجابي أن يتغير شخص الدائن (وهو ما يسمى بحوالة الحق) أي انتقال الالتزام من دائن إلى دائن (cession de créance) **أو أن ينتقل في جانبه السلبي بأن يتغير شخص المدين وهو ما يطلق عليه حوالة الدين** (cession de dette) **أي انتقال الالتزام من مدين إلى مدين.**

8 – وإذا كان من المتعارف عليه منذ القدم إمكان تصور انتقال الالتزام في جانبه الإيجابي أو السلبي فقط بسبب الوفاة إذ تؤول للورثة أموال كانت لمورثهم أو يتحملوا بالتزامات كانت عليه[12]. إلا أن الاتجاه الحديث الذي اخذ به التشريع المدني المصري منذ عام 1948 وسبقته إليه بعض مذاهب الفقه الإسلامي[13]، وتشريعات أخرى[14]،

---

[8] – نقض مصري 26 من نوفمبر سنة 2002 صادر في الطعن رقم 86 لسنة 70 ق منشور في المستحدث في قضاء النقض مطبوعات المحكمة.

[9] – نقض مصري 3 يناير سنة 1952 مجموعة 25 عاما ص 399 . الصادرة عن محكمة النقض وجاء به (أنه إذا اقتصر طلب التحكيم على بحث المنازعات المتعلقة بتنفيذ عقد شركة فانه لا يجوز للمحكم أن يعرض للكيان القانوني للشركة ويقضي ببطلان عقدها لعدم مشروعية الغرض منها).

[10] – نقض مصري 3 ديسمبر سنة 1986 السنة 37 العدد الثاني ص 926 وجاء به أن ما ورد بمشاطرة إيجار السفينة من عبارة(ARBITRATION IFANY TO BE HELD IN LONDONAND) (ACCORDING TO ENGLISH LAW والتي تعني أن التحكيم إن وجد ينعقد في لندن وطبقا للقانون الإنجليزي لا تفيد اتفاق الطرفين على الالتجاء إلى التحكيم.

[11] – نقض مصري 24 من مايو سنة 1988 السنة 39 ص 242 العدد الأول مجموعة أحكام المحكمة.

[12] – الدكتور السنهوري الوسيط في القانون المدني الجزء الثالث ص 415 رغم أن هناك حدودا تقيد من هذا الانتقال كما هو الشأن بالنسبة للالتزامات التي تقوم على اعتبارات شخصية.

[13] – فالمذهب المالكي يقر حوالة الحق دون باقي المذاهب الفقهية.

[14] – القانون المدني الألماني (المواد من 1414 حتى 1419) وقانون الالتزامات السويسري (المواد من 175 حتى 183) أما القانون المدني الفرنسي فيأخذ بحوالة الحق دون حوالة الدين.

أقرت انتقال الالتزام كذلك أثناء الحياة أو بسبب الخلافة الخاصة حيث أصبح من الجائز انتقال الالتزام حال الحياة في جانبه الإيجابي (حوالة الحق) وفي جانبه السلبي (حوالة الدين) على أن أهمية الالتزام محل الانتقال للغير في القوانين الحديثة – خلافا لما كان عليه القانون الروماني– لم يعد علاقة تربط شخصين بالذات و إنما اصبح علاقة تربط ذمتين اكثر منها بين شخصين بمعنى أن قيمة الالتزام ذاته قد احتلت المرتبة الأولى في الأهمية في حين توارت قيمة الأشخاص وسوف يقتصر بحثنا على انتقال الالتزام في جانبه الإيجابي أي حوالة الحق نظرا لشيوعه وأهميته في مجال التحكيم التجاري الداخلي والدولي وأثره في تحديد نطاقه وذلك في المبحث التالي.

المبحث الأول

الفرع الأول : التعريف بحوالة الحق وطبيعتها القانونية.

الفرع الثاني : شروط انعقاد الحوالة ونفاذها في حق المدين.

الفرع الثالث : الآثار المترتبة على حوالة الحق.

الفرع الرابع : أثر نفاذ الحوالة في علاقة المدين المحال عليه قبل المحال له.

الفرع الخامس : أهمية الحوالة وفاعليتها في مجالات العمل المختلفة التي قد ترتبط بقواعد التحكيم.

الفرع الأول : حوالة الحق – تعريفها وطبيعتها القانونية

تعرف حوالة الحق بأنها اتفاق بين الدائن وأجنبي على أن يحول له حقه الذي في ذمة مدينه، فيحل الأجنبي محل الدائن في هذا الحق نفسه بجميع مقوماته وخصائصه ويسمى الدائن محيلا (CEDENT) ويسمى الدائن الجديد محالا له (CESSINNAIRE) ويسمى المدين محالا عليه (CEDE). وحوالة الحق وإن كانت صورتها واحدة لا تتغير إلا أنها متنوعة الأغراض والمقاصد، فقد يقصد بها أن يبيع الدائن حقه لدى المحال عليه إلى المحال له – الدائن الجديد – أو يرهنه عنده أو يوفي به دينا عليه لهذا الدائن الجديد فتكون الحوالة وفاء بمقابل لهذا الدين وعلى ذلك فبجانب القواعد العامة التي تنطبق على كل حوالة من هذه الصور تنفرد كل منها بقواعد خاصة بها، فالبيع يقتضي الثمن والضمان، والرهن يتطلب وجود دين في ذمة العميل المحال له يرهن فيه المحيل حقه عن طريق الحوالة، والوفاء بمقابل يقتضي وجود دين في ذمة المحيل

للمحال له يوفيه بالحوالة وعلى ذلك فان الحوالة لا تعد عقدا عاديا من العقود المسماة وإنما هي قالب تعاقدي يصب في قالب آخر .

الفرع الثاني : شروط انعقاد الحوالة وشروط نفاذها في حق المدين

عقد حوالة الحق ينعقد بين المحيل والمحال له فقط، أما المحال عليه (المدين) فليس طرفا فيه ولا شأن له بانعقادها باعتبارها تصرفا ناقلا لحق المحيل الموجود في ذمة مدينه إلى المحال له وحده فلا حاجة إذن لرضائه.

وإذا كان الأصل أن الحقوق في كافة صورها قابلة للحوالة، إلا أن هذا الأصل لا يجري على إطلاقه، فقد يتفق الدائن والمدين على عدم جواز الحوالة، كما لو اشترط أحد طرفي العقد عدم قابليته لذلك أو تمتنع الحوالة دون حاجة إلى اتفاق خاص إذا كان الحق منافيا بطبيعته لفكرة إبدال دائن كما هو الشأن في الالتزامات التي يكون فيها لشخص المتعاقد اعتبار خاص وأخيرا فقد يقضي القانون بعدم قابلية الحق للحوالة كما في الحقوق غير القابلة للحجز عليها.

أما عن نفاذ الحوالة في حق المحال عليه (المدين) فان الأمر لا يتطلب سوى علمه بالحوالة بإحدى وسيلتين قبوله لها أو إعلانه بها ويثور التساؤل عما إذا كان يمكن في العقود الملزمة للجانبين أن يقتصر الأمر على حوالة الحق دون حوالة الدين؟

ففي التشريعات التي تنظم حوالة الحق كما تنظم حوالة الدين يجوز حوالة الحق دون الدين، باعتبار انه وإن كان الحق والدين مرتبطين أحدهما بالآخر في العقد الملزم للجانبين فليس معنى ذلك أنهما غير قابلين للتجزئة، إلا انه بالنسبة للتشريعات التي تنظم حوالة الحق دون حوالة الدين – كالتشريع الفرنسي – فإنه لا يتيسر للمتعاقد – وهو دائن ومدين في وقت واحد– أن يحول حقه دون دينه باعتبار أن كلا منهما مرتبط بالآخر ارتباطا وثيقا لا فكاك بينهما.

الفرع الثالث : الآثار المترتبة على حوالة الحق

يترتب على انعقاد الحوالة ونفاذها على نحو ما سلف بيانه أن يخرج الحق المحول من ذمة الدائن المحيل إلى ذمة الدائن المحال له، باعتبار أن حوالة الحق في جوهرها تصرف ناقل لحق المحيل إلى المحال له (المستفيد) والقاعدة أن من ينقل حقا يضمنه كما يكون للمدين المحال عليه حق الاحتجاج في مواجهة المحال له بما كان يحق له قبل المحيل وتفصيل ذلك في النقاط الآتية :

1 . مفهوم انتقال الحق المحول من المحيل إلى المحال له :

الأثر الناقل لحوالة الحق في علاقة المحيل بالمحال له أن الحق ينتقل إلى الآخر بضماناته وتوابعه كالكفالة والامتيازات والرهن، كما يشمل ما حل من فوائد أو أقساط. فالحق هو ذات الدين الموجود في ذمة المحال عليه ولو دفع فيه ثمنا أقل، والمقصود بذات الدين هو نفس الأداء الذي كان للمحيل أن يجبر المدين (المحال عليه) على الوفاء به كما وكيفا ويدخل في مدلول ذات الدين – صفاته وأوصافه.

أما التوابع فهي ضمانات الحق من تأمينات شخصية كالكفالة أو تأمينات عينية كالرهن أو الاختصاص أو الامتياز ويعد كذلك من التوابع وسائل التنفيذ غير المباشرة (كالدفع بعدم التنفيذ أو الحق في الحبس) والحق في الفسخ.

2 . ضمان المحيل للحق المحول :

وضمان المحيل للحق المحول إما أن يكون ضمانا قانونيا وهو الذي يطبق في كل حالة لا يتفق فيها الطرفان على أحكام مغايرة له أو متى سكت الطرفان عن إيراد له.

أو يكون ضمانا اتفاقيا إذا أورد الطرفان قواعد مغايرة لذلك الضمان القانوني الذي يعد مكملا لإرادتهما .

والضمان القانوني يعني أن يضمن المحيل وجود الحق المحول وقت الحوالة ويقصد بالحق – كما أسلفنا – ذات الحق ولو كان قد دفع فيه ثمنا أقل وتوابعه، وأن يكون قائما وصحيحا فإذا كان باطلا أو كان صحيحا وانقضى لأي سبب من أسباب انقضاء الالتزام يكون غير موجود، والوقت المعول عليه في وجود الحق هو وقت انعقاد الحوالة لا وقت نفاذها، على أن هذا الضمان القانوني لا يمتد إلى ضمان يسار المدين – المحال عليه – ما لم يوجد اتفاق على ذلك صراحة.

ومتى تحقق الضمان على نحو ما سلف بيانه فما هو أثره؟ أو ما هي حدود مسؤولية المحيل عن ضمان الحق؟ إذا رجع المحال له بالضمان على المحيل فلا يلزم المحيل إلا برد ما استولى عليه من المحال له عوضا عن الحق المحال به مع الفوائد والمصروفات حتى ولو تم الاتفاق على غير ذلك، وتعتبر هذه القاعدة قاعدة آمرة لا يجوز الاتفاق على خلافها أو تخفيف حكمها ما لم يكن الضمان شاملا ضمان المحيل لأفعاله الشخصية فان التعويض يكون مصدره الخطأ التقصيري في جانب المحيل فيستحق تعويضا عن الضرر المباشر وغير المباشر .

الفرع الرابـــع : أثر نفاذ حوالة الحق في العلاقة بين المدين المحال عليه و المحال له :

على الرغم من أن حوالة الحق تنعقد ما بين المحيل والمحال له فقط دون أن يكون المدين المحال عليه طرفا فيها أو له شأن بانعقادها، إلا انه متى صارت نافذة في حقه أصبحت علاقته بالمحال له علاقة مباشرة تخوله من جهته إمكانية الاحتجاج قبل المحال له بالدفوع التي كان له أن يتمسك بهـــا في مواجهة المحيل وقت نفاذ الحوالة في حقه، أو بأي دفع يكون له مصلحة

فيه متى كان متعلقا بعقد الحوالة ومنها الدفع ببطلان الدين أو بانقضائه لأي سبب من أسباب الانقضاء، أو التمسك بانعدام الأهلية أو نقصانها وكذلك الدفوع المتعلقة بعيوب الرضا (غش، إكراه، تدليس) أو انعدام سبب المديونية أو عدم مشروعيته ولا تتقيد سلطته في التمسك بهذه الدفوع وأوجه الدفاع إلا بالقاعدة الأصولية التي أكدتها أحكام محكمة النقض دون نص تشريعي وهي "أن الغش يفسد التصرفات كما يفسد الإجراءات" ونفاذا للعلاقة المباشرة التي تربطه بالمحال له فان للأخير قبله ذات الحق الذي كان موجودا في ذمته وأن يطالبه بأدائه ويقصد بهذا الحق نفس الأداء الذي كان للمحيل أن يجبر المحال عليه على الوفاء به كما وكيفا ويدخل في مدلوله صفاته وأوصافه.

الفرع الخامس : أهمية حوالة الحق وفاعليتها في مجالات العمل المختلفة التي قد ترتبط بقواعد التحكيم

تعد حوالة الحق في مجال المعاملات التجارية والبحرية والمصرفية والمدنية ذات أهمية بالغة وفاعلية بالنسبة لأطرافها، سواء اتخذت صورة حوالة الحق في أجرة النقل البري أو البحري أو الجوي أو في صور تداول سندات الشحن المحررة باسم أشخاص معينين التي تمثل البضاعة المشحونة وتعتبر سندا لملكيتها لهم متى صدرت منهم عبارات عليها تفيد تنازلهم عن حقوقهم فيها إلى أشخاص معينين والتي لا تتوقف على رضا الناقل البحري بهذه الحوالة و إنما تنفذ في حقه بقبوله لها أو بإعلانه بها كما تظهر في صورة تنازلات المقاولين عن مستخلصا تهم لدى رب العمل لدائنيهم أو المقترضين من البنوك لحقوقهم لدى الغير وغيرها، وذلك لا لكونها ضمانة شخصية من الضمانات المؤكدة للحق المحال به فحسب بل باعتبارها أيضا أفضل الطرق الميسرة للوفاء بهذا الحق للمحال له دون أن يتكبد إجراءات قضائية مطولة قد تعوق أداء المعاملات بصورها المختلفة أو الالتجاء إلى ضمانات أخرى كالتعامل بضمان الرهن الرسمي سواء أكان عقاريا أو رهنا للمحلات التجارية بالنظر لما تتميز به الحوالة من يسر في الإجراءات القانونية وسرعة في ديناميكية التعامل بواسطتها، فضلا عن قلة وضآلة المصروفات اللازمة لنفاذها بالمقارنة بما تستلزمه إجراءات شطب الرهن

الرسمي من قبل أطرافها أو إعدادها ووضعها موضع التنفيذ عند انتهاء التعامل أو سداد المديونية من مصاريف ونفقات باهظة التكاليف.

المبحث الثاني

حوالة الحقوق في العقود المشتملة على اتفاق التحكيم

و أثرها في تحديد نطاقه

أوضحنا في مقدمة هذا البحث الأحكام المتعلقة بطبيعة التحكيم وأثرها في وصفه بأنه نظام مختلط بين الاتفاق والعمل القضائي باعتبار أنه يبدأ باتفاق ثم يصير إجراء وينتهي بقضاء "وهو قرار التحكيم" وتناولنا بالبحث أثر اعتبار التحكيم في شق من طبيعته عقدا في جواز انتقال الالتزام الوارد به من دائن إلى دائن آخر وهو ما يسمى بحوالة الحق، ثم عرضنا لأحكام هذه الحوالة والآثار التي تترتب عليها وأهميتها وفاعليتها في عديد من المجالات التعاقدية المختلفة التي تتضمن اتفاقا على التحكيم بشأن كل أو بعض المنازعات، التي قد تنشأ بين أطرافها أو يرد في كل إحالة إلى عقد أو وثيقة تتضمن شرط التحكيم متى كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءا من العقد.

هذا وان كانت حوالة الحق هي عقد مكتوب ينقل الدائن بمقتضاه حقا في ذمة مدينه إلى شخص ثالث من الغير بما مؤداه أنها متى انعقدت وأصبحت نافذة في حق المدين فان الحق المحول يخرج من ذمة الدائن المحيل ليدخل في ذمة المحال له باعتبارها تصرفا ناقلا لهذا الحق. إلا أن التطبيق العملي لهذه الحوالة وقد أضحى متعددا لا يرد عليه حصر أو تحديد فالعقد محل هذه الحوالة لا ينطبق عليه الأحكام المنظمة لها فحسب بل أيضا القواعد التي تحكمه باعتبار انه انصب أو اندمج في عقد الحوالة ويعد موضوعا لها بيعا أو رهنا أو قرضا أو وفاء لدين أو غير ذلك من صور العقود المدنية أو التجارية المختلفة.

فيتحدد بموجبها نطاق اتفاق التحكيم الذي قد يرد ضمن بنود العقد محل حوالة الحق أو في عقد أو وثيقة أخرى تتضمن شرط التحكيم وذلك سواء من حيث خصومة أطراف التحكيم أو تحديد الموضوع والمسائل التي يشملها التحكيم وأخيرا من حيث تحديد نطاق الحق المحال به وتوابعه.

ونتولى بحث هذه المسائل في النقاط الآتية :

الفرع الأول : أثر حوالة الحق في العقد المشتمل على اتفاق التحكيم بالنسبة لتحديد نطاق الخصومة فيه

لما كانت حوالة الحق إنما تنعقد بالاتفاق بين المحيل والمحال له دون أن يكون للمدين المحال عليه شأن في انعقادها ولا يعد طرفا فيها، ومن ثم تتم دون رضاه إلا أنها متى انعقدت صحيحة بين المحيل والمحال عليه ترتب آثارها فيما بينهما . ولا تنفذ في حق المدين المحال عليه إلا إذا قبلها أو أعلن بها فحينئذ تصبح نافذة في حقه، ويضحى المحال له تبعا لذلك دائنا للمحال عليه بالحق المحال ويستطيع أن يستوفيه منه بما لا يجوز له التعامل مع المحيل بشأنه أو الوفاء له به بعد أن أضحى بانعقاد الحوالة ونفاذها أجنبيا في العلاقة القائمة بين المحال له والمحيل عليه بما مؤداه أنه متى التجأ المحال له إلى التحكيم لمطالبة المحال عليه بالحق المحال به نفاذا لشرط التحكيم الوارد بالعقد محل حوالة أن تقتصر خصومة التحكيم على هذين الطرفين فقط – المحال له والمحيل عليه – باعتبار أن شرط التحكيم الوارد بذلك العقد لا تنصرف آثاره ومنها المطالبة بالحق الوارد به إلا لهما دون الغير – ولو كان هو المحيل نفسه – بعد أن أضحى أجنبيا عن العلاقة محل حوالة الحق فور انعقاد الحوالة ونفاذها وذلك كأصل، إلا أن ذلك لا يحول دون تصور إدخال هذا المحيل في خصومة التحكيم متى قبل طرفيها ذلك وارتضى المحيل أشخاص المحكمين والالتزام بما يسفر عنه قضاؤهم.

الفرع الثاني : حوالة الحقوق في العقود المشتملة على اتفاق التحكيم وأثرها في تحديد الموضوع والمسائل التي يشملها التحكيم

لما كان العقد يجب أن يستند إلى قانون معين يحكم شروط انعقاده ويهيئ له السبيل لإجبار المتعاقدين على احترام ما يتولد عنه من التزامات، وكان اتفاق التحكيم لا يشذ عن هذا الأصل، وكان من شأن التجاء المحال له إلى التحكيم وفقا للشرط الوارد بالعقد موضوع الحوالة بطلب إلزام المحال عليه بالوفاء بما له من حقوق طرفه أو بالتعويض عنها عند تعذر الوفاء بها فإن هذا الطلب بما يشمله من محل وسبب يتحدد به موضوع التحكيم ويتعين بالضرورة على هيأة التحكيم التقيد به ولا تجاوزه أو تهمل بعضه.

ولما كان طلب التحكيم الذي يتحدد به موضوعه – وعلى نحو ما سلف بيانه – يشمل سببه فإنه لا يجوز لهيأة التحكيم أن تغيره بل عليها أن تلتزم به وتقصر بحثها عليه، وكان السبب الذي يستند إليه المحال له في طلبه قبل المحيل عليه هو العقد

الذي تحميه أحكام المسؤولية العقدية التي تولدت بموجبها حقوقه – محل حوالة الحق – ويتحدد التعويض تبعا لها بالضرر الذي يمكن توقعه عادة وقت التعاقد والذي يتعين أن يقاس بمعيار موضوعي لا بمعيار شخصي ويشمل ما لحق المحال له كدائن من خسارة وما فاته من كسب – وذلك في غير حالتي الغش والخطأ الجسيم15، التي تنقلب تبعا لهما المسؤولية العقدية إلى مسؤولية تقصيرية – مما مؤداه أنه لا يجوز لهيأة التحكيم أن تقضي – في غير هاتين الحالتين – بتطبيق قواعد التعويض وفقا لأحكام المسؤولية التقصيرية التي يشمل التعويض عنها كل ضرر مباشر سواء متوقع هذا الضرر أو غير متوقع16. لما ينطوي ذلك منها على تجاوز لموضوع التحكيم الذي يعد السبب جزءا منها.

ومن الجدير بالتنويه أنه عرض على محكمة النقض المصرية طعن متعلق بدعوى بطلان حكم تحكيم صدر استنادا إلى حوالة حق وارد بعقد توريد بضائع يتضمن شرط الالتجاء إلى التحكيم ، وإذ تعذر التوصل إلى اتفاق ودي بين المحال له والمحيل عليه لتسوية المنازعات بينهما بشأنه فقد قرر الأول الالتجاء إلى التحكيم طالبا إلزام الأخير بتعويض الضرر الناجم عن إخلاله بالتزامه التعاقدي الوارد بالعقد محل الحوالة – وذلك دون أن يسند إليه أن هذا الإخلال كان مصدره جريمة أو غش أو خطأ جسيم – مع تعويضه أيضا وفقا لأحكام المسؤولية التقصيرية عن خطئه في التعاقد مع المحيل فقضت هيأة التحكيم برفض التعويض عن الضرر التعاقدي لعدم ثبوت الخطأ في جانب الشركة المحيل عليها وبإلزامها بالتعويض وفقا لأحكام المسؤولية التقصيرية عن خطئها في التعامل مع المحيل على نحو اطمأن معه المحال عليه، فطعن في حكم التحكيم أمام محكمة النقض التي نقضت حكم محكمة الاستئناف القاضي برفض دعوى بطلان ذلك الحكم وتصدت للموضوع منتهية إلى تأييد حكم التحكيم في رفضه للشق الخاص بطلب المحال له، تعويضه وفقا لقواعد المسؤولة العقدية بعد أن تخلف موجبه مع إبطاله في شقه المتعلق بإلزام المحال عليه بتعويض المحال له عن الخطأ التقصيري باعتبار أنه ما كان يجوز لهيأة التحكيم أن تعرض لبحثه لخروجه عن نطاق العلاقة التعاقدية محل حوالة الحق لما يعد ذلك منها تجاوزا لموضوع التحكيم بما يخرج قضائه بشأنها عن ولايتها17.

---

[15] – نقض مصري 1969/6/12 السنة 20 ص 939 ، 1970/12/8 السنة 21 ص 1208.

[16] – نقض مصري 11 من نوفمبر سنة 1974 س 25 ص 1210 .

[17] – نقض مصري 26 من نوفمبر سنة 2002 في الطعن رقم 86 لسنة 71 ق منشور بالمستحدث في قضاء النقض مطبوعات المحكمة.

الفرع الثالث : حوالة الحقوق في العقود المشتملة على اتفاق التحكيم وأثرها في تحديد الحق المحال به وتوابعه

لعل من شأن تعدد صور العقود التي تشملها حوالة الحقوق – التي يتعذر حصرها أو تحديدها – أن تتغاير الحقوق المحالة في كل منها في مفهومها ومداها وتوابعها تبعا لتنوع طبيعتها. إلا أن الأمر قد يدق في الحالات التي يتحدد فيها نطاق المسؤولية على نحو قطعي لا يجوز تجاوزه، والذي يتعين أن يتقيد بها المحكم عند نظر طلب المحال له إلزام المحال عليه بالتعويض عن إخلاله بالتزامه التعاقدي كما هو الحال بالنسبة للتحديد القانوني لمسؤولية الناقل البحري، الذي نصت عليه معاهدة بر وكسيل الموقعة في 25 أغسطس سنة 1924 عند عدم بيان جنس البضاعة المشحونة أو قيمتها في سند الشحن باعتباره حدا لما يمكن أن يحكم به في غير حالة الغش18. وكذلك الأمر في حالتي حوالة الحقوق الواردة بوثيقتي نقل البضائع والأشخاص برا التي أجازتها المادتان 220، 260 من قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999 والتي تحددت بشأنه نطاق مسؤولية الناقل عن الهلاك والتلف للبضائع والأضرار البدنية وفي هذه الصورة فإنه لا يجوز للمحال له مطالبة المحال عليه إلا في الحدود التي أوردتها هذه الأحكام المتعلقة بالنظام العام ولا يحق بالتالي للمحكم أن يقضي بما يجاوزهما ما لم يكن مرجعها غشا أو خطأ جسيما فيحق له القضاء بكامل قيمة الحق المحال به دون التقيد بتلك الحدود.

"هذا في عجالة بحث جدير بالتأمل ويتطلب مزيدا من الوقت للإحاطة بجميع جوانبه أعتذر للقارئ عن قصوره".

والله ولي التوفيق

[18] – نقض مصري 1975/5/26 السنة 26 ص 1078 العدد الأول، نقض 1960/2/11 السنة 11 ص137.

الجلسة الرابعة

تلخيص و ترجمة

ذ. عبد العزيز يعكوبي

مستشار بالمجلس الأعلى

المداخلة الأولى

عقدة التحكيم

الأستاذ جون لوي دلفولفي،
رئيس الهيئةالفرنسية للتحكيم، ومحامي بهيئة باريس

لكل شخص الحق في التقاضي العادل وهذا الحق المقرر بمقتضى ميثاق هيئة الأمم المتحدة للحقوق المدنية، وكذا بمقتضى المادة السادسة من الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان، له قيمة مطلقة ذات طابع شبه دستوري، وحمايته يجب اعتبارها مندرجة ضمن النظام العام الدولي. ويقع على كل دولة التزام ضمانه بواسطة نظام قضائي محكم.

ورغم التنظيم الذي يطبع المؤسسة القضائية وانفتاحها في وجه الجميع، فإنها أحيانا تعجز عن الاستجابة لحاجة المتقاضي بالشكل الأمثل، بفعل الإجراءات المتبعة وما يترتب عنها من طول في مسطرة التقاضي. ولما كان الحال كذلك، فان الأمر يقتضي الاعتراف للمتقاضي بالحق في فض نزاعه عن طريق بدائل أخرى، وفي مقدمتها اللجوء إلى التحكيم.

وتكريس حق اللجوء إلى التحكيم، لا يعني بأي حال من الأحوال الاستخفاف بالمؤسسة القضائية وتجاهل دورها الفعال في تكريس العدالة،وإنما يندرج في سياق البحث عن طريقة لفض النزاعات بشكل افضل.

فالبعض، مثلا، قد يرغب في اللجوء إلى قاض متخصص قريب من انشغالات الوسط المهني وعارف بمعاملاته بفعل التجربة المتراكمة لديه نتيجة التعامل المتكرر مع قضايا هذا الوسط. أو قد يرغب في الحصول على قرار سريع غير قابل للطعن في إطار مسطرة سرية مرنة وغير مثقلة بحدة الإجراءات الشكلية ومتطلبات العلنية. وفي المجال الدولي فان الأطراف قد يحتاجون إلى قاض محايد يمسك ميزان العدالة بشكل متوازي كلما تعلق الأمر بفض نزاعات بين نظامين قانونيين متعارضين بعيدا عن ردود الفعل القانونية النابعة من ثقافته الخاصة.

إضافة إلى ذلك فان الأطراف قد يختارون اللجوء إلى التحكيم لمعرفتهم المسبقة بان من السهل عليهم حاليا، استنادا إلى اتفاقية نيويورك لسنة 1958، واتفاقية جنيف لسنة 1960، الحصول على التنفيذ الجبري بالخارج لقرار تحكيمي اكثر من القرار أو الحكم الصادر عن هيئة قضائية وطنية.

إن الحديث عن عقدة التحكيم يقتضي وضعها في مركز الجدلية القائمة بين الحرية في اللجوء إلى هذه المسطرة وبين حماية سلامة مؤسسة التحكيم.

وإذا كان هاجس حماية هذه السلامة تضمنه الرقابة البعدية عند إعطاء الصيغة التنفيذية من قبل القاضي، فان الأمر يستلزم أيضا اتخاذ تدابير احتياطية لحظة دخول الأطراف في تفعيل هذا الاتفاق، وهذا يندرج في مجال تحليل شروط عقدة التحكيم. واعتبارا لذلك سيتم في المحورين التاليين دراسة شروط عقدة التحكيم وكذا الدعم التشريعي و القضائي للحق في التحكيم، ومقاربة ذلك بالنظر إلى مشروع القانون المغربي للتحكيم.

I – الحق في المحكم : شروط الاتفاق التحكيمي، تعبير خاص لحرية عامة.

– إن عقدة التحكيم في مشروع القانون المغربي للتحكيم جاءت بشكل مختصر، وقد خصصت لها بعض الفصول فقط. فتعريفها تناولته المواد 4 و6 و8، وشروط تكوينها وردت في المادتين 7 و9، أما آثارها الأساسية فتناولتها المواد من 21 إلى 24 والمواد –27–29 – و43 . أما فيما يتعلق بالتحكيم الدولي فمقتضياته نظمتها المواد من 49 إلى 53 والمادة 57. والحقيقة انه تنبغي الإشارة بداية إلى المادتين الأولى والثانية اللتين يستخلص منها مبدأ حرية التحكيم الذي يتمتع به كل شخص إلى جانب الحالات المستثناة من التحكيم.

– الملفت للانتباه أن المقتضيات المتعلقة بعقدة التحكيم وبشروطها الشكلية وردت في الباب الأول : "أحكام مشتركة" وهذا معناه سريانها على التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي من غير تمييز. كما يلاحظ أن تضمين تعريف التحكيم في المادة الخامسة من مشروع القانون المغربي للتحكيم من شانه إزاحة كل لبس ورفع الاختلاط مع البدائل الأخرى في فض النزاعات ومن جملتها الوساطة والصلح.

– إن تعريف عقدة التحكيم الدولي، حسب مشروع القانون المذكور، يجب استكمالها بما ورد في المادة 48. ذلك انه يعتبر دوليا كل تحكيم متصل بمصالح مرتبطة

بالتجارة الدولية والتي يوجد موطن أو إقامة أحد أطرافها على الأقل بالخارج. ويستتبع ذلك أن تكييف التحكيم الدولي يقوم على هذا المعيار المزدوج.

– وفيما يتعلق بشروط تكوين عقدة التحكيم فان المشروع لا يشترط سوى قيام عنصرين. العنصر الأول يتعلق بالإثبات عن طريق الكتابة (المادة 9).

والثاني يرتبط بتحديد موضوع النزاع واختيار المحكمة التحكيمية أو الإشارة إلى كيفية اختيارها بشكل دقيق تحت طائلة البطلان. ونظرا لكون الاتفاق التحكيمي يعتبر عقدا فانه يخضع لباقي الشروط الأخرى التي تحكم قيام وصحة العقود الواردة في قانون الالتزامات والعقود.

– الشكل المكتوب لعقدة التحكيم يعتبر إلزاما شبه عالمي،وتنص عليه اتفاقية نيويورك في مادتها الثانية. ولا شك أن اشتراط الكتابة في الاتفاق التحكيمي من شانه تحديد الجوانب النزاعية التي تنصرف إرادة الأطراف إلى إخضاعها للتحكيم بشكل دقيق. وفي غياب ترجمة هذا الاتفاق عن طريق الكتابة فان المحاكم القضائية تبقى صاحبة الاختصاص العام.

– وكما هو الشان بالنسبة لغالبية القوانين المتعلقة بالتحكيم، بما في ذلك اتفاقية نيويورك نفسها (المادة الثانية)، فان المادة التاسعة من مشروع القانون المغربي للتحكيم ليست متشددة في القيام المادي للعقد المكتوب، إذ يكفي تبادل رسائل أو تلغرافات أو تلكسات أو أية أشكال أخرى بما في ذلك الرسائل الإلكترونية، حتى وان كان المشروع لم يتحدث عنها بشكل صريح.

– مشروع القانون المغربي للتحكيم يعتمد أيضا الشرط التحكيمي عن طريق الإحالة. ومعنى ذلك أن خلو العقد المبرم بين الطرفين من الشرط التحكيمي يجعل مسطرة التحكيم قائمة إذا كان هذا الشرط واردا في نص يحيل عليه هذا العقد. ويشترط المشروع فقط أن تجعل الإحالة من الشرط التحكيمي جزءا من العقد.

II – الحق في المحكم : الدعم التشريعي والقضائي لحرية عامة :

إن الإتفاق التحكيمي يصبح عديم المفعول إذا لم تقبل السلطات العامة الامتثال لإرادة الأطراف عن طريق منح هذه الإرادة مجال الحرية اللازمة من أجل نفاذها. وضمانا لتحقيق مفعول هذا الاتفاق يمنع على المحاكم القضائية البت من في النزاعات المتفق على إخضاعها للتحكيم، كما يتعين دعم القرار التحكيمي.

1 – الدعم التشريعي في مرتبة أولى :

إن أهم الآثار التي يرتبها القانون على الاتفاق التحكيمي المبرم بشكل قانوني، تتمثل سلبا في منع المحاكم القضائية البت في النزاعات التي ارتأى الأطراف إخضاعها للمحاكم التحكيمية، وبالتالي عدم اختصاصها للنظر فيها، وتتمثل إيجابا في إعطاء المحكمة التحكيمية صلاحية البت في مسألة اختصاصها.

وفي القانون الفرنسي فإن القاعدة الأولى المتعلقة بمنع المحاكم القضائية من البت في النزاع الخاضع للتحكيم منصوص عليها في المادة 1458 من قانون المسطرة المدنية الجديد. وتطبق حتى قبل اللجوء إلى المحكمة التحكيمية، اللهم إذا كانت عقدة التحكيم مشوبة بعيب بطلان ظاهر. وفي جميع الأحوال فإن المحكمة لا يمكنها أن تثير تلقائيا عدم اختصاصها.

وصلاحية المحكم للبت في مسألة اختصاصه، والتي يصطلح على تسميتها اختصارا: «اختصاص – اختصاص»، نصت عليها المادة 1466 من قانون المسطرة المدنية الفرنسية الجديد، التي تعطي للمحكم، في حالة منازعة أحد الأطراف في مبدأ أو حدود اختصاصه القضائي، صلاحية البت في صحة وحدود هذا الاختصاص.

وبالنسبة للتحكيم الدولي، إذا كان هذا الأخير خاضعا للقانون الفرنسي، فان هذه القواعد تعتبر في عداد تلك التي نصت المادة 1495 من قانون المسطرة المدنية الجديد على قابليتها للتطبيق في غياب وجود اتفاق خاص. وفي جميع الأحوال فإن اتفاقية نيويورك تكرس بشكل مشابه حرمان المحاكم القضائية من البت في النزاع الخاضع للتحكيم، حيث ألزمت في مادتها الثانية (الرقم 3) محكمة كل دولة متعاقدة، معروض أمامها نزاع أبرم الأطراف بشأنه اتفاقا بمفهوم هذه المادة، بإحالتهم على التحكيم، بناء على طلب أحدهم، ما لم تلاحظ أن الاتفاق باطل أو غير منتج أو غير قابل للتطبيق.

ولاشك أن مشروع القانون المغربي للتحكيم يريد إعطاء هذه القاعدة الأخيرة كامل مفعولها نظرا لكون المغرب يعتبر طرفا في اتفاقية نيويورك. ومع ذلك هناك أمر يحمل على التساؤل حول منطق النظام المقترح من طرف هذا المشروع؟ صحيح أن المادة 22 تعترف للمحكم بصلاحية البت في اختصاصه، لكن يظهر أن المشروع، في المادة 21، لا يكرس عدم اختصاص المحاكم العادية إلا بعد عرض النزاع على المحكمة التحكيمية، وليس فقط لمجرد وجود اتفاق تحكيمي : "إذا كان النزاع معروضا على محكمة تحكيمية بمقتضى عقدة التحكيم، يتعين على الهيئة القضائية المرفوع أمامها

نفس النزاع، بناء على طلب أحد الأطراف، التصريح بعدم القبول الطلب" وبتعبير آخر، يمكن أن يطلب أحد الطرفين مسبقا التصريح بكون اتفاقية التحكيم باطلة أو لاغية أو غير منتجة لأي سبب كان حتى وان كان غير واضح، من طرف محكمة مغربية، وبالتالي إفراغ المادة 22 من كل مفعول.

2 – الدعم القضائي في المرتبة الثانية :

لقد تبين منذ القديم انه بدون مساندة الجهاز القضائي نفسه فان الإرادة المشتركة للأطراف لإخضاع نزاعاتهم لمحكمة تحكيمية لا يمكن أبدا أن تؤدي مفعولها.

فلا يمكن أن تكون هناك إرادة مشتركة معبر عنها، بل يجب أن يساهم الطرفان من اجل تحقيقها. إذ كيف يمكن مقاومة امتناع أحد الطرفين عن المساهمة في تشكيل المحكمة التحكيمية المنصوص عليها بمقتضى الاتفاق، بعدم تعيينه محكمه الشخصي مثلا، أو بتعيين محكم غير جذ ير بالثقة؟ ذلك أن هناك مجموعة من المناورات لإعاقة مسطرة التحكيم وبالتالي الخرق المقصود للالتزام المبرم.

إن اتفاقية التحكيم تفرض على كل طرف القيام بالتزام بعمل، وفي القانون المدني الصرف، فان خرق الالتزام يقابله الحق في التعويض. وأعمال هذا الحل يعني موت الاتفاقية أو على الأقل عدم فعاليتها من حيث الواقع.

وفي فرنسا، حسب إصلاح قانون التحكيم لسنة 1980 – 1981 يتم اللجوء إلى قاضي الدعم le juge d'appui من اجل إجبار الطرف الممتنع على احترام الاتفاق، وعند الاقتضاء يعين القاضي المحكمة التحكيمية التي ستبث في الطلب.

ومشروع القانون المغربي للتحكيم ينص على هذا التدخل وذلك من اجل :

- تفعيل مبدأ الوترية imparité في تشكيل المحكمة التحكيمية في حالة عدم تنصيص الأطراف سوى على عدد زوجي pair من المحكمين، أوفي حالة عدم اتفاقهم أو عدم اتفاق المحكمين الذين سبق اختيارهم على تعيين المحكم الإضافي.
- اختيار المحكم أو المحكمين الناقصين في حالة تخلف هذا الطرف أو ذاك، أو في حالة عدم تنصيص اتفاقية التحكيم على الاختيار بالمرة (فرضية "الشرط

الأبيض" المعمول به في القانون المغربي) وهذا في جميع الأحوال التي لا يحصل فيها الأطراف على اتفاق معين.

- البت في الصعوبات المتعلقة بالتجريح أوعزل المحكم (المادة 18)
- البت في حالة صعوبات تعويض المحكم (المادة 19)
- البت في طلب تمديد اجل التحكيم بناء على طلب أحد الأطراف أو المحكمة التحكيمية.

وبالنسبة للتحكيم الدولي تنص المادة 49 على تدخل قاضي الدعم المغربي من اجل سد الثغرات المتعلقة بصعوبات تشكيل المحكمة التحكيمية مع اختلاف في هوية قاضي الدعم المختص بحسب ما إذا كان التحكيم جاريا بالمغرب أم بالخارج. فإذا كان التحكيم جاريا بالمغرب فان الرئيس المختص، في هذه الحالة، هو رئيس محكمة مقر التحكيم (المادة 19). أما إذا كان جاريا بالخارج فانه في هذه الحالة، وشريطة أن ينص الأطراف على تطبيق قانون المسطرة المغربي، يكون قاضي الدعم هو رئيس المحكمة التجارية بالرباط.

ROYAUME DU MAROC • المملكة المغربية
مركز النشر والتوثيق القضائي
CENTRE DE PUBLICATION
ET DE DOCUMENTATION JUDICIAIRE

المداخلة الثانية

طرق الطعن في القرارات التحكيمية

ذة. كابرييل كوفمان – كوهلر

محامية بجنيف، رئيسة الجمعية السويسرية للتحكيم

I – التصميم مع تحديد الموضوع :

ارتكزت هذه المداخلة أساسا على طرق الطعن بالبطلان في القرارات التحكيمية، ولم تتناول طرق الطعن الأخرى المتمثلة في :

– تصحيح وتفسير القرارات التحكيمية، الرامية إلى تصحيح الأخطاء المادية، أو الخطأ في الحساب، أو تفسير قرار دون المساس بمضمونه). المادة 12 من مشروع لقانون المغربي للتحكيم).

– القرارات التكميلية، والتي يتم بواسطتها، بناء على طلب أحد الأطراف، بت المحكمة التحكيمية في النقاط التي وقع إغفال البت فيها في القرار النهائي،(المادة 37 من مشروع القانون المغربي للتحكيم).

– المراجعة: تنص مجموعة من القوانين على المراجعة كطريقة للطعن في القرار التحكيمي الصادر نتيجة غش، غير أن مشروع القانون المغربي للتحكيم لم يتحدث عن هذه الوسيلة. والجدير بالإشارة أن الإجتهاد القضائي الفرنسي والسويسري قبلوا الطعن في القرارات التحكيمية في غياب وجود سند تشريعي صريح. ويمكن أن يسير الإجتهاد القضائي المغربي في نفس الإتجاه. وكان أحرى بهذا المشروع أن يتناول بالتنظيم هذه المسألة.

II – الإتجاهات المعاصرة في قانون التحكيم الدولي :

إن طرق الطعن في القرارات التحكيمية تطرح التساؤل بخصوص علاقة التحكيم بالقضاء الرسمي: ما هي حدود الحرية التي يمكن للدولة أن تمنحها للأطراف والمحكمين؟ وما هي درجة الرقابة التي يجب أن تحتفظ بها؟.

إن الأطراف عندما يتفقون على إخضاع نزاعاتهم للتحكيم يبحثون عن حل نزاعاتهم في إطار مسطرة مرنة سريعة نسبيا، منسجمة وحاجتهم، وبعيدة عن إكراهات المسطرة القضائية، ولا يعني ذلك، بأي حال من الأحوال، قبولهم بعدالة تحكمية غير متساوية، وغير عادلة، ولذلك فإن اختيارهم للتحكيم، يستلزم حمايتهم من الانحرافات الخطيرة التي قد تترتب عن هذه الطريقة الخاصة في تصريف العدالة. واعتبارا لذلك يجب توفير طرق الطعن اللازمة للأطراف للمنازعة في القرارات التحكيمية مع وجوب تقييد الوسائل المعتمدة في الطعن وحصرها في الإخلالات المسطرية ذات الطابع الخطير، دون الإخلالات البسيطة، أو الأخطاء المتعلقة بتطبيق القانون، أو تقدير الحجج أو تفسير العقد. فهذه الأخطاء تندرج ضمن الأخطار التي يتحمل مسؤوليتها الأطراف باختيارهم للتحكيم، وتشكل ثمن ومقابل المزايا التي يجنونها من اللجوء إلى هذه المسطرة.

ومشروع القانون المغربي للتحكيم يسير بهذا الإتجاه. وقد نصت المادة 59 منه على مسطرة الطعن بالبطلان، حسب الوسائل المحددة حصرا في المادة 57.

III – طرق الطعن: تطبيق :

بعد استعراض الإتجاه المعاصر في مجال التحكيم الدولي والتي يتسم بالبساطة والتقييد، يتعين ملامسة تطبيقات هذا الاتجاه في ضوء القانون المقارن والقانون المغربي انطلاقا من الأسئلة الثلاث التالية :

1 – أمام أية محكمة ؟

ما هي المحكمة المختصة ترابيا للبت في طلب إبطال قرار تحكيمي صادر في المجال الدولي ؟ إن هذا الإختصاص ينعقد لمحكمة الدولة التي يوجد بها مقر المحكمة التحكيمية.

وبالرجوع إلى مشروع القانون المغربي للتحكيم، وبالضبط المادة 49 منه، فإن هذا القانون يطبق في حالتين: إذا كان مقر التحكيم محددا بالمغرب، أو إذا اتفق الأطراف على اختيار القانون المغربي لتنظيم تحكيم يوجد مقره بالخارج.

2 – بناء على أية وسائل ؟

ما هي الوسائل التي تفتح إمكانية الطعن في القرار التحكيمي ؟

في قانون التحكيم المقارن المعاصر يمكن التمييز بين خمس وسائل. وبالنسبة لمشروع القانون المغربي للتحكيم فإنه باستثناء وسيلة الطعن المتعلقة ببعض الشروط الشكلية للقرار (المادة 41)، فإن المشروع المذكور يتبنى نفس الوسائل المعتمدة في الميدانين الداخلي والدولي.

والوسائل المعتمدة في القانون الدولي للتحكيم يمكن تصنيفها في المجموعات التالية:

- **عدم الإختصاص أو عدم صحة عقدة التحكيم :**
- **التشكيل غير القانوني للمحكمة التحكيمية.**
- **تجاوز السلطة.**
- **خرق الحق في تقديم وسائل الدفاع.**
- **التعارض مع النظام العام الدولي.**
- **التنازل عن الطعن.**

3 – وفقا لأية مسطرة ؟

دون الدخول في جزئيات مسطرة الطعن، سيتم الإكتفاء بمناقشة سؤالين محوريين، أولا: ما هو القرار القابل للطعن؟ ثم ما هو الأجل المحدد لذلك وهل يوقف الطعن آثار القرار التحكيمي؟.

ROYAUME DU MAROC • المملكة المغربية
CENTRE DE PUBLICATION ET DE DOCUMENTATION JUDICIAIRE
مركز النشر والتوثيق القضائي
COUR SUPREME • المجلس الأعلى

أ – أي قرار ؟

إن المادة 59 من مشروع القانون المغربي للتحكيم تنص فقط على كون القرار يمكن أن يكون موضوع طعن بالبطلان. ولكن ما هو هذا للقرار؟ بطبيعة الحال هو القرار النهائي. وإذا كان الأمر كذلك ما هو الوضع بالنسبة للقرار البات في الإختصاص، أو القرار المتعلق بتشكيل المحكمة التحكيمية، أو القرار النهائي الذي يبت في جزء من النزاع؟.

إن مشروع القانون المذكور لم يتعرض لمسألة الطعن في هذه القرارات وبالتالي يتعين على الإجتهاد القضائي الجواب على هذه التساؤل. والحلول المعتمدة في القانون المقارن مختلفة بهذا الخصوص.وقد صدر عن محكمة الإستئناف بباريز قرار قضت فيه بقبول الطعن ليس فقط ضد القرار النهائي ولكن أيضا ضد القرار البات نهائيا في جزء من النزاع.

ب – الأثر الواقف :

ينص مشروع القانون المغربي للتحكيم في الفصل 61 على الأثر الواقف بقوة القانون لأجل الطعن وللطعن نفسه. وفي القانون المقارن فإن الأنظمة مختلفة بهذا الخصوص. فإذا كان القانون الفرنسي ينص على الأثر الواقف للطعن، فإن القانون السويسري يعتمد قاعدة مخالفة، ذلك أن القرار التحكيمي يكون قابلا للتنفيذ ابتداء من النطق به، ولكن يمكن للمحكمة إيقاف التنفيذ إذا استدعت الظروف ذلك. وهذا الحل يعتبر ذي طابع إيجابي لأنه يقطع الطريق على الأطراف لممارسة الطعن من أجل تأخير التنفيذ.

المداخلة الثالثة

قراءة في الاجتهاد القضائي الفرنسي

فـــي مادة التحكيم الدولي

ذ. بيير أونسيل

رئيس الغرفة المدنية الثانية

بمحكمة النقض الفرنسية

إن القانون الفرنسي للتحكيم مطبوع بشكل كبير بتأثير الاجتهاد القضائي سواء من حيث مصدره أو من حيث تطوره. فمرسوم 12 ماي 1981 الذي قنن قواعد التحكيم الدولي (المادتان 1492-1507 من قانون المسطرة المدنية الجديد) اعتمد إلى حد كبير الحلول التي كرسها الإجتهاد القضائي، خاصة اجتهاد محكمة الإستئناف بباريز ومحكمة النقض.

والوضع بهذا المفهوم لم يتغير، فالاجتهاد القضائي يواصل وظيفته الإبداعية بهذا الخصوص، تحقيقا لهدف أساسي وهو خلق نظام دولي حقيقي للتحكيم، لضمان من جهة فعالية هذه المؤسسة (حل النزاعات المتعلقة بالمبادلات الإقتصادية الدولية وفقا لإرادة الأطراف) (وانتظام الدعوى التحكيمية من جهة أخرى) (إلزامية التقاضي العادل، حسب مفهوم المادة 6 من الإتفاقية الأوربية لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية).

والقواعد الأساسية التي صاغها الإجتهاد القضائي الفرنسي، والتي تشكل المبادئ المؤسسة للتحكيم الدولي تتمحور حول النقاط الأربع التالية:

1 - تعريف التحكيم الدولي :

تجدر الإشارة بداية إلى أهمية التعريف الدقيق لمفهوم التحكيم الدولي، ذلك أن دقة التعريف هي التي ستمكن من تحديد حالات التحكيم التي ستخضع للقواعد الخاصة المطبقة في المجال الدولي بالوضوح الدقيق.

ومعيار التحكيم الدولي، في القانون الفرنسي، محدد بمقتضى المادة 1492 من قانون المسطرة المدنية الجديد «يعتبر دوليا التحكيم الذي يمس مصالح التجارة الدولية».

وهذا المعيار له طبيعة اقتصادية: إنها طبيعة النشاط الإقتصادي المعني، وطابعه فوق الوطني الذي يحدد الوصف الدولي للتحكيم.

واعتبارا لذلك يكفي أن تكون المبادلات الإقتصادية ذات طابع دولي) نقل ثروة إلى دولة أخرى أو رساميل أو تقنية المعرفة...(لكي يكون التحكيم الناتج عن هذه المبادلات دوليا. وهكذا، في فرنسا، فإن التحكيم الذي يجمع بين طرفين من جنسية فرنسية يمكن اعتباره دوليا، إذا تعلق، مثلا، بعقد بناء ينفذ بالخارج.

ومشروع القانون المغربي للتحكيم اعتمد هذا التعريف (المادة 48) وذلك مع تقييد مهم. وهو وجوب أن يكون موطن أو إقامة أحد الأطراف على الأقل بالخارج. وهذا ينفي عن التحكيم القائم بين طرفين مغربيين طابع التحكيم الدولي.

واجتهاد محكمة النقض الفرنسية، بخصوص تعريف التحكيم الدولي، يعتبر ثابتا وقارا. وقد أصدرت الغرفة المدنية الأولى بتاريخ 28 يناير 2003 قرارا اعتبرت فيه أن الشرط التحكيمي المبرم بين شركة وغير تاجر يعتبر صحيحا لمجرد فقط الطابع الدولي للعمليات المعنية.

وهذا القرار يعكس مفعول القاعدة المقررة بمقتضى التعريف المذكور : دولية العلاقة النزاعية هي المأخوذة فقط بعين الإعتبار، أما معيار التجارية – المعتبر سابقا من المحددات – فلم تعدله أية فعالية. وهذا يترتب عنه نتيجتان :

رفع التحفظ المتعلق بطابع التجارية الموضوع من قبل فرنسا لتطبيق اتفاقية نيويورك المؤرخة في 1958/6/10 بخصوص تنفيذ القرارات التحكيمية.

عدم قابلية التطبيق لقاعدة المنع من الشرط التحكيمي المقررة قديما بمقتضى المادة 2061 من القانون المدني، في المجال الدولي. (وذلك قبل الإصلاح التشريعي الصادر في 15 ماي 2001. الذي اعترف بالشرط التحكيمي المبرم بالنظر لنشاط مهني).

2 – النظام القانوني لشرط التحكيم الدولي :

أصبح التحكيم الدولي الطريقة العادية لحل النزاعات المتعلقة بالمبادلات الإقتصادية الدولية.ولضمان السلامة القانونية لهذه المبادلات يجب تأسيس نظام

قانوني خاص بالشرط التحكيمي المدمج في العقود الدولية والذي يستهدف إخضاع النزاعات المحتمل وقوعها للتحكيم. ويتعين بداية حماية الشرط التحكيمي بوضعه في مأمن من المنازاعات التي تستهدف التسويف والمماطلة، خاصة في حالة المنازعة في صحة العقد الذي يتضمن هذا الشرط.

واعتبارا لذلك كرس الإجتهاد القضائي قاعدة استقلالية الشرط التحكيمي الدولي والذي تحول إلى قاعدة قارة وهي صحة الشرط التحكيمي بمعزل عن العقد الأصلي.

وتقرير استقلالية الشرط التحكيمي بالنظر إلى العقد الأصلي تم بمقتضى قرار الغرفة المدنية الأولى بمحكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 7 ماي 1963

في قضية «كوسي» - Gosset - والذي جاء فيه بانه «في مادة التحكيم الدولي فإن الشرط التحكيمي يتمتع دائما بالإستقلالية القانونية الكاملة، وبالتالي لا يمكن أن يتأثر بعدم الصحة المحتملة للعقد الذي يتضمنه».

وتكريسا لنفس القاعدة صدرت عن محكمة النقض الفرنسية قرارات عديدة في نفس الإتجاه منها : قرار الغرفة المدنية الأولى بتاريخ 20 دجنبر 1993، قرار نفس الغرفة بتاريخ 8 فبراير 2000 في قضية (Taurus films)، وقرار آخر بتاريخ 28 ماي 2002 في قضية اسمنت أبدجان (Ciments d' Abidjan).

كما أنها بمقتضى القرار الصادر بتاريخ 1 دجنبر 1999 اعتبرت بأن البت في مسألة قيام وصحة الإتفاق التحكيمي هي من اختصاص المحكم و لا يمكن للهيئة القضائية البت في ذلك.

3 – احترام ضمانات التقاضي العادل وتعاون القاضي :

مما لاشك فيه أن قواعد التقاضي العادل المنصوص عليها في المادة 6 من الإتفاقية الأوربية لحماية حقوق الإنسان والحريات السياسية، تنسحب على القضاء التحكيمي كما تنسحب على القضاء الرسمي.

واعتبارا لذلك فإن المبادئ الأساسية المتعلقة باحترام الحضورية وبحقوق الدفاع يتعين احترامها في إطار مسطرة التقاضي عن طريق التحكيم. وقد جعل مشروع القانون المغربي للتحكيم من عدم احترام حقوق الدفاع إحدى حالات البطلان الموجبة لعدم الإعتراف بالقرار التحكيمي (المادة 43 بالنسبة للتحكيم الداخلي والمادة 57 بالنسبة للتحكيم الدولي) .

كما أن التقاضي العادل يستوجب مقاومة المناورات الهادفة إلى تأخير البت في النـــزاع والـــذي يمس مصلـــحة أحد الأطـــراف. وهـــكذا تم وضـــع قاعـــدة مسطرية مفادها أن المشاركة في التحكيم بدون تحفظ تعني تنازل الطرف المعني

عن الإحتجاج بالإخلالات التي لم يقم بإثارتها أمام المحكم بغير عذر بمجرد العلم بها،(قرار الغرفة المدنية الثانية لمحكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 21 نونبر 2002).

4 – تأسيس نظام قانون دولي للقرار التحكيمي: (رقابة وتنفيذ القرار التحكيمي الدولي) :

- رقابة القرار التحكيمي الدولي :

يعتبر القرار التحكيمي الدولي قابلا للتنفيذ في كل أنحاء العالم : وهذا هو موضوع اتفاقية نيويورك لسنة 1958، وقانون التحكيم الدولي. ويجب تسجيل تحفظ واحد : وهو الرقابة البعدية التي يمارسها قاضي محل التنفيذ. وهذه الرقابة تنسحب على مدى قانونية القرار دوليا فقط، و لا يمكن أن تطال موضوع النزاع. والمنع من مراجعة القرار في الموضوع تعتبر قاعدة ثابتة (قرار الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 23 فبراير 1994).

والرقابة محصورة في بعض الحالات التي تفتح الحق في الطعن (المادة 1502 من قانون المسطرة المدنية الفرنسي الجديد، والمادة 57 من مشروع القانون المغربي للتحكيم). ولكن يلاحظ أحيانا، أن الأطراف انطلاقا من الحالات التي تمنح الحق في الطعن، يبحثون عن إعادة البث في موضوع الحكم:بالطعن مثلا في حيثيات القرار التحكيمي.

وقد أدانت محكمة النقض الفرنسية مؤخرا هذه الممارسات موضحة بأن إثارة سبب من أسباب البطلان (عدم احترام مبدأ الحضورية) لا ينبغي أن ينسحب على المنازعة في التأسيس القانوني للحيثيات المعتمدة من قبل المحكمة التحكيمية. (قرار الغرفة المدنية الأولى بتاريخ 2000/6/14).

النظام القانوني للقرار التحكيمي الدولي :

إن القرار التحكيمي الدولي له نظام قانوني خاص بالقرار القضائي الدولي: فهو لا يندرج في أي نظام قانوني وطني، لكونه صادرا عن هيئة هي بدورها غير تابعة لأي نظام قضائي أو قانوني وطني. ومع ذلك فإن هذا القرار يتمتع بقابلية الإعتراف به،

واعتماده وتنفيذه في كل الدول، سواء بالنظر إلى اتفاقية نيويورك، أو بالنظر للمقتضيات المحلية الأكثر امتيازا من هذه الإتفاقية.

وهكذا في القانون الفرنسي للتحكيم الدولي- الأكثر تسامحا من اتفاقية نيويورك - فإن قرارا تحكيميا دوليا، والذي تم إلغاؤه في بلده الأصلي، تم الإعتراف به وتنفيذه في فرنسا. ويتعلق الأمر بقضية «هيلمارتون» (Hilmarton) (الشهيرة)، قرار الغرفة المدنية الأولى الصادر بتاريخ 23 مارس 1994. وهذا القرار طبق مقتضيات المادة السابعة من اتفاقية نيويورك التي تنص على أن الشخص الذي يطلب تنفيذ قرار دولي صدر عن هيئة تحكيمية يمكنه التماس تطبيق قانون محل التنفيذ، إذا كان أكثر امتيازا من قواعد هذه الإتفاقية. وفي الحالة المتعلقة بقضية «هيلمارتون» فإن اتفاقية نيويرك تنص على امكانية رفض الإعتراف بالقرار وتنفيذه إذا تم إلغاؤه في بلده الأصلي (القرار تم إلغاؤه في بلده الأصلي سويسرا)، لكن القانون الفرنسي لا يعترف بهذه الإمكانية. والقاضي الفرنسي بإمكانه الإعتراف إذن بهذا القرار إذا كان في وضعية قانونية بالنظر للقانون الفرنسي للتحكيم الدولي، وبالتالي تم التصريح بقابلية القرار للتنفيذ. وسبب الإلغاء المعتمد بالخارج (مراجعة قرار المحكمين في الموضوع) يعتبر غير مقبول في قانون التحكيم الدولي الفرنسي.

ROYAUME DU MAROC • المملكة المغربية
مركز النشر والتوثيق القضائي
CENTRE DE PUBLICATION
ET DE DOCUMENTATION JUDICIAIRE

الجلسة الخامسة

الإجراءات الوقتية و التحفظية
في التحكيم التجاري الدولي

ذ. عبد اللطيف مشبال

رئيس غرفة بالمجلس الأعلى

مقدمة

الاتجاهات السائدة في الموضوع

أولا : الاتجاه المدافع عن منح اختصاص اتخاذ الإجراءات الوقتية و التحفظية في ميدان التحكيم لقضاء الدولة.

ثانيا : الاتجاه المدافع عن اختصاص محكمة التحكيم لاتخاذ الإجراءات الوقتية و التحفظية ذات الصلة بالمنازعة المتفق بشأنها على التحكيم.

ثالثا :خضوع مسألة الفصل في الإجراءات الوقتية والتحفظية لمبدأ الاختصاص المشترك.

النتيجة الأولى : اختصاص قضاء الدولة باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية

النتيجة الثانية : عدم ترتيب تنازل الأطراف عن اتفاق التحكيم

النتيجة الثالثة : اختصاص المحكمين بالبت في الإجراءات الوقتية والتحفظية.

قيود الاختصاص المشترك

القيد الناتج عن إرادة الأطراف

القيد المتعلق باختصاص محاكم الدولة في ميدان تنفيذ الأحكام

تقدير الاتجاه المدافع عن مبدأ الاختصاص المشترك

رابعا : موقف التشريعات من موضع الاختصاص المشترك لمحاكم الدولة ومحاكم التحكيم بشأن اتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية

خامسا : موقف لوائح التحكيم من مسألة الاختصاص المشترك لقضاء الدولة و قضاء التحكيم باتخاذ الإجراءات الوقتية.

طبيعة القرارات التحكيمية الوقتية وقابليتها للنفاذ من عدمه

خاتمـــــة.

المقدمـــــة

يحظى موضوع الإجراءات الوقتية والتحفظية باهتمام متزايد لأسباب متعددة لعل الأهم منها أنها تقع في مواجهة مباشرة مع مفاعيل الزمان الذي لا يخفى أن مدى امتداد انعكاسه يترك آثارا قد تكون صعبة التدارك لاحقا إن لم يكن مستحيلا ذلك متى لم يكن في إمكان الأطراف المتنازعة الحصول على حماية فعالة وسريعة لحقوقهم بمقتضى الإجراءات المذكورة.

ومن جهة ثانية فإن التطور الهائل ذي الوتيرة السريعة الحاصل في ميدان التكنولوجيا والعلم عموما ينعكس بدوره على دور الاقتصاد، وعلى السوق وبالتالي على العقود التجارية التي يتنامى حجم التزاماتها المالية مع ما يتطلب ذلك من وجوب سرعة حسم النزاعات الناشئة عنها،إذا كان من أحد الجوانب الإيجابية الجاذبة للتحكيم هي السرعة التي بشر بها دعاته، فإن اللافت للانتباه في السنين الأخيرة تنامي ملاحظة الأطراف المنخرطة في ميدان التحكيم التجاري الدولي لبطء تسوية النزاعات المعروضة عليه (1)، الأمر الذي يترتب عنه لا محالة تنامي المساطر الاستعجالية الرامية إلى منح حماية مؤقتة، سريعة وفعالة لأطراف النزاع إلى حين نهاية النزاع الموضوعي من طرف محكمة التحكيم .

إن اتفاق التحكيم في جميع أنماطه ــ مثلما هو معروف ــ وسواء تعلق بشرط تحكيمي أو بمشارطة تحكيم وسواء تعلق بتحكيم خاص أو تحكيم مؤسساتي يترتب عنه أثرين هامين الأول هو الأثر الإيجابي الذي يرتب اختصاص المحكم أو المحكمة التحكيمية بالبت في النزاع موضوع الاتفاق والأثر الثاني هو الأثر السلبي الذي ينتج عنه عدم اختصاص قضاء الدولة بالنظر في هذا النزاع.

إن السؤال المباشر الذي يترتب عن هذه المحصلة هو معرفة ما إذا كان هذا الأثر السلبي يمتد ليشمل حتى المنازعات الوقتية المتعلقة بموضوع النزاع فيختص بالتالي المحكم بالبت أيضا في المسائل المستعجلة المرتبطة بالموضوع المطروح عليه، ويعتبر عندئذ اللجوء إلى قضاء الدولة في شقه الاستعجالي تنازلا عن التحكيم، أم أنه لا يرتب هذا الأثر، فيظل هذا القضاء هو المختص بنظرها ولو تم طرح النزاع على المحكمين، ثم هل يجوز الاتفاق على أن يتولى المحكم البت في هذه المسائل وهل يسوغ له الفصل في ذلك حتى عند عدم قيام اتفاق صريح بذلك، ثم هل أن كل ما يتعلق بالنزاعات المستعجلة له ارتباط بالنظام العام مما لا يسوغ معه الاتفاق على التحكيم بشأنها.

إن هذه التساؤلات وغيرها تبرهن على الأهمية القصوى التي تكتسيها الإجراءات الوقتية والتحفظية ذات الصلة بالمنازعة المعروضة على التحكيم وصبغتها العملية والنظرية وراهنيتها.

و يكفي ربما للتدليل على هذه الأهمية والراهنية الإشارة إلى أن موضوع الإجراءات الوقتية والتحفظية على المستوى الدولي حظيت بالعديد من الدراسات بما فيها دراسات مجموعة من الخبراء المنضوين تحت لواء جمعية القانون الدولي التي تبنت في مؤتمرها 67 سنة 1996 مجموعة من المبادئ تهم الموضوع بهدف سن قواعد ذات طابع تطبيقي عام لإنجاح المساعي المبذولة سواء على الصعيد الوطني أو الدولي لإصلاح التشريعات ومساعدة محاكم الدولة في سياق ممارستها لسلطة مستقلة كفيلة باتخاذ عدد من الإجراءات الوقتية والتحفظية الهادفة للمحافظة على الأموال التي ستكون محل تنفيذ حكم نهائي دون أن نتغافل عن الإشارة بهذا الصدد إلى ما كتبه عن صواب الأستاذ أليكس موري (1 مكرر) لاستحضار هذه الأهمية حينما قال :"أن الأمر الاستعجالي قد ينتج عنه أحيانا عواقب خطيرة من شأنها أن تخل بالموازين بل وأن تجعل السير في الخصومة غير ذي جدوى".

و من جهة أخرى فإن الحصول على إجراءات وقتية وتحفظية في نطاق التحكيم ليست مسألة هينة بل تعتريها عدة مصاعب، على أن عددا من الشراح يعتبرون وعن صواب أن طرح هذه المسألة بالحدة والأهمية التي تعرفها هو برهان قوي على الرغبة في تمكين أداء التحكيم التجاري الدولي لدوره كنظام "قضائي" عالمي يعلو فوق النظم القضائية الوطنية (2).

ولا ريب في أن هذه الإجراءات التحفظية تتميز بأنها تساهم في التنفيذ الجبري ولها أثرها الفوري والوقتي، ونظرا لأن التنفيذ الجبري قاصر على الدولة كأثر لاطلاعها بعبئ إقامة العدالة، فلأجل هذا فإن مسألة معرفة ما إذا كان المحكم يملك سلطة

اتخاذ التدابير التحفظية مسألة لا طائل من ورائها لأول وهلة لافتقاره لسلطة الأمر (3) ومن تم فإن الإجابة على كل هذه التساؤلات الشائكة تصطدم بأن الأحكام الصادرة في المسائل الوقتية والمستعجلة لا تنتهي كما ذهب "ليمان" بإصدار الأمر الوقتي ولكن تمتد إلى التنفيذ مما يقتضي أن يكون لمصدره سلطة الأمر (4) التي أشار إليها "شحاتة" وهي السلطة التي يفتقدها المحكم الأمر الذي أثار العديد من التحفظات في منح المحكم الاختصاص للفصل فيها.

إن الفقه يتخذ موقفا متباينا بخصوص موضوع الإجراءات الوقتية والتحفظية في الحالة التي تكون فيها قد شكلت فيه محكمة التحكيم وشرعت في النظر في موضوع النزاع، ويمكن إجمالا فرز ثلاث اتجاهات رئيسية (5) نستعرضها بكل اختصار على النحو التالي:

أولا : الاتجاه المدافع عن اختصاص قضاء الدولة لاتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية ذات الصلة بالمنازعة المتفق بشأنها على التحكيم على نحو قاصر عليه.

يعتبر هذا الاتجاه أنه إذا كان من آثار اتفاق التحكيم ترتيب أثر سالب بالمعنى المشار إليه آنفا، فإن هذا الأثر قاصر على موضوع النزاع محل اتفاق التحكيم فلا يشمل المسائل الأخرى التي قد تطفو على السطح بشكل تبعي كالإجراءات الوقتية والتحفظية، كما أن الاتفاق على التحكيم شأنه في ذلك شأن أي اتفاق آخر يتمتع بما يعرف بالأثر النسبي بمعنى عدم قدرة الاتفاق على إنشاء حقوق أو التزامات في مواجهة الغير (6) وفي رأي هذا الاتجاه فإن المحكم قاض خاص لا يملك سلطة الإجبار سواء في مواجهة الأطراف أو الغير وبالتالي فإن هذا يعتبر بمثابة عيب خلقي يلحق بنظام التحكيم منذ البداية يؤدي إلى الحد من السلطات التي يتمتع بها المحكم ويقلل من فعالية التحكيم الذي يترتب عنه وجوبا اعتماد المحكم على جهاز عدالة الدولة (7).

هذا الرأي يستند على أن الحاجة ملحة لتدخل قضاء الدولة كلما كان الإجراء المطلوب يستوجب اتخاذ ممارسة نوع من الإجبار والإلزام القانوني المحتكر من محاكم الدولة وهو ما يتوفر بالنسبة للأمر باتخاذ الحجز التحفظي على أموال أحد الأطراف أو على حقوق الغير (8).

إن هذه الإجراءات الجبرية تندرج في الاختصاص الحصري لمحاكم الدولة بسبب احتكارها إجراءات التنفيذ ولا يمكن أن يحول اتفاق التحكيم دون ممارسة المحاكم المذكورة سلطاتها في ميدان تلك الإجراءات ولو تشكلت محكمة التحكيم، وهي قاعدة تهم القانون العام للتحكيم (9).

ويمكن الإشارة إلى أن الفقه المغربي يجمع في هذا الصدد على أن اختصاص المحكمة التحكيمية لا يؤثر على وظيفة قضاء المستعجلات لوجود دواعي عملية ناتجة عن حالة الإستعجال تبرر الإبقاء على اختصاص قاضي المستعجلات سيما وأن أوامره لا تمس الجوهر ولا تكتسب بالتالي أية حجية أمام محكمة التحكيم (10).

وعلى مستوى القضاء المغربي، فإنه يشايع نفس المسلك ولربما كان موقفه أكثر وضوحا في قضية القرض العقاري والسياحي ضد شركة هوليداي إين إذ أصدرت محكمة الإستئناف بالدار البيضاء قرارا قضى باختصاص قاضي المستعجلات في إصدار أمر يقضي بمواصلة إجراءات البناء بعلة أن "النزاع لا يمس جوهر الخلاف دائما فهو إجراء وقتي يهدف إلى حماية مصالح الأطراف، والمحافظة على حقوق الدائن، ووضع مشروع البناء في حالة يقبل على استغلاله على الوجه المطلوب، وليس من شأن هذا الإجراء التأثير على أشغال محكمة التحكيم بلاهاي التي تنظر في الخلاف في مستوى عال توجد فيه الدولة المغربية وأن المحكمة في النازلة لا تبحث عن السبب الذي من أجله توقفت أشغال البناء، ولكنها تنظر إلى الحالة الواقعية وهي توقف الأعمال لتأذن بمتابعتها وتترك لمحكمة الموضوع النظر فيما يتعلق بغير ذلك، ولهذا لا يتحقق في الدعوى الازدواج الذي يراه المستأنف بين الاستعجال والموضوع" (10 مكرر).

ثم إنه علاوة على ذلك، فإنه من المعروف أن إصدار المحكم أمرا بتقديم الوثائق في نطاق جمع أدلة الإثبات قد يهم الغير غير المعني باتفاق التحكيم، الأمر الذي أدى إلى جعل قاضي المستعجلات الذي لا تخفى أهمية ومدى سلطاته يتحول إلى "مساعد للعدالة التحكيمية" حسب تعبير الأستاذ ديلفو ليفي (11) من أجل تفعيل هذه العدالة في ميدان الأمر بتقديم الوثائق والمستندات التي قد تكون في حوزة الغير.

وفي ظل التنظيم القضائي الفرنسي فإن القاضي المذكور يستند على أحكام المواد 145، 808 و809 من ق.م.م الجديد لاتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية المطلوبة منه في ميدان جمع الأدلة.

وأن الاجتهاد القضائي الفرنسي مستقر منذ أمد بعيد على إمكانية اللجوء إلى القاضي المذكور للحصول على إجراءات التحقيق في الدعوى مع قيام اتفاق التحكيم، ويمكن له قبل بداية مسطرة التحكيم وحتى في ظلها أن يأمر باتخاذ التدابير اللازمة للحفاظ على الأدلة علما أنه من الناحية المبدئية فإنه بمجرد وضع المحكمة التحكيمية يدها على النازلة موضوع الاتفاق فإن قاضي مستعجلات الدولة يتعين عليه أن يظل "قاضيا استثنائيا، واستطرادا متى تعلل تدخله بقيام ظروف خاصة جدا ناتجة عن حالة الاستعجال أو توفر عنصر الخطر أو احتمال وضعية إنكار العدالة"(12).

ويمكن لقاضي مستعجلات الدولة أن يأمر بها لتلافي خطر محدق أو لوضع حد لاضطراب ظاهر عدم مشروعيته أو حتى في حالة تعذر قيام محكمة التحكيم باتخاذ الإجراءات الملائمة سواء بسبب حالة الاستعجال أو بسبب محدودية سلطاتها خصوصا في مواجهة الغير، ففي هاتين الحالتين يجب توفر حالة الاستعجال لتبرير تدخل قاضي مستعجلات الدولة رغم أن النزاع معروض على محكمة التحكيـــم (13).

ومع أن من شأن الإبقاء على اختصاص القضاء الاستعجالي للدولة إسدال حماية وقتية، سريعة، فعالة لقضاء التحكيم، وأن الرأي الراجح لدى الشراح ينحى إلى أنه "من غير المناسب حرمان أطراف اتفاق التحكيم من الاستفادة من مساطر الاستعجال القائمة أمام محاكم الدولة، المعتبرة أنها أكثر فعالية سواء بالنسبة لإمكانية اللجوء إليها بكل استعجال أو سواء بالنسبة للطابع التنفيذي للأوامر التي يمكن أن تأمر بها" (14)، فإن جانبا من الشراح يرى ضرورة تقدير هذا الاتجاه بشيء من التحفظ، إذ يعتبر أنه من الأفضل من أجل وحدة المنازعة وعدم تجزئتها أن تعرض المسائل ذات الطابع التحفظي على محكمة التحكيم قدر الإمكان لأنه حل يتفق مع إرادة الأطراف الهادفة إلى تفادي إخضاع المنازعة القائمة بينهم لاختصاص محكمة الدولة كلما كان ذلك ممكنا.

غير أن هذا الجانب من الفقه يقر بصعوبة تفادي الاختصاص سواء ذلك المقرر لمحكمة التحكيم أو المقرر للقضاء الوطني مما يؤدي إلى العديد من الصعوبات لا تتمثل فقط في عدم إمكانية توزيع الاختصاص بينهما سواء استند هذا التوزيع على طبيعة الإجراء المطلوب أو الوقت الذي تم تقديم الطلب فيه للقيام بها، وإنما تتعدى المسألة ذلك وتزداد الأمور تعقيدا عند قيام كل من الجهتين بممارسة ذات الاختصاص في نفس الوقت مع ما يتضمنه ذلك من تعقيدات (15).

ثانيا : الاتجاه المدافع عن اختصاص محكمة التحكيم لاتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية ذات الصلة بالمنازعة المتفق بشأنها على التحكيم.

يعتمد جمهور الشراح المدافعين على هذا الرأي على مبدأ إرادة الأطراف التي إذا كانت قد منحت محكمة التحكيم سلطة الفصل في المنازعة القائمة بينهم فإنه من باب أولى أن تتولى ذات المحكمة سلطة البت في القضايا التحفظية والوقتية المتصلة بالمنازعة موضوع اتفاق التحكيم سواء تم التعبير عن هذه الرغبة بشكل صريح أو بشكل ضمني من خلال الإحالة على أحد اللوائح المنظمة للتحكيم.

وفي تقدير هذا الاتجاه فإن المحكم يملك سلطة اتخاذ بعض الإجراءات الوقتية التي لا يلزم لاتخاذها تدخل السلطة العامة، وأنه إذا كان هناك اتفاق بين الأطراف على اللجوء إلى المحكمة التحكيمية لفض النزاع القائم بينهم، فإنه من الطبيعي أن تكون هي المحكمة المختصة بالنظر في جميع الجوانب الفرعية للنزاع باعتبار أن هذا النزاع هو شمولي يثير قضايا تهم الجوهر وكذا قضايا متعلقة بالمحافظة على مصالح الدائن، وللحيلولة دون تفاقم النزاع فإن المحكمة المذكورة التي تتولى البت في جوهر النزاع بحكم فاصل مكتسبا لقوة الشيء المقضي به لها من باب أولى الحق في اتخاذ الإجراءات الكفيلة بتفادي تفاقم النزاع كلما توفر ظرف الاستعجال.

و يعتبر أصحاب هذا الاتجاه وجود نوع من التعارض أو عدم التوافق بين طبيعة الإجراءات التحفظية والوقتية وطبيعة التحكيم كنظام خاص للتقاضي، إذ أن الأطراف اختاروا في ظله القاضي الخاص بهم الذي هو المحكم والذي هو المختص بالفصل في النزاع بكافة جوانبه مستعملا كل الوسائل الإجرائية المناسبة، بينما الإجراءات التحفظية والوقتية وضع المشرع بشأنها قواعد خاصة لتطبق أمام المحاكم الوطنية، كما أن القاضي الاستعجالي الوطني سيجد نفسه أمام نزاع اتفق أطرافه على إخراجه من سلطة القضاء، الأمر الذي يترتب عنه قيام رغبتين مشروعتين، الأولى رغبة الأطراف في اللجوء إلى التحكيم والابتعاد عن القضاء والثانية هي رغبتهم في الاستفادة من مزايا الإجراءات التحفظية والوقتية (16).

و إذا امتنع الطرف المحكوم عليه من الامتثال للأمر الوقتي الصادر عن المحكم ،فإنه يجوز للأخير طلب المساعدة من قاضي الدولة (17) وليس هناك ما يمنع المحكم من الأخذ بعين الاعتبار مسلك الطرف السيىء النية الممتنع عن تنفيذ الإجراءات الوقتية والتحفظية عند إصداره الحكم التحكيمي النهائي.

إن محدودية هذا الاتجاه لا تخفى حتى عن الشراح المدافعين عنه باعتبار أن هناك عددا من الإجراءات ذات الطابع التحفظي التي لا يمكن أن يصدرها المحكم حتى ولو اتفق الأطراف على منح الاختصاص له بشأنها، فلا يمكن بالتالي الاعتراف للمحكم بدور قاصر في هذا الخصوص واستبعاد اختصاص قضاء الدولة، إذ الثابت أن عددا من هذه الإجراءات لا يمكن أن يتخذ الأمر بها سوى قضاء الدولة الاستعجالي إما لكونها تهم الغير أو لأنها تعبر عن سلطة الإجبار القاصرة على الدولة، لذلك ولتجاوز هذا الإشكال فقد ذهب البعض من الشراح إلى القول بأن دور إرادة الأطراف في هذا الشأن ينحصر في الاتفاق المتبادل بينهم على عدم اللجوء إلى قضاء الدولة لاتخاذ مثل هذه الإجراءات، وهو اتفاق غير مشروع من وجهة النظام العام للدولة لكون فكرة

الاستعجال تعد عنصرا من العناصر التي يأخذها القضاء بالاعتبار عندما يأمر بإجراء وقتي رغم وجود اتفاق مخالف نظرا لاعتبارات تهم النظام العام.

والثابت أن الاستعجال يعد عنصرا لمنح المبرر الاستثنائي لتدخل قاضي المستعجلات في العديد من الأنظمة القانونية من بينها القانون المصري والمغربي (19).

ثالثا : خضوع مسألة الفصل في الإجراءات الوقتية والتحفظية لمبدأ الاختصاص المشترك.

يبدو من الواضح من دراسة مختلف الأسس والمنابع التي يعتمدها قانون التحكيم سواء تعلق الأمر بالتشريعات الوطنية، أو لوائح التحكيم، أو الاجتهادات التحكيمية الدولية تنامي قبول مبدأ الاختصاص المشترك لقضاء الدولة ومحكمة التحكيم، وهو تنامي يترتب عنه ثلاثة نتائج أساسية:

النتيجة الأولى : اختصاص قضاء الدولة باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية

إن هذه النتيجة تتجسم في إمكانية الأطراف بتقديم مطالب لمحاكم الدولة قصد الحصول على تدابير أو إجراءات استعجالية ووقتية رغم قيام اتفاق التحكيم باعتبار فعالية هذه الإجراءات التي يمكن الأمر بها بسرعة وقابليتها للنفاذ المعجل.

وخلافا إلى ما نحى إليه جانب من الشراح عن خطأ واضح حينما اعتبر أن من شأن هذا الازدواج المساس باختصاص المحكمين وتعارضه مع معاهدة نيويورك التي تنص في المادتين 3/2 على أن "لمحكمة الدولة المتعاقدة التي يطرح أمامها نزاع حول موضوع كان محل اتفاق من الأطراف بالمعنى الوارد في هذه المادة أن تحيل الخصوم بناء على طلب أحدهم إلى التحكيم وذلك ما لم يتبين أن هذا الاتفاق باطل ولا أثر له أو غير قابل للتطبيق" مثلما ذهب إليه قضاء المحكمة الفدرالية الأمريكية في قرارها الصادر في 1974/07/8، فإن الإجراءات التحفظية والوقتية الهادفة إلى تمكين تنفيذ الأحكام التحكيمية مثلما يتعلق الأمر بإجراءات التنفيذ ذاتها يندرج في مجال الاختصاص الخاص لمحاكم الدولة فضلا عن أنه لم يكن في نية واضعي المعاهدة استبعاد إمكانية قاضي الدولة في اتخاذ الإجراءات المذكورة ورغم أن النقاش المستفيض الذي حصل في هذا الشأن في القضاء الأمريكي يهم أساسا إجراءات الحجز التحفظي، غير أن هذه الملاحظة تنطبق أيضا على باقي الإجراءات التحفظية التي يمكن الحصول عليها رغم وجود اتفاق التحكيم أو حتى أثناء سير مسطرة التحكيم (20).

النتيجة الثانية: عدم ترتيب تنازل الأطراف عن اتفاق التحكيم

ومن جهة أخرى فإنه يترتب عن قبول مبدأ الاختصاص المشترك المذكور نتيجة أساسية تتمثل في أن لجوء الأطراف إلى قضاء مستعجلات الدولة لا يمكن أن يفيد حصول تنازل عن اتفاق التحكيم، وهو أمر أضحى ثابتا بصريح المادة التاسعة من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة، وفي المادة الثامنة الفقرة (5) من لائحة التحكيم الخاصة بغرفة التجارة الدولية بباريس وفي المادة 3/26 من لائحة التحكيم الدولي (الجمعية الأمريكية للتحكيم) . A.A. A ــ، فضلا عن أن القواعد العامة للقانون تنص صراحة على أن التنازل عن الحق يجب أن يكون له مفهوم ضيق ولا يكون له إلا المدى الذي يظهر بوضوح من الألفاظ المستعملة ممن أجراه ولا يسوغ التوسع فيه عن طريق التأويل والعقود التي يثور الشك حول مدلولها لا تصلح أساسا لاستنتاج التنازل عنها (الفصل 467 ق.ل.ع).

النتيجة الثالثة: اختصاص المحكمين بالبت في الإجراءات الوقتية والتحفظية.

وعلاوة على ذلك الأثر فإنه يترتب عن إعمال مبدأ الاختصاص المشترك قيام اختصاص المحكمين أنفسهم بالفصل في الإجراءات الوقتية والتحفظية التي يرغب الأطراف في الوصول إليها ويعتبر بعض الشراح أنه إذا كانت بعض التشريعات القديمة قد منحت الاختصاص في اتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية لمحاكم الدولة وحدها مثلما كان عليه الحال في ظل المادة 26 من قانون الوفاق CONCORDE السويسري المتعلق بالتحكيم والمادة 685 من قانون المسطرة المدنية اليوناني والمادة 1036 من نفس القانون الألماني والمادة 818 من نفس القانون الإيطالي، فإن القانون السويسري الجديد في المادة 103 وكذا المادتين 9 ــ 17 من القانون النموذجي للتحكيم الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي يمنح الاختصاص للمحكم في اتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية، مع الإشارة إلى الموقف المتميز الذي اتخذه المشرع الهولندي في المادة 1022 من قانون المسطرة الصادر سنة 1986/07/2 الذي نص على أن اتفاق التحكيم لا يحول دون قيام أحد الأطراف بتقديم طلب إلى المحكم لاتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية أو اللجوء إلى قاضي الأمور المستعجلة دون إشارة إلى اختصاص محكمة التحكيم في هذا الخصوص.

والملاحظ أنه في أغلبية الحالات فإن التشريعات الوطنية تعترف بمبدأ الاختصاص المشترك المذكور، بل وأن البعض من هذه التشريعات ذهب إلى حد السماح للمحكمين بتقديم طلب الحصول على إجراءات وقتية وتحفظية من محاكم

الدول بغرض تفعيل قراراته، مثلما هو عليه الحال في المادة 2/183 من القانون السويسري (20).

وبمقتضى المادة 14 من قانون التحكيم المصري الصادر سنة 94 فإنه يمكن للمحكمة المختصة بنظر النزاع أن تأمر بناء على طلب أحد أطرف التحكيم باتخاذ التدابير المؤقتة أو التحفظية سواء قبل بدء إجراءات التحكيم أو أثناء سيرها، كما أجاز للطرفين الاتفاق على أن يكون لهيئة التحكيم بناء على طلب أحدهما صلاحية توجيه أمر إلى أي منهما لاتخاذ ما تراه مناسبا من تلك التدابير التي تقتضيها طبيعة النزاع وأن تطلب تقديم ضمان كاف لتغطية نفقة التدبير الذي تأمر به، وهو ما تضمنه أيضا القانون التونسي الجديد (المادة 62 من القانون عدد 42 المؤرخ في 93/02/26) الذي نص على أن هيأة التحكيم يمكنها أن تأذن بما تراه من الوسائل الوقتية أو التحفظية ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك، وإذا لم يمتثل الطرف المعني جاز لهيئة التحكيم أن تطلب مساعدة الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف بتونس العاصمة.

ويعترف قضاء التحكيم للمحكمة بسلطة اتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية، ومصدر هذه السلطة هو اتفاق الأطراف وإرادتهم التي لا تتعارض مع فكرة النظام العام الوطني وخصوصا النظام العام الدولي.

قيود الاختصاص المشترك

تنحصر هذه القيود في القيد الأول الناتج عن إرادة الأطراف، والقيد الثاني الناتج عن الاختصاص القاصر للمحكمة الوطنية بشأن اتخاذ الإجراءات موضوع مبدأ الاختصاص المشترك.

القيد الناتج عن إرادة الأطراف

ينحى عدد من الشراح إلى القول بأن مبدأ الاختصاص المشترك بين قضاء الدولة ومحكمة التحكيم في اتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية لا يعتبر مبدأ مرتبط بالنظام العام مما يسوغ للأطراف الاتفاق على استبعاد البعض من تلك الإجراءات من نطاق اختصاص المحكمين، ويمكنهم أن يشيروا في الاتفاق بأنه لا يشكل حائلا دون اختصاص محاكم الدولة لاتخاذ ذات الإجراءات أو حتى حصر الاختصاص لفائدة هذه المحاكم وحدها، وعلى العكس من ذلك يسوغ للأطراف التنصيص في اتفاق التحكيم على منع اللجوء إلى محاكم الدولة لاستصدار أوامر تحفظية أو وقتية طوال سريان فترة التحكيم سواء صراحة بالنص على ذلك في اتفاق التحكيم أو ضمنا بالإحالة على لائحة تحكيم تنظم إجراءات تحكيم خاصة بالمسائل الاستعجالية (22) وهو ما أقرته محكمة النقض

الفرنسية في قرارها الصادر في 86/11/18 الذي اعتبرت فيه أنه لا يسوغ استبعاد سلطة قاضي الدولة في اتخاذ الإجراءات التحفظية سواء بناء على اتفاق صريح من الأطراف أو بناء على اتفاق ضمني ناتج عن تبنيهم لائحة تحكيم تضمن ذلك الاستبعاد (23).

غير أن عددا آخر من الشراح اعتبر أن اختصاص قاضي المستعجلات من النظام العام، وأن اتفاق الخصوم غير كاف لاستبعاده واعتمدوا في هذا الشأن على ما قضت به نفس محكمة النقض في 72/07/17 التي ذهبت إلى حد القول بأن الخصوم لا يمكنهم الاتفاق صراحة على استبعاد اختصاص قاضي الأمور المستعجلة وتنظيم إجراءات مستعجلة تحكيمية، وأيده البعض من الشراح اعتمادا على انه إذا تعلق الأمر بالنطاق الإجباري المطلق للتحكيم فإن الدعوى الوقتية تدخل في اختصاص قاضي الأمور المستعجلة لأن محكمة التحكيم ليس لها سوى النظر في موضوع الحق دون الدعوى الوقتية التي لا يمكن لها أن تنظر فيها إلا بمقتضى نص قانوني (24).

على أنه إذا كان الرأي الأقرب إلى الصواب هو الذي ينحى إلى القول بأن لإرادة الأطراف السلطة في استبعاد الإجراءات الوقتية والتحفظية فإن هناك من الإجراءات الوقتية والتحفظية ما يتعلق بفكرة النظام العام فيخرج بالتالي عن نطاق قدرة الأطراف على المساس بسلطة محاكم الدولة بشأنها (25).

و لربما كان السبب الرئيسي الذي جعل الإجراءات التحفظية والوقتية مشكلة حقيقية عند اللجوء إلى التحكيم هو صعوبة وضع تعريف محدد وجامع لهذه الإجراءات لتعدد أشكال الحماية التي تقررها للأطراف، فضلا عن أن البعض منها وليس كلها تحتاج إلى تدخل الدولة لتوفير سلطة الجبر التي تملكها وحدها وصعوبة التمييز بين الإجراءات التي تحتاج إلى هذه السلطة لإمكان الأمر بها واتخاذها وغيرها من الإجراءات التي هي في غنى عن ذلك، ويزداد الإشكال حدة إذا تعلق النزاع بعلاقة خاصة دولية يختلف فيه مكان التحكيم عن المكان المرغوب تنفيذ الإجراء الوقتي أو التحفظـــي فيـــه (26).

القيد المتعلق باختصاص محاكم الدولة في ميدان تنفيذ الأحكام

لعله لتفادي هذا الحرج فإن الفقه وضع قيدا ثانيا يتمثل في وجود اختصاص قاصر على محاكم الدولة بخصوص مجال تنفيذ الأحكام سواء كانت أجنبية أو أحكام تحكيمية، وهي قاعدة معمول بها بمقتضى المبادئ العامة للتحكيم والتي تسري حتى على التحكيم المجرى وفق قواعد المركز الدولي لحل النزاعات الناشئة عن الاستثمار (27).

تقدير الاتجاه المدافع عن مبدأ الاختصاص المشترك

يعتبر هذا الاتجاه متميزا بقدرته على الإلمام بحقائق واقع التحكيم التجاري الدولي وخصوصياته المتناثرة في طيات التشريعات المختلفة، و بعض المعاهدات الدولية التي تعترف صراحة بمبدأ الاختصاص المشترك لمحاكم الدولة وقضاء التحكيم في ميدان الإجراءات الوقتية والتحفظية المتعلقة بمنازعة موضوع اتفاق التحكيم وأقرت عن صواب أن اللجوء إلى قضاء الدولة في هذا الشأن ورغم وجود الاتفاق لا يعتبر تنازلا عنه.

ورغم إيجابيات الاتجاه فإنه ظل قاصرا على تفسير الظاهرة وتوقف في حدود إجراء مقارنة تقريرية تلمس الجانب الظاهري منها، مثلما لاحظت ذلك الأستاذة الحداد وعن صواب مشاطرين رأيها في أن الأساس في توزيع الاختصاص على النحو المذكور هو تقدير أي من القضاءين المذكورين أكثر قدرة على كفالة الإجراء الوقتي أو التحفظي المطلوب اتخاذه وضمان تنفيذه على وجه السرعة بسبب ظروف الاستعجال الذي يقتضي اتخاذ الإجراءات الكفيلة بإسدال حماية الطرف الأكثر تضررا (27 مكرر).

ويمكن تأسيسا على ما ذكر أعلاه الوصول إلى الخلاصة التالية:

1/ ــ يختص قضاء الدولة الاستعجالي وحده بالبت في الطلبات الوقتية والتحفظية بنفس الشروط التي يتدخل بها طبقا للقواعد العامة على أن يضاف إلى هذه الشروط شرط آخر هو ألا يكون في إمكان الطرف طالب الإجراء الحصول على نفس الحماية بعد تكوين محكمة التحكيم.

2/ ــ تختص محكمة التحكيم وحدها بالبت في الطلبات الوقتية والتحفظية بعد تكوين المحكمة باستثناء حالتين:

أ ــ أن ينطوي الإجراء المطلوب على سلطة الجبر وعند رفض الخصم أو الغير المتخذ ضده الإجراء تنفيذه طواعية.

ب ــ أن يكون الإجراء المطلوب سيتم اتخاذه في دولة غير الدولة التي يجلس فيها المحكمون حتى ولو لم ينطو الإجراء المطلوب على سلطة الجبر.

3/ ــ في الحالات التي يجوز فيها لمحكمة التحكيم اتخاذ إجراءات تحفظية أو وقتية يجب الحصول على أمر تنفيذ الحكم الصادر بالإجراء المطلوب عند امتناع أحد الأطراف (29).

رابعا : موقف التشريعات من موضوع الاختصاص المشترك لمحاكم الدولة ومحاكم التحكيم بشأن اتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية

تتجه بعض التشريعات إلى قصر حق الأمر باتخاذ تدابير تحفظية ووقتية على السلطة القضائية للدولة ومنها قانون الوفاق السويسري الذي ينص في المادة 1/26 منه على أن السلطات الوطنية هي التي تختص وحدها باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية وأن الأطراف يمكنهم فقط الخضوع إراديا للإجراءات الوقتية المقترحة من محكمة التحكيم ويمكن للمحكمين أن يعلنوا عدم اختصاصهم للأمر بالإجراءات الوقتية (30)، كما أن القانون اليوناني يأخذ بنفس القاعدة بمقتضى المادة 685 من قانون المسطرة الذي ينص على أن: "القضاء المستعجل هو الذي يختص وحده باتخاذ الإجراءات الوقتية" والمادة 1/889 من نفس القانون تنص على أنه "لا يجوز للخصوم باتفاقهم على التحكيم الخروج عن هذه القاعدة كما لا يملك المحكمون تعديل أو إلغاء أي إجراء وقتي سبق للقضاء أن اتخذه" وكذا القانون الإيطالي غير المغير بمقتضى تعديل 1994/01/05 الذي ينص في مادته 218 وبكيفية أكثر جذرية أنه "لا يمكن للمحكمين أن يأذنوا باتخاذ الحجوز ولا أية إجراءات تحفظية أخرى".

و لقد عالجت المواد 183، 184 و185 من القانون الدولي الخاص السويسري الصادر في 1989/12/18 مسألة توزيع الاختصاص بالبت في الإجراءات الوقتية والتحفظية بين محكمة الدولة ومحكمة التحكيم فنصت في المادة 1/183 على "أنه ما لم يوجد اتفاق مخالف للأطراف فإن لمحكمة التحكيم إصدار الأوامر الوقتية والتحفظية بناء على طلب أحد الأطراف" ونصت في فقرتها الثانية على أنه "في حالة عدم الخضوع الإرادي من الطرف الصادر في مواجهته الأمر الوقتي أو التحفظي من قبل محكمة التحكيم فإن هذه الأخيرة يمكنها أن تطلب مساعدة القضاء المختص الذي يقوم بتطبيق قانونه ولمحكمة التحكيم أو للمحكمة المختصة أن تشترط في منحها الإجراءات الوقتية أو التحفظية أن يقوم الطرف الملتمس لاتخاذ هذا الإجراء بتقديم ضمانة أو كفالة مناسبة".

و يتجلى بالرجوع إلى نص القانون السويسري للتحكيم الدولي المذكور أنه منح المحكمين سلطة اتخاذ الإجراءات الوقتية دون أن يكون هذا الاختصاص قاصرا عليهم.

و اتجهت عدد من التشريعات في محاولة منها للعثور على أفضل السبل لإيجاد تعاون بين القاضي والمحكم في هذا الشأن إلى تمكين الخصوم حق اللجوء إلى القضاء الوطني لاتخاذ إجراءات وقتية دون أن يكون هذا الاختصاص قاصرا على القضاء

وحده، مثلما هو حال القانون البلجيكي (المادة 2/1679) والقانون الكويتي (المادة 6/173).

و على مستوى التشريعات العربية الجديدة فقد تميز القانون المصري للتحكيم بموقفه الوسطي حينما أجاز بمقتضى المادة 14 منه للمحكمة المختصة بنظر النزاع أن تأمر بناء على طلب أحد طرفي التحكيم باتخاذ تدابير مؤقتة أو تحفظية سواء قبل البدء في إجراءات التحكيم أو أثناء سيرها لكنه أجاز كذلك للطرفين الاتفاق على أن يكون لمحكمة التحكيم بناء على طلب أحدهما صلاحية توجيه أمر إلى أي منهما لاتخاذ ما تراه مناسبا من تدابير مؤقتة أو تحفظية حسب طبيعة النزاع، وأن تطلب تقديم ضمان كاف لتغطية نفقات التدبير الذي تأمر به، فإذا تخلف من صدر عليه الأمر عن تنفيذه جاز لمحكمة التحكيم بناء على طلب الأخير أن تأذن لهذا الطرف باتخاذ الإجراءات اللازمة لتنفيذه دون إخلال بحقه في أن يطلب من رئيس المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع الأمر بالتنفيذ (المادة 24 الفقرة 2).

و يتجلى من موقف التشريع المصري المذكور مجاراته موقف التشريعات الحديثة لتوزيعه الاختصاص في اتخاذ الإجراءات التحفظية والوقتية بين كل من القاضي والمحكم جاعلا الاختصاص في الأصل منعقدا لفائدة قضاء الدولة وهو الاختصاص الذي يمكن أن ينعقد كذلك للمحكمين عند حصول اتفاق بين الأطراف في هذا الخصوص.

وينحى التشريع التونسي في اتجاه منح الخيار للمدعي بين اللجوء إلى قضاء الدولة والقضاء الخاص فيما يتعلق باتخاذ الإجراء الوقتي والتحفظي وذلك استنادا على المادة 54 من مجلة التحكيم التونسية التي تنص :

"لا يعتبر متناقضا لاتفاق التحكيم أن يطلب أحد الأطراف قبل بدء إجراءات التحكيم أو أثناءها من القاضي الاستعجالي أن ينفذ إجراء وقتيا وقائيا.

"وللقاضي الاستعجالي أن يتخذ وسيلة وقتية بناء على هذا الطلب"

و هذا الحل يساير الوجه العام السائد الذي تم تكريسه حتى في بعض نظم التحكيم على غرار نظام التحكيم لدى الجمعية الأمريكية للتحكيم.

وحسب رأي بعض الشراح ومنهم على وجه الخصوص السيد رشيد الصباغ فإن المشرع التونسي لا يقصي إمكانية اتفاق الأطراف على قصر الاختصاص للنظر في هذه المسائل على القضاء الرسمي وحده، وإقصاء إمكانية اللجوء إلى المحكمين في شأنها، ومن ثم فإن الاتفاق العكسي لا اعتبار له، بمعنى أن الاتفاق على اللجوء إلى المحكمين

وحدهم في شأنها غير ذي قيمة ولا يمكن العمل به لمخالفته نص المادة 54 المذكورة وقصد المشرع منه الرامي إلى تخويل حق الخيار للأطراف بصفة مطلقة دون قيد عليه بمقتضى شرط عقدي (33).

وتجدر الإشارة إلى أن القانون الفرنسي الجديد بشأن التحكيم لم يشتمل على أحكام صريحة تمنح للقضاء الفرنسي سلطة إصدار الأوامر الوقتية والتحفظية بخصوص المنازعات المتفق بشأنها على التحكيم مع أن القضاء الفرنسي اتجه في هذا المنحى، إذ أن وجود اتفاق على التحكيم لا يمنع المحاكم الفرنسية من اتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية، فهل يمكن القول ترتيبا على هذا الاتجاه القول أنه يتضمن سلب سلطة الحكم من إصدار ذات الإجراءات .

انقسم الشراح بهذا الشأن، فاتجه فريق منهم إلى القول أن الإجابة على السؤال تتراوح بين عدم الاعتراف للمحكم بالسلطة في اتخاذ هذه الإجراءات وبين الاعتراف له به. والإجراءات التحفظية بطبيعتها لها علاقة بفكرة التنفيذ الجبري وطرق التنفيذ التي تدخل في مجال الاختصاص القاصر على قضاء الدولة، فالمحكمون غير معنيين ولا مكلفين بتنفيذ أحكام التحكيم ويترتب عنه استبعاد كل اختصاص للمحكمين بشأن اتخاذ تلك الإجراءات.

واتجه فريق آخر إلى القول أن الإجراء التحفظي المطلوب يستوجب القيام بتقييم لحقوق الطرفين، الأمر الذي يحمل في طياته مخاطر التأثير على الحكم التحكيمي المرتقب (33 مكرر).

COUR SUPRÊME DU MAROC • المجلس الأعلى للمغرب
مركز النشر والتوثيق القضائي
CENTRE DE PUBLICATION ET DE DOCUMENTATION JUDICIAIRE

ثم إنه لا وجود لمانع يحول دون اتخاذ المحكمين لإجراءات تحفظية عند إصدار أحكامهم لضمان تنفيذها كالأمر بالغرامة التهديدية مما حدا بهذا الجانب من الشراح إلى القول بأنه من المأمول فيه الاعتراف باختصاص المحكم في إصدار تلك الإجراءات باستثناء حالة قيام اتفاق يحول دون ذلك.

وينحى القانون البلجيكي بمقتضى المادة 1679 فقرة ثانية (تغيير 1998) إلى إتاحة الإمكانية لتدخل قاضي مستعجلات الدولة لاتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية رغم وجود اتفاق التحكيم الذي لا يتنافى مع هذا المبدأ (34).

وينص القانون الألماني في المادة 1033 (قانون 1997/12/22) على أن "تقديم طلب للمحكمة من أحد الأطراف قبل أو أثناء سريان مسطرة التحكيم بهدف الحصول على إجراءات وقتية أو تحفظية ومنح هذه الإجراءات من المحكمة لا يتنافى مع قيام اتفاق التحكيم" وتمنح المادة 1041 الاختصاص للمحكم من أجل الأمر بالإجراءات الوقتية كما

تتيح للطرف المعني تقديم طلب للقاضي الوطني والأمر بتنفيذ أمر المحكم، ويمكن للقاضي في هذه الظروف تغيير صيغة الأمر المقضي به إذا كان ذلك ضروريا لتنفيذه، ويظل القاضي مختصا ــ لاحقا ــ لإبطال أو تغيير قراره.

وتنص المادة 458 مكرر من القانون الجزائري (35) على أن "لمحكمة التحكيم السلطة في أن تأمر باتخاذ إجراءات وقتية أو تحفظية بناء على طلب أحد الأطراف".

ويؤكد الفقه الجزائري أن رغبة المشرع الجزائري في منح أكبر قدر من الفعالية لنظام التحكيم دفع به إلى عدم إخضاع المسائل التحفظية والوقتية إلى اختصاص القضاء الجزائري وحده، بل ومنح هذا الدور إلى المحكمين أيضا، ما عدا إذا رفض الطرف المعني الامتثال إلى قرار المحكم فيتعين على الأخير في هذه الحالة التوجه إلى القاضي الجزائري لاتخاذ الإجراء الوقتي المناسب، فيكون عندئذ وحده المختص.

ويبدو أن مشروع مدونة التحكيم التجاري المغربي قد سلكت نفس موقف المشرع الجزائري فمنحت الفقرة الثانية من المادة 23 الحق للأطراف في طلب الحصول من المحكم على إجراءات وقتية أو تحفظية التي يراها ضرورية في حدود مهمته بما قد يفيد أن واضعي المشروع المغربي قد أعطوا للأطراف صلاحية واسعة إعمالا لمبدأ سلطان الإرادة في تضمين اتفاق التحكيم مقتضى خاص يتيح للمحكم اتخاذ الإجراءات المذكورة مما قد يستفاد من هذه الأحكام أنه يظل للقاضي الاستعجالي الوطني صلاحية اتخاذ نفس الإجراءات ما لم يقع الاتفاق على خلاف ذلك ويظل السؤال العريض التالي مطروحا ويتعلق بمدى إمكانية تدخل هذا القاضي في القضايا التي يتوفر فيها ظرف استعجالي شديد الوطأة رغم قيام الاتفاق المذكور.

ويعطي القانون النمساوي بدوره الاختصاص للمحكم لاتخاذ الإجراءات الوقتية، وتمنح المادة 589 من قانون المسطرة المدنية النمساوي الإذن للمحكم في المطالبة بمساعدة قاضي الدولة بشأن جميع الأوامر التي يكون المحكم غير مؤهل لاتخاذها.

ويتفق الشراح على أنه يسوغ للمحكم عملا بهذا المقتضى أن يطلب من القاضي المذكور استجواب شاهد بعد أداء اليمين، أو استدعاء شاهد تحت طائلة غرامة تهديدية، أو المساعدة على تنفيذ أمر استعجالي أمر به المحكم ولا يوجد في القانون النمساوي أي مقتضى يمنع المحكم الذي يتخذ النمسا مقرا لإجراء التحكيم من إصدار أوامر وقتية، كما لا يوجد اجتهاد قضائي ينازع في هذه السلطة.

خامسا : موقف لوائح التحكيم من مسألة الاختصاص المشترك لقضاء الدولة وقضاء التحكيم باتخاذ الإجراءات الوقتية.

تنص المادة الثامنة، فقرة 5 من نظام التحكيم لغرفة التجارة الدولية (صيغة 1988):

"للأطراف قبل تسليم الملف للمحكم، وبصفة استثنائية، بعد ذلك، أن تطلب إلى أية سلطة قضائية اتخاذ إجراءات وقتية أو تحفظية، دون أن يشكل طلبها مخالفة لاتفاق التحكيم الذي يربطها ودون المساس بالسلطة المقررة للمحكم في هذا الصدد.

ويجب دون إبطاء، إبلاغ أمانة هيئة التحكيم هذا الطلب والإجراءات التي اتخذتها السلطة القضائية وأن تقوم الأمانة بإعلام المحكم بها".

وتنص المادة 23 من نفس النظام (صيغة 1998) على :

1 ــ يمكن للمحكمة ما لم يكن هناك اتفاق مخالف من الأطراف بمجرد تسليم الملف وبطلب أي واحد منهم أن تأمر باتخاذ أي إجراء تحفظي أو وقتي تراه مناسبا ويمكن أن يقيده على تقديم ضمانات كافية من الطالب، وتصدر الإجراءات المنصوص عليها في هذه المادة في شكل أمر معلل أو في شكل مقرر تحكيمي إذا ارتأت المحكمة التحكيمية أن المناسب اتخاذ هذا الشكل.

2 ــ يمكن للأطراف قبل تسليم الملف للمحكمة التحكيمية وفي ظروف ملائمة بعد ذلك أن يطلبوا من أية سلطة قضائية اتخاذ أوامر وقتية أو تحفظية ولا يتعارض رفع الطلب إلى السلطة القضائية للحصول على تلك الإجراءات أو تنفيذ إجراءات متخذة من محكمة تحكيمية مع اتفاق التحكيم ولا تنازلا عنه ولا يمس بسلطة المحكمة التحكيمية في هذا الشأن.

يجب دون إبطاء إعلام أمانة هيأة التحكيم بهذا الطلب وجميع الإجراءات التي اتخذتها السلطة القضائية وتقوم الأمانة بإعلام المحكمة التحكيمية بها.

ذهب بعض الفقه تعليقا على هذا النص أنه إذا كان العقد المبرم بين الأطراف ينص أن كل المنازعات يتعين الفصل فيها وفق قواعد التحكيم المعمول بها في غرفة التجارة الدولية فإن الحاجة إلى اتخاذ الإجراءات الوقتية العاجلة لا يمكن أن تحتمل انتظار تشكيل محكمة التحكيم.

ومن جهة أخرى ولا شك بسبب الحاجة إلى منح الأطراف إمكانية الحصول على أوامر استعجالية ذات صبغة تحفظية ووقتية قبل انعقاد محكمة التحكيم باعتبار

الوقت الذي يتطلبه هذا الانعقاد فإن غرفة التحكيم الدولية أقرت نظام الاستعجالي السابق PRE – ARBITRAL في سبيل استصدار أوامر استعجالية كفيلة بصيانة حقوقهم ولا يمكنها أن تكون محل انتظار (36).

ويطبق هذا النظام سواء كانت محكمة الاختصاص هي محكمة التحكيم أو قضاء الدولة، وتظهر أهميته العملية عند حصول اتفاق بين الأطراف على فض نزاعاتهم بواسطة التحكيم وكذلك لتلافي المعضلات التي تلاقي هؤلاء في المرحلة السابقة لانعقاد محكمة التحكيم الناجمة عن التعقيدات المسطرية المرتبطة بمسألة الاختصاص المكاني لقضاء المستعجلات فهل يكون قاضي المستعجلات المختص هو الكائن في مكان انعقاد محكمة التحكيم، أو القاضي الاستعجالي ذي الاختصاص المكاني المعتاد لولا قيام اتفاق التحكيم، ثم الصعوبات الناتجة عن تطبيق قاضي مستعجلات الدولة القواعد المسطرية المنصوص عليها في تشريع الدولة بخصوص الإجراءات التحفظية والوقتية وهي قواعد قد لا تكون هي نفسها المختارة من الأطراف لتنظيم مسطرة التحكيم، إلى غير ذلك من الصعوبات.

وقد ثار تساؤل حول صفة الأمر الذي يصدر في نطاق هذا النظام الاستعجالي الضيق السابق لتشكيل محكمة التحكيم، فهل يمكن وصفه بأنه حكم تحكيمي أو أمر باعتبار أن محرري هذا النظام قد تفادوا عن قصد إسدال صفة الحكم التحكيمي على الأمر.

لقد أثير التساؤل أمام القضاء الفرنسي بمناسبة نزاع احتدم بين جمهورية الكونغو والشركة الوطنية للبترول وشركة طوطال فينا الف الكونغو واتفق الأطراف على منح الاختصاص للبت لغرفة التحكيم الدولية وعلى إمكانية المطالبة بالحصول على إجراءات وقتية واستعجالية في نطاق نظام الاستعجالي للغرفة السابق الإشارة.

واعتبرت محكمة الاستئناف بباريس أن الأمر المذكور الذي أصدر في النازلة لا يعتبر حكما تحكيميا بقرار صادر بتاريخ 2003/04/29 الذي حظي بنقاش وانتقاد من عدد من الشراح (35 مكرر) .

وتنص المادة 26 من نظام اليونسترال:

1 ــ يمكن للمحكمة التحكيمية بطلب أحد الأطراف أن تتخذ جميع الإجراءات الوقتية التي تراها ضرورية لموضوع النزاع سيما الإجراءات التحفظية بخصوص البضاعة المتنازع حولها عبر الأمر بوضعها بمستودع بين يدي الغير أو بيع المواد القابلة للتلف .

2 ــ يمكن أن تتخذ هذه الإجراءات الوقتية طابع حكم تحكيمي، يمكن للمحكمة التحكيمية المطالبة بكفالة لتغطية الصوائر المترتبة عن هذه الإجراءات.

3 ــ يجب عدم اعتبار طلب الحصول على إجراءات وقتية مقدم من أحد الطرفين إلى سلطة قضائية بأنه يتنافى مع اتفاق التحكيم أو بمثابة تخلي عن التمسك به.

طبيعة القرارات التحكيمية الوقتية وقابليتها للنفاذ من عدمه:

هل القرار التحكيمي الوقتي أمر أم حكم تحكيمي؟

إن غموضا يكتنف القرارات التحكيمية الصادرة في ميدان الإجراءات التحفظية والوقتية، فالملاحظ بهذا الشأن أن المادة 23 من لائحة غرفة التحكيم الدولية (صيغة 1998) تنص على أن "الإجراءات المتخذة بمقتضى هذه المادة تصدر في شكل أوامر معللة وعند الاقتضاء في شكل حكم تحكيمي حسبما تراه محكمة التحكيم مناسبا".

وربما كان تميز القانون الهولندي واضحا في هذا الشأن إذ أن المادة 1051 منه تشير إلى أحكام في مادة المستعجلات التحكيمية لها قوة الحكم التحكيمي، بينما تنص المادة 26 (فقرة 2) من القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية CNUDCI أن الإجراءات الوقتية يمكن أن تصدر في شكل طابع حكم تحكيمي وقتي وهو ما يقره أيضا نظام التحكيم للمنظمة العالمية للملكية الأدبية، في حين أنه لا يمكن في منظور القانون الدولي الخاص السويسري أن يتخذ قرار تحكيمي وقتي طابع حكم تحكيمي.

CENTRE DE PUBLICATION
ET DE DOCUMENTATION JUDICIAIRE

وينحى عدد من الشراح إلى إصباغ التفرقة التالية على القرارات التحكيمية الوقتية، ففي هذا الرأي فإن معيار التفرقة يعتمد على معرفة الأساس المسطري أو التعاقدي عند اتخاذ القرار الوقتي بحسب شكليات المسطرة المتبعة بشأنها، ومن موقف قانون مكان انعقاد التحكيم، ومن اتفاق الأطراف.

فإذا كان القرار التحكيمي الوقتي قد اعتمد على وجود خرق واقعي أو مرتقب الوقوع لالتزامات تعاقدية، فإن للمحكم صلاحية إصدار حكم تحكيمي مثلما هو عليه الحال إذا طلب أحد الأطراف عدم تقديم كفالة بنكية خلال سريان الحكم، أو إذا قضى المحكم على الطرف المدعى عليه بأدائه للطرف المدعي نصف مبلغ الرصيد الذي قام الأخير بدفعه مكان الطرف المدعى عليه المخل بالتزامه.

ولا يمكن أن لا يمنح لها صبغة حكم تحكيمي لمجرد أن له أثر محدود زمانيا في مدلول معاهدة نيويورك.

و عمليا لا يوجد ما يمنع المحكم من إصدار قرار وقتي في ميدان تعاقدي في شكل حكم تحكيمي ذا صبغة نهائية مع أنه محدود الأثر الإلزامي في الزمان، فإذا تعلق الأمر بهذا كله، فإن الأمر يتعلق بحكم تحكيمي في مدلول معاهدة نيويورك مع ما يترتب عن ذلك من آثار.

ومتى انحصر الدور التعاقدي أو ظهر شك بشأن قيام التزام تعاقدي الذي يكون الأساس المعتمد عليه في طلب الحصول على إجراء وقتي، فإنه لا يمكن تأسيسا على ذلك اتخاذ إجراء وقتي في شكل حكم تحكيمي في مدلول المعاهدة المذكورة.

وختاما في رأي هذا الجانب من الشراح فإنه إذا لم يتأسس القرار الوقتي خصوصا على التزامات تعاقدية بمعنى أن المحكمين اعتمدوا إما كلية أو جزئيا على مقاربة مسطرية للنزاع المعروض عليهم، فإنه لا يمكن أن يخلع على قرارهم وصف "الحكم التحكيمي" في مدلول معاهدة نيويورك، وهذا لا يمنع إعمال هذا الوصف إذا كان قانون الدولة يكيفه على هذا النحو.

على أنه من وجهة نظر أخرى فإن للأطراف أن يتفقوا على إسدال صفة "الحكم التحكيمي " للقرار الوقتي وفق ما تنص عليه لائحة غرفة التحكيم الدولي، غير أنه من البديهي أن ذلك لا يمكنه أن يمس في شيء الوصف الحقيقي لذلك الإجراء الذي يتطلب توفر شروط معاهدة نيويورك أو حتى قانون دولة معينة.

ويترتب على ما سبق بيانه أعلاه النتائج التالية البالغة الأهمية .

أ ــ إن القرارات التي تصدر في نطاق الحالة الأولى المشار إليها أعلاه تعتبر ــ حكما تحكيميا ــ في مدلول معاهدة نيويورك ولو كانت محدودة الأثر زمانيا وبالتالي تكون قابلة للتنفيذ في نطاق المعاهدة.

ب ــ إن قرارا تحكيميا متخذ في شكل ــ حكم تحكيمي ــ دون أن يتوفر على الشروط المبينة سالفا يمكن أن يكون قابلا للتنفيذ في الشكل الذي صدر فيه في البلد المنعقد فيه التحكيم إذا كان قانون البلد يمنح له هذا الوصف مثلما هو عليه الحال بالنسبة لموقف القانون الهولندي المتميز.

ج ــ إن كل قرار تحكيمي وقتي لا يندرج ضمن الحالتين المشار إليهما أعلاه يجب أن يخلع عليه وصف أمر ولا يمكن أن تسدل عليه الصيغة التنفيذية بصفته حكما

تحكيميا سواء وفق شروط معاهدة نيويورك أو قانون دولة انعقاد التحكيم ولو منح الأطراف للقرار المذكور صفة الحكم التحكيمي تبعا للاتفاق، إذ أن قانون الدولة المطبق هو الذي يعطي القوة التنفيذية لذلك القرار كما هو عليه الشأن بالنسبة للمادة 183 من القانون السويسري (37).

خاتمـــــة

لعل الهدف الذي ابتغاه هذا العرض هو محاولة الإحاطة بموضوع عملي تعددت فيه اجتهادات التشريعات والمدارس الفقهية ولوائح مراكز التحكيم بغية تمكين التحكيم التجاري الدولي من أداء دوره ليس فحسب في تكوين وصياغة قانون مهني بل وبالأحرى نظاما "قضائيا" عالميا يعلو فوق النظم القضائية الوطنية لتحقيق حلول عادلة لمنازعات أطراف التجارة الدولية طبقا لمبادىء أكثر رحابة من تلك التي يتضمنها القانون الوضعي.

و أهمية الموضوع بارزة من خلال ملاحظة تزايد القرارات الصادرة في ميدان الإجراءات الوقتية والتحفظية واهتمام التشريعات الحديثة التي نذكر منها القانون البريطاني الصادر سنة 1996 والألماني والبلجيكي الصادرين سنة 1998 ومشروع مدونة التحكيم المغربية المنتظر صدورها إلى حيز الوجود في بحر السنة، وهي أيضا بارزة من خلال ازدياد البحوث والدراسات التي تعرضت للموضوع.

و يمكن إجمالا القول أنه رغم تباين المواقف بخصوص موضوع العرض، فإن اتجاها واضحا يهيمن على الأنظمة والقوانين الوضعية الجديدة والمعاهدات الدولية يتجلى في أن الاعتراف لقضاء الدولة بالاختصاص في مسألة الإجراءات الوقتية والتحفظية رغم وجود اتفاق التحكيم لا يعني إنكار شرط التحكيم بل وإن هناك اتجاها فقهيا مقبولا ينحى إلى القول بامتداد قيام اختصاص قضاء مستعجلات الدولة حتى ولو اتفق الأطراف على استبعاده، وذلك لمجابهة حالة الضرورة القصوى المتمثلة في حدوث خطر عاجل أو حالة اعتداء مادي تتطلب تدخلا عاجلا لا يمكن للقاضي أن يرفض الأمر به حتى لا ينعت بارتكابه لإنكار العدالة.

و رغم العيوب الهيكلية التي يعرفها نظام التحكيم والتي وصفها العميد ليفـــــال "بالعاهة الوراثية" بخصوص حالة الإجراءات الوقتية أو التحفظية بالنظر لأن محكمة التحكيم ليست محكمة دائمة ولا تنعقد سوى بعد تشكيلها وعند الضرورة، وهو أمر يكتنفه بعض الصعوبات إذا ما تعدد موطن المحكمين، وأنها لا يمكن أن توجه

أوامر للغير، ولا يمكن أن تصدر أحكامها سوى باحترام مبدأ الحضورية، مما ينتج عنه استبعاد اللجوء إلى مسطرة الأوامر بناء على طلب ذات الأثر الفعال في ميدان الإجراءات الوقتية أو التحفظية كلما كان عنصر المباغتة مرغوب فيه، فإن تزايد تدخل المحكم في مضمار النزاعات الناتجة عن إبرام عقود التجارة الدولية قد برهن على نجاح معترف به سيما حينما يتعلق الأمر بإصداره لأوامر استعجالية ذات صلة بمنتجات التكنولوجيا والتطبيقات العلمية في الصيدلة والإعلاميات والمنافسة الغير المشروعة والملكية الأدبية والطيران وغيرها، واتسمت تلك الأوامر بالجدة والابتكار والمواكبة.

إلا أنه لابد رغم هذا كله من الإقرار بأن العقبة الكبرى التي تحول دون انطلاق ميدان الإجراءات الوقتية أو التحفظية لأداء دورها التبعي والفعال لقضاء التحكيم يظل مسألة تنفيذ الأوامر الصادرة من المحكم في الميدان المذكور، الأمر الذي يجعلنا نشاطر آراء من يرى وجوب ضرورة مراجعة معاهدة نيويورك من أجل أن تدرج ضمن طياتها موضوع الاعتراف وتنفيذ إجراءات التحكيم التحفظية والوقتية ليقترب موعد تحقيق حلم ما حرره واضعو لائحة غرفة التحكيم الدولية سنة 1995 حينما أوجبوا" على الأطراف التوجه بداية إلى المحكم وأوجبوا عليهم بعد تسليم الملف إليه أن لا يتوجهوا إلى السلطة القضائية سوى بكيفية استثنائية".

ROYAUME DU MAROC • المملكة المغربية
مركز النشر والتوثيق القضائي
CENTRE DE PUBLICATION
ET DE DOCUMENTATION JUDICIAIRE

المراجـــــع :

1 ــ Dr.Andreas Reiner : L'arbitrage CCI . L'arbitrage international, notamment l'arbitrage

1 - مكرر ــ ALEXIS MOURRE : – Référé pré-arbitral de la CCI- Gazette du Palais – Mai – Juin 2003 Page 1484

2 ــ أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي ــ دار الفكر العربي 1981، ص. 7 بند 3.

3 ــ محمد شحاتة: النشأة الاتفاقية للسلطات القضائية للمحكمين-دار النهضة العربية 1993، ص. 180

4 ــ مشار إليه في مؤلف الأستاذ محمد شحاتة ــ المرجع السابق، ص. 162.

5 ــ حفيظــة السيــد الحداد ــ مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية في المنازعات الخاصة الدولية المتفق بشأنها على التحكيم ــ طبعة 1996، ص. 17.

6 ــ م.س، ص. 18.

7 - ALEXANDRE HORY: Mesures d'instructions infuturium. REVUE ARBITRAGE 96. page 192

8 ــ حسام الدين فتحي ناصف ــ قاعدة منع قضاء الدولة من نظر موضوع المنازعة المتفق بشأنها على التحكيم وقيود تطبيقها ــ طبعة 2001، ص. 100 وما يليها.

9 - FOUCHARD - GALLARD - GOLDMAN

Traité de l'arbitrage commercial international Page 733- paragraphe 1323-1996.

10 ــ إدريس الضحاك: عرض بعنوان "التحكيم في القانون البحري المغربي" قدم بمناسبة انعقاد المؤتمر الخامس للمحكمين البحريين بالدار البيضاء أيام 27-25-26 سبتمبر 1985 الصفحة الأولى.

عبد الله درميش (التحكيم الدولي في المواد التجارية) رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص – على الستانسيل – السنة الجامعية 1983-1984 ص 226. جامعة الحسن الثاني – كلية الحقوق والعلوم القانونية والاقتصادية الدار البيضاء –

رحال البوعناني التحكيم الإختياري في القانون المغربي الداخلي – رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص – على الستانسيل – السنة الجامعية – جامعة الحسن الثاني – كلية الحقوق والعلوم القانونية والاقتصادية الدارالبيضاء – ص5.

عزالدين الكتاني – التحكيم والقاضي – عرض تقدم به في ندوة التحكيم التجاري الدولي ماي 1994–مجلة المحاكم المغربية عدد 72 ص 35.

10 ــ مكرر ــ قرار 1973 في الملف رقم 47342، قرار عدد 1905، مشار إليه في رسالة عبد الله درميش م.س، ص 226 – 227

11 ــ J.L DELVOLVE : 607 Revue arbitrage 1980 – page

12 - G.PLUYETTE VUE FRANCAISE MESURES CONSERVATOIRES ET PROVISOIRES EN MATIERE D ARBITRAGE INTERNATIONAL. publication C . C . I N° 519 ؛ 1993 . . p 90 s p . p .74

13 ــ انظر هامش الصفحة 193 من ETUDE ALEXANDRE HORY

14 - FOUCHARD - GALLARD - GOLDMAN op. cité. paragraphe 1307

15 ــ حفيظة الحداد م . س . ص . 21 ــ 22.

- Actualité de droit Algérien de l'arbitrage international R.D.A.I 3 94 – page 33616

17 ــ حفيظة الحداد ــ مرجع سابق ــ ص 24

18 ــ خصومة التحكيم في القانون المصري والقانون المقارن ــ علي بركات ــ طبعة 96، صفحة403 ن الفقرة 411

19 ــ عبد اللطيف هداية الله : القضاء المستعجل في القانون المغربي، الطبعة الأولى – 1998 ، ص 73

20 ــ قارنوا بتفصيل : FOUCHARD - GALLARD - GOLDMAN

.Op cit. - page 725, paragraphes 1306 à 1317

21 ــ حفيظة الحداد ــ ص 37

22 ــ لتفادي مشكلة الإجراءات الوقتية والمستعجلة فإن منظمات التحكيم تلجأ إلى أحد الأسلوبين: الأول هو أن تعطي لمحكمة التحكيم سلطة اتخاذها مع النص على إجراءات خاصة لهذا الغرض، والثاني هو تشكيل محكمة تحكيم خاصة تتكون بمعرفة المنظمة لمواجهة الحالات المستعجلة التي لا تحتمل التأخير، كما هو عليه الحال بشأن المادة 11 من لائحة غرفة التحكيم الدولية التي تجيز للخصوم في حالة الاستعجال اللجوء إلى محكمة التحكيم أو إلى رئيسها فقط للبت في الطلب المستعجل.

23 - FOUCHARD _ GALLARD _ GOLDMAN op.cit . page 731, paragraphe 1320.

24 ــ محمد شحاتة، م.س ص 168.

25 ــ حفيظة الحداد ــ ص 42-43.

26 ــ خصومة التحكيم في القانون المصري والقانون المقارن ــ علي بركات ــ طبعة 96، صفحة421 الفقرة 421.

27 ــ تنص المادة 54، فقرة 3 من معاهدة واشنطن التي أنشأت المركز الدولي لحل النزاعات الناشئة عن الاستثمار: "يخضع تنفيذ الحكم للقوانين السائدة المتعلقة بتنفيذ الأحكام القضائية في الدولة التي يشرع في تنفيذ الحكم على إقليمها وبهذه المثابة فإن الأطراف لا يمكنها مخالفة هذه القواعد وإعطاء المحكم السلطة في إصدار إجراءات تسبق تنفيذ حكم التحكيم، فالاختصاص بخصوص هذه المسائل قاصر على محاكم الدولة".

27 ــ مكرر ــ : حفيظة الحداد (م.س) ص 46.

28 ــ حفيظة الحداد ــ ص 45-46.

29 ــ علي بركات ن م.س ــ ص 415-416.

30 ــ راجع بهذا الخصوص مقال : REIMERD ANDREAS :

J.D.I : « les mesures provisoires et conservatoires et l'arbitrage international publié en – tome 4- p 875 ».

31 ــ القانون رقم 27 لسنة 1994 ــ ج.ر عدد 16 الصادرة في 1994/04/21 مع التعديل الحاصل بمقتضى القانون لسنة 2000 الصادر بالجريدة الرسمية عدد 13 مكرر في 2000/04/04.

32 ــ القانون عدد 42 لسنة 1992 بتاريخ 1993/02/16

33 ــ أحمد الورفلي : القضاء في الدول المغاربية والتحكيم التجاري الدولي بين الرقابة والمساعدة -عرض تقدم به في أعمال الندوة الأولى المغربية التونسية التي انعقدت بالرباط في 2 و3 ماي 2002، منشور في: المغرب العربي وآليات فض المنازعات التجارية في إطار المنظمة العالمية للتجارة- منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، طبعة 2003، ص 75.

33 - مكرر ــ حفيظة الحداد م.س-ص 58/57

34 - Olivier Gaprasse : Les sociétés et l'arbitrage – Delta –L.G.D.J 2002 , Page 471 paragraphe 518

35 ــ القانون رقم 93 الصادر في 1993/04/25 بشأن التحكيم التجاري الدولي

35 - مكرر ــ Alexis Mourre . Op.Cit page 1484

36 ــ أنظر بخصوص هذا النظام :

Le règlement de référé Pré Arbitral de la chambre de commerce : Arualdez et Shäfer

Dr.Andreas Reiner. Op.Cit Pages 47-52 ـــ 37.835 1990 page – Revue arbitrage –internationale

COUR SUPREME • المجلس الأعلى
ROYAUME DU MAROC • المملكة المغربية
مركز النشر والتوثيق القضائي
CENTRE DE PUBLICATION
ET DE DOCUMENTATION JUDICIAIRE

الجلسة الختامية

التقرير العام للندوة

الدكتور عبد الحميد الأحدب
الأمين العام لمجلس التحكيم
الأوروبي العربي – باريس

في اليوم الأول من الساعة التاسعة صباحا لغاية الساعة الثامنة مساء مع توقف ساعتين للغداء، واليوم الثاني من العاشرة والنصف إلى الثانية عشر حوالي عشر ساعات عمل...

يمكن القول أنها كانت عشرة اشهر من العمل، ومن أعمال الفكر القانوني! فقد كنا في قاعة العناية الفائقة مع المستوى القانوني والقضائي الرفيع، عناية قانونية وقضائية فائقة في الأفكار التي طرحت لتلقي أضواء على مشروع قانون التحكيم المغربي! والحقيقة أن الثقافة القانونية التحكيمية الدولية كانت كلها في الميزان خلال هذه الساعات العشر.

ماذا نقول في التقرير العام للندوة، عن الندوة؟ نقول ما قالته الندوة عن مشروع القانون المغربي : مشروع متأثر كثيرا بقانون التحكيم الفرنسي وقليلا قليلا جدا بالقانون النموذجي لليونسترال.

وهذا القول يستدعي 4 ملاحظات:

الملاحظة الأولى: القانون الفرنسي يعد الأنسب للمغرب:

لان القانون المدني المغربي مستوحى أيضا من القانون الفرنسي والاجتهاد والفقه المغربي متأثر كثيرا بالفقه والاجتهاد الفرنسي. والمغرب يأتي بعد لبنان والجزائر وموريتانيا وتونس (التي أخذت من القانون الفرنسي ومن غيره) على هذا الدرب. فالعالم العربي منذ سنة 1980 حين بدأت حركة التشريع التحكيمي العصري الجديد، متأثر بالقانون التحكيمي الفرنسي الذي اختارته دول عربية ... وبالقانون النموذجي للتحكيم الذي اختارته دول عربية أخرى، لاسيما بعد أن اعتمدته مصر مع تكييفه،

فلحقتها عمان والأردن وهناك مشروع قانون تحكيمي في الإمارات واليمن سيلحقان بالقانون المصري.

فمشروع القانون التحكيمي المغربي المتأثر بالقانون الفرنسي هو القانون المناسب للمكان المناسب.

الملاحظة الثانية : القانون الفرنسي ثمرة اجتهاد المحاكم الفرنسية :

و قانون التحكيم الفرنسي الذي وضع سنة 1980 كان الاجتهاد الفرنسي لاسيما اجتهاد محكمة النقض الفرنسية قد وضع مبادؤه وقواعده قبل وقت طويل من تبني المشرع لهذه القواعد والمبادئ.

وقد وضع الاجتهاد الفرنسي هذه القواعد العظيمة رغم أن قانون التحكيم الفرنسي القديم لم يكن رفيقا بالتحكيم. وهذا يذكرنا ونفتح هنا قوسين : أن القضاء العربي بعد صدور كل هذه القوانين التحكيمية العصرية في البلاد العربية، ما زال على سوء تفاهم مع سلطان الإرادة بل اشتد وقع سوء التفاهم هذا، والتحكيم ليس قانونا فحسب فالقانون هو une condition nécessaire mais non pas suffisante.

وهذا موضوع آخر، ولكن وبدون القضاء لا يستطيع المشرع أن يفعل شيئا.

الملاحظة الثالثة : لليونسترال الفضل الكبير على قوانين التحكيم في العالم العربي، وفي العالم بأسره :

ولا ننكر ما لليونسترال (لجنة قانون التجارة الدولية في الأمم المتحدة) من أثر على توحيد القوانين التحكيمية في العالم. والقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الذي وضعته اليونسترال له فضل كبير على التحكيم، واليونسترال لها فضل في أن كثيرا من الدول ما كانت لتتقدم لولا أن هناك قانونا جاهزا ينتظر!

وفضل اليونسترال ليس على التحكيم فحسب بل على قوانين التجارة كلها في العالم ولكن القانون النموذجي لليونسترال هو تسوية دولية ترضي كل الأنظمة القانونية في العالم، ومن يحاول أن يرضي الجميع، أحيانا لا يرضي أحدا.

ويمكن وصف القانون المغربي بأنه "حركة تمرد على القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي ولكنها حركة مباركة".

وإذا كانت اليونسترال تصف نفسها بالخطيئة المميتة إلا أنها تعتبر القانون الفرنسي خطيئة مميتة أخرى...

الملاحظة الرابعة : مشروع قانون للتحكيم وليس فصل من قانون المسطرة (المرافعات المدنية) Procédure Civile

مشروع قانون التحكيم عند إقراره سيعدل أحكام فصل التحكيم في قانون المسطرة المدنية Procédure Civile المغربي.

وهذا له معنى كبير، أن التحكيم أصبح أصلا ...وقانون التحكيم صار أصلا ولم يعد فرعا من قانون المرافعات المدنية Procédure Civile وهذا يسهل كثيرا استقلال التحكيم وانطلاق فكره القانوني وفك تبعيته !!

وربما كان من الأفضل أن يكون القانون "الوسائل البديلة لحسم المنازعات" بحيث يكون التحكيم هو فصله الأول وغدا تكون ال ADR بكل صيغها فصله الثاني، لان ال ADR تقدم كثيرا اليوم في العالم.

وبعد هذه الملاحظات الأربع، لابد من تمهيد قبل إلقاء الأضواء على مشروع القانون التحكيمي الجديد.

1 – التحكيم عريق في البلدان الإسلامية لان الإسلام شرع التحكيم، ليس لان أول نزاع على الخلافة بين علي ومعاوية اصل للتحكيم، بل لان القرآن الكريم شرعه في اكثر من مجال، وقام الرسول صلى الله عليه وسلم بمهمة المحكم قبل الرسالة وبعدها. فالدول الإسلامية أرضها خصبة للتحكيم، ولكن هذا لا يكفي لان الدول العربية الإسلامية مازال دور التحكيم فيها ضعيفا في حسم المنازعات!

2 – ما زال المطلوب نبي ...نبي للتحكيم، المطلوب معجزة للتحكيم! فقد روى الزميل الإسباني Bernardo Cremades أن التحكيم في إسبانيا كان سنة 1980 كارثة! وجاء إلى إسبانيا Bellet المحكم الفرنسي الشهير والكبير ورئيس محكمة النقض الفرنسية السابق! فحاور وحاضر وكتب وشرح لدى القضاء ولدى المشرعين ولدى المحامين ولدى أساتذة القانون. فإذا كل شيء يتغير وتصبح إسبانيا بعد تلك الزيارة من اكثر البلدان رفقا بالتحكيم واهتماما به.

وتغير كل شيء بالنسبة للتحكيم في إسبانيا وهذا مثال.

في مشروع القانون المغربي في المادة 45 كما في القانون الفرنسي، كذلك كان القانون الإسباني، "إذا أبطلت محكمة الاستئناف الحكم التحكيمي تصدت لجوهر النزاع في إطار المهمة المسندة للهيئة التحكيمية فيما عدا..."

المحكمة الدستورية الإسبانية أبطلت هذا النص القانوني، لان الطرفين اختارا التحكيم، فمحكمة الاستئناف إذا أبطلت الحكم التحكيمي، يعود الطرفان إلى التحكيم، هذا هو الاحترام لسلطان الإرادة.

في مصر أبطل المجلس الدستوري النص في قانون التحكيم الذي يجيز لسلطان الإرادة أن يعين سلطة تسمية تنظر في رد المحكم واعتبر أن هذا الأمر يعود لسلطان القضاء وليس لسلطان الإرادة!

ولهذا نحن بحاجة إلى المعجزة.

3 – ومن هنا فإن التحكيم في العالم العربي يحتاج إلى نبي وإلى معجزة...

كما فعل Bellet في إسبانيا...

جاءنا محسن شفيق وأعطى كثيرا والآن لدينا محمد أبو العينين وإدريس الضحاك!!!

وما نزال في بداية الطريق، ونحن متفائلون!

ونجاح هذه الندوة مؤشر!!!

ومؤشرات كثيرة تطمئن من أهمها مشروع قانون التحكيم المغربي الجديد، وكله مؤشرات على أن المعجزة آتية لا ريب فيها...

بعد ذلك ننتقل إلى أضواء على مشروع القانون المغربي الجديد. ولكن لابد من وقفة...

أول وقفة، في المادة الثانية من مشروع القانون:

"لا يمكن الاتفاق على التحكيم في...(2) النزاعات التي تهم الدولة والجماعات المحلية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري باستثناء النزاعات التي تنتج عن العلاقات الدولية ذات الطابع الإقتصادي أو التجاري أو المالي التي تخضع لمقتضيات الباب الثالث... !!

أي أن اتفاق التحكيم الداخلي الذي تكون فيه الدولة طرفا غير جائز، أما في التحكيم الدولي فهو جائز، والدولة في التحكيم تطرح اتفاقية حسم منازعات الإستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى التي أنشأت مركز واشنطن التحكيمي C.I.R.D.I. وقد صارت دول العالم الثالث تساق كالخراف إلى هذا المركز بنتيجة: اتفاقيات حماية

وتشجيع الإستثمار التي توقعها دول العالم الثالث مع الدول الصناعية الغنية ويحيل بعضها إلى تحكيم الC.I.R.D.I. أو لا يحيل إلى مركز واشنطن...

ومع ذلك فإن مركز واشنطن أصبح يعتبر نفسه مختصا بدون عقد للنظر في منازعات الإستثمار وغير الإستثمار وهكذا فإن تحكيما إلزاميا يأخذ طريقه إلى النمو ليفرض" تحكيما بلا عقد"... وقد تصدت له محكمة استئناف باريس وأبطلت حكما صدر بدون عقد في باريس!

ولكن كل التحكيمات لا تجري في باريس!!!

فضلا عن أن اتفاقية حسم منازعات الإستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى حصنت الحكم التحكيمي الصادر عن المركز بحصانة قانونية دولية هائلة...

وأمر هذا التحكيم الإلزامي بدون عقد يحتاج إلى وقفة طويلة وخطيرة...

بعد ذلك نأتي لإلقاء أضواء سريعة على مشروع القانون التحكيمي المغربي...

1 – التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي

فرق مشروع القانون بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي، وهناك مقياسين للتفريق معتمدين: مقياس يسميه البعض "عناصر أجنبية في العقد" والبعض يسميه "مقياس جغرافي... تتعدد فيه الجنسيات ومحلات الإقامة".

هذا مقياس، والمقياس الآخر "مصالح التجارة الدولية" والبعض يسميه "معيار اقتصادي" وهو الذي عرضته محكمة النقض فإنه:

Le flux et le reflux à travers les frontières

وفي حين تبنى القانون الفرنسي المعيار الإقتصادي أي مصالح التجارة الدولية بحيث صار بإمكان التحكيم أن يكون دوليا بين فرنسيين، فإن القانون النموذجي لليونسترال تبنى تعدد الجنسيات وتعدد محلات الإقامة، واعتبر التحكيم دوليا حين تتعدد جنسيات ومحلات إقامة أطرافه أو طرفيه.

مشروع القانون المغربي الجديد اختار المقياس الإقتصادي أي "مصالح التجارة الدولية" وأضاف شرطا ثانيا:

أن "يكون لأحد أطرافه، على الأقل موطن أو مقر اجتماعي في الخارج".

فالمقياس هو مصالح التجارة الدولية ولكن ليس بين المقيمين في المغرب ومن جراء هذا التفريق يصبح هناك نظام عام داخلي ونظام عام دولي وهذا لخير التحكيم !

2 – العقد المدني والتجاري...والإداري

مشروع القانون المغربي أشار إلى أن "شرط التحكيم اتفاق يلتزم بمقتضاه الأطراف في عقد بأن يسندوا للتحكيم النزاعات التي قد تنشأ عن هذا العقد "عقد تجاري بالطبع وعقد مدني على الأرجح! ماذا عن العقد الإداري؟

مازال العقد الإداري يطرح أسئلة، هو قابليته لنزع اختصاص القضاء الإداري في الأنظمة التي تفرق بين القضاء العادي والقضاء الإداري المتشبث فيها القضاء الاداري باختصاصه وغير القابل لنزع هذا الإختصاص تعاقديا بالتحكيم، معتبرا في فرنسا أن هذا الإختصاص هو دستوري...

هذه نقطة جديرة بالبحث عبر إشارة في مشروع القانون إلى العقد الإداري...

3 – Discovery ... الشهود، حرية الأطراف في الإجراءات وإلا حرية المحكمين.

إذا اتفق الطرفان على إجراءات التحكيم طبقت وإلا فإن المحكمين هم الذين يرسمون إجراءات المحاكمة...والقضاء مساعد للمحكمين لا يتدخل في شؤونهم...

طبق مشروع قانون التحكيم المغربي قاعدة ال Discovery:

"إذا كانت بين يدي أحد الأطراف وسيلة إثبات أمكن للهيئة التحكيمية أن تأمره بالإدلاء بها".

الشهود يكون الإستماع لهم دون أداء اليمين القانونية...واليمين كانت أفضل، والقانونين القطري والإماراتي اعتمدا اليمين.

4 – مهلة التحكيم باتفاق الطرفين ستة أشهر:

والتمديد للطرفين أو للمحكمة القضائية وليس للمحكمين أن يحددوا لأنفسهم وإلا لبقي الأطراف في أسر التحكيم إلى الأبد!

وكانت المهلة القانونية في القانون السابق ثلاثة أشهر فأصبحت ستة أشهر.

5 – اعتراف بالتحكيم المؤسسي

و الرباط هي مكان مركز تحكيم الرباط الذي أنشأته اتفاقية عمان..

كذلك هي مركز تحكيم غرفة التجارة..

بالنسبة للتحكيم الدولي أن أحادية المركز الدولي خطيرة على حرية التحكيم!!! فمن مصلحة التحكيم أن تكون هناك تعددية في مراكز التحكيم الدولية للتنافس.. وإلا سيصبح التحكيم الدولي إلزاميا بشكل آخر.

6 – الصيغة التنفيذية وطرق المراجعة

الصيغة التنفيذية كما في القانون الفرنسي لا يقبل الأمر بها المراجعة إلا إذا ردت، فتكون قابلة للمراجعة...

وطرق المراجعة أقل تشددا من اتفاقية نيويورك: 1 – غياب الإتفاق التحكيمي أو بطلانه أو انتهاء مدته. 2 – تشكيل المحكمة التحكيمية بصفة غير قانونية. 3 – عدم تقيد المحكمين بالمهمة المسندة إليهم. 4 – عدم احترام حق الدفاع. 5 – مخالفة النظام العام الدولي (في التحكيم الدولي).

وكان المطروح هو مخالفة "الوجاهية" واستبدلت بمخالفة حق الدفاع لأنها أشمل ففي داخل حق الدفاع الوجاهية وأكثر من ذلك في حق الدفاع.

ولكن السؤال هو: أليس مخالفة حق الدفاع مخالفة للنظام العام الداخلي والدولي؟؟؟.

أو لم تكن مخالفة النظام العام الدولي في التحكيم الدولي والداخلي في التحكيم الداخلي كافية؟

7 – المحكم حيادي : تصريح بالحياد.

و يتعين على المحكم الذي يعلم في نفسه أحد أسباب التجريح أن يعلم كل الأطراف بذلك...

أليس من الأفضل أن يصرح المحكم كتابة وإلزاما عن أية شكوك قد تتبادر إلى ذهن أي من الطرفين قبل قبوله بمهمته.

وإذا تابعنا إلى استقلالية الشرط التحكيمي وإلا Compétence Compétence وفي الإجراءات الوقتية والتحفظية التي صار من حق المحكمين أن يتخذوا قرارا بشأنها. والأهم أنه إذا تعادلت الأصوات عند المذكرة فإن رئيس المحكمة هو الذي يضع الحكم وهذه خطوة عظيمة.

فك الارتباط بين قرار قاضي بلد المنشأ وقرار بلد تنفيذ حكم التحكيم.

والى و إلى ... فإننا سنمضي عشر ساعات جديدة.

وختاما ألف شكر لكل الذين أعطوا فكرهم خلال العشرة أيام الأخيرة ...بعشر ساعات... ونحن بانتظار النبي و المعجزة.

COUR SUPREME • المجلس الأعلى
ROYAUME DU MAROC • المملكة المغربية
مركز النشر والتوثيق القضائي
CENTRE DE PUBLICATION
ET DE DOCUMENTATION JUDICIAIRE